

Roma, 2 novembre 2012

Spett.le

Banca d'Italia

Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza

Divisione Normativa Prudenziale

Via Milano, 53

00184 Roma

Trasmesso via PEC all'indirizzo
npv@pec.bancaditalia.it

Egregi Signori,

***Osservazioni e commenti in merito al Documento per la consultazione del 4 settembre 2012,
recante “Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche”***

Lo scorso 4 settembre, codesta rispettabile Autorità ha pubblicato sul proprio sito internet il Documento per la consultazione contenente uno schema di disposizioni di vigilanza in materia di sistema dei controlli interni e di sistema informativo delle banche e dei gruppi bancari nonché di continuità operativa delle banche e di altri intermediari (il “Documento per la Consultazione”).

Lo scrivente Studio Legale desidera esprimere il proprio apprezzamento per il progetto di razionalizzazione, aggiornamento e riordino della normativa vigente e sottopone all'attenzione di codesta rispettabile Autorità le seguenti osservazioni, nonché alcuni suggerimenti di modifica in merito alla proposta integrazione delle disposizioni di cui alla Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 “Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche”.

1. Sezione II, “Il ruolo degli organi aziendali”, paragrafo 4, “Organo con funzione di controllo”

Nel contesto di una chiara definizione del ruolo spettante a ciascun organo aziendale nell’ambito del sistema dei controlli interni, codesta rispettabile Autorità propone, al terzo capoverso, un accorpamento delle funzioni dell’organo con funzione di controllo con le funzioni dell’organismo di vigilanza istituito ai sensi del D. Lgs. n. 231/01 in materia di responsabilità amministrativa degli enti (“Decreto 231”), stabilendo che: *“l’organo con funzioni di controllo svolge altresì le funzioni dell’organismo di vigilanza - previsto ai sensi della legge n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti - che vigila sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di organizzazione e di gestione di cui si dota la banca per prevenire i reati rilevanti ai fini della medesima legge. Ove vi siano particolari e motivate esigenze, le banche possono affidare tali funzioni a un organismo appositamente istituito”*.

Tale proposta sembra inserirsi nel solco già tracciato dal D.L. 212/2011 (il “Decreto Sviluppo”) che, inserendo il comma 4-bis nell’articolo 6 del Decreto 231, ha stabilito che: *“nelle società di capitali, il sindaco, il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza ed il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell’organismo di vigilanza”*.

La posizione assunta da codesta rispettabile Autorità nel Documento per la Consultazione è ancor più netta, imponendo alle banche di specificare all’atto della nomina *“le particolari e motivate esigenze”* che imporrebbero al contrario la scelta tradizionale, ovvero la nomina di un organismo di vigilanza (“Organismo di Vigilanza” o “OdV”) accanto all’organo con funzioni di controllo.

Tale posizione sembra porsi in una linea di discontinuità rispetto agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali degli ultimi anni, nonché alle posizioni assunte dalle più rappresentative associazioni di categoria e potrebbe non essere idonea a raggiungere gli obiettivi, ancorché non espressi, di razionalizzazione del sistema dei controlli interni e di contenimento dei costi per le imprese.

Alla luce delle argomentazioni di seguito sinteticamente elaborate, lo scrivente Studio Legale propone pertanto un ripensamento sulla proposta in oggetto, che tutt’al più potrebbe essere riformulata adottando il medesimo approccio seguito dal comma 4-bis dell’articolo 6 del Decreto 231, anche in considerazione della complessità operativa di un istituto bancario che mal si concilierebbe con una sovrapposizione di ruoli tra le due figure di controllo.

1.1. Incompatibilità dell’incarico per carenza dei requisiti e potenziale conflitto di interessi

La scelta di assegnare al collegio sindacale le funzioni di OdV comporta profili di criticità in primo luogo in termini di incompatibilità per carenza dei requisiti di professionalità, di continuità d'azione e di possibile configurabilità di una posizione in conflitto di interessi.

