

Gennaio 2013

Le nuove Procedure bancarie ai sensi della disciplina sui conflitti di interesse nei confronti dei soggetti collegati e dell'art. 136 TUB

Avv. Claudia Gargano

Il 31 dicembre 2012 è entrato definitivamente in vigore il provvedimento di Banca d'Italia "Attività di rischio e conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati" (il "**Provvedimento**" o le "**Disposizioni**").

Le Disposizioni, come noto, sono state organicamente riviste a seguito dell'emanazione da parte della Banca d'Italia, in data 12 dicembre 2011, del 9° aggiornamento della Circolare 263 del 27 dicembre 2006, che ha previsto – in particolare – l'introduzione del nuovo capitolo relativo alle attività di rischio e ai conflitti di interesse nei confronti di soggetti collegati alla banca o al gruppo bancario (cfr. Titolo V, Capitolo 5), in attuazione dell'art. 53 del TUB¹ e della relativa delibera del CICR n. 277 del 29 luglio 2008.

L'aggiornamento delle Disposizioni trova origine nelle modifiche intervenute nella regolamentazione internazionale per tener conto dell'evoluzione nelle metodologie di gestione dei rischi da parte degli intermediari, dei nuovi indirizzi e criteri che informano l'attività di supervisione e delle delibere del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio in materia di partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari e di operazioni con parti correlate.

La regolamentazione stabilita mira a preservare l'oggettività e imparzialità delle decisioni sulle concessioni di finanziamento e altre transazioni e ad evitare possibili distorsioni nel processo di allocazione delle risorse e l'esposizione delle banche a rischi non adeguatamente presidiati.

Il presente contributo si propone di leggere criticamente le nuove Disposizioni anche attraverso le procedure e i regolamenti di cui si sono dotate le banche, secondo gli obblighi imposti dal regolatore ("**Procedure**").

¹Ai sensi dell'art. 53, commi 4 e ss., TUB, alla Banca d'Italia è demandato il compito di disciplinare, in coerenza con le indicazioni del CICR, i conflitti di interesse e le condizioni e i limiti per l'assunzione di attività di rischio nei confronti di coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, una influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario nonché dei soggetti ad essi collegati.

Il Provvedimento, che ha visto una progressiva entrata in vigore delle singole disposizioni in esso contenute, impone alle Banche che: (a) le procedure deliberative siano formalmente deliberate e messe a punto dai competenti organi sociali entro il 30 giugno 2012 (già adottate); (b) i destinatari della normativa si adoperino affinché, nell'attività di concessione del credito, sia garantito – a partire dal 31 dicembre 2012 – il pieno rispetto dei limiti prudenziali.

Alcune Procedure hanno ben specificato che la regolamentazione delle “operazioni con soggetti collegati” mira a presidiare il rischio che la vicinanza di taluni soggetti ai centri decisionali della banca possa compromettere l'oggettività e l'imparzialità delle decisioni relative alla concessione di finanziamenti e ad altre transazioni nei confronti dei medesimi soggetti, con possibili distorsioni nel processo di allocazione delle risorse, esposizione della banca a rischi non adeguatamente misurati o presidiati, potenziali danni per depositanti e azionisti.

Al fine di mitigare il suddetto rischio, sulla base delle indicazioni del Provvedimento le Procedure sono finalizzate a porre in essere i seguenti presidi:

- 1) limiti prudenziali² per le attività di rischio della banca o del gruppo bancario nei confronti dei soggetti collegati, differenziati in funzione delle diverse tipologie di parti correlate in modo proporzionato all'intensità delle relazioni e alla rilevanza dei conseguenti rischi per la sana e prudente gestione;
- 2) apposite procedure deliberative dirette a preservare l'integrità dei processi decisionali nelle operazioni con soggetti collegati e alle transazioni di natura economica ulteriori rispetto a quelle che generano attività di rischio e pertanto non coperte dai limiti quantitativi di cui sopra;
- 3) specifiche indicazioni in materia di assetti organizzativi e controlli interni finalizzate ad individuare le responsabilità degli organi e i compiti delle funzioni aziendali rispetto agli obiettivi di prevenzione e gestione dei conflitti di interesse, nonché agli obblighi di censimento dei soggetti collegati e di controllo dell'andamento delle esposizioni.

