

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Laurea magistrale a ciclo unico in giurisprudenza



TESI DI LAUREA

La funzione di Compliance e il rischio reputazionale

**Relatrice:
Prof.ssa Callegari Mia**

**Candidato:
Ronzino Giulio
748901**

Anno Accademico 2016/2017

Limits like fears are often just an illusion

Sommario

INTRODUZIONE.....	7
CAPITOLO 1: IL SISTEMA DI COMPLIANCE BANCARIA	10
1.1 DEFINIZIONE	10
1.2 REGOLAMENTAZIONE	12
1.2.1 AMBITO INTERNAZIONALE.....	12
1.2.2 AMBITO EUROPEO	21
1.2.3 AMBITO NAZIONALE.....	34
CAPITOLO 2: LA FUNZIONE DI COMPLIANCE: PROFILI ORGANIZZATIVI E COSTI	49
2.1 PRINCIPI ORGANIZZATIVI	49
2.2 IL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI	56
2.3 I DIVERSI MODELLI DI GOVERNANCE DELLA FUNZIONE CONTROLLI.....	62
2.4 OBIETTIVI DEL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI.....	69
2.5 I COMPONENTI DEL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI.....	71
2.6 I TRE LIVELLI DI CONTROLLO INTERNO	74
2.6.1 RISK MANAGEMENT	75
2.6.2 LA COMPLIANCE	82
2.6.3 OUTSOURCING DELLA FUNZIONE COMPLIANCE	96
2.6.4 L' INTERNAL AUDIT	100
2.6.5 INTERNAL AUDIT E COMPLIANCE: FOCUS SUI RISPETTIVI AMBITI DI COMPETENZA	103
2.7 L'ATTIVITA' DI REPORTING	108
2.8 I COSTI DELLA COMPLIANCE.....	111

2.9 DUE DILIGENCE E COMPLIANCE: IL D.LGS. 231/2001	114
2.10 WHISTLEBLOWING	130
2.11 CENNI SULLA COMPLIANCE NEL MERCATO DEGLI INTERMEDIARI DEL CREDITO.....	143
2.12 LA COMPLIANCE NEL MONDO STATUNITENSE E IN QUELLO EUROPEO	145
2.12.1 GLI STATI UNITI D'AMERICA.....	145
2.12.2 L'EUROPA.....	152
CAPITOLO 3: IL RISCHIO REPUTAZIONALE.....	157
3.1 DEFINIZIONE E FATTORI DI RISCHIO.....	157
3.2 LE VARIABILI DI RISCHIO E I LORO EFFETTI.....	160
3.3 I CODICI DI CONDOTTA.....	164
3.3.1 RAPPORTI CON I MEDIA E CON IL MERCATO	167
3.3.2 GESTIONE DEGLI OMAGGI, DELLE SPONSORIZZAZIONI E DELLE EROGAZIONI LIBERALI	168
3.3.3 I DIRITTI UMANI.....	168
3.3.4 CONTROLLO DEI RISCHI SOCIALI E AMBIENTALI	169
3.4 PRESIDI DI RISCHIO	171
3.5 BANCHE E SOCIAL MEDIA: <i>SURVEY</i> DELL'ABI.....	173
CAPITOLO 4 MIFID 2: LA COMPLIANCE E LE MODIFICHE NORMATIVE DEL 2018	181
4.1 MIFID 2	181
4.1.1 I POTERI DI INTERVENTO DELLE AUTORITA' EUROPEE E NAZIONALI	182
4.1.2 IL NUOVO REGIME DI TRASPARENZA INTRODOTTO DAL REGOLAMENTO MIFIR E DALLA DIRETTIVA MIFID 2.....	198
4.1.3 GLI OBBLIGHI INFORMATIVI.....	203

4.1.4 IL CONFLITTO DI INTERESSI TRA INTERMEDIARI E INVESTITORI NELLA MIFID2	210
4.1.4 GIURISPRUDENZA NAZIONALE DELLE DIRETTIVE MIFID	216
CAPITOLO 5 CASE STUDIES	222
5.1 UNICREDITGROUP	222
5.2 GRUPPO MEDIOLANUM	229
CONCLUSIONI	243
BIBLIOGRAFIA	248
GIURISPRUDENZA.....	258

INTRODUZIONE

Nel settore finanziario il sistema dei controlli è sempre stato un elemento imprescindibile per lo svolgimento dell'attività dei singoli *player*, secondo le disposizioni via via emanate dalle Autorità di Vigilanza. Esso si manifesta come un presupposto fondamentale per la creazione di valore nel medio lungo periodo e per la valutazione dei rischi che permetta una maggior efficienza nella distribuzione del capitale.

Ciò risulta ancora meno sindacabile nell'ambito bancario, dove nell'ultimo decennio del XX secolo si sono affacciate sul mercato realtà bancarie non tradizionali e la competitività, la dinamicità e l'imprevedibilità del mercato hanno portato ad un aumento della rischiosità dell'attività nel settore.

Per tali premesse si è portata l'attenzione sul perseguimento di una "sana e prudente gestione" attraverso una maggior attenzione sugli strumenti di controllo.

Non si tratta però semplicemente di appurare che la norma sia rispettata, atteso che questo dovrebbe avvenire per "definizione", ma di ridurre al minimo i rischi che sono presenti anche in comportamenti legittimi ma sproporzionati, inadeguati, non etici. In ambito operativo-applicativo questo si esplica nel principio di prudenza, intesa come la tendenza a evitare comportamenti e situazioni che aumentino il rischio di incorrere in sanzioni penali, multe, perdite e di limitare eventi che possano comprometterne la reputazione.

Conoscere la normativa ed applicarla serve quindi a prendere la scelta giusta per diminuire i rischi, e diminuire i rischi serve a creare valore per l'azienda.

Si sta sviluppando una vera e propria “cultura della *Compliance*” che tende a far acquisire fiducia da parte dei clienti e degli azionisti per garantire una struttura che possa durare a lungo nel tempo.

Questo rapporto tra importanza della conoscenza della normativa, comportamenti *compliant*, diminuzione dei rischi operativi e reputazionali e conseguente aumento di valore della banca sul mercato è il concetto alla base del mio lavoro e che in esso proverò a sviscerare.

Nel primo capitolo analizzeremo dunque la normativa relativa alla *Compliance*, a partire dall’ambito internazionale e dalla definizione che ne danno le organizzazioni come lo IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*) e il *Basel Committee on Banking Supervision*, per proseguire in ambito europeo con le disposizioni dell’Unione Europea, in particolare la direttiva MIFID (Direttiva dell’Unione Europea 39/2004), fino a quello nazionale con i regolamenti della Consob e di Banca d’Italia.

Nel secondo capitolo si entrerà nello specifico del tema analizzando il sistema dei controlli interni, nello schema a tre livelli imposto dal Provvedimento congiunto di Banca d’Italia e Consob del 08/03/2011, concentrandomi sulle differenze tra *Risk Management*, *Compliance* ed *Internal Audit* e sui rispettivi ambiti di competenza.

Nel terzo capitolo si affronterà il tema del Rischio Reputazionale, estremamente attuale nel sistema bancario moderno in particolare dopo la crisi finanziaria iniziata nel 2007 sia in ambito internazionale¹ che nazionale², concentrandoci sulla natura e sui fattori di rischio in

¹ Si veda ad esempio sul tema del fallimento della banca americana Lehman Brothers l’articolo di Simon Johnson del Sole 24ore in <http://www.ilsole24ore.com/art/economia/2010-07-28/vita-eterna-grandi-banche>

² Si veda sui recenti fatti inerenti al tema della normativa sul “ Bail in” riguardante banca Etruria e altre banche italiane l’articolo

modo da capire i sistemi di *measuring* delle banche italiane ed europee.

Nel quarto capitolo si analizzerà la disciplina introdotta dalla Direttiva MIFID 2, recepita internamente con il D.Lgs. 129/2017, che pone numerose tematiche che la funzione *Compliance* dovrà gestire e affrontare.

Nel quinto capitolo riporterò due interviste effettuate col Dott. Zingariello Rodolfo e col Dott. Brega Roberto, rispettivamente responsabili delle strutture *Compliance* per l'Italia di Unicreditgroup e Gruppo Mediolanum, in cui abbiamo cercato analogie e differenze nelle strutture delle due diverse banche per poi affrontare il tema dello sviluppo della funzione e di come la Banca virtuale e digitale dei prossimi anni affronterà la questione.

CAPITOLO 1: IL SISTEMA DI COMPLIANCE BANCARIA

1.1 DEFINIZIONE

Per trarre delle valide conclusioni da questo lavoro si trova fondamentale cercare di definire, capire e analizzare innanzitutto il concetto di *Compliance*, in modo da mettere delle pietre angolari chiare, utili per proseguire nel discorso.

La IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*) precisa che “Compliance with securities laws, regulations and rules is a part of the essential foundation of fair and orderly markets as well as investor protection”³.

Il *Basel Committee on banking Supervision* intende per *Compliance* “the risk of legal or regulatory sanctions, material and financial loss, or loss to reputation a bank may suffer as a result of its failure to comply with laws, regulations, rules, related self-regulatory organization standard, and codes of conduct applicable to its banking activities”.

In ambito nazionale si riporta la definizione dell’AICOM (Associazione Italiana Compliance) che sostiene che la Funzione “governi un processo trasversale che consta di presidi organizzativi e operativi atti a evitare disallineamenti con l’insieme delle regole esterne e interne”⁴.

A sua volta la Banca d’Italia richiama come “Il rischio di non conformità alle norme è il rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o

³ <https://www.iosco.org/library>

⁴ L’intervento dell’AICOM è citato in *Sintesi Rapporto di Ricerca* CETIF Osservatorio-Riflessi Organizzativi della Compliance nelle Banche “Sintesi Rapporto di Ricerca” 2007. E’ stato inoltre osservato come “l’introduzione del presidio formale dell’attività di Compliance rappresenta a un tempo un significativo momento di discontinuità per gli aspetti organizzativi per gli intermediary finanziari e un’importante opportunità strategica. Essa è supportata dal carattere dinamico della stessa normative che è basata su tecniche della regolamentazione ispirate ai principi della trasparenza, dell’autonomia dei singoli intermediary, della proporzionalità e della *better regulation*, condizioni di innovazione sostanziale, se applicati in chiave di compliance, anche nei rapporti fra le Authorities e i loro vigilati nel solco segnato dal secondo pilastro di Basilea 2” (Adalberto A., *La compliance nell’attuazione della direttiva MIFID*, Milano, Giuffrè, 2009, pag. 181)

amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di legge o regolamenti ovvero di autoregolamentazione (es. statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina). Detto rischio è diffuso a tutti i livelli dell'organizzazione aziendale, soprattutto nell'ambito delle linee operative; l'attività di prevenzione deve svolgersi in primo luogo dove il rischio viene generato: è pertanto necessaria un'adeguata responsabilizzazione di tutto il personale.”.

Anche l'AICOM (Associazione Italiana Compliance) la definisce come “un processo trasversale che consta di presidi organizzativi e operativi atti a evitare disallineamenti con l'insieme delle regole esterne ed interne”.

Da tali definizioni è stato osservato come emergano due diverse componenti del concetto: una “regolamentare” che rappresenta la conseguenza diretta della violazione e della non conformità alla normativa e una “reputazionale” che, come vedremo meglio nel capitolo 3, è conseguenza invece indiretta. Il rischio reputazionale è infatti un rischio secondario, ove i rischi operativi, di non conformità e legali, i rischi strategici sono primari.

Il rischio di *Compliance* possiamo allora schematizzarlo in un sistema che rapporti i modelli organizzativi dei soggetti del settore bancario con quelli idealmente indicati dal legislatore, ove più la distanza dai due modelli astratti aumenta più aumenta il rischio di non conformità e di conseguenza reputazionale.

1.2 REGOLAMENTAZIONE

Fondamentale diventa dunque, alla luce di quanto detto in precedenza, avere chiaro il quadro normativo della materia in ambito internazionale, dell'Unione Europea e nazionale, poiché conoscere la regolamentazione diminuisce il rischio di non conformità.

1.2.1 AMBITO INTERNAZIONALE

A livello internazionale i principali organi che si sono occupati del tema sono il già citato IOSCO e il *Basel Committee on Banking Supervision*.

La prima è l'organizzazione internazionale delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari. I suoi compiti sono di sviluppare tra gli associati (135 a fine 2001) la cooperazione per il miglioramento della regolamentazione dei mercati e lo scambio di informazioni, di unire i loro sforzi nella fissazione di *standard* e di una sorveglianza efficace sulle transazioni internazionali in titoli e di favorire la mutua assistenza per assicurare l'integrità dei mercati. È suddivisa in quattro *Regional Standing Committees (Africa/Middle-East Regional Committee, Asia-Pacific Regional Committee, European Regional Committee e Interamerican Regional Committee)*, ha un Comitato esecutivo con due sub-comitati di lavoro (*Technical Committee ed Emerging Markets Committee*) e un Segretariato generale con sede in Madrid.

Nel settembre 2003, la IOSCO ha pubblicato i suoi Principi relativi alle attività delle agenzie di rating. Tali principi definiscono obiettivi di alto livello per le agenzie di rating, le autorità di regolamentazione dei valori mobiliari, gli emittenti e gli altri partecipanti al mercato onde migliorare la protezione degli investitori, l'equità del mercato, l'efficacia e la trasparenza e ridurre il rischio di non conformità. In

risposta alle osservazioni ricevute su tali principi, la IOSCO ha elaborato il Codice di condotta per le agenzie di rating⁵.

Tenuto conto della dimensione mondiale del mercato delle agenzie di rating, il codice della IOSCO è concepito per essere applicato da agenzie di tutte le dimensioni e con qualsiasi modello aziendale, nonché in tutti i paesi. Le agenzie di rating sono tenute ad applicare pienamente le disposizioni del suddetto codice, a condizione che esse siano conformi alle direttive comunitarie. A tal fine le agenzie di rating devono incorporare i principi della IOSCO nelle loro procedure. I recenti sviluppi del mercato dimostrano che diverse agenzie hanno predisposto il loro codice di condotta ispirandosi al codice della IOSCO, il che dimostra che quest'ultimo fornisce alle agenzie di rating un corpus di norme utili a fini di autoregolamentazione.

È molto importante non soltanto che le agenzie di rating incorporino il codice di condotta della IOSCO nel proprio codice di condotta, ma anche che si conformino pienamente al codice della IOSCO applicando effettivamente il loro codice nella pratica quotidiana.

Nel 2015 IOSCO ha pubblicato il report che apporta modifiche al Codice di Condotta⁶.

Le modifiche al codice sono finalizzate a:

1. migliorare le previsioni del Codice che riguardano il processo di *rating*, la gestione dei conflitti di interesse, la trasparenza e la custodia delle informazioni;
2. rafforzare le disposizioni del Codice inserendo misure relative alla *governance* alla formazione del personale e alla gestione del rischio;

⁵ IOSCO *Technical Committee, Statement of principles regarding the activities of credit rating agencies, 25 september*

2003 disponibile su <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD151.pdf>

⁶Il documento è reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX%3A52013PC0641>

3. migliorare la chiarezza del Codice aggiungendo talune definizioni, aggiornando la terminologia utilizzata, e chiarendo la portata di alcune disposizioni.

Il Codice intende fornire un insieme di previsioni di natura pratica che offrano una guida e un quadro applicativo con riguardo all'integrità del processo di rating, con la finalità di assicurare agli emittenti e agli investitori la correttezza di tale processo e la salvaguardia di informazioni riservate.

Il *Basel Committee on Banking Supervision*⁷ è un'organizzazione internazionale istituita dai governatori delle Banche centrali dei dieci paesi più industrializzati alla fine del 1974, che opera sotto il patrocinio della Banca dei Regolamenti Internazionali.

Il suo scopo era quello di promuovere la cooperazione fra le banche centrali ed altre agenzie equivalenti allo scopo di perseguire la stabilità monetaria e finanziaria.

L'Italia è attualmente membro del Comitato.

Con il primo accordo sancito nel 1988, denominato Basilea 1, si stabiliscono dei requisiti patrimoniali minimi per le banche in modo da cercare di arginare le politiche troppo aggressive in una materia ancora poco regolamentata. Per "requisito patrimoniale minimo" si intende la

⁷ <https://www.bis.org/publ/bcbs230.pdf>.

Per analizzare la storia e la struttura del *Basel Committee* si veda Goodhart C., *The Basel Committee on Banking Supervision: A History of the Early Years 1974–1997*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 in cui si legge nella Prefazione "The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) sets the guidelines for world-wide regulation of banks. It is the forum for agreeing international regulation on the conduct of banking. Based on special access to the archives of the BCBS and interviews with many of its key players, this book tells the story of the early years of the Committee from its foundation in 1974/5 right through until 1997 - the year that marks the watershed between the Basel I Accord on Capital Adequacy and the start of work on Basel II. In addition, the book covers the Concordat, the Market Risk Amendment, the Core Principles of Banking and all other facets of the work of the BCBS".

quota di capitale destinata a proteggere i prestiti alla clientela che non vengano pagati regolarmente.