In virtù della complessità delle funzioni assegnate all'OdV, ai fini di un'efficace azione di controllo e prevenzione dei reati all'interno dell'ente, i componenti dello stesso devono possedere una serie di competenze specialistiche delle quali quelle proprie dei sindaci (nella maggioranza dei casi di tipo economico-aziendale) costituiscono solo una parte, non essendo il suddetto organo di controllo, alla luce delle valutazioni empiriche dello scrivente Studio Legale, di regola munito di:

- competenze di diritto penale, destinate avere contenuto sempre più specifico, anche in ragione dei recenti ampliamenti all'elenco dei c.d. reati presupposto (si pensi, ad esempio, ai delitti informatici, ai reati in tema di sicurezza sul lavoro o ai reati ambientali);
- competenze in materia di *risk-assessment*, campionamento statistico e analisi di *flow-charting* di procedure e processi.

Quanto detto è rafforzato dalla posizione della giurisprudenza espressa in relazione all'inadeguatezza del Modello laddove nello stesso: “[...] non vi è alcuna indicazione sulla professionalità richiesta ai membri dell’OdV. In particolare non è richiesto che i medesimi abbiano precipue competenze di attività ispettiva, consulenziale ovvero la conoscenza di tecniche specifiche, idonee a garantire l’efficacia dei poteri di controllo e del potere propositivo ad esso demandati [...]”¹.

Un ulteriore profilo di criticità riscontrabile nell'attribuzione al collegio sindacale delle funzioni spettanti all'OdV riguarda il requisito della continuità d'azione di quest'ultimo.

In particolare, l'incompatibilità della carica di sindaco con un rapporto di lavoro o con un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita per la società, ai sensi dell'art. 2399 c.c., escluderebbe la possibilità che facciano parte dell'OdV dipendenti della società, come ad esempio il Responsabile *Internal Audit*, il Responsabile *Compliance* o esponenti della Direzione Affari Legali o della Direzione Risorse Umane, da ritenersi fondamentali per un efficace e corretto espletamento dell'attività di vigilanza.

Solo soggetti inseriti nel contesto aziendale, che ne conoscono le dinamiche e le peculiarità, possono infatti conoscere nel profondo le eventuali criticità connesse con la corretta attuazione del Modello e garantire una pressoché costante vigilanza “sul campo” secondo quanto previsto dalle *best practice* in materia, che secondo l'opinione di chi scrive, non può trovare un

¹ G.I.P. Tribunale di Napoli, ordinanza 26 giugno 2007, in Dir. e prat. soc., 2008, 4, 71.

valido surrogato nella partecipazione, in qualità di invitato, alle riunioni dell'organismo medesimo.

Tralasciano ogni pur condivisibile considerazione sul cd. regime di “doppia lealtà” del collegio sindacale nei confronti dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione, senz'altro idoneo a determinare un intreccio di compiti e responsabilità rilevante sotto il profilo dell'indipendenza, un ulteriore profilo di criticità riguarderebbe il possibile conflitto di interessi dei membri del collegio sindacale cui venga conferito l'incarico di organismo di vigilanza.

Il collegio sindacale, infatti, per sua stessa natura, svolge direttamente o partecipa ad attività fortemente esposte a rischio di commissione di alcune tipologie di reato, tra cui principalmente i reati societari di cui all'art. 25-ter del Decreto 231, ed è per questo soggetto all'attività di vigilanza dell'OdV.

A sostegno della possibile sovrapposizione, si afferma che in tale ipotesi non sarebbe ravvisabile alcuna commistione tra “controllori” e “controllati”, per il fatto che i componenti del collegio sindacale non rientrerebbero tra i soggetti apicali di cui all'art. 5 del Decreto e che la rilevanza della loro condotta ai sensi dell'art. 25-ter sarebbe espressamente esclusa in relazione ai suddetti reati societari, qualificati come reati propri anche dei sindaci.