Essendo i presidi adottati contraddistinti da elevato tecnicismo nell'ambito degli obblighi imposti, nella presente analisi verranno privilegiati solo alcuni aspetti, che si ritiene possano essere di più diretto interesse.

Rapporti con le altre disposizioni

Come noto il Provvedimento si inserisce, per alcuni ambiti, in contesti già disciplinati da ulteriori disposizioni quali:

² Con riferimento a tale presidio, si segnala che il Provvedimento prevede che il rispetto dei limiti prudenziali sia garantito a partire dal 31 dicembre 2012.

- il Principio contabile internazionale IAS 24 – “Informativa di bilancio sulle operazioni con parti correlate”;
- il Regolamento CONSOB adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, recante disposizioni in materia di operazioni con parti correlate;
- l’art. 136 del D.Lgs. 385/1993 (Testo Unico Bancario – “TUB”), che disciplina le obbligazioni degli esponenti bancari.

Con riguardo all’Informativa di bilancio sulle operazioni con parti correlate le Procedure specificano come resti ferma, per quanto riguarda l’informazione finanziaria periodica, l’applicazione delle norme di legge e dei principi contabili internazionali ai fini della predisposizione del bilancio annuale e semestrale (in conformità allo IAS 24), che include una specifica rendicontazione delle operazioni con parti correlate, come definite dai principi stessi.

Con riguardo al Regolamento Consob sulle “Operazioni con Parti correlate” alcune Procedure hanno disciplinato complessivamente i rischi descritti dalle suddette disposizioni, altre hanno mantenuto distinte le singole procedure sulle operazioni con parti correlate e quelle sulle attività di rischio con soggetti collegati.

Il Provvedimento attribuisce un ruolo rilevante agli amministratori indipendenti nell’ambito delle disposizioni dedicate alle procedure deliberative per il compimento di operazioni con soggetti collegati, prevedendo il loro coinvolgimento nella fase pre-deliberativa e richiedendo l’espressione di un loro parere motivato in sede di delibera. Per lo svolgimento dei compiti assegnati agli amministratori indipendenti, il Provvedimento ha richiesto alle banche la costituzione di un comitato interno all’organo con funzione di supervisione strategica, stabilendo che detto comitato sia composto da amministratori non esecutivi; per la maggioranza indipendenti, nel caso di operazioni di minore rilevanza; esclusivamente indipendenti, nel caso di operazioni di maggiore rilevanza. Fermo il rispetto dei citati criteri di composizione, il comitato di cui trattasi può coincidere con il comitato per il controllo interno.

Con riguardo a tale disposizione l’orientamento generale delle Procedure sembrerebbe attestarsi sulla costituzione di un Comitato interno *ad hoc*, che coincide con quello già costituito ai sensi delle disposizioni Consob sulle operazioni con parti correlate.

Tale Comitato, composto dai consiglieri indipendenti, è inserito nel Consiglio di Amministrazione o anche nel Consiglio di Sorveglianza.

Operazioni con soggetti collegati

Il Provvedimento definisce “soggetti collegati” l’insieme costituito da una “parte correlata” e da tutti i soggetti ad essa “connessi”.

Sono parti correlate i soggetti - di seguito indicati - in virtù delle relazioni intrattenute con una banca o un intermediario vigilato:

- 1) gli esponenti aziendali;
- 2) i partecipanti (ossia i soggetti tenuti a richiedere le autorizzazioni a Banca d'Italia per la partecipazione al capitale delle banche, di cui agli articoli 19 e seguenti del TUB);
- 3) i soggetti, diversi dai partecipanti, in grado di nominare da soli uno o più componenti dell'organo con funzione di gestione o dell'organo con funzione di supervisione strategica, anche sulla base di patti in qualsiasi forma stipulati o di clausole statutarie aventi per oggetto o per effetto l'esercizio di tali diritti o poteri;
- 4) una società o un'impresa anche costituita in forma non societaria su cui la banca o una società del gruppo bancario sia in grado di esercitare il controllo o un'influenza notevole.