I limiti di questo primo accordo è che si tiene esclusivamente conto dei requisiti di patrimonio e di capitale e non ancora dei rischi operativi tra cui, come sappiamo, fondamentale è appunto il rischio di non conformità alla regolamentazione.

Inoltre, gli indici che calcolano il rischio di profilatura del cliente sono estremamente labili e limitati e si limitano, come detto, al rischio di credito senza tenere in considerazione quelli operativi, di reputazione, di business.

La concorrenza del mercato e una richiesta di rendimento del capitale delle banche non possono che condurre a strategie ad alta rischiosità. Iniziano a questo punto a entrare in gioco nelle strategie di business delle banche gli indici RWA⁸ (*RISK WEIGHTED ASSETS*), ovvero le

⁸ Si veda <http://bankpedia.org/index.php/it/abbreviazioni/82-uncategorized-terms/23636-risk-weighted-assets-rwa-enciclopedia> ove si legge che “Le attività ponderate per il rischio, o Risk-Weighted Assets (RWA), rappresentano la sintesi dei principali fattori di rischio riconducibili a una data attività finanziaria. Tali fattori vengono contemplati allo scopo di “correggere” il valore nominale dell’attività in modo da poter esprimere una più appropriata misurazione del suo valore. La logica di inclusione del rischio all’interno del valore degli assets è quella di attribuire un coefficiente di ponderazione via via crescente all’aumentare della rischiosità stessa, in modo che il calcolo produca un incremento degli RWA all’aumentare del rischio delle attività, e via via decrescente al diminuire di essa. Per esempio, a parità di valore nominale di due differenti attività finanziarie, la detenzione in portafoglio di un’obbligazione corporate a medio/lungo termine di un’azienda con utile di bilancio negativo nel corso degli ultimi 3 esercizi e rating BBB, genera degli RWA più elevati rispetto alla detenzione in portafoglio di un titolo di stato di un ente governativo a breve scadenza e a basso rischio sistemico, con rating AAA.

La misurazione degli RWA assume un’importanza notevole soprattutto nel settore delle banche. Infatti, il Comitato di Basilea, in fase di definizione della normativa a livello internazionale sui requisiti di capitale, richiama e regola appunto i Risk-Weighted Assets ai fini del calcolo degli indici di adeguatezza patrimoniale delle banche stesse.

L’ammontare degli RWA influenza quindi l’entità del patrimonio che le banche dovranno detenere per soddisfare i requisiti di adeguatezza patrimoniale richiesti dal Comitato di Basilea. Essi fanno sì che una parte del patrimonio - quella che deve essere accantonata a fronte degli impieghi rischiosi - diventi di natura indisponibile (non può cioè essere impiegata in attività rischiose). La banca dovrà quindi coprire con del patrimonio di base una determinata percentuale dei propri RWA, la quale

attività iniziano ad essere parametrare alla valutazione del rischio e non solo del rendimento.

Si arriva dunque alla conclusione di un secondo accordo, denominato Basilea 2, nel 2004, fondamentale perché basa la solidità del mercato su tre pilastri: quello patrimoniale (che già abbiamo visto essere presente in Basilea 1), quello della disciplina del mercato e quello del controllo prudenziale.

L'organizzazione della gestione del rischio si differenzia allora in due direzioni: la prima interna alla banca, che si dota di un sistema di controlli interni, e la seconda esterna ad essa che si evidenzia nell'accrescimento dei poteri delle Autorità di vigilanza che dovranno verificare, oltre ai requisiti minimi basati su un puro calcolo matematico, anche l'applicazione da parte degli istituti di credito di politiche e di procedure organizzative per la misura e il governo dei propri rischi.

Con l'introduzione dei parametri RWA, l'utile è quindi commisurato al capitale corretto per il rischio e i modelli di business vengono scelti/vincolati alla propensione del rischio che definisce la gestione aziendale⁹.

aumenterà al crescere dei rischi assunti. Le banche chiamate a predisporre un adeguato livello di copertura patrimoniale delle proprie attività si sono dotate di accurati sistemi di rilevazione e controllo interno degli RWA, al fine di tendere in maniera continua e decisa alla riduzione e ottimizzazione della rischiosità degli impieghi, e di conseguenza alla minimizzazione del costo opportunità determinato dalla necessità di accantonare capitale crescente a fronte di impieghi dell'elevato grado di rischio”.

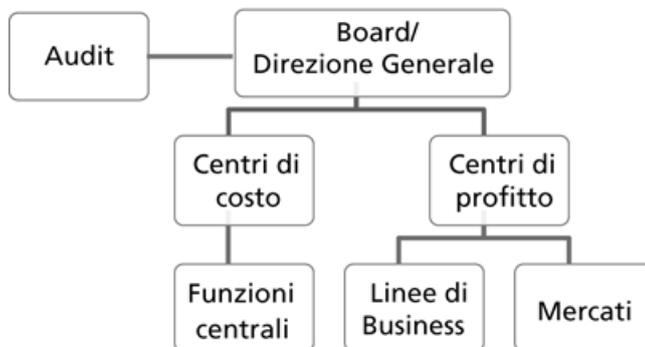
⁹ Maino R., *Un passaggio critico verso Basilea 3*, in www.bancaria.it, 2010-11.

Altro importante riferimento sul tema di Basilea 3 è Masera F. , Mazzoni G, *Basilea III. Il nuovo sistema di regole bancarie dopo la grande crisi*, Milano, FrancoAngeli, 2012, pag. 11 dove si legge “Basilea III presenta indiscutibili progressi e miglioramenti. Restano però gli interrogativi sulla struttura di base. Da più parti si sottolinea come il problema della pro-ciclicità dei requisiti di capitale non sia stato ancora risolto. Si teme inoltre che l'intreccio tra rischio sovrano e rischio bancario venga addirittura acuito dalle più strette regole di Basilea 3 (...).

Le funzioni interne di conformità e correttezza diventano dunque, con Basilea 2, supporti allo svolgimento degli affari, non solo vincoli operativi alle scelte.

Le banche modificano quindi i modelli a base dei loro programmi da quelli “costo/rendimento” (Basilea 1) a quelli “rischio/rendimento”.

Le politiche di *Compliance*, regolazione dei conflitti di interesse, comportamenti commerciali, *policy* e codici etici assumono un ruolo essenziale nel definire la stessa funzione di produzione.



Così come la struttura di direzione generale anche quella dei controlli interni inizia ad essere parte necessaria e fondamentale della *governance* della banca. Tale sistema è efficace se costituisce una

L'esigenza di una maggiore "proporzionalità" nell'applicazione delle regole del capitale per banche e altri operatori del Sistema finanziario rappresenta, per molti commentatori, un ulteriore vulnus del nuovo quadro di regole.

Concentrare infatti gli oneri sulle banche significa esaltare l'arbitraggio regolamentare.

Gran parte del Sistema bancario teme poi che i più alti requisiti di capitale comprimano ulteriormente la redditività di un settore già duramente colpito dalla crisi nell'ultimo quinquennio e che i maggiori costi di intermediazione possano riverberarsi in processi di *deleverage*.

I progressi di Basilea 3 sono comunque importanti, così come fondate sono le critiche appena richiamate. Resta però il quesito di fondo se c'erano alternative regolamentari".

garanzia di mantenimento del valore patrimoniale della banca e di conseguenza del valore del mercato bancario e finanziario.

Con la “cultura del rischio”¹⁰ introdotta con Basilea 2 l’attenzione non si focalizza solo sulla struttura di gestione e controllo ma anche sui ruoli, responsabilità e requisiti personali e professionali del top management.

La recente crisi finanziaria mondiale ha obbligato Il Comitato di Basilea a rivedere le linee dettate da Basilea 2, concentrandosi particolarmente sul CRO (*Chief Risk Officer*). Nell’ambito del *Financial Stability Forum* nel 2008-2009 esso ha presentato diversi documenti per creare una sorta di “cornice” di regolamentazione da attuare poi nei singoli Stati membri per rafforzare l’impianto dei requisiti finanziari, organizzativi e di *governance* degli istituti finanziari.

In questa situazione di crisi e instabilità il CRO risulta rafforzato e con compiti più ampi: essi non si limitano solo più al rischio legato all’assorbimento di capitale ma anche all’attribuzione del rischio nelle diverse aree del mercato. Il CRO, oltre a questi poteri di gestione verso l’interno, è chiamato ad offrire alla Direzione Generale (*Board*) una situazione chiara, ampia e veritiera dei possibili accadimenti economici avversi, che possano toccare in maniera sistemica il gruppo bancario o finanziario.

¹⁰ Scrive Alessandro Carretta che “Oltre a capitale e compliance, serve nelle banche una cultura, principalmente dei rischi e delle relazioni con la clientela, integra e ben diffusa, che orienti la condotta aziendale e i comportamenti organizzativi e delle persone. I costi di una cultura delle banche inadeguata sono altissimi e vanno decisamente oltre i fabbisogni di nuovo capitale spesso messi in evidenza dalla Bce. La costruzione di una corretta cultura del rischio deve però vedere le banche protagoniste, e non spettatrici, di questo processo di cambiamento: la cultura del rischio deve infatti essere «nel» business e non solo nei controlli, che non sono proxy efficaci della cultura” (Carretta A, *La cultura del rischio nel sistema finanziario*, in www.bancaria.it, 2016, n. 3)

Questi scenari dovranno servire al sistema di *governance* per definire le corrette strategie di gestione, tese a presidiare e proteggere il profilo di rischio complessivo, in coerenza con gli obiettivi indicati.

Il sistema dei controlli di *Compliance* fa capo direttamente al CRO che ne è responsabile sia in termini di organizzazione che di governo, mentre la Direzione Generale ha il compito di definire le strategie di rischio e l'insieme dei valori perseguiti.

Il *Board* diventa responsabile di una visione più ampia, estesa alle strategie di rischio e di reputazione e il *risk management*, come funzione interna e come insieme di metodologie e strumenti, si sostanzia in una linea retta che parte dai vertici per attualizzarsi nei comportamenti di tutti i componenti della banca, secondo un classico modello *top-down*.

Come osserva Renato Maino¹¹:

“La strategia di rischio si sostanzia nell’adottare un insieme coordinato e coerente di:

- misure (allocazione patrimoniale, limiti, scatto di azioni correttive, monitoraggio), inclusa la definizione della tolleranza complessiva del gruppo e delle sue parti (aree d'affari, strutture societarie);
- politiche di rischio, di gestione e di conformità;
- valori etici, codici di condotta e di remunerazione interna (in particolare incentivi/sanzioni) e strutture di governo aziendale.”

Il *risk management* diventa quindi parte essenziale del CRO che, come detto in precedenza, con la crisi finanziaria vede ampliarsi le proprie funzioni come responsabile della identificazione, della misurazione, del monitoraggio delle esposizioni delle quali dovrà riportare a livello informativo al *Board*. La gestione del rischio diventa dunque, in un

¹¹ Maino R., *Un passaggio critico verso Basilea 3*, in www.bancaria.it, 2010, n. 4

periodo di estrema insicurezza e instabilità del mercato, ancora più parte essenziale nello scegliere le strategie di *business* di mercato.

Il 12 settembre del 2010 questa tendenza evolutiva acquista forma con la sottoscrizione da parte dei governatori ed i capi delle Autorità di vigilanza del G20 delle proposte fatte dal Comitato di Basilea, in seguito denominate Basilea 3 per sottolineare il *continuum* del percorso iniziato nel 1988.

Questo documento, entrato in vigore nel 2013, prevede però un lungo periodo transitorio fino al 1 Gennaio 2019 in modo da permettere una graduale attuazione al sistema bancario che non destabilizzi ulteriormente il mercato.

Basilea 3 continua sulla linea precedentemente analizzata concentrandosi ulteriormente sulla gestione del rischio (tra cui come sappiamo tra i principali vi è quello di non conformità) obbligando le banche ad accantonare una percentuale maggiore di capitale rispetto ai precedenti provvedimenti ogni volta che questa compie una operazione, poiché ogni operazione comporta un rischio in base alle variabili di essa.

Questo capitale che gli istituti di credito devono accantonare per sicurezza comporta ovviamente dei costi che determina un aumento degli *spread* e delle commissioni a danno dei propri clienti.

La gestione del rischio diventa uno dei costi principali delle banche come vedremo meglio nel paragrafo dedicato ai costi della *Compliance*.

1.2.2 AMBITO EUROPEO

A livello dell'Unione Europea la regolamentazione più importante del mercato bancario e degli istituti di investimento si ha avuta con la Direttiva 2004/39/CE meglio conosciuta come MIFID (*Market in Financial Instruments Directive*)¹² entrata in vigore il 1 Novembre 2007.

Questa direttiva rappresenta il tentativo, da lungo in atto da parte dell'Unione, di creare una regolamentazione del mercato finanziario e delle attività di servizi condivisa dagli Stati Membri.

In particolare, la MIFID si occupa della vigilanza degli intermediari, delle regole di condotta del mercato e del rinnovamento delle attività di investimento. I principali cambiamenti riguardano come gli investitori vengono classificati e tutelati e quali informazioni l'intermediario è obbligato a fornire al cliente.

La nuova normativa stabilisce che ciascun Istituto proceda a nuova classificazione dei propri investitori in base alle caratteristiche degli stessi e alla competenza in materia finanziaria. Sono previste tre categorie, in ordine crescente di competenza: clienti al dettaglio (non professionali), clienti professionali e controparti qualificate; l'Intermediario deve garantire la maggior tutela agli investitori non professionali.

Il cliente deve essere informato circa la modalità di trasmissione ed esecuzione degli ordini della banca, decidere se accettarla e, in caso positivo, dichiararlo esplicitamente.

La normativa, inoltre, obbliga gli intermediari a gestire alle migliori condizioni possibili gli ordini di compravendita di strumenti finanziari.

¹² Irace A., Rispoli Farina M., *L'attuazione della direttiva MIFID*, Torino, Giappichelli, 2010, pag. 121.

Per un'analisi della MIFID in relazione alla consulenza finanziaria si veda AA.VV. a cura di Del Bene F., *Strumenti finanziari e regole MiFID*, Milano, Ipsoa, 2009

Viene regolamentato il servizio di consulenza, cioè la prestazione di raccomandazioni personalizzate sulle operazioni finanziarie in quanto l'intermediario deve obbligatoriamente far sottoscrivere all'investitore il "questionario MIFID" ed in base alle risposte date fornire una profilatura del cliente. Il risultato dell'intervista MIFID, redatta dalle strutture *Compliance* della banca, diventa così fondamentale per la banca per poter consulenzare al meglio il cliente in base ai dati da essa fornita. Diventa però anche fondamentale per la tutela del cliente in quanto ove vengano consigliati investimenti non adatti al "profilo MIFID", questo potrà far valere le proprie ragioni di fronte all'Arbitro Bancario Finanziario (di seguito "ABF"). In particolare, voglio portare all'attenzione la sentenza del collegio dell'ABF di Roma la Decisione N. 5931 del 24 giugno 2016¹³ dove i ricorrenti hanno rappresentato di aver acquistato nel 2004 tre lotti di azioni Alitalia, per un totale di 197.000 azioni ed un controvalore di euro 49.998,60.

In seguito al default della società emittente, che ne comportò la messa in amministrazione straordinaria, i ricorrenti hanno perso l'intero capitale investito.

Per quanto rappresentato in sede di ricorso, i ricorrenti ritengono che la perdita sia imputabile a responsabilità dell'intermediario per:

a) violazione dell'art. 21 TUF e dell'art. 28 Reg. Consob 11522/98, per non aver effettuato la profilatura di rischio in occasione degli acquisti avvenuti a giugno e per averla fatta solo in occasione dell'acquisto dei titoli avvenuto a dicembre (rilevando che nella profilatura di dicembre mancava peraltro l'indicazione della situazione finanziaria) Decisione N. 5931 del 24 giugno 2016

¹³ <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni>

b) violazione dell'art.29 Reg. Consob 11522/98 - trattandosi di operazione ad altorischio - per non aver tenuto conto dell'inadeguatezza dell'operazione al profilo di rischio dei clienti e per non averli informati al riguardo. Né in merito sarebbe sufficiente l'aver indicato negli ordini di acquisto la dicitura "titoli a rischio, obiettivi di investimento non dichiarati, operazione non allineata all'esperienza dichiarata, propensione al rischio maggiore di quella indicata nella scheda cliente", atteso il mancato completo adempimento della profilatura del cliente con il questionario MIFID e la mancata spiegazione delle ragioni per cui l'operazione non era considerata inadeguata.

Leggendo le ragioni del ricorrente diventa semplice capire come la "cultura della *Compliance*" si espliciti a tutti i livelli della banca e non solo come obbligo di conformità normativo ma anche come messa in atto di comportamenti prudenziali e a tutela del cliente.

Per tutelarne gli interessi, la banca deve chiedere ai suoi investitori le informazioni necessarie per tracciarne il profilo finanziario e verificare l'appropriatezza e l'adeguatezza delle operazioni disposte dai clienti nonché del profilo di rischio dell'investimento connesso al servizio di gestione di portafogli eventualmente prescelto dal cliente.