Tale tesi non appare convincente secondo l'opinione di chi scrive in quanto nulla esclude che i sindaci possano porre in essere condotte di tipo concorsuale, anche di mero concorso morale da omessa vigilanza, con i soggetti titolari di funzioni gestionali di vertice menzionati dall'art. 25-ter in relazione a uno o più dei reati societari previsti da tale articolo. E la dimostrazione della possibile rilevanza di tali condotte è data dalla circostanza che un efficace modello organizzativo prevede numerosi presidi volti a prevenire ipotesi di condotte di tipo concorsuale da parte di uno più componenti di tale organo sociale, indipendentemente dalla irrilevanza che tali condotte, di per sé considerate, abbiano sulla configurabilità di un illecito amministrativo dipendente da reato.

Sempre in relazione alla possibile commistione tra “controllore e controllato”, è altresì doveroso richiamare gli effetti che tale previsione potrebbe avere sulla struttura e sull'attribuzione di compiti al comitato per il controllo della gestione o al consiglio di sorveglianza per le società che, più frequentemente in ambito bancario, optino per un modello di amministrazione e controllo alternativi.

A tal riguardo è infatti doveroso sottolineare, anche se in via incidentale, come, soprattutto con riguardo al sistema dualistico, tale scelta apparirebbe in aperto contrasto con la copiosa dottrina e (scarsa) giurisprudenza, da sempre restie ad attribuire le funzioni di organismo di vigilanza a soggetti muniti di poteri gestori nell'ambito dell'impresa.

1.2. Estensione indebita dei poteri dell'organo con funzione di controllo e regime di responsabilità

Al di là dell'assenza dei requisiti, vi sono poi almeno due ulteriori motivazioni a sostegno della richiesta rivolta dallo scrivente Studio Legale a codesta rispettabile Autorità di effettuare un ripensamento sulla proposta in oggetto.

La prima attiene ai poteri conferiti all'OdV: tale organo, infatti, oltre che di controllo è un organo consultivo, investito di un insieme di compiti proattivi, volti, tra l'altro, a dare impulso all'aggiornamento del modello organizzativo adottato dall'impresa in presenza di variazioni dell'attività aziendale, mutamenti organizzativi o novità normative.

Tale attività mal si concilia con i compiti, squisitamente di controllo, attribuiti al collegio sindacale.

Inoltre, al collegio sindacale, in caso di commissione di un reato presupposto, potrebbe essere addebitata una responsabilità penale ben più intensa di quella ad oggi attribuita a tale organo, riferibile ad una vera e propria posizione di garanzia, rilevante ai sensi dell'art. 40 capoverso del codice penale, che la giurisprudenza attribuirebbe al medesimo in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 2403, comma 1, del codice civile (obbligo di vigilanza sul rispetto della legge e dei principi di corretta amministrazione) e 2407 del codice civile (responsabilità in solido con gli amministratori per omessa diligente vigilanza nei loro confronti).

L'ampliamento delle funzioni del collegio sindacale con riguardo alla prevenzione dei reati presupposto derivante dall'assegnazione allo stesso della funzione di Organismo di Vigilanza, determinerebbe infatti il rischio concreto di estensione della responsabilità penale del collegio per tutti i reati presupposto che non sia riuscito ad impedire.

Una conseguenza, quest'ultima, in assoluto contrasto con la pacifica considerazione dell'OdV come un organismo che non ricopre una posizione di garanzia nei confronti della società poiché privo di poteri di carattere preventivo deterrente in grado di assicurare in concreto l'efficacia del Modello.

Né è ipotizzabile un formale "sdoppiamento" delle funzioni del collegio, prevalentemente in virtù dell'impossibilità pratica per l'organo di controllo di distinguere in maniera incontrovertibile le attività esercitate nell'esercizio dei poteri e doveri di cui agli artt. 2403 e ss. del codice civile da quelle esercitate in veste di Organismo di Vigilanza.

1.3. Razionalizzazione delle spese

Sebbene codesta rispettabile Autorità non abbia valorizzato esplicitamente tale aspetto, pare infine opportuno soffermarsi sull'obiettivo della razionalizzazione delle spese aziendali potenzialmente sotteso alla scelta dell'accorpamento.