Per una concreta individuazione dei soggetti connessi, alcune procedure specificamente identificano in tale categoria:

- 1) società e le imprese anche costituite in forma non societaria controllate o soggette ad influenza notevole di una parte correlata;
- 2) soggetti che controllano una parte correlata ovvero i soggetti sottoposti, direttamente o indirettamente, a comune controllo con la medesima parte correlata;
- 3) stretti familiari (es. i parenti fino al secondo grado e il coniuge o il convivente more-uxorio di una parte correlata, nonché i figli di quest'ultimo) di una parte correlata e le società o le imprese controllate da questi ultimi.

E' interessante rilevare come tra i soggetti correlati/connessi alcune Procedure annoverino anche in particolare:

- soggetti che direttamente o indirettamente – anche attraverso società controllate, fiduciari o interposte persone – detengono una partecipazione superiore al 2% del capitale sociale rappresentata da azioni aventi diritto di voto nonché a tutti i soggetti dai medesimi direttamente o indirettamente controllati;
- soggetti che hanno (tra loro) concluso un accordo – in qualunque forma stipulato e reso pubblico ai sensi di legge – per l'esercizio in comune del diritto di voto nell'Assemblea dei Soci in misura superiore al 2% del capitale sociale, nonché ai soggetti che direttamente o indirettamente li controllano e a tutti quelli che da questi ultimi sono direttamente o indirettamente controllati;

- dirigenti con responsabilità strategiche (diversi dagli Amministratori e Sindaci) ad es. il Responsabile della funzione di internal audit.

Le Procedure definiscono un'operazione con soggetti collegati la transazione che comporta assunzione di attività di rischio, trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni, indipendentemente dalla previsione di un corrispettivo, ivi incluse le operazioni di fusione e di scissione.

Al fine di individuare correttamente il concetto di operazione con soggetti collegati alcune procedure, a ragione, raccomandano di porre particolare attenzione alla sostanza del rapporto e non semplicemente alla sua forma giuridica.

A questo proposito sono incluse tra le operazioni con soggetti collegati, ad esempio:

- le operazioni bancarie sia di raccolta, che di impiego;
- la prestazione di servizi di investimento (sia principali, che accessori);
- la distribuzione di prodotti finanziari e assicurativi;
- la stipula di accordi contrattuali di qualsiasi natura.

Le Procedure individuano poi diverse tipologie di operazioni con soggetti collegati in ragione della soglia di rilevanza, fermi i casi di esclusione espressamente stabiliti dal Provvedimento. Le operazioni si suddividono in: operazioni di maggior rilevanza³ e operazioni di minore rilevanza⁴.

Per le operazioni di maggiore rilevanza si prevede: delibera del Consiglio di amministrazione, parere del Collegio sindacale in caso di parere negativo degli amministratori indipendenti, informativa all'Assemblea delle operazioni concluse nonostante il parere negativo degli Amministratori indipendenti, coinvolgimento degli amministratori indipendenti nelle fasi delle trattative e istruttoria.

Si rileva altresì che affinché il parere degli amministratori indipendenti possa essere considerato "favorevole" è necessario che esso manifesti l'integrale condivisione sull'operazione, in quanto l'espressione di un eventuale giudizio negativo anche solo su un suo singolo aspetto costituisce circostanza idonea a considerare il parere "contrario".

Nelle operazioni di minore rilevanza gli amministratori indipendenti non vengono coinvolti nella fase delle trattative né in quella istruttoria. Per queste operazioni viene prevista una fase pre deliberativa in cui viene data una informativa completa agli amministratori indipendenti che possono rappresentare eventuali lacune.

³ Operazioni con un controvalore superiore al 5% del patrimonio di vigilanza oppure all'indice di rilevanza dell'attivo per le operazioni di acquisizione, fusione e scissione.

⁴ Operazioni superiori a 250.000 euro e inferiori al 5% del patrimonio di vigilanza.

Dopodiché si accede alla fase deliberativa in cui in cui gli amministratori indipendenti forniscono motivato parere preventivo all'organo deliberante in ordine all'interesse della Banca al compimento dell'operazione.

Obbligazioni degli esponenti bancari - Art. 136 TUB

Le Procedure hanno disciplinato al loro interno anche le problematiche relative ad eventuali obbligazioni assunte dagli esponenti della banca.