Attraverso un approfondito colloquio e la compilazione di due distinti questionari (c.d. Intervista Appropriata e Intervista Adeguata, congiuntamente "intervista MiFid"), si verificherà insieme al cliente la sua conoscenza ed esperienza in materia di investimento, gli obiettivi di investimento e la situazione finanziaria e verrà individuata una scelta d'investimento adeguata.

Infine, nella prestazione dei servizi di investimento, gli Intermediari devono definire misure organizzative idonee a prevenire e gestire le situazioni di conflitto di interesse, e, qualora tali misure non siano

sufficienti ad assicurare, con ragionevole certezza, che sia evitato il rischio di nuocere agli interessi dei clienti, procedere alla comunicazione nei confronti dei clienti della natura e delle fonti dei conflitti stessi.

Nello specifico riporto il testo di attuazione della Direttiva MIFID 1, la Direttiva di attuazione 2006/73/CE (livello 2) suggerisce all'intermediario di richiedere al cliente informazioni in merito a:

“1a) servizi/operazioni/strumenti finanziari con i quali il cliente ha dimestichezza;

1b) natura/volume/holding-period/frequenza delle operazioni realizzate;

1c) livello di istruzione e professione o, se rilevante, precedente professione.

2a) fonte e consistenza del reddito regolare;

2b) attività, comprese le attività liquide;

2c) investimenti e beni immobili;

2d) impegni finanziari regolari.

3a) periodo di tempo per il quale il cliente desidera conservare l'investimento;

3b) preferenze in materia di rischio;

3c) profilo di rischio;

3d) finalità dell'investimento.”¹⁴

¹⁴ <https://www.consob.it>.

Sui profili dottrinali inerenti all'intervista Mifid si veda Callegaro F., *Orientamenti su alcuni aspetti dei requisiti di adeguatezza della direttiva MiFID*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2013 n. 11 in cui si legge “Viene sottolineato il dovere degli intermediari di informare in maniera chiara e semplice il cliente circa il fatto che le attività finalizzate alle verifiche di adeguatezza (che si sostanziano nell'acquisizione ed aggiornamento di informazioni che lo riguardano, esecuzione dei relativi test in occasione dell'erogazione di servizi di investimento, etc), consentono all'intermediario di agire nel migliore interesse del cliente stesso. Questa indicazione, che corrisponde ad uno dei principi e finalità a base di tale istituto, viene accompagnata dalla “raccomandazione” agli intermediari di evitare che, in qualsiasi fase del processo, tengano comportamenti in grado di determinare

Sarà dunque cura delle strutture *Compliance*, in base a queste indicazioni, fornire ai consulenti il testo del Questionario MIFID che, come abbiamo visto, è obbligatorio effettuare per i clienti che intendono acquistare strumenti finanziari, quote di fondi di investimento, azioni, obbligazioni e derivati.

Per completezza si riporta un esempio di questionario MIFID, tratto dalla Guida del Consumatore, ove le domande da effettuare al cliente riguardano¹⁵:

- Età;
- Professione;
- Livello di istruzione;
- Lei è aggiornato sui mercati finanziari?
- Con quale frequenza opera sul dossier titoli?
- In quale tipologia di prodotti di tipo finanziario investe o ha investito in passato?
- Quali tipologia di servizi finanziari conosce?
- Quali tipologia di prodotti finanziari conosce?
- Quale è la sua fonte di reddito?
- Quale è la sua capacità reddituale annua netta?

ambiguità e scarsa chiarezza circa le loro responsabilità. La finalità della precisazione è quella di evitare che l'intermediario attribuisca alla raccolta di informazioni, e successivo utilizzo, una sorta di compartecipazione del cliente all'eventuale esito negativo, o comunque non profittevole, dell'investimento effettuato che risultava formalmente adeguato – quasi che l'intervento dell'intermediario rimanesse relegato, o parzialmente relegato, in un ambito di mera elaborazione di dati formalmente comunicatigli. Parimenti viene chiarito come in alcun modo debba essere data l'impressione, al cliente, che sia egli a decidere l'adeguatezza dell'investimento o definire quale sia più confacente al proprio profilo di rischio. Appare evidente l'orientamento che traspare dalle Guideline indichi come, al di fuori dall'ipotesi del servizio di gestione portafogli, sia il cliente a decidere di volta in volta l'investimento ma quale momento finale di un processo di competenza e pertinenza in maniera rilevante dell'intermediario, pur con il supporto anche se non indifferente, del cliente stesso".

¹⁵ Alemanni B., Brighetti G., Lucarelli C., *Decisioni di investimento, assicurative e previdenziali*, Milano, Il Mulino, 2012, pag. 134

- Quale è la sua consistenza patrimoniale in termini di immobili, liquidità e prodotti finanziari?
- Quanto riesce a risparmiare del suo reddito annuo netto?
- Quale percentuale investe dei suoi risparmi in prodotti finanziari?
- A quanto ammontano i suoi investimenti in beni immobili?
- Quale è l'obiettivo dei suoi investimenti?
- Quale è il periodo di tempo per il quale desidera conservare l'investimento?
- Quale è la sua reazione ai movimenti negativi di mercato?

Gli Intermediari sono tenuti inoltre ad istituire procedure efficaci e trasparenti per la gestione dei reclami del cliente. Nel caso in cui venga presentato un reclamo, l'istituto deve conservarne traccia, ivi incluse le misure da essa intraprese per risolvere il problema.

Anche in ambito europeo come quello internazionale (abbiamo visto le motivazioni alla base del passaggio da Basilea 2 a Basilea 3) la crisi finanziaria e la necessità di rinforzare le strutture del sistema per diminuire il rischio hanno portato alla pubblicazione della Direttiva UE 65/2014, detta MIFID 2, e al Regolamento 600/2014 del Parlamento e del Consiglio Ue, detto MIFIR¹⁶.

La Direttiva MIFID 2 modifica i requisiti specifici concernenti la prestazione dei servizi di investimento, il campo di applicazione delle esenzioni previste dalla direttiva attuale, i requisiti organizzativi e le norme di condotta per le imprese di investimento, i requisiti organizzativi per le sedi in cui avvengono le negoziazioni, l'autorizzazione e gli attuali obblighi vigenti per i fornitori di servizi di dati, le facoltà delle autorità competenti, le sanzioni e la normativa

¹⁶ <https://www.dirittobancario.it>

applicabile alle imprese di paesi terzi che operano tramite una succursale.

Il Regolamento MIFIR invece illustra i requisiti relativi a la divulgazione al pubblico di dati sulla trasparenza delle negoziazioni ed alle autorità competenti di dati sulle operazioni, l'eliminazione delle barriere per un accesso non discriminatorio alle stanze di compensazione, la negoziazione obbligatoria di derivati presso sedi organizzate, le attività di vigilanza specifiche sugli strumenti finanziari e sulle posizioni in derivati e la prestazione di servizi da parte di imprese di paesi terzi che non dispongono di una succursale.

I principi che hanno incentivato la modifica normativa sono quelli di rafforzare ulteriormente la tutela dell'investitore e di aumentare i poteri di Vigilanza sul sistema bancario europeo.

In particolare, riguardo al secondo punto si prevede in capo alla Commissione europea la facoltà di vietare alcune attività di investimento ritenute particolarmente rischiose per il sistema e di armonizzare i controlli dei supervisori nazionali in tema di conformità normativa dei diversi Paesi membri.

Strategica diventa anche a livello sovranazionale la funzione di controllo dell'Autorità indipendente dell'Ue denominata ESMA, *European securities and markets authority*, che col nuovo sistema normativo acquisisce il ruolo di migliorare la protezione degli investitori e promuovere la stabilità finanziaria e il corretto funzionamento dei mercati, con l'obiettivo di rafforzare il sistema finanziario in modo che sia in grado di resistere agli shock degli squilibri finanziari. Fanno parte del Cda il presidente dell'Esma, i rappresentanti delle autorità nazionali di vigilanza e i delegati della Commissione.

Nel dicembre del 2011 l'Esma ha divulgato il documento "*Guidelines on certain aspects of the MIFID compliance function requirements*"¹⁷.

Il documento specifica le linee guida per quanto riguarda la responsabilità della funzione *Compliance* sulle sue attività di *reporting* e *monitoring*, i requisiti dal punto di vista organizzativo, le indicazioni alle Autorità di vigilanza¹⁸ per il metodo da seguire nella valutazione dell'applicazione e nella verifica degli intermediari.

Il primo paragrafo, intitolato "*Guidelines on responsibilities of the compliance function*", è diviso nei sottoparagrafi riguardanti il "*compliance risk assessment*", il "*monitoring*", il "*reporting*" e "*l'attività di advising*".

Nel primo viene richiesto all'intermediario di assicurare che la funzione abbia adeguate risorse, distribuite efficacemente al fine di determinare regolarmente i compiti di monitoraggio e consulenza, basandosi sull'approccio *risk based*.

Non si richiede quindi una mera individuazione dei rischi ma la valutazione del grado degli stessi.

Per quanto riguarda il *monitoring* il documento richiede la predisposizione da parte della funzione *Compliance* di un piano finalizzato ad assicurare un monitoraggio che sia adeguato per tutte le aree di operatività.

Il documento dell'Esma specifica anche il caso di monitoraggio dei gruppi societari, ribadendo l'autonoma responsabilità di ciascun intermediario pur tenendo in considerazione l'appartenenza a un determinato aggregato societario.

¹⁷<https://www.esma.europa.eu/press-news/consultations/guidelines-certain-aspects-mifid-compliance-function-requirements>

¹⁸ Le indicazioni sono state recepite con il Regolamento Congiunto Banca d'Italia-Consob del 19 dicembre 2012, entrato in vigore il 26 gennaio 2013

Nella pianificazione delle attività di monitoraggio devono essere presi in considerazione anche variabili in grado di modificare il profilo dell'intermediario come le variazioni del sistema IT, acquisizioni, ristrutturazioni aziendali.

Sostiene Callegaro¹⁹ che “viene sottolineato come la compliance non debba essere elemento del processo di definizione dei riscontri alla clientela, in caso di reclami o lamentele, pur rivestendo un significativo ruolo nel sorvegliare la correttezza del relativo processo e dovendo, da parte dell'intermediario esserle assicurato l'accesso a tutta la relativa documentazione”.

Altra attività presa in considerazione dall'Esma è il *reporting* che la *compliance* è tenuta a presentare al management per quanto attiene alle attività svolte dall'intermediario, nonché i rischi individuati e le soluzioni proposte.

Questa reportistica deve contenere:

- Le implementazioni dell'attività di *Compliance*;
- I rischi identificati nell'ambito di monitoraggio;
- Le sottolineature delle modifiche normative e regolamentari.

Resta in capo alla funzione il compito di informare il management qualora riscontri non conformità alle disposizioni della MIFID indicando le soluzioni proposte per eliminare il gap normativo.

L'attività di *Advisory* assume particolare rilievo nell'obiettivo di sensibilizzare la rete aziendale a un miglioramento della tutela dell'investitore, fine ultimo della disciplina MIFID.

¹⁹ Callegaro F., *La Compliance bancaria, obblighi normativi, linee guida e modelli organizzativi*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2014, pag. 95

La formazione in particolare sarà focalizzata sulle *policy* adottate dall'intermediario nelle attività di investimento, sulla normativa emanata dall'Esma e dalle Autorità di Vigilanza.

Questa attività assume dunque caratteristica di imprescindibilità.

L'attività consulenziale della *Compliance* viene richiamata anche per le variazioni organizzative dell'intermediario che opera nel mercato dei servizi d'investimento.

Il management inviterà dunque le strutture di business a consultarla in merito alle strategie operative.

Il secondo paragrafo (intitolato "*Guidelines on organisational requirements of the compliance function*") del documento dell'Esma analizza invece il profilo organizzativo imperniato dal principio di proporzionalità.

In applicazione di esso viene precisato che il numero dei soggetti operante nella funzione di compliance deve essere adeguato soggettivamente e oggettivamente all'attività svolta dall'intermediario.

Le modalità di questo controllo non sono specificate nel documento e andranno determinate dall'istituto, così come l'adeguatezza degli strumenti tecnologici e con una formazione coordinata.

L'Esma sottolinea l'importanza che il personale debba accedere a tutti i sistemi/procedure/informazioni dell'intermediario e che il *Compliance Officer* debba partecipare alle riunioni del *management*.

Quest'ultimo deve assicurare supporto alla funzione per garantire l'adempimento delle sue funzioni.

Caratteristica indicata dal documento della funzione è quella di "permanenza", ovvero assicurare in caso di assenza del *Compliance Officer* una corretta sostituzione.

Le responsabilità, i compiti e i poteri devono essere definiti ed espressi nel Regolamento di *Compliance* indicandosi in esso anche le informazioni sui vari report che la funzione deve predisporre nell'attività di monitoraggio.

L'Esma si sofferma poi in particolare nel sottolineare il carattere d'indipendenza che la *compliance* deve garantire, aiutata dall'intero sistema organizzativo che deve essere strutturato in maniera tale da escludere che qualsiasi *business unit* possa influenzare anche con istruzioni interne i componenti dello staff della Funzione o la sua attività.

Nel documento viene espressamente previsto che le disposizioni del *management* debbano avere carattere generale per non interferire sull'attività concreta del *Compliance Officer*.

Proprio per favorire l'indipendenza della funzione è permesso solo al *Senior Management* di inserire o sostituire personale nell'ambito della *Compliance*, motivando formalmente le proprie scelte.

Altro punto analizzato nello specifico è quello che in generale i componenti della Unit della *Compliance* non debbano essere coinvolti nell'attività di monitoraggio e verifica di quest'ultima per evitare che possa insorgere un conflitto d'interessi che possa comprometterne l'efficacia.

A questa è infatti dedicata la funzione di *Internal Audit*, alla quale è affidato anche il compito di evidenziare ogni sovrapposizione che andrà motivata e coordinata con le attività delle altre funzioni controllo.

Ultimo aspetto analizzato dall'Esma è la possibilità che la funzione venga organizzata in *outsourcing* facendo riferimento all'art. 14 della Direttiva Mifid che prevede che:

- “a) l’esternalizzazione non deve determinare la delega della responsabilità da parte dell’alta dirigenza;
- b) non devono essere alterati il rapporto e gli obblighi dell’impresa di investimento nei confronti della sua clientela ai sensi della citata direttiva;
- c) non deve essere messo a repentaglio il rispetto delle condizioni che l’impresa di investimento deve soddisfare per poter essere autorizzata e per conservare tale autorizzazione ai sensi dell’art. 5 della Direttiva;
- d) non deve essere soppressa o modificata nessuna delle altre condizioni alle quali è stata subordinata l’autorizzazione dell’impresa²⁰”.

Come detto in precedenza le Autorità nazionali hanno recepito questo fondamentale documento dell’Esmā con la Comunicazione congiunta del 19 dicembre 2012 per allineare integralmente agli Orientamenti i criteri di nomina del responsabile della funzione di conformità alle norme previsti dal Regolamento congiunto, facendo presente che la nomina e la revoca di tale soggetto sono di competenza dell’organo con funzione di supervisione strategica, sentito l’organo di controllo. Si specifica poi l’obbligo, previsto dall’art. 12 del Regolamento congiunto, di mantenere separate, sotto un profilo organizzativo, le funzioni di conformità alle norme e di *internal audit* resta confermato, anche sulla base degli Orientamenti dell’ESMA. I casi del tutto eccezionali che secondo le linee guida consentirebbero di superare tale previsione, non sono applicabili agli operatori nazionali, considerato anche che la loro forma giuridica di società di capitali richiede comunque strutture organizzative e processi decisionali non elementari.

Per quanto riguarda la tutela dell’investitore, se con MIFID 1 le banche ovvero le imprese di investimento erano tenute ad acquisire

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32004L0039>

informazioni in merito a conoscenze ed esperienze del cliente, con la MIFID 2 dovranno definire quali strumenti finanziari saranno adeguati individuando la sua capacità di poter far fronte a eventuali perdite vagliando la sua predisposizione al rischio. Tale valutazione dovrà altresì essere effettuata sia per un investimento singolo sia quando la banca o l'impresa di investimento consigli una pluralità di prodotti o servizi, in questo caso la valutazione di adeguatezza dovrà avvenire in relazione all'intero pacchetto.

Sempre nell'ottica di una migliore armonizzazione dei controlli e della normativa degli Stati Membri nel 2014 alla Banca Centrale Europea è stata affidata l'attività di vigilanza dell'area Euro. Il compito della BCE è quello di collaborare con le Autorità preposte dei singoli Stati come elemento essenziale dell'unione bancaria.

In questi tre anni di esercizio, la BCE è stata fondamentale per questa attività di armonizzazione. Analizzando il documento in cui si indicano le priorità dell'attività della BCE per il 2016 si può notare come il tema della gestione dei rischi, che abbiamo visto essere fondamentale fin da Basilea 1, rimane prioritario.

Ha affermato Danièle Nouy, Presidente del Consiglio di vigilanza della BCE, che "La vigilanza bancaria è un settore dinamico. Il mondo in cui viviamo è mutato, come pure il contesto economico e regolamentare. Esamineremo più da vicino gli effetti derivanti per gli intermediari dalla Brexit, dal settore della tecnofinanza e dalle attività bancarie esternalizzate"²¹.