Ebbene, al riguardo è chiaro che i componenti del collegio sindacale, dovendo assumere nuovi compiti, rischi e responsabilità, imporrebbero un aumento dei propri compensi se non in misura addirittura paritetica rispetto ai compensi percepiti dai componenti esterni dell'organismo di vigilanza.

Tale prospettiva era già ben chiara al campione rappresentativo delle grandi imprese interpellato dalla Giunta Assonime nell'ambito di uno studio sulla disciplina in materia di controlli e delle principali problematiche applicative che perviene alla conclusione secondo cui "questa soluzione non porta ad una significativa riduzione dei costi ma potrebbe comportare un incremento dei compensi corrisposti ai sindaci"².

Inoltre, come sottolineato dall'AODV nel suo *position paper*, "*tale accresciuto impegno comporterebbe una corposa crescita dei compensi, inopportuna rispetto a quanto previsto dalla normativa e dalle Linee Guida in termini di indipendenza, sia in relazione al ruolo di sindaco che a quello di OdV*"³.

In virtù di tutto quanto detto, e dunque al fine di non ridurre l'efficacia degli strumenti di *compliance* adottati nell'ambito dell'impresa, sarebbe pertanto auspicabile che il collegio sindacale continui a rivestire il ruolo di interlocutore istituzionale dell'Organismo di Vigilanza, attraverso prevalentemente lo scambio di flussi informativi e riunioni periodiche.

Del pari, è bene che l'Organismo di Vigilanza, rientrando nel perimetro del sistema dei controlli interni, resti soggetto ai controlli del collegio sindacale relativi all'adeguatezza ed efficacia della struttura organizzativa della società.

2. Sezione IV, "Esternalizzazione di funzioni aziendali", paragrafo 2, "Esternalizzazione del denaro contante"

Con riferimento alla funzione di esternalizzazione del trattamento del denaro contante, codesta spettabile Autorità propone, al terzo capoverso, che la banca e l'*outsourcer* stipulino un contratto in forma scritta che preveda, tra le altre cose, "*il diritto per la banca di recedere, senza penalità, nel caso in cui la controparte violi reiteratamente gli obblighi contrattuali*".

Al riguardo, lo scrivente Studio Legale ritiene che l'uso dell'avverbio "reiteratamente" sia tale da consentire teoricamente all'*outsourcer* di violare più volte un obbligo contrattuale prima che la banca possa recedere dal contratto senza penalità. Per questo motivo, se ne propone l'eliminazione. In alternativa, si suggerisce di subordinare l'esercizio del recesso da parte della banca al decorso infruttuoso di un termine, da concordarsi tra le parti al momento della stipula del

² Assonime, Note e Studi n. 6/2011, 56.

³ "La modifica dell'art. 6 del D.Lgs. 231/01: critica ragionata all'attribuzione al collegio sindacale della funzione di organismo di vigilanza". AODV – Edizione 1.0 – 23 marzo 2012.

contratto, entro il quale l'*outsourcer* possa rimediare alla violazione dell'obbligo dallo stesso commessa (cd. *grace period*).

La disposizione in esame potrebbe, quindi, essere riformulata come segue: *“il diritto per la banca di recedere, senza penalità, nel caso in cui la controparte violi uno qualunque degli obblighi di cui al contratto e non vi ponga rimedio entro il periodo di tempo indicato nel contratto stesso”*.

La norma, così riformulata, costituirebbe una forma di tutela a disposizione della banca, ulteriore (e di altro tenore) rispetto a quella di cui alle clausole risolutive espresse richiamate *sub* Sezione IV, paragrafo 1, del Documento per la Consultazione, che permettono alla banca medesima *“di porre termine all'accordo di esternalizzazione in presenza di eventi che possano compromettere la capacità del fornitore di garantire il servizio oppure quando si verifichi il mancato rispetto del livello di servizio concordato”*.