I soggetti interessati che possono essere coinvolti in fattispecie del genere sono gli esponenti aziendali e cioè coloro che all'interno della Banca svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, ivi compresi i commissari straordinari, i commissari liquidatori i direttori generali e coloro che esercitano, anche solo in via temporanea, funzioni equivalenti. Alcune banche hanno tenuto a precisare nelle loro procedure che per "soggetto che svolge funzioni di direzione" si intende il solo capo dell'esecutivo ed il suo sostituto e non anche altri dirigenti, pur se dotati di poteri in materia di erogazione del credito. Con riguardo, invece, alle funzioni di controllo, in un'ottica di cautela è stato ritenuto di includere anche i sindaci supplenti.

La specifica procedura deliberativa si applica agli atti di compravendita e alle obbligazioni di qualunque natura, finanziaria e non, assunte dagli esponenti aziendali in cui sussista, anche solo in astratto, la possibilità di un conflitto di interessi con la banca. Ancora in un'ottica di cautela alcuni istituti hanno inteso ricomprendere anche gli incarichi professionali.

A titolo meramente esemplificativo le Procedure descrivono alcuni casi che si intendono ricompresi nell'ambito dell'art. 136 TUB:

- casi in cui obbligato o contraente sia direttamente l'esponente aziendale, anche in operazioni di carattere non finanziario (es. conferimento di incarico professionale);
- casi in cui obbligato o contraente sia una società semplice, in nome collettivo o in accomandita per azioni, di cui l'esponente risulti essere socio o socio accomandatario;
- operazioni facenti capo a soggetti a favore dei quali l'esponente svolga in forma sistematica, o comunque in maniera rilevante, incarichi professionali specie se riguardanti l'attività economica;
- operazioni di finanziamento in cui risulti che l'esponente è debitore oppure creditore di un terzo soggetto, qualora, per l'entità del credito o del debito oppure per la complessiva situazione finanziaria del terzo, il finanziamento diventi un presupposto utile o necessario, anche se on l'unico, per il pagamento del debito.

Sono esclusi dal novero delle operazioni soggette all'art. 136 TUB i servizi che non comportano l'erogazione di credito, ivi comprese le operazioni di raccolta del risparmio, resi agli Amministratori o a terzi a loro collegabili a condizioni standardizzate in uso per la clientela.

Nei casi in cui il Consiglio di Amministrazione rinvenga la presenza una fattispecie di obbligazione di un esponente bancario, dovrà attenersi ad una specifica procedura deliberativa. A seconda poi della tipologia delle operazione, si applica lo specifico iter deliberativo che prevede una fase deliberativa in cui si fornisce adeguata informativa agli amministratori indipendenti, facoltà di assistenza, rappresentazione delle lacune e inadeguatezza e la successiva fase deliberativa.

Appare utile precisare che l'ambito di applicazione delle normative – art. 136 TUB e operazioni con soggetti collegati – non risulta coincidente, sia per quanto attiene alla tipologia di operazioni, sia per quanto riguarda le categorie di soggetti prese in considerazione. Nell'art.136 TUB, infatti, ricadono anche operazioni con esponenti di società diverse dalle banche, nonché società esterne nelle quali tali esponenti abbiano cariche di amministrazione, direzione o controllo. Inoltre, l'art. 136 TUB, a date condizioni, distingue le operazioni di finanziamento delle altre operazioni.

Si segnala infine che la legge di conversione del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del paese (cd. "Decreto crescita 2") ha modificato l'art. 136 TUB attraverso la soppressione del comma 2 che prevedeva l'applicazione della disciplina di riferimento anche alle operazioni intercorrenti con altre società del gruppo e del comma 2 bis che prevedeva l'applicabilità della disciplina anche alle operazioni effettuate tra la banca e altre società in cui l'esponente riveste incarichi, nonché con società controllate o che le controllano. Di grande interesse risulta poi la modifica che prevede la facoltà per il CdA di delegare l'approvazione delle operazioni rientranti nell'ambito dell'Art. 136 TUB , "rispetto delle modalità ivi previste". Sembrerebbe quindi che tali operazioni possano essere deliberate anche dal Comitato esecutivo.

La norma rimane tuttavia sanzionata in via penale.