L'attenzione si dimostra quindi essere rivolta verso i rischi fondamentali fronteggiati al momento dalle banche, tra cui la necessità di adattarsi a condizioni finanziarie quali la debole crescita

²¹ <https://www.bankingsupervision.europa.eu>

economica nell'area dell'euro e le incertezze geopolitiche gestendo nel contempo le attività finanziarie preesistenti.

Un'altra tematica sulla quale la BCE si concentrerà, diversamente dagli anni passati, è quella delle attività che le banche stanno esternalizzando sempre di più (*outsourcing*) e dei rischi operativi, di gestione e di controllo che queste comportano.

1.2.3 AMBITO NAZIONALE

Nello Stato italiano la funzione bancaria assume ruolo fondamentale all'interno del sistema socio-economico generale, coinvolgendo la tutela di interessi pubblici di rilievo costituzionale.

Sancisce infatti l'art. 47 della Costituzione italiana che: "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese"²².

La Banca svolge dunque attività che vengono tutelate direttamente dalla Costituzione del 1948.

Per quanto riguarda la tutela del mercato bancario e i compiti di regolamentazione e Vigilanza, questi vengono assunti da Banca d'Italia

²² Sul tema si veda Fiordiponti F., *Tutela del risparmio. Principi costituzionali e rimedi civilistici*, Milano, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, il cui testo approfondisce gli aspetti della disciplina dell'intermediazione finanziaria che più direttamente hanno impatto con la tutela del risparmio e del risparmiatore. In particolare, vengono esaminate le scelte attraverso le quali si è progressivamente realizzato l'attuale assetto delle tutele, individuando i rimedi esperibili nelle concrete fattispecie. Il quadro normativo comunitario, ispirato dall'intento di tutelare i soggetti "deboli", benché in una prospettiva di garanzia dell'efficienza del mercato, non sembra però del tutto libero dall'influenza che la finanza è in grado di esercitare, non solo nel mondo dell'economia e sui mercati finanziari, ma sulla stessa società civile.

e dalla CONSOB (Commissione nazionale per le società e la Borsa), con competenze non coincidenti.

Le origini della Banca d'Italia²³ sono datate addirittura nella Legge bancaria del 10 agosto 1893, n. 449 che la istituì in un'ottica di riorganizzazione degli istituti di credito.

Nel 1926 la posizione sostanzialmente pubblica dell'Istituto ebbe un importante riconoscimento: la Banca d'Italia divenne l'unico istituto autorizzato all'emissione di banconote e le furono affidati poteri di vigilanza sulle altre banche, successivamente ampliati e potenziati dalla legge bancaria del 1936 che la riconobbe la Banca come istituto di diritto pubblico.

La CONSOB, istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216, è invece un'autorità amministrativa indipendente, dotata di personalità giuridica e piena autonomia la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare italiano.

Come detto in precedenza le competenze delle due autorità non sono coincidenti: la Banca d'Italia è competente per quanto riguarda il contenimento del rischio e la stabilità patrimoniale. Il rischio della Banca d'Italia si fonda sulla tutela del risparmio, perché se solo un intermediario non dovesse rispettare questo principio, si avrebbe un effetto panico nei confronti degli investitori.

La CONSOB²⁴ è competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e delle informazioni che vengono trasmesse nel mercato finanziario, ovvero l'intermediario che favorisce l'incontro tra i soggetti in deficit e i soggetti in surplus deve essere in grado di fornire tutte le informazioni relative agli strumenti

²³ <https://www.bancaditalia.it/chi-siamo/storia/index>

²⁴ <http://www.consob.it/web/investor-education/la-finanza-nella-storia>

finanziari, in un modo corretto, affinché i soggetti in surplus possano valutarli.

La Banca d'Italia e la CONSOB esercitano i poteri di vigilanza nei confronti dei soggetti abilitati; ciascuna vigila sull'osservanza delle disposizioni regolanti le materie di competenza.

La Banca d'Italia e la CONSOB operano in modo coordinato anche al fine di ridurre al minimo gli oneri gravanti sui soggetti abilitati e si danno reciproca comunicazione dei provvedimenti assunti e delle irregolarità rilevate nell'esercizio dell'attività di vigilanza.

L'azione congiunta è necessaria per gli intermediari affinché questi possano spaziare tra i due mercati, di credito e di capitali.

Questa azione congiunta permette una visione globale del controllo dell'intermediario, di essere più efficaci nel controllo e di eliminare le duplicazioni di controllo. Questo porta ad un minor costo per l'intermediario per fornire le informazioni. Un controllo oneroso e ridondante di informazioni sarebbe un elemento inefficiente per gli intermediari.

La CONSOB, che è più indirizzata al controllo degli strumenti finanziari, si occupa della vigilanza affinché tutti i soggetti che dispongono di strumenti finanziari abbiano le informazioni necessarie per conoscere questi strumenti.

Analizzate le differenze tra le due autorità dal punto vista dei ruoli e delle componenti mi soffermerei sulla loro organizzazione e sulla nomina del Governatore della Banca d'Italia e del Presidente della Consob.

In precedenza, il Governatore della Banca d'Italia era nominato a vita, regola venuta meno dopo gli scandali finanziari emersi nel 2005 riguardanti Antonveneta. Da allora la nomina ha una durata di sei anni

con DPR del Presidente della Repubblica; il mandato è rinnovabile una sola volta.

Il Parlamento non ha alcun ruolo nel processo di nomina poiché questo organismo ha tra le caratteristiche fondamentali quella dell'indipendenza.

Banca d'Italia è parte integrante del SEBC (Sistema Europeo delle Banche Centrali) e della BCE. In particolare, lo Statuto del SEBC prevede all'art. 7 l'indipendenza assoluta dei membri dei consigli direttivi di ogni banca centrale nazionale dal potere politico.

La differenza tra Banca d'Italia e le altre autorità di controllo è proprio la dimensione di partecipazione a un sistema istituzionale europeo.

La Consob non ha questa caratteristica: anche il Presidente della Consob è nominato con un DPR del Presidente della Repubblica ma dopo deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Questa Autorità è quindi maggiormente soggetta alle permeabilità politiche²⁵.

Dal punto di vista della normativa sulla Vigilanza Regolamentare pietra miliare è il D.lgs. 395/1993, altrimenti definito Testo Unico Bancario²⁶ (TUB), emanato con la finalità disciplinare l'attività bancaria, ovvero la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito effettuato mediante operazioni di prestito e finanziamento sotto qualsiasi forma. Nello specifico l'art. 53 TUB, nella versione del 1993, prevedeva:

“53. Vigilanza regolamentare.

1. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto:

a) l'adeguatezza patrimoniale;

²⁵ D'Ambrosi F., *Consob e sistema di vigilanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pag. 8

²⁶<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/Testo-Unico-Bancario.pdf>

b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni;
c) le partecipazioni detenibili;
d) l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni;
d-bis) l'informativa da rendere al pubblico sulle materie di cui alle lettere da a) a d).

2. Le disposizioni emanate ai sensi del comma 1 possono prevedere che determinate operazioni siano sottoposte ad autorizzazione della Banca d'Italia.

2-bis. Le disposizioni emanate ai sensi del comma 1, lettera a), prevedono che le banche possano utilizzare:

a) le valutazioni del rischio di credito rilasciate da società o enti esterni; le disposizioni disciplinano i requisiti, anche di competenza tecnica e di indipendenza, che tali soggetti devono possedere e le relative modalità di accertamento;

b) sistemi interni di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali, previa autorizzazione della Banca d'Italia. Per le banche sottoposte alla vigilanza consolidata di un'autorità di un altro Stato comunitario, la decisione è di competenza della medesima autorità, qualora, entro sei mesi dalla presentazione della domanda di autorizzazione, non venga adottata una decisione congiunta con la Banca d'Italia.

2-ter. Le società o enti esterni che, anche gestendo sistemi informativi creditizi, rilasciano alle banche valutazioni del rischio di credito o sviluppano modelli statistici per l'utilizzo ai fini di cui al comma 1, lettera a), conservano, per tale esclusiva finalità, anche in deroga alle altre vigenti disposizioni normative, i dati personali detenuti legittimamente per un periodo di tempo storico di osservazione che sia congruo rispetto a quanto richiesto dalle disposizioni emanate ai sensi del comma 2-bis. Le modalità di

attuazione e i criteri che assicurano la non identificabilità sono individuati su conforme parere del Garante per la protezione dei dati personali.

3. La Banca d'Italia può:

a) convocare gli amministratori, i sindaci e i dirigenti delle banche per esaminare la situazione delle stesse;

b) ordinare la convocazione degli organi collegiali delle banche, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni;

c) procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali delle banche quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla lettera b);

d) adottare per tutte le materie indicate nel comma 1, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singole banche, riguardanti anche la restrizione delle attività o della struttura territoriale, nonché il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio.

4. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, disciplina condizioni e limiti per l'assunzione, da parte delle banche, di attività di rischio nei confronti di coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario nonché dei soggetti a essi collegati. Ove verifichi in concreto l'esistenza di situazioni di conflitto di interessi, la Banca d'Italia può stabilire condizioni e limiti specifici per l'assunzione delle attività di rischio.

4-ter. La Banca d'Italia individua i casi in cui il mancato rispetto delle condizioni di cui al comma 4 comporta la sospensione dei diritti amministrativi connessi con la partecipazione.

4-quater. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, disciplina i conflitti d'interessi tra le banche e i soggetti indicati nel comma 4, in relazione ad altre tipologie di rapporti di natura economica”.

Per quanto riguarda gli istituti che operano nel campo dei servizi di investimento, la vigilanza regolamentare, oltre che da Banca d'Italia è effettuata dalla Consob.

Interviene a questo proposito il TUF²⁷, Testo Unico Finanza (Decreto Legislativo n. 58/1998), che all'art. 6 comma 2 bis prevede che:

“2-bis. La Banca d'Italia e la Consob disciplinano congiuntamente mediante regolamento, con riferimento alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento, nonché alla gestione collettiva del risparmio, gli obblighi dei soggetti abilitati in materia di:

- a) governo societario, requisiti generali di organizzazione, sistemi di remunerazione e di incentivazione;
- b) continuità dell'attività;
- c) organizzazione amministrativa e contabile, compresa l'istituzione della funzione di cui alla lettera e);
- d) procedure, anche di controllo interno, per la corretta e trasparente prestazione dei servizi di investimento e delle attività di investimento nonché della gestione collettiva del risparmio;
- e) controllo della conformità alle norme;
- f) gestione del rischio dell'impresa;
- g) audit interno;
- h) responsabilità dell'alta dirigenza;
- i) trattamento dei reclami;
- j) operazioni personali;

²⁷ <http://www.consob.it/web/area-pubblica/tuf-e-regolamenti-consob>

- k) esternalizzazione di funzioni operative essenziali o importanti o di servizi o attività;
- l) gestione dei conflitti di interesse, potenzialmente pregiudizievoli per i clienti;
- m) conservazione delle registrazioni;
- n) procedure anche di controllo interno, per la percezione o corresponsione di incentivi.”

In attuazione dell’art. 6 comma 2 bis del TUF, che introduce questo potere di vigilanza congiunto di Banca d’Italia e di Consob, è stato emanato il Regolamento Congiunto del 29 ottobre del 2007²⁸, il quale interviene specificando i principi con i quali gli intermediari devono istituire ed organizzare le funzioni aziendali di controllo introducendo la tripartizione tra gestione del rischio, controllo di conformità alle norme e revisione interna.

Il capo III, denominato “Funzioni aziendali di controllo” prevede infatti agli articoli 12, 13 e 14 che:

“Articolo 12 (Istituzione delle funzioni aziendali di controllo di conformità alle norme, di gestione del rischio e di revisione interna)

1. Gli intermediari istituiscono e mantengono funzioni permanenti, efficaci e indipendenti di controllo di conformità alle norme e, se in linea con il principio di proporzionalità, di gestione del rischio dell’impresa e di revisione interna. 2. Per assicurare la correttezza e l’indipendenza delle funzioni aziendali di controllo è necessario che: a) tali funzioni dispongano dell’autorità, delle risorse e delle competenze necessarie per lo svolgimento dei loro compiti; b) i responsabili non siano gerarchicamente subordinati ai responsabili delle funzioni sottoposte a controllo e siano nominati dall’organo con

²⁸http://www.consob.it/documents/46180/46181/reg_bi_consob_2007_10_29.pdf/f3fa3608-f97a-4a19-8a14-ec33a3195bf7

funzione di gestione, d'accordo con l'organo di supervisione strategica, sentito l'organo con funzioni di controllo. Essi riferiscono direttamente agli organi aziendali; c) i soggetti rilevanti che partecipano alle funzioni aziendali di controllo non partecipino alla prestazione dei servizi che essi sono chiamati a controllare; d) le funzioni aziendali di controllo siano tra loro separate, sotto un profilo organizzativo; e) il metodo per la determinazione della remunerazione dei soggetti rilevanti che partecipano alle funzioni aziendali di controllo non ne comprometta l'obiettività.

3. Con riferimento alla funzione di controllo di conformità, gli intermediari sono esentati dai requisiti di cui alle lettere c), d) ed e) del comma 2, qualora dimostrino che, in applicazione del principio di proporzionalità, gli obblighi in questione non sono proporzionati e che la funzione di controllo di conformità continua a essere efficace.

4. Con riferimento alla funzione di gestione del rischio, gli intermediari possono non istituire tale funzione o sono esentati dai requisiti di cui alle lettere c), d) ed e) del comma 2, qualora dimostrino che, in applicazione del principio di proporzionalità, il sistema di gestione del rischio dell'impresa è costantemente efficace.

5. Con riferimento alla funzione di revisione interna, gli intermediari possono non istituire tale funzione o sono esentati dai requisiti di cui alle lettere c) ed e) del comma 2, qualora dimostrino che, in applicazione del principio di proporzionalità, sia assicurata la costante valutazione dell'adeguatezza e dell'efficacia dei sistemi, dei processi, delle procedure e dei meccanismi di controllo dell'intermediario.

Articolo 13 (Funzione di gestione del rischio)

1. La funzione di gestione del rischio: a) collabora alla definizione del sistema di gestione del rischio dell'impresa;

b) presiede al funzionamento del sistema di gestione del rischio dell'impresa e ne verifica il rispetto da parte dell'intermediario e dei soggetti rilevanti; c) verifica l'adeguatezza e l'efficacia delle misure prese per rimediare alle carenze riscontrate nel sistema di gestione del rischio dell'impresa. 2. La funzione di gestione del rischio presenta agli organi aziendali, almeno una volta all'anno, relazioni sull'attività svolta e le fornisce consulenza.

Articolo 14 (Revisione interna)

La funzione di revisione interna: a) adotta, applica e mantiene un piano di audit per l'esame e la valutazione dell'adeguatezza e dell'efficacia dei sistemi, dei processi, delle procedure e dei meccanismi di controllo dell'intermediario; b) formula raccomandazioni basate sui risultati dei lavori realizzati conformemente alla lettera a) e ne verifica l'osservanza; c) presenta agli organi aziendali, almeno una volta all'anno, relazioni sulle questioni relative alla revisione interna".

All'art. 16 il Regolamento analizza specificamente la Funzione di non conformità alle norme, individuando la duplicità delle attività: da una parte il controllo che le procedure siano conformi alla normativa, dall'altra la consulenza e l'assistenza per attuare all'interno dell'azienda le nuove normative.

Il Report di queste attività viene presentato con periodicità almeno annuale agli organi aziendali per poter adottare rimedi alle carenze individuate.

Fondamentale risulta, per analizzare al meglio il tema in oggetto, l'intervento normativo operato da Banca d'Italia con il Regolamento del 2007 intitolato *Disposizioni di vigilanza in materia di conformità compliance*²⁹.

²⁹<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2007/Consultazione-prudenziale/index>

L'Autorità di Vigilanza chiarisce i principi che la Funzione deve perseguire: quelli di onestà, correttezza e lo spirito delle norme.

Per fare ciò gli istituti devono “approntare specifici presidi organizzativi, volti ad assicurare il rigoroso rispetto delle prescrizioni normative e di autoregolamentazione”.

Gli istituti determinano i presidi con discrezionalità dal punto di vista organizzativo, secondo il principio di proporzionalità, in coerenza con le dimensioni dell'azienda.

La funzione permette alla banca di creare valore aziendale, attraverso il rafforzamento e la preservazione del buon nome della banca e della fiducia con i clienti promuovendo non solo una corretta informazione come da prescrizioni normative sulla trasparenza ma anche attraverso consulenze volte alla miglior scelta finanziaria.

La definizione di rischio di non conformità è prevista dalla stessa Banca d'Italia al punto 2 del sopracitato documento in cui si legge che:

“Il rischio di non conformità alle norme è il rischio di incorrere in sanzioni giudiziarie o amministrative perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (di legge o di regolamenti) ovvero di autoregolamentazione (es. statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina).

Detto rischio è diffuso a tutti i livelli dell'organizzazione aziendale, soprattutto nell'ambito delle linee operative; l'attività di prevenzione deve svolgersi in primo luogo dove il rischio viene generato: è pertanto necessaria un'adeguata responsabilizzazione di tutto il personale”.