Si evidenzia, inoltre, che le modifiche testuali qui proposte sono in linea con l'obiettivo, previsto in *incipit* del paragrafo 2 di cui alla Sezione IV del Documento per la Consultazione, di *“minimizzare i rischi operativi, in particolare di natura legale, e reputazionali connessi con l'eventuale erogazione alla clientela di banconote false o di qualità tale da non renderle idonee alla circolazione”*.

3. Sezione VII, “Procedure di allerta interna”

Lo scrivente Studio Legale accoglie con favore la proposta di attribuire all'organo con funzioni di supervisione strategica il compito di definire procedure di allerta interna aventi ad oggetto la segnalazione, da parte dei dipendenti, di eventuali *“disfunzioni dell'assetto organizzativo o del sistema dei controlli interni, nonché di ogni altra irregolarità nella gestione della banca o violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria”*.

Tale disposizione assume, peraltro, maggior rilievo in considerazione del fatto che a tutt'oggi non sembra esserci una normativa di rango primario che disciplini organicamente la materia in esame.

In particolare, il testo proposto prevede che *“le informazioni fornite dai dipendenti, ove rilevanti, sono rese disponibili agli organi aziendali”* e che, nell'ambito delle procedure di allerta interna, siano stabiliti, tra le altre cose, *“i soggetti che le possono attivare”*, nonché *“i fatti e le azioni che possono essere riportati”*.

Al riguardo, è opinione dello scrivente Studio Legale che il dettato normativo debba indicare alle banche il meccanismo di riconoscimento in base al quale fatti e azioni possono essere riportati.

Si suggerisce pertanto di integrare il testo della Sezione in commento, fornendo dei parametri di riferimento che consentano agevolmente alle banche, pur nel rispetto del principio di proporzionalità, di stabilire quando un fatto o un'azione è rilevante ai fini della procedura di allerta interna e merita di essere comunicato agli organi aziendali.

Un'elencazione non tassativa di tali parametri ridurrebbe, infatti, i margini di incertezza connessi alle valutazioni svolte dal soggetto che riceve tali segnalazioni, di modo che gli organi apicali delle banche verrebbero informati solo in merito a quei fatti e azioni tali da pregiudicare la sana e prudente gestione della banca.

Al riguardo si richiama la proposta avanzata in seno al Comitato di Basilea (cfr. paragrafo 28 del documento intitolato "*Principle for enhancing corporate governance*" dell'ottobre 2010) di definire procedure interne che permettano all'organo con funzioni di supervisione strategica di conoscere le segnalazioni più rilevanti e decidere quali tra esse meritino un ulteriore approfondimento (se dallo stesso organo, da una funzione interna, o dalle competenti autorità di vigilanza).

Infine, si segnala l'opportunità di implementare una procedura di reportistica diretta alla Banca d'Italia in relazione a gravi violazioni nella gestione della banca che non sia stato possibile affrontare e risolvere facendo ricorso alle procedure di allerta interna. La previsione di un canale diretto, facilmente accessibile a tutti (se del caso, anche tramite il ricorso a strumenti informatici), consentirebbe di promuovere una sana cultura del rischio tra i dipendenti della banca.

La soluzione proposta trae spunto dagli ordinamenti di *common law*. A titolo di mero esempio, si richiama il sistema vigente nel Regno Unito, che affida al *Secretary of State* il compito di indicare, per materia di competenza, i soggetti preposti al ricevimento di segnalazioni dirette da parte del pubblico. Tra questi, la *Financial Services Authority* (cfr. Sezione 43F del *Public Interest Disclosure Act* del 1998). Negli Stati Uniti inoltre, a corollario di una serie di disposizioni a protezione del segnalante (c.d. *whistleblower*), è stato istituito in seno alla *Securities Exchange Commission* (cfr. Sezione 21F del *Securities Exchange Act*, come modificato dal recente *Dodd-Frank Act*) un apposito ufficio adibito a ricevere segnalazioni di questo tipo (c.d. *Office of the Whistleblower*).

Nel rimanere a disposizione per ogni chiarimento, si porgono cordiali saluti.

Avv. Alessandro De Nicola



Avv. Giovanni Carotenuto