Per evitare i rischi di non conformità nelle *Disposizioni di vigilanza* si richiede agli intermediari una chiara e formalizzata individuazione e distinzione di ruoli e responsabilità ai diversi livelli dell'organizzazione della banca e l'istituzione di un'apposita funzione incaricata della gestione del rischio di non conformità, la nomina di un responsabile

della conformità all'interno della banca e la predisposizione di un documento interno che indichi i compiti, le modalità operative e i risultati dell'attività svolta dalla funzione di conformità.

L'Autorità di vigilanza, dopo essersi soffermata sulle competenze della funzione e sui modelli organizzativi (temi che si affronteranno nel successivo capitolo), detta le caratteristiche della *Compliance*, sempre attraverso la tecnica normativa di "principi", lasciando l'attuazione agli istituti secondo i principi di proporzionalità e discrezionalità.

La funzione deve essere:

“sia indipendente. A tal fine è necessario che: vengano formalizzati lo status e il mandato della funzione attraverso l'indicazione di compiti, responsabilità, addetti, prerogative, flussi informativi rivolti direttamente agli organi di vertice; venga nominato un responsabile indipendente; sia assicurata la presenza di adeguati presidi per prevenire i conflitti di interesse attraverso, in particolare, la previsione di flussi informativi separati e dedicati;

sia dotata di risorse qualitativamente e quantitativamente adeguate ai compiti da svolgere. Sotto il profilo delle risorse umane, le attività di conformità possono essere svolte da personale inserito in una struttura organizzativa dedicata e gerarchicamente dipendente dal responsabile della funzione ovvero da dipendenti integrati in aree operative diverse. Indipendentemente dalla soluzione organizzativa prescelta, il personale che svolge funzioni di conformità deve essere adeguato per: numero; competenze tecnico-professionali; aggiornamento, anche attraverso l'inserimento in programmi di formazione nel continuo. Inoltre, attraverso l'attribuzione di risorse economiche eventualmente attivabili anche in autonomia, dovrà essere consentito alla funzione il ricorso a consulenze esterne, in relazione alla particolare complessità di specifiche innovazioni

normative e/o operative; abbia accesso a tutte le attività della banca svolte sia presso gli uffici centrali sia presso le strutture periferiche nonché a qualsiasi informazione rilevante per lo svolgimento dei propri compiti, anche attraverso il colloquio diretto con il personale”³⁰.

Per dimensione, dettaglio e completezza dei temi trattati le *Disposizioni di vigilanza* rappresentano il testo fondamentale nazionale per analizzare il tema della funzione di non conformità.

Altro documento interno sull’argomento a livello di normativa interna è la Circolare di Banca d’Italia 285/2013³¹, in particolare il suo successivo documento *Note di chiarimento* in cui si legge che: “La Circ. 285/2013 dispone che le banche assicurino la completezza, l’adeguatezza, la funzionalità e l’affidabilità del sistema dei controlli interni, utilizzando presidi in grado di coprire ogni tipologia di rischio aziendale e secondo definiti compiti e responsabilità.

Le banche sono tenute ad applicare le disposizioni in materia secondo il principio di proporzionalità, tenuto conto, dunque, delle proprie peculiari caratteristiche operative.

Pertanto, rientra nell’autonomia di ciascuna banca definire, sulla base della propria operatività aziendale e del relativo profilo di rischio, gli indicatori in grado di evidenziare situazioni di anomalia o di inefficienza dei sistemi di misurazione e controllo dei rischi”.

Si è voluta descrivere così in profondità la normativa ai vari livelli di legislazione proprio per far comprendere quali sia il grado di complessità interpretativo che deve affrontare la funzione nella sua attività di consulenza oltre che di verifica di conformità.

³⁰ <https://www.bancaditalia.it/vigilanza>

³¹ <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/index>

1.3 I RAPPORTI CON I REGULATORS

A decorrere da fine 2014, l'assetto del sistema di vigilanza sul sistema bancario europeo ha subito una drastica evoluzione in quanto è divenuto operativo il meccanismo di Vigilanza Unico (MVU) che comprende la Banca Centrale Europea (BCE) e le autorità nazionali competenti (ANC) per perseguire una maggiore armonizzazione a livello europeo delle norme sulla vigilanza prudenziale, accrescendo il livello di solidità del sistema bancario europeo³².

Per garantire una vigilanza efficiente, gli istituti di credito sono stati classificati in "significativi" e "meno significativi": i primi sono sottoposti alla vigilanza diretta della BCE, mentre i secondi alle ANC.

Quanto una banca è considerata significativa?

Quando soddisfa una delle seguenti condizioni:

- Il valore totale delle attività supera i 30 miliardi di euro oppure supera il 20% del Pil nazionale se il valore totale delle attività sia inferiore a 5 MILIARDI DI EURO;
- è uno dei tre enti creditizi più significativi di uno Stato Membro;
- riceve assistenza diretta dal meccanismo europeo di stabilità;
- il valore totale delle attività supera i 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante e le attività totali è superiore al 20% o il rapporto tra le passività transfrontaliere in più di uno Stato membro partecipante e le passività totali è superiore al 20%³³.

³² Banca Centrale Europea, *Guida alla vigilanza bancaria*, novembre 2014

³³ Fazzini M., *Due diligence Bancaria in Due Diligence*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pag. 249

La BCE esercita la vigilanza diretta su 125 banche significative dei paesi partecipanti, che detengono quasi l'82% degli attivi bancari nell'area euro³⁴.

Le attività correnti di vigilanza saranno svolte da gruppi di vigilanza congiunti, che comprendono personale sia della BCE che delle ANC.

La BCE è inoltre impegnata nella vigilanza degli enti e gruppi transfrontalieri in collegi delle autorità di vigilanza.

Esistono inoltre altre autorità che esercitano o concorrono ad esercitare il potere di vigilanza sulle imprese bancarie italiane.

La Consob ha il compito di tutelare il pubblico risparmio, la vigilanza sui sistemi multilaterali di negoziazione e sui mercati regolamentati.

L'Ivass (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni) garantisce la tutela per il consumatore e la stabilità del mercato assicurativo, i cui prodotti sono collocati tramite il sistema bancario.

Di conseguenza la banca non è libera di scegliere come e con quale organizzazione svolgere la propria attività ma è obbligata a rispettare le indicazioni formulate attraverso le indicazioni delle Autorità di vigilanza tramite regolamenti, circolari, direttive.

Nell'ambito di queste prerogative, ogni banca subisce nel tempo ispezioni da parte di tali organismi di vigilanza nonché ha ricevuto dagli stessi comunicazioni o richieste di informative su argomenti, fatti o situazioni.

L'esame dei verbali ispettivi³⁵ consente di conoscere il giudizio dell'autorità di vigilanza sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della banca, con evidenza delle carenze, della loro gravità, qualora sia minacciata la stabilità dell'ente creditizio, le autorità di

³⁴<https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm-listofsupervisedentities1409it.pdf>

³⁵ <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/compiti-vigilanza>

vigilanza, oltre a comminare pesanti sanzioni, può determinare l'azzeramento dei vertici aziendali e la nomina di commissari.

Tali attività di raccolta, esame e valutazione di comunicazioni o verbali ispettivi dovranno essere svolte nei confronti di tutti gli altri *regulators* con cui si interfaccia la banca come il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato, l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali, l'Unità di Informazione Finanziaria istituita presso la Banca d'Italia.

CAPITOLO 2: LA FUNZIONE DI COMPLIANCE: PROFILI ORGANIZZATIVI E COSTI

2.1 PRINCIPI ORGANIZZATIVI

Come abbiamo analizzato nel capitolo precedente, il Regolamento di Banca d'Italia del luglio del 2007 lascia ampia discrezionalità agli intermediari nella scelta delle soluzioni organizzative più idonee,

obbligandole ad istituire una funzione dedicata al presidio e al controllo di conformità alla normativa.

L'ampiezza e la grandezza delle strutture ricollegabili alla funzione *Compliance* sono delineate in base ai principi della proporzionalità e della ragionevolezza, veri e propri pilastri del sistema.

Il principio della proporzionalità viene definito da Maimeri³⁶ come la ricerca del mezzo meno gravoso, del minor sacrificio possibile in una pluralità di possibili alternative, imponendo non solo la scelta della soluzione idonea a realizzare l'obiettivo ma anche il conseguimento dell'obiettivo con il metodo meno gravoso (in questo caso economicamente) e quindi meno lesivo degli interessi della banca in questione.

Nella stessa direttiva MIFID 1, sui cui ci siamo fermati nel capitolo precedente, questo principio viene più volte utilizzato con riguardo ai sistemi di controllo ai fini della valutazione delle soluzioni organizzative, sia in sede di adozione, sia in sede di verifica successiva, da parte delle funzioni e degli organi sociali, nonché dello stesso organo di vigilanza.

La *Technical Committee of the International Organization of Securities Commission*, nel report consultivo dell'aprile 2005³⁷, sottolinea con precisione questo punto, spiegando che la funzione e i compiti della *Compliance* (e quindi le strutture ad esso dedicate) devono essere commisurate alla natura e alla complessità del *business* e dei rischi affrontati nelle attività, includendo come parametri i prodotti e i servizi offerti, i target dei clienti (*retail* o *business* ad esempio), le caratteristiche e le diversità delle operazioni poste in essere (includendo anche ad esempio il perimetro geografico in cui operano),

³⁶ Maimeri F., *Criterio di proporzionalità ed efficacia dei modelli di risk management*, Roma, Bancaria, 2011

³⁷ <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD278.pdf>

il volume e il “taglio” delle transazioni di cui una banca è responsabile e il numero di persone che lavorano come dipendenti o come consulenti.

La proporzionalità viene assunta dunque, in questo contesto, come principio per la scelta, da parte degli organi di impresa competenti a decidere nei limiti della normativa, di soluzioni organizzative adatte alla dimensione e alla complessità delle attività svolte, nonché alla tipologia e alla gamma dei servizi che sono offerti.

In ambito bancario vengono rilevati generalmente dalla dottrina³⁸ tre diversi modelli di struttura in base a questo principio:

1. MODELLO STAND ALONE, in cui la responsabilità delle attività di *Compliance* restano in capo ad un unico soggetto che ne gestisce e coordina tutte le strutture della banca. Questo soggetto ha il compito di organizzare e supervisionare le funzioni di conformità alle leggi, ai regolamenti e agli standard richiesti.

Questo primo modello ovviamente è adatto alle banche di piccole dimensioni avendo attività di natura semplice e gestione di business e di transazioni di piccola portata;

2. MODELLO COMBINED COMPLIANCE UNIT, che si caratterizza per uno staff dedicato esclusivamente alla funzione *Compliance* che funge da supporto e coordinamento per le linee di business sulle attività condotte e dove i controlli di conformità dovranno essere svolte prevalentemente dalle strutture operative, controllate adeguatamente;

³⁸ Arlotta C., Rossetti A., *Collocazione organizzativa della Funzione Compliance*, in *La Compliance in Banca*, Roma, Bancaria Editrice, 2005, pag. 135

3. MODELLO DEDICATED COMPLIANCE UNIT, vede la costituzione di una funzione strutturata al di fuori delle linee di business, dove per estensioni territoriali le attività di *Compliance* sono svolte da altre funzioni presenti nel gruppo, con obbligo di reporting verso la *Compliance Unit*.

La stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea³⁹ ha sottolineato ormai da tempo come la proporzionalità faccia parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario richiedendo che gli le istituzioni dei Paesi Membri operino non superando i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti della normativa e, ove si richieda la scelta tra diverse opzioni appropriate, si debba ricorrere alla meno restrittiva e che le conseguenze causate non siano sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti.

Dal punto di vista dell'ordinamento nazionale la Circolare di Banca d'Italia 288/2015 rappresenta il recepimento del principio di proporzionalità.

Nel titolo III della circolare, intitolato *Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari*, si sottolinea come gli assetti di governo societario, l'organizzazione amministrativa e contabile e il sistema dei controlli interni degli intermediari finanziari costituiscano un elemento fondamentale per assicurare la sana e prudente gestione aziendale.

La funzione, i requisiti e le strutture di Controllo cambiano in base alle dimensioni dell'intermediario iscritto all'Albo di Banca d'Italia. L'Organo di Vigilanza ha innalzato il requisito relativo al capitale minimo da detenere in modo da permettere l'iscrizione a soggetti che

³⁹ Si veda tra le altre *Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 8 giugno 2010, causa C-58/8, Vodafone, Corte di Giustizia, sentenza 14 settembre 2016, causa C-223/16, appalti pubblici*

abbiano dimensioni sufficienti a coprire le attività minime in termini di *governance* e controlli.

Per quanto riguarda la categoria degli intermediari che esercitino l'attività di concessione di finanziamenti senza rilasciare garanzie, degli intermediari che adottano la forma di società cooperativa a mutualità prevalente e che esercitano esclusivamente l'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico senza rilasciare garanzie e per quelli che esercitano, esclusivamente o congiuntamente con altre attività di finanziamento, l'attività di concessione di finanziamenti nella forma del rilascio delle garanzie, essi debbono avere particolare requisiti patrimoniali per ottenere l'autorizzazione da Banca d'Italia. Questi possono, in base al principio di proporzionalità, scegliere opzioni differenti. Questi possono infatti:

- unire le attività e responsabilità della funzione di *Compliance* e della funzione di controllo dei rischi (*risk management*) in un'unica funzione;
- ricorrere all'esternalizzazione di funzioni aziendali, purché si mantenga la capacità di controllo e la responsabilità sull'operato del fornitore del servizio.

•

In via generale nella circolare 288, Banca d'Italia prevede espressamente nella "Nota chiarimenti" che "in via generale le funzioni aziendali di controllo possono essere affidate a intermediari finanziari, banche italiane, banche comunitarie, società di revisione". L'Organo di Vigilanza ha poi previsto un'altra categoria di intermediari, definiti "intermediari minori", che deve avere requisiti inferiori dal punto di vista patrimoniale per ottenere la suddetta iscrizione all'Albo, e dal punto di vista dei controlli può scegliere tra diverse opzioni di

“semplificazione”, non permesse alla categoria precedente di intermediari.

In particolare, in termini di Controlli interni è permesso assegnare ad un’unica funzione i diversi livelli di gestione del rischio di non conformità, segnalando però che se si dovesse scegliere questa possibilità non si può esternalizzare la funzione.

Per qualsiasi categoria di intermediario la Banca d’Italia prevede però una serie di requisiti base che devono essere in ogni caso rispettati: le funzioni di *Compliance* devono infatti essere coperte da adeguate risorse e competenze, avere accesso ai dati aziendali e a quelli esterni necessari per svolgere in modo appropriato il proprio compito, il personale deve essere adeguato per numero, competenze tecnico professionali, aggiornamento tramite sessioni di formazione continui. Dunque, la Circolare 288 è stata costruita per tenere conto della complessità operativa, dimensionale ed organizzativa dell’intermediario e della natura specifica dell’attività svolta. Il sistema di regole è omogeneo e infatti non prevede esenzioni da obblighi o requisiti specifici, ma si modula in funzione della maggiore o minore complessità organizzativa degli intermediari.

Per quanto riguarda il secondo principio, quello della ragionevolezza, Maimeri⁴⁰ sostiene che “le nozioni di proporzionalità e ragionevolezza sono contigue e tendono a confondersi, così come i criteri che ne derivano: negli ordinamenti in cui essi hanno avuto sviluppo, la proporzionalità è tuttavia, schematizzando, canone rivolto a una relazione tra mezzi e scopi, mentre la ragionevolezza, strumento consolidato del giudizio sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge, ha

⁴⁰ Maimeri F., *Criterio di proporzionalità ed efficacia dei modelli di risk management*, Roma, Bancaria Editrice, 2011, pag. 122

ad oggetto una relazione tra norme e solitamente si svolge utilizzando un'altra norma (*tertium comparationis*)”.

Da quanto esposto da Maimeri possiamo quindi dedurre che se la proporzionalità è utilizzata principalmente come criterio per la costituzioni delle varie funzioni *Compliance*, la ragionevolezza viene assunto come criterio per la verifica da parte della *Compliance* dell'applicazione delle direttive impartite ai livelli inferiori e allo stesso tempo da parte dell'Organo di vigilanza di verifica dell'ottemperanza da parte dell'intermediario delle disposizioni quanto all'istituzione, strutturazione, regolamentazione della funzione *Compliance*.

Una sottolineatura a parte merita il principio di adeguatezza che parte della dottrina⁴¹ differenzia dai due analizzati in precedenza, definendolo come l'idoneità delle soluzioni organizzative prescelte rispetto agli obiettivi generali della sana e prudente gestione, della tutela del cliente o dell'investitore, della integrità e stabilità dei mercati finanziari.

In quest'ottica l'adeguatezza degli assetti organizzativi interni costituisce contenuto di un obbligo di valutazione e vigilanza per gli organi della società, nonché canone a cui ancorare l'esercizio dei controlli da parte delle autorità di settore e criterio di accertamento della conformità degli statuti alla sana e prudente gestione.

Scogliamiglio osserva a riguardo come “nelle società aventi ad oggetto l'attività bancaria e la prestazione di servizi di investimento il principio di adeguatezza svolge un ruolo più articolato e più intenso rispetto alle altre società.

⁴¹ Scogliamiglio G., *Gli Assetti Organizzativi degli intermediari, La Nuova Disciplina degli Intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, CEDAM, 2009, pag. 94

Esso costituisce il parametro o criterio alla stregua del quale le autorità di vigilanza confrontano il modello di governo societario adottato dalla singola impresa, in relazione agli obiettivi propri della vigilanza stessa e cioè i più volte ricordati obiettivi di della sana e prudente gestione, della stabilità patrimoniale e contenimento del rischio, della correttezza e trasparenza nei rapporti con i clienti e gli investitori”.

2.2 IL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI

La definizione dello studio *CoSo Report*, commissionato alla Coopers & Lybrand della Treadway Commission statunitense, individua come il Sistema dei Controlli interni sia un “processo, svolto dal consiglio di amministrazione, dai dirigenti e da altri operatori della struttura aziendale che si prefigge di fornire una ragionevole sicurezza sulla realizzazione degli obiettivi rientranti nelle seguenti categorie: efficacia ed efficienza delle attività operative; attendibilità delle informazioni di bilancio; conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore”⁴².

Dalla definizione precedente possiamo individuare dei punti chiave:

- il Sistema dei Controlli Interni è un processo che sviluppa attraverso una serie di fasi concatenate. Non è un evento isolato ma un processo trasversale che può riguardare diversi livelli organizzativi e diverse attività;

⁴² Il *CoSo Report* nasce negli Stati Uniti su iniziativa del settore private, ed in particolare delle associazioni professionali più prestigiose (*American Institute of Certified Public Accountant, American Accounting Association, Financial Executive Institute*) che hanno dato vita alla *Treadway Commission* con l’obiettivo di elaborare un modello innovativo di Sistema di controllo.

Lo sviluppo del modello fu affidato a *Coopers & Lybrand* e il risultato dello studio, pubblicato nel 1992, rappresenta tutt’ora il modello di riferimento per il controllo interno.

- questo sistema non svolge una funzione limitata a quella strumentale al servizio del Consiglio di Amministrazione e del Management in generale, ma risulta fondamentale per la qualità delle strategie, delle politiche e degli obiettivi di fondo, insieme al Management stesso;
- è preposto al conseguimento di obiettivi determinati e fra loro collegati che si rendono propedeutici al raggiungimento di altri (Federico Rajola⁴³ indica ad esempio l'attendibilità delle informazioni e la conformità a leggi e regolamenti che sono essenziali per il raggiungimento dell'efficacia ed efficienza delle attività operative e per il contenimento dei rischi).

A queste caratteristiche che sono comuni a tutte le diverse realtà d'impresa il *CoSo Report* aggiunge quelle legate inescindibilmente all'ambito bancario, per accentuare ancora di più l'importanza che il sistema controlli ricopre.

Possiamo citare in primis i volumi, riferendoci alle operazioni in essere e alle informazioni gestite che rappresentano una quantità enorme sia in numero che in valore e richiedono sistemi di elaborazione dei dati autocontrollanti, flessibili e rapidi⁴⁴.

Un'altra caratteristica specifica del settore è quella dell'intangibilità del prodotto, comune a molte organizzazioni di servizi, ma che in una banca può determinare delle notevoli difficoltà nel comprendere ed

⁴³ Anolli M., Rajola F., *Strumenti e metodi per la governance e la gestione operativa*, Bancaria Editrice, Roma, 2010, pag. 165

⁴⁴ In riferimento a questo argomento faccio riferimento all'intervento di Roberto Massaglia, Responsabile Sviluppo Commerciale e CRM di Intesa Sanpaolo dell' 8 aprile 2016 a Roma in cui si sottolinea come il passaggio dal CRM ai Big Data sia una sfida importante la quale deve essere svolta sempre con l'obiettivo di conoscere, conquistare e fidelizzare il cliente.

individuare le operazioni effettuate e la loro corretta registrazione in contabilità.

Caratteristica peculiare è anche quella della dispersione geografica operando le banche attraverso filiali e sportelli sparsi molte volte in area estremamente vaste comportando una decentralizzazione dell'autorità e una eterogeneità nei sistemi controlli oltre alle diverse problematiche dei diversi sportelli.

La complessità organizzativa attuale degli intermediari e dei grandi istituti di credito si sta evolvendo sempre più verso strutture operative diverse che richiedono un collegamento per rendere coerenti le diverse metodologie e i livelli di controllo.

Questa analisi non può prescindere dai rischi aziendali che la dottrina⁴⁵ individua nel rischio di credito, nel rischio di liquidità, nel rischio della controparte e nel regolamento delle operazioni, nel rischio d'interesse, nel rischio di cambio, nel rischio di mercato, nel rischio operativo e contabile, nel rischio di reputazione.

Anche le variabili nella loro evoluzione incidono sul sistema controlli: ci riferiamo ad esempio al mutare delle normative di settore (comprese le Note di chiarimento di Banca d'Italia), il sorgere ad esempio di nuovi modelli, la tecnologia e il suo sviluppo, il mutare dei prodotti finanziari offerti.

Il sistema dei controlli interni, come abbiamo sottolineato numerose volte, risulta fondamentale per la *Governance* della banca come elemento strategico per assicurare la sana e prudente gestione e per accrescerne la competitività a livello nazionale e internazionale.

⁴⁵ Si veda ad esempio sul tema AA.VV., a cura di Schwizer P., *Internal Governance. Nuove regole, esperienze e best practice per l'organizzazione dei controlli interni nelle banche*, 2013

Questa evoluzione del sistema, che risultava estremamente meno complesso prima di Basilea 2 poiché avvenivano solo controlli ex ante e su singoli atti e non in modo sistematico e complesso come avviene dopo Basilea 2, è stata dettata da fattori economici e normativi.

Per quanto riguarda i primi, sostiene Tarantola⁴⁶ che “Il consolidamento del sistema bancario, che ha accresciuto dimensione e complessità degli intermediari, l’internazionalizzazione dell’attività, l’aumentato grado di concorrenza sul mercato dei prodotti e l’innovazione finanziaria hanno completato il processo, inducendo un ripensamento complessivo del modello di vigilanza”.

Lo stesso sviluppo e competitività del sistema in oggetto hanno contribuito ad abbandonare il sistema di controlli ante Basilea 2, che prevedeva l’autorizzazione per singoli atti, per lasciare spazio a forme più evolute di controllo che valorizzano l’autonomia degli intermediari. Con la crescente flessibilità riconosciuta alla banca in tema di determinazione di accantonamento di capitale in base allo specifico profilo di rischio, le regole sulle disposizioni organizzative assumono per le autorità di vigilanza un ruolo prioritario per assicurare stabilità e sana gestione del mercato attraverso una corretta articolazione di ruoli e responsabilità dei singoli organi di controllo, nonché la completezza della funzione controlli.

Questi requisiti organizzativi rappresentano tra l’altro, come vedremo meglio nel successivo capitolo, l’unico vero mezzo di presidio dei rischi non misurabili a priori, come quello reputazionale, ove nessuna copertura patrimoniale potrà mai sopperire i rischi della “perdita di fiducia” degli investitori o del pubblico verso quell’intermediario.

⁴⁶ Tarantola A. M., Il sistema dei controlli aziendali: alla ricerca di una governante, intervento al Convegno DEXIA Crediop, 6 giugno 2008

E' palese inoltre come la crisi finanziaria e l'instabilità del mercato abbiano messo fortemente alla prova le banche riguardo alla capacità di gestire le diverse categorie di rischio e reagire prontamente alle difficoltà generalizzate del sistema finanziario.

Fatte queste premesse emerge con chiarezza che sistemi di *governance* efficienti, funzioni di controllo attive e indipendenti, consentono di evitare o limitare le perdite conseguenti a situazioni di crisi intense e diffuse.

In questo contesto di difficoltà diffusa, sostiene però Quaranta⁴⁷, dai dati delle autorità nazionali e internazionali si rivela che alcuni istituti, che l'autore definisce "virtuosi", pur in presenza di una percentuale di indebitamento simile ai *competitors*, sono stati in grado di evitare o comunque di limitare fortemente le perdite derivanti da queste crisi interne ed esterne.

L'autore individua dunque alcune caratteristiche proprie di questo insieme di intermediari che ne hanno determinato il risultato.

Queste vengono elencate come:

- la consapevolezza dei vertici aziendali delle tipologie di rischi dell'operatività e la proattività e propositività del loro ruolo;
- la completezza e la tempestività dei flussi informativi risolti agli organi di amministrazione e controllo;
- l'autorevolezza e l'indipendenza delle funzioni in cui si articola il sistema di controllo, sempre aggiornato con l'evolversi dei cambiamenti interni ed esterni all'azienda.

⁴⁷ Tarantola A., M., *La funzione di compliance nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie*, intervento al Workshop CETIF Il ruolo del sistema dei controlli nella gestione del rischio di conformità negli istituti bancari, Milano, 4 ottobre 2007

Questi elementi positivi sono assunti dunque come *tertium comparationis*, nell'applicazione del principio di adeguatezza analizzato, per uno sviluppo del mercato e degli intermediari stessi.

Per quanto riguarda i fattori normativi abbiamo analizzato come la direttiva MIFID enfatizzi le responsabilità dei vertici aziendali e precisi i ruoli e i compiti che devono essere assegnati al sistema di controllo interno; secondo il citato criterio di proporzionalità viene riconosciuta agli intermediari la facoltà di strutturare le funzioni di controllo dei rischi nel modo più coerente con la propria complessità e dimensione. A livello nazionale il compito di Banca d'Italia è quello di dettare gli indirizzi di rafforzamento delle *governance*, e non quello di sostituirsi ai singoli intermediari: le concrete attuazioni degli assetti organizzativi non possono che essere individuate dalle banche. Nell'azione di supervisione, l'Autorità ne verificherà l'efficacia e l'adeguatezza.

Le modalità di gestione dei rischi sono infatti frutto di scelte imprenditoriali rimesse alla responsabilità delle banche: spetta ai loro organi aziendali realizzare il miglioramento del sistema dei controlli e dei relativi processi.

Si possono però sottolineare alcune linee comuni che Consob e Banca d'Italia hanno dettato, in particolare nel Regolamento congiunto del 2007 analizzato in precedenza, come presupposti essenziali per un sistema di controlli interni efficace e ben costruito.

In primis si porta all'attenzione come una precisa distinzione all'interno dell'intermediario dei ruoli, delle funzioni e delle competenze possa facilitare il compito di vigilanza. Nell'ambito della ripartizione dei poteri tra gli organi devono dunque essere indicate le responsabilità di chi esercita la funzione strategica (e quindi ha poteri di delibera sugli indirizzi generali dell'azienda e di verifica nel continuo

della loro attuazione), di chi esercita la funzione di controllo e chi di gestione.

Proprio con riferimento alla funzione strategica si richiede una composizione all'interno dell'organo con la presenza di componenti non esecutivi con quelli esecutivi in modo che venga rappresentata anche la funzione di gestione. Si prevedono poi degli organi indipendenti, articolati in comitati (il più importante è quello di *Audit*), che rispondono all'esigenza di assicurare una maggiore efficacia delle diverse tipologie di controllo, presidiando le materie in cui vi è un maggior rischio di conflitto di interessi.

Per quanto riguarda nello specifico le funzioni degli organi di controllo le Autorità di Vigilanza hanno posto l'attenzione sul ruolo che gli organi devono svolgere all'interno dell'azienda come referenti di Banca d'Italia nell'opera di *consulting*, espressamente prevista dal TUB del 1993.

2.3 I DIVERSI MODELLI DI GOVERNANCE DELLA FUNZIONE CONTROLLI

La normativa prevede tre diversi modelli di *Governance* con diverse analogie e differenze e con diversi vantaggi e criticità.

Questi sono il sistema tradizionale, quello dualistico e quello monistico.

Il sistema tradizionale è previsto dall'art. 2380 al comma 1 del codice civile ove si dispone che "Se lo statuto non dispone diversamente, l'amministrazione e il controllo della società sono regolati dai successivi paragrafi 2, 3 e 4".

Il paragrafo 2, titolato "Degli amministratori", prevede all'art. 2380-bis che "La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli

amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale".

Il Presidente, detta l'art. 2381 c.c., deve quindi convocare il Consiglio di amministrazione fissando l'ordine del giorno e deve coordinarne i lavori. Il consiglio di amministrazione può inoltre, ove consentito dallo statuto e dall'assemblea, delegare le sue attribuzioni ad un Comitato esecutivo; i limiti e i contenuti della delega sono previsti dal consiglio di amministrazione. Il comitato può valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società ed esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società, nonché il generale andamento della società.

Il paragrafo 3 prevede l'istituzione di un Collegio Sindacale, composto di tre o cinque membri effettivi, soci o non soci (2397 c.c.), come organo di controllo.

I sindaci devono vigilare sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (2403 c.c.).

I sindaci possono inoltre procedere in qualsiasi momento, anche individualmente ad atti di ispezione e controllo.

L'art. 2407 del codice civile indica poi le responsabilità dei sindaci che devono adempiere i loro doveri con professionalità e diligenza richieste dalla natura dell'incarico e sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Essi sono dunque responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni da loro posti in atto quando il danno non si sarebbe prodotto ove avesse vigilato secondo le disposizioni di legge.

Per quanto riguarda le società quotate nei mercati regolamentati la disciplina dell'organo di controllo è dettata dal TUF (Testo Unico Finanza), la cui sezione V titola "Organi di controllo".

L'art. 148 nello specifico stabilisce che è la stessa Consob come autorità di vigilanza con poteri normativi a disciplinare con regolamento le modalità di elezione, di un membro effettivo del collegio sindacale da parte dei soci di minoranza che non siano collegati neppure indirettamente a soci che abbiano presentato o votato la lista poi risultata vincente, in modo da garantire l'indipendenza all'interno dell'organo.

L'art. 149 del TUF regola invece i doveri a cui il collegio sindacale è chiamato, vigilando questo:

- sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo;
- sul rispetto dei principi di corretta amministrazione
- sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione;
- sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di attenersi;
- sull'adeguatezza delle disposizioni impartite dalla società alle società controllate.

Il comma III dell'art. 149 prevede poi che il collegio sindacale ha l'obbligo di riferire tempestivamente alla Consob tutte le attività

irregolari riscontrate nell'esercizio dei suoi poteri di controllo e deve trasmettere i verbali delle riunioni e degli accertamenti svolti.

Il sistema dualistico è disciplinato invece dal paragrafo 5 della sezione VI-bis del codice civile ed è così denominato poiché, come recita l'art. 2409-octies, "lo statuto può prevedere che l'amministrazione ed il controllo siano esercitati da un consiglio di gestione e da un consiglio di sorveglianza in conformità alle norme".

La gestione dell'impresa spetta dunque in via esclusiva al Comitato di gestione (2409-novies c.c.) che compie le operazioni necessarie per attuare l'oggetto sociale ed è composto da soggetti che non possono essere nominati consiglieri di sorveglianza.

Il Comitato di Sorveglianza è invece l'organo di controllo della gestione e può quindi nominare e revocare i componenti del consiglio di gestione, potendone determinare il loro compenso, approva il bilancio di esercizio e quello consolidato, promuove l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei componenti del consiglio di gestione e presenta la denuncia al tribunale ex. art. 2049 c.c. Deve inoltre riferire almeno una volta all'anno all'assemblea sull'attività di vigilanza svolta, sulle omissioni e sui fatti censurabili rilevanti.

Come previsto per i sindaci nel sistema tradizionale, i componenti del consiglio di sorveglianza devono adempiere i loro doveri con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e sono responsabili solidalmente con i membri del consiglio di gestione qualora il danno derivante da fatti od omissioni da loro compiuti non si sarebbe prodotto se avessero vigilato nel rispetto della conformità normativa. Come nel caso del collegio sindacale ove le società quotate prevedano nello statuto l'adozione del sistema dualistico, il riferimento normativo è il TUF nell'art. 151 bis.

Per ultimo il codice civile descrive il sistema monistico al paragrafo 6, ove l'art. 2409-sexiesdecies prevede la possibilità che le funzioni di amministrazione e controllo siano esercitate rispettivamente dal consiglio di amministrazione e da un organo costituito al suo interno. La gestione dell'impresa è dunque affidata in via esclusiva al consiglio, i cui componenti devono per almeno un terzo del numero totale essere in possesso dei requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci del modello tradizionale e, se lo statuto lo prevede, di quelli posti dai codici di condotta delle associazioni di categoria.

L'art. 2409-octiedecies sancisce al secondo comma, a riguardo dei componenti del comitato di controllo, che essi debbano essere amministratori con requisiti di indipendenza, onorabilità e professionalità. La funzione di membro del consiglio di gestione è incompatibile con quella di membro del comitato esecutivo.

Le funzioni del comitato di controllo sono, come per il collegio sindacale nel sistema tradizionale e il consiglio di sorveglianza nel sistema dualistico, di vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno di conformità e del sistema amministrativo e contabile. Può svolgere gli altri compiti affidatigli dal consiglio di amministrazione con particolare riguardo alla revisione legale dei conti.

Anche in questo caso per le società quotate opera il TUF che disciplina il comitato di controllo all'art. 151 ter, prevedendo come per il collegio sindacale e il consiglio di sorveglianza l'obbligo di informare la Consob in caso di irregolarità riscontrate nell'esercizio dei poteri di controllo.

Per quanto riguarda i ruoli che questi organi hanno all'interno dei tre diversi modelli in riferimento alla funzione di *Compliance* è stata direttamente la Banca d'Italia nel già citato Regolamento contenente

le *Disposizioni di vigilanza in materia di conformità compliance* del luglio del 2007 a dettare la materia.

Al punto 3 si legge infatti che sono il consiglio di amministrazione e il collegio sindacale ad essere responsabili della supervisione complessiva del sistema di gestione del rischio di non conformità.

Nel caso in cui invece le banche non adottino il sistema tradizionale saranno rispettivamente competenti il consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione nel sistema dualistico e il consiglio di amministrazione in quello monistico.

In particolare, il consiglio di amministrazione, sentito il collegio sindacale, con apposita delibera (non delegabile) approva le politiche di gestione del rischio in questione, inclusa la costituzione di una funzione di conformità alle norme, permanente e indipendente. Per le banche che adottino il sistema di amministrazione e controllo dualistico, è opportuno che lo statuto preveda su dette materie una delibera del consiglio di sorveglianza, su proposta del consiglio di gestione.

In caso di modello monistico, la delibera deve essere approvata, oltre che dal consiglio di amministrazione nel suo complesso, anche dal comitato per il controllo sulla gestione.

Almeno una volta l'anno il consiglio di amministrazione, sentito il collegio sindacale, valuta l'adeguatezza della funzione di conformità alle norme e a tal fine può avvalersi di un comitato costituito al suo interno; nel modello dualistico, detta valutazione è svolta dal consiglio di gestione e gli esiti della stessa sono comunicati al consiglio di sorveglianza, ovvero a un comitato costituito al suo interno.

Gli organi delegati (o nel modello dualistico il consiglio di gestione) e il direttore generale secondo le specifiche competenze definite in via generale con riferimento al sistema dei controlli Interni devono

assicurare una efficace gestione del rischio di conformità. A tal fine, specifica Banca d'Italia definiscono adeguate politiche e procedure di conformità; stabiliscono canali di comunicazione efficaci per assicurare che il personale a tutti i livelli dell'organizzazione sia a conoscenza dei presidi di conformità relativi ai propri compiti e responsabilità; assicurano che le politiche e le procedure vengano osservate all'interno della banca; nel caso emergano violazioni, accertano che siano apportati i rimedi necessari; delineano flussi informativi volti ad assicurare agli organi di vertice della società piena consapevolezza sulle modalità di gestione del rischio di non conformità.

Inoltre, con la collaborazione della funzione di conformità, gli organi delegati (o nel modello dualistico⁴⁸ il consiglio di gestione e il direttore generale - secondo le rispettive competenze - hanno il compito di:

- identificare e valutare, almeno una volta all'anno, i principali rischi di non conformità a cui la banca è esposta e programmare i relativi interventi di gestione. La programmazione degli interventi deve riguardare sia le eventuali carenze (di politica, procedurali, di implementazione o esecuzione) emerse nell'operatività aziendale, sia la necessità di affrontare eventuali nuovi rischi di non conformità identificati a seguito della valutazione annuale del rischio;
- riferire di iniziativa o su richiesta, almeno una volta all'anno, al consiglio di amministrazione (o a un comitato costituito al suo interno) e al collegio sindacale ovvero al consiglio di sorveglianza (o

⁴⁸Abbadessa P., Cesarini F., *Sistema dualistico e governance bancaria*, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 181

a un comitato costituito al suo interno) sull'adeguatezza della gestione del rischio di non conformità attuata dalla banca;

- fornire tempestiva informazione al consiglio di amministrazione (o a un comitato costituito al suo interno) e al collegio sindacale (o al consiglio di sorveglianza o al comitato di controllo sulla gestione) su ogni violazione rilevante della conformità alle norme (es. violazioni che possono comportare un alto rischio di sanzioni regolamentari o legali, perdite finanziarie di rilievo o danno di reputazione).

2.4 OBIETTIVI DEL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI

Gli autori⁴⁹ individuano concordemente gli obiettivi del Sistema dei Controlli Interni, nonostante le peculiarità di ogni realtà, esistendo infatti esso presso qualunque azienda e perseguendo obiettivi che si ricollegano alle finalità d'impresa che abbiamo visto essere:

- l'efficacia ed efficienza delle attività operative;
- attendibilità delle informazioni di bilancio;
- conformità alle leggi e ai regolamenti in vigore.

Per quanto riguarda il primo punto esso è necessario per il soddisfacimento dei diversi *stakeholder*⁵⁰.

⁴⁹ Si veda in particolare R. Cafarotti, P. Sassi, *Strumenti e metodi per la conduzione operativa della funzione Compliance*, Bancaria Editrice, Roma, 2013, pag. 40

⁵⁰ Sul concetto di *stakeholder* si veda Bartezzaghi E., *La valutazione stakeholder-based della formazione continua. Modelli, processi, strumenti*, FrancoAngeli, Roma, 2014 in cui si legge a pagina 185 che "L'attenzione verso la formazione è notevolmente aumentata, soprattutto nei Paesi industrializzati e a causa della competizione globale. Anche le politiche pubbliche, nazionali e comunitarie, hanno elaborato strategie e linee di intervento che si fondano sull'assunto che la

L'efficacia, ovvero l'espressione del raggiungimento dei risultati conseguiti in rapporto agli obiettivi assegnati, e l'efficienza, ovvero il rapporto tra obiettivi raggiunti e risorse impiegate, vengono perseguite dal sistema dei controlli attraverso le persone che lavorano nell'azienda, attraverso il sistema di *reporting*, gli strumenti tipici come il budget, i piani, i programmi, i rendiconti, per rilevare le cause e scegliere le azioni da intraprendere.

Il secondo punto riguarda invece i dati che emergono dal bilancio, monetari o non, che devono possedere caratteristiche determinate come esistenza, completezza, accuratezza, tempestività e attendibilità delle informazioni sia verso l'interno che verso l'esterno.

Il Sistema dei controlli deve inoltre verificare che le operazioni siano conformi alle direttive emanate dalla direzione, che devono rispettare le leggi e i regolamenti delle Autorità di Vigilanza.

In questo senso acquistano importanza la facilitazione e anche la facilità e velocità dei canali di accesso alle informazioni per le persone che lavorano ad ogni livello, che devono avere la possibilità di aggiornarsi sui cambiamenti della normativa che in un settore come quello che stiamo analizzando è in continua evoluzione.

Da non dimenticare è comunque il primo obiettivo di qualsiasi realtà aziendale a cui anche il Sistema dei Controlli deve contribuire, ossia la protezione del patrimonio aziendale che si specifica nel capitale umano, tecnologico e commerciale presente in azienda.

formazione continua rappresenti un bene collettivo da promuovere e un punto di incontro tra le finalità delle imprese e dei lavoratori. Numerosi sono i modelli messi a punto per la misura dei risultati degli interventi e dell'impatto degli investimenti in formazione: il loro principale limite è, tuttavia, costituito dalla quasi esclusiva centratura sulla misurazione dei risultati nella prospettiva di un solo attore, che in pratica corrisponde agli stakeholder dell'impresa. Ciò porta a trascurare il fatto che, all'interno di un'organizzazione, un programma di formazione coinvolge numerosi altri stakeholder, che possono avere, rispetto al programma di formazione, obiettivi specifici differenziati e addirittura divergenti”.

Gli obiettivi che abbiamo citato sono tra loro fortemente collegati e devono essere concepiti ad ogni livello come un fine unitario.

A tal proposito la Divisione Research della Sda Bocconi⁵¹ ha evidenziato come rispetto al passato le banche pongono sempre più importante al sistema di controllo, in particolare rispetto ai rischi correlati all'immagine della banca, al rischio di perdite impreviste legate ai sistemi informatici e a quelli derivanti dalla mancata conformità alle leggi e i regolamenti.

I cambiamenti in atto, l'attenzione alle strategie di business non toglieranno mai l'attenzione ai controlli di conformità.

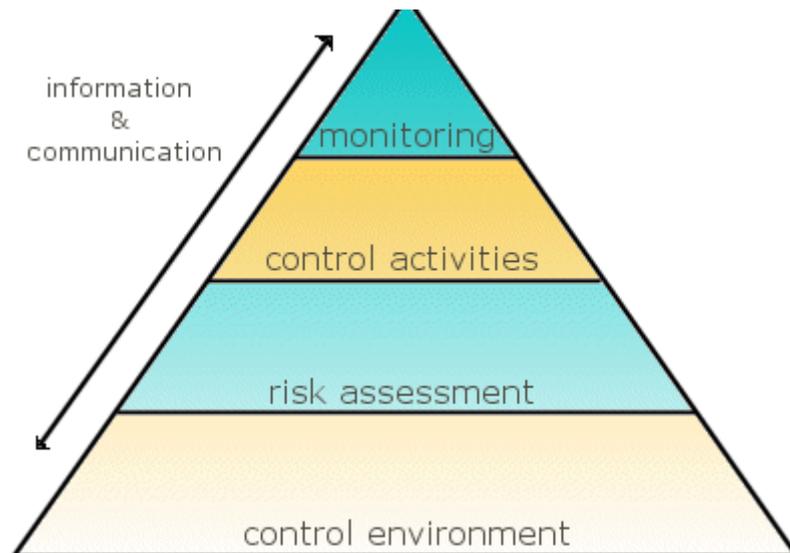
2.5 I COMPONENTI DEL SISTEMA DEI CONTROLLI INTERNI

Il citato *CoSo Report* individua diverse componenti attraverso i quali il Sistema dei controlli può raggiungere gli obiettivi enunciati. Questi sono:

- Valutazione dei Rischi
- Attività di controllo
- Informazione
- *Monitoring*
- Ambiente di controllo

Questi elementi sono rappresentati dal Report in uno schema piramidale la cui base è formata dall'ambiente di controllo mentre l'informazione diventa strumento per tutto il sistema.

⁵¹ Bocconi Sda Research, Ricerca di settore, *Competitive advantages and disadvantages of the Italian financial industry and its regulation*, 2013



Per quanto riguarda il primo elemento, l'Ambiente di controllo, si tratta della "cultura" all'interno dell'azienda sul tema dei controlli.

La consapevolezza dell'importanza del tema deve essere diffusa all'interno di tutta l'organizzazione dal Consiglio di Amministrazione e dal Board che devono adoperarsi perché ogni collaboratore comprenda tale rilevanza.

Ovviamente il loro ruolo non è l'unico ad intervenire: i codici etici, la filosofia aziendale, la struttura aziendale, l'indipendenza del management sono altre variabili che incidono sul tema.

La seconda componente è rappresentata dalla Valutazione dei Rischi, ossia quegli eventi che possono pregiudicare gli obiettivi prefissati.

Posto che sia impossibile eliminare tutti i rischi di eventi pregiudizievoli, il Sistema controlli deve identificarli e valutarli, in modo da diminuirne gli effetti negativi.

La funzione specializzata a tal fine è il *Risk Management* tesa a valutare l'impatto del rischio e la probabilità del concretizzarsi, anche attraverso il monitoraggio continuo attraverso l'*Internal Audit*.

Terzo elemento è quello delle Attività di controllo, ovvero le forme di protezione del rischio che vengono poste in essere per prevenire un

errore, per individuare successivamente irregolarità avvenute o durante lo svolgimento dell'operatività.

Le attività possono essere di tipo manuale o svolte in automatico dal sistema informatico e devono riguardare aspetti operativi, il rispetto delle leggi e dei regolamenti e la correttezza delle informazioni di bilancio.

Quarto elemento individuato dal *CoSo Report* è l'Informazione, strumentale rispetto alle altre componenti che sfruttano per operare le informazioni raccolte e diffuse dal sistema.

Le aziende devono infatti essere in grado di reperire le informazioni dall'interno e dall'esterno per poi garantire la diffusione attraverso il meccanismo *top-down*. Tali informazioni devono avere la caratteristica di essere di qualità, ovvero devono essere accurate, tempestive, aggiornate, accessibili, complete e i dati prodotti dal sistema devono essere utili a raggiungere gli obiettivi che si prefiggono sia che siano destinate all'esterno per il rispetto delle normative, sia all'interno verso i collaboratori dell'azienda.

Collegata all'Informazione è la Comunicazione che influisce notevolmente sul controllo e si sviluppa sia in modo *top-down*, per responsabilizzare il personale sulla "cultura dei controlli" ad esempio, sia *bottom-up*, per segnalare eventuali comportamenti contro il codice etico alle autorità competenti a emettere azioni sanzionatorie.

Ultima componente individuata dal *CoSo Report* è quella del Monitoraggio, in cima alla piramide, che deve verificare l'adeguatezza della realtà aziendale, controllando anche le variabili ambientali e il contesto normativo che rendono necessario un controllo continuo che accerti che gli standard di efficacia richiesti siano conseguiti e vengano gestiti i rischi che potrebbero verificarsi nell'ambito dell'azienda.

2.6 I TRE LIVELLI DI CONTROLLO INTERNO

Le associazioni di categoria ABI, ASSOMIN e FEDERCASSE hanno predisposto nel 2010 le Linee Guida Interassociative in tema di rapporti tra la funzione *Compliance* e le altre funzioni coinvolte in cui definiscono i principi che intervengono nel processo decisionale dell'intermediario finalizzato al modello di *business* e in cui individuano tre livelli di controllo, poi ripresi da Banca d'Italia nella già citata Circolare 285/2013:

- **CONTROLLI DI LINEA O DI PRIMO LIVELLO:** hanno il compito di assicurare che le operazioni vengano svolte in modo corretto e sono effettuate dalle stesse strutture operative di solito attraverso strutture dedicate al controllo che riportano direttamente a quelle operative;
- **CONTROLLI SUI RISCHI E SULLA CONFORMITA' O DI SECONDO LIVELLO:** devono assicurare che la gestione dei rischi venga attuata correttamente, il rispetto dei limiti operativi assegnati alle varie funzioni, la conformità dell'operatività aziendale alle norme regolamentari e a quelle interne;
- **CONTROLLI DI REVISIONE INTERNA O DI TERZO LIVELLO:** l'attività di revisione interna è volta a individuare eventuali violazioni delle procedure e della regolamentazione nonché a valutare periodicamente la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità (in termini di efficienza ed efficacia) e l'affidabilità del sistema dei controlli interni e del sistema informativo, con termini prefissati in relazione alla natura e all'intensità dei rischi.

Banca d'Italia, recependo la dottrina, ha emanato la Circolare 285/2013 in cui ha specificato che questi tre livelli di controllo sono affidati alla funzione di *Risk Management*, alla funzione *Compliance* e

alla funzione di *Internal Audit*, in accordo con il principio di proporzionalità afferente alle dimensioni dell'istituto.

2.6.1 RISK MANAGEMENT

La funzione di *Risk Management* ha il compito di misurare, identificare e controllare l'esposizione alle varie fattispecie di rischio, nonché di gestire l'esposizione complessiva, ponendo particolare importanza alle possibili correlazioni tra i vari fattori di rischio⁵².

Banca d'Italia stabilisce che “questi controlli hanno l'obiettivo di concorrere alla definizione delle metodologie di misurazione del rischio, di verificare il rispetto dei limiti assegnati alle varie funzioni operative e di controllare la coerenza dell'operatività delle singole aree produttive con gli obiettivi di rischio assegnato. Essi sono affidati a strutture diverse da quelle produttive⁵³”.

Come si evince dall'intervento dell'Autorità di Vigilanza e in particolare da quest'ultima frase, si auspica un'unità organizzativa che sia indipendente nella sua attività di controllo sulla gestione dei rischi.

In accordo con Elisa Dellarosa e Ranieri Razzante⁵⁴ l'unità dei controlli sulla gestione svolge le attività in tre differenti ambiti:

- Concorre alla definizione delle metodologie di misurazione del rischio;
- Verifica il rispetto dei limiti assegnati alle varie funzioni operative;

⁵² Prandi P., *Il risk management negli istituti di credito. Come affrontare le sfide in scenari di incertezza. Atti del Convegno*, FrancoAngeli, Milano, 2014, pag. 121

⁵³ <https://www.bancaditalia.it/Notadichiarimentidel2014>

⁵⁴ Dellarosa E., Razzante R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca, riprogettare il sistema dopo Basilea 2, Mifid e Compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010

- Controlla la coerenza dell'operatività delle singole aree produttive con gli obiettivi di rischio-rendimento.

Quali sono dunque i compiti di questa funzione?

Il *Risk Management* deve controllare, come detto, e sorvegliare il livello di rischio delle varie sfere di *business*, individuando quindi gli eventi con un alto indice di rischio, misurando quantitativamente e qualitativamente i rischi e mitigando e attenuando questi con altri interventi.

Fondamentale risulta immediatamente specificare che questa funzione non è riferita a chi assume o produce il rischio, ovvero le strutture menzionate che hanno poteri decisionali, ma esclusivamente all'attività di controllo: è dunque inerente al controllo di secondo livello.

Secondo Elisa Dellarosa e Ranieri Razzante l'equivoco è stato dovuto, prima dell'intervento chiarificatore di Banca d'Italia con la già citata circolare del 2013, poiché l'espressione anglofona "*Risk Manager*" in italiano si può tradurre come "gestore del rischio", mentre l'attività qui analizzata è quella di "controllore della gestione del rischio".

Dunque, il *Risk Manager* svolge funzioni di controllo di secondo livello che non si sostanziano solo in verifiche dirette, ricognizioni burocratiche o accertamenti amministrativi, ma comprendono attività svariate di misurazione oggettiva dei rischi, sorveglianza del rispetto delle politiche di rischio e del raggiungimento degli obiettivi di rischio-rendimento.

Questa funzione gioca dunque un ruolo essenziale nel governo aziendale fornendo informazioni che diventano essenziali per le scelte di business della banca, che si sostanziano nei rischi assunti per una determinata operazione o scelta commerciale nell'ottica di una sana e

prudente gestione coniugando la profittabilità dell'impresa con una ponderata esposizione al rischio.

Le nuove disposizioni di vigilanza prudenziale del *Basel Committee* dispongono infatti che il calcolo del capitale complessivo richiede una valutazione di tutti i rischi a cui le banche sono esposte.

La direttiva di attuazione MIFID del 2006 risulta fondamentale per il tema perché disciplina i requisiti di organizzazione e esercizio dell'attività dei controlli interni ed è stata poi recepita dal già analizzato Regolamento congiunto Consob-Banca d'Italia del 2007.

La direttiva prevede l'obbligo per le banche di istituire, applicare e mantenere politiche e procedure di gestione del rischio idonee che consentano di individuare i rischi legati alle attività e di determinare il livello di rischio tollerato, di adottare processi e meccanismi efficaci per gestire i rischi relativi alle attività tenuto conto di questo livello di tolleranza del rischio.

Essa deve inoltre controllare l'adeguatezza e l'efficacia delle politiche e delle procedure di gestione del rischio dell'impresa, il grado in cui l'impresa di investimento e i soggetti rispettano i dispositivi, i processi e i meccanismi adottati e l'adeguatezza delle misure prese per rimediare alle carenze riscontrate.

Questa funzione indipendente di controllo del rischio è soggetta alla normativa congiunta di Consob e banca d'Italia come prevede l'art. 6 comma 2 bis del TUF.

Questa introduzione della funzione di gestione del rischio tramite la MIFID ha posto non poche perplessità in dottrina poiché ci si deve domandare se questa sia limitata alle imprese con attività di servizi di investimento o debba essere attuata da tutte le banche.

Se infatti questa funzione si estendesse al controllo dei rischi di tutte le attività, il presidio fornito verrebbe a coincidere con quelli del *Risk Manager* precedentemente descritto.

Se al contrario la funzione di gestione del rischio prevista dalla MIFID dovesse limitare la cognizione ai servizi di investimento, i rischi presidiati sarebbero solamente quelli direttamente derivanti dalla prestazione di servizi di investimento.

Nel Regolamento Congiunto del 2007 la funzione di gestione del rischio è definito come l'insieme delle "strategie, dei processi, dei meccanismi riguardanti l'attenuazione dei rischi a cui l'intermediario è o potrebbe essere esposto e per determinare e controllare il livello di rischio tollerato". Prendendo in considerazione questa definizione sembrerebbe che la funzione di gestione dei rischi debba lavorare a tutto tondo, svolgendo verifiche circa il rispetto da parte dell'intermediario e dei soggetti rilevanti del sistema dei controlli.

Sarebbe in effetti complesso immaginare che questa funzione possa operare esclusivamente in riferimento ai rischi derivanti dalle attività di svolgimento di attività e di servizi di investimento.

Resta in ogni caso fermo che la banca sia tenuta a rispettare la disciplina del *Basel Committee* istituendo la funzione di *Risk Management*, che pertanto potrebbe assorbire anche le funzioni previste dalla MIFID.

Il Regolamento congiunto del 2007⁵⁵ prevede cinque requisiti perché la funzione di controllo dei rischi sia svolta in modo indipendente:

- la funzione dispone dell'autorità, delle risorse e delle competenze necessarie per lo svolgimento dei propri compiti;

⁵⁵ Banca d'Italia, CONSOB, *Regolamento della Banca d'Italia e della CONSOB ai sensi dell'articolo 6, comma 2-bis, del Testo Unico della Finanza, Ottobre 2007*

- il responsabile non è gerarchicamente subordinato ai responsabili delle funzioni sottoposte a controllo, viene nominato dall'organo con funzione di gestione e riferisce direttamente agli organi aziendali;
- i soggetti rilevanti che partecipano alla funzione di controllo non partecipano alla prestazione dei servizi che sono chiamati a controllare;
- le funzioni aziendali di controllo sono tra loro separate, sotto un profilo organizzativo;
- il metodo per la determinazione della remunerazione dei soggetti rilevanti che partecipano alle funzioni di controllo non ne compromette l'obiettività.

Non ci si deve però dimenticare del principio di proporzionalità che permette alle banche, in base alla grandezza delle proprie strutture, di gestire con discrezionalità il profilo organizzativo.

La funzione di gestione del rischio ha, come controllo di secondo livello, obblighi di flussi informativi bidirezionali nei confronti innanzitutto delle Autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob), degli organi societari come il Consiglio di Amministrazione, il Collegio sindacale, l'Alta direzione, le funzioni di *Compliance* ed *Internal Audit*. Per quanto riguarda i flussi informativi verso le Autorità di vigilanza, la funzione di gestione del rischio interviene nelle fasi del processo di autovalutazione dell'adeguatezza patrimoniale (tema che in questa sede non si intende affrontare).

Per quanto riguarda la funzione di gestione introdotta da MIFID, gli obblighi informativi si espletano nei confronti della Consob: in accordo con la Consultazione Consob del 2009 si dispone che la funzione trasmette con cadenza almeno annuale le relazioni sull'attività svolta,

accompagnate da osservazioni e determinazioni degli organi aziendali sulle carenze rilevate.

Le Autorità di vigilanza daranno dei *feedback* sui flussi informativi forniti e potranno esserci interventi di vigilanza informativa.

La maggior parte degli obblighi di flusso informativo della funzione di gestione dei rischi avviene nei confronti degli organi aziendali, in primis del Consiglio di amministrazione, della Direzione generale e del Collegio sindacale i quali devono avvalersi delle informazioni fornite dalla funzione controllo per adempiere ai propri compiti.

L'Istituto, prevede Banca d'Italia, deve individuare i soggetti tenuti ad inviare, su base regolare, i flussi informativi agli organi aziendali, prevedendo che gli organi di controllo debbano riferire direttamente agli organi di gestione e supervisione strategica.

L'oggetto e la regolarità di questi flussi sono individuati con regolamenti interni che devono determinare il contenuto minimo dei flussi informativi, includendo il livello e l'andamento dell'esposizione della banca a tutte le tipologie di rischio, gli eventuali scostamenti rispetto alle politiche approvate dall'organo di supervisione strategica e le tipologie di operazioni e di rischi.

La Circolare 236/2006 prevede che debba essere il Consiglio di amministrazione a permettere ed assicurare che la funzione di gestione dei rischi avvenga nel modo più accurato, completo e tempestivo e che debba garantire l'efficienza e l'efficacia del sistema di gestione di controllo dei rischi.

Da parte sua la funzione di gestione dei rischi deve informare direttamente l'organo aziendale apicale per permettergli la piena conoscenza e governabilità dei fattori di rischio attraverso la fornitura di dati, informazioni e notizie.

Citando Elisa Dellarosa e Ranieri Razzante⁵⁶:

“Tale flusso informativo dovrebbe riportare:

- la misurazione dell’esposizione ai rischi ed il capitale interno;
- la determinazione dei requisiti patrimoniali definiti per fronteggiare i rischi a cui la banca si espone segnalati alla Vigilanza;
- una batteria di indicatori di rilevanza, determinati per le diverse tipologie di rischio;
- i limiti operativi e le soglie di attenzione definite per ogni rischio ed il corrispondente livello di esposizione della banca;
- l’esito delle verifiche svolte dal Risk manager sul rispetto delle politiche di rischio-rendimento espresse dal Consiglio;
- l’esito delle verifiche svolte dal Risk manager sul corretto esercizio dei poteri delegati alle diverse unità aziendali;
- l’esito di eventuali controlli volti a valutare l’esposizione ai singoli rischi ed un giudizio quali-quantitativo sulle evidenze emerse”.

A questi flussi si aggiungono quelli che vengono effettuati nei confronti della Direzione generale, la quale è chiamata da Banca d’Italia ad assicurare una efficace gestione dell’operatività e dei rischi connessi, verificando anche alla luce dei cambiamenti delle condizioni interne ed esterne in cui opera la banca, la funzionalità, l’efficienza, l’efficacia complessiva del sistema dei controlli interni, provvedendo al suo adeguamento per gestire i nuovi rischi ovvero migliorare quelli già noti.

Inoltre, individua e valuta i fattori dai quali possono emergere i rischi. Bisogna nuovamente sottolineare la biunivocità del flusso, dovendo gli organi societari dare *feedback* dei report ricevuti verso le funzioni di controllo oppure richiedere notizie, dati, documentazioni.

⁵⁶ Dellarosa E., Razzante R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca, riprogettare il sistema dopo Basilea 2, Mifid e Compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010, pag. 134

2.6.2 LA COMPLIANCE

L'istituzione della funzione di *Compliance* presso le banche muove in principio da un intervento del *Basel Committee* del 2005 il quale ha pubblicato un documento denominato *La compliance e la funzione di compliance nelle banche*, con il fine di uniformare le disposizioni in materia di vigilanza sul rischio di non conformità e prevenire la violazione di leggi, regolamenti, regole e codici di condotta.

L'Autorità di Vigilanza ha emanato le Disposizioni di vigilanza rubricate "La funzione di conformità", recependo le linee guida del Comitato di Basilea.

Queste disposizioni di Banca d'Italia segnano un punto di rottura nei confronti della normativa settoriale passata, introducendo una nuova funzione disciplinata con un atto regolamentare dedicato. E' un momento di discontinuità poiché segna l'importanza della funzione di conformità che da questo momento necessita di una specifica e articolata disciplina a differenza delle altre funzioni.

La funzione si inserisce nel sistema dei controlli di secondo livello, con l'obiettivo di valutare il rischio di non conformità alla normativa, il quale potrebbe determinare sanzioni giudiziarie o amministrative, perdite finanziarie rilevanti o danni di reputazione in conseguenza di violazioni di norme imperative (leggi o regolamenti) o di autoregolamentazione (statuti, codici di condotta, codici di autodisciplina).

Il rischio di non conformità si esplica in due differenti componenti:

- il rischio legale;
- il rischio reputazione.

Analizzando il secondo nel prossimo capitolo, si specificherà nelle prossime pagine il primo.

Banca d'Italia intende in modo estensivo il concetto, richiamando ogni genere di conseguenze di ordine giuridico inerenti alla violazione di regole esterne ed interne, di codici deontologici e principi etici.

Le sanzioni derivanti da queste violazioni possono avere forme di pene pecuniarie o di restrizioni all'operatività o revoca di autorizzazione all'esercizio delle attività bancarie.

Le violazioni determinano anche "perdite finanziarie rilevanti", compresi ad esempio i danni patrimoniali risultati dalla soccombenza nei giudizi di responsabilità civile per via di azioni risarcitorie esperite dalla clientela come *class action*.

Ne è un esempio la *class action*⁵⁷ esperita dai correntisti di Intesa San Paolo promossa nel 2010 presso il Tribunale di Torino che ha portato alla condanna dell'istituto per applicazione di commissioni per scoperto di conto, oltre gli interessi passivi, considerate illegali.

Il rischio legale comprende dunque sia violazione di regole di comportamento sia irregolarità di contratti o della documentazione collegata e l'errata interpretazione o la colpa nell'applicazione delle norme di condotta.

Il *Basel Committee* ha inserito il rischio in analisi tra quelli operativi ed ha ipotizzando come fattori di rischio quelli riguardante la violazione o l'inadeguatezza di procedure interne, risorse umane, sistemi informatici o eventi esterni.

Per Banca d'Italia infatti le regole interne fungono da parametro per determinare la violazione tanto quanto quelle esterne poste dal legislatore o dalle amministrazioni. Il rischio di non conformità è rilevante quindi tanto nel caso di mancato rispetto di procedure

⁵⁷ <https://codacons.it/intesa-sanpaolono-class-action-codacons>

interne, di codici operativi, di standard di lavoro, di regolamenti aziendali quanto di prescrizioni normative vere e proprie.

Il risalto che Banca d'Italia fornisce per le norme interne è a parere della dottrina spiegabile con il fatto che ad oggi le più importanti norme settoriali che interessano gli intermediari rimettono a questi la specificazione, in applicazione del già analizzato principio di proporzionalità.

Gli obblighi informativi sono infatti sempre più basati su principi, lasciando discrezionalità agli attori nell'applicazione, tramite l'autoregolamentazione e l'autorganizzazione.

Nelle citate *Disposizioni di vigilanza* si fa riferimento a "principi deontologici ed etici, a principi di onestà, correttezza e rispetto non solo della lettera ma anche dello spirito delle norme".

Altro compito della funzione *Compliance* è quello della collaborazione nell'attività di formazione del personale sulle disposizioni applicabili alle attività svolte al fine di diffondere una cultura aziendale improntata ai principi di onestà, correttezza e rispetto dello spirito e della lettera delle norme.

Ovviamente per quanto riguarda il riferimento ai principi etici e allo "spirito delle norme", fondamentale risultano e risulteranno le Note di chiarimento di Banca d'Italia e l'attività della dottrina.

Fondamentale risulta il ruolo del Consiglio di amministrazione, le cui politiche dovranno essere improntate ad un'etica negli affari che contemperino il rispetto dei principi etici e il necessario fine di lucro dell'attività economica.

Per il rischio di non conformità l'istituto è tenuto ad attivare il processo di autovalutazione dell'adeguatezza patrimoniale, la conformità è dunque un tema di interesse per il *Risk management*, ovvero per la

funzione di controllo di secondo livello che misura e valuta i rischi operativi⁵⁸.

Si potrebbe opporre che da sempre gli istituti hanno tenuto comportamenti conformi, la vera novità è che sia stata prevista una apposita funzione, parte integrante del sistema dei controlli interni, che vada a misurare e valutare i rischi e la cui attività richiede competenze di professionalità elevate e trasversali.

Questa previsione è dovuta all'aumento delle manifestazioni del rischio di *compliance*, alla gravità degli impatti e al suo carattere trasversale, interessando tutti i processi operativi, soggetto a continui mutamenti, dovuti alla fluidità del quadro normativo esterno ed interno, interessato da cambiamenti per via dell'espansione e della crescente complessità dell'attività bancaria.

Il rischio di violazione di normative è così rilevante da richiedere un controllo assiduo e un presidio ad hoc presso tutte le strutture aziendali e con riferimento ad ogni processo esecutivo.

Le citate *Disposizioni di vigilanza* prevedono l'obbligo per le banche di adottare per una corretta gestione del rischio in oggetto presidi che debbano responsabilizzare tutti i dipendenti, individuare e distinguere i ruoli e le responsabilità ai diversi livelli dell'organizzazione, l'istituzione di un'apposita funzione che debba gestire il rischio di non conformità, nominare un responsabile della conformità all'interno della banca, predisporre un regolamento interno che indichi responsabilità, compiti, modalità operative, programmazione e risultati dell'attività svolta dalla funzione di conformità.

⁵⁸ Un utile riferimento sul tema dell'adeguatezza patrimoniale in relazione alla Compliance è quello di Pasqualini C., *I compliance test nelle banche italiane*, in *Bancaria*, n. 11/2009

Interessante risulta sottolineare il concetto di “responsabilizzazione”, in particolare Federico Callegaro⁵⁹ indica come:

“Tale fine appare raggiungibile attraverso due principali modalità: a) la formazione intesa non solo quale trasmissione e comprensione delle disposizioni in uno con l’illustrazione delle più adeguate modalità di applicazione; b) l’esempio fattuale della loro puntuale e corretta applicazione da parte di chi, a tutti i livelli-anche operativi-, ha compiti di responsabilità (in ambito bancario dal direttore di filiale o di unità organizzativa al singolo componente del management) in quanto, così facendo, da un lato meglio verranno consapevolizzati i vari dipendenti/collaboratori ma, soprattutto, questi non saranno oggetto di comunicazioni difformi, se non contrastanti, fra loro.”

Intesa come unità organizzativa la funzione di *Compliance* viene descritta come un modello gerarchico che risponde alle direttive del *Head of Compliance* o *Compliance Officer*. Questa figura potrebbe essere a capo di una sola unità organizzativa oppure di diverse unità aziendali, avendo il compito di coordinarle e sovrintenderle.

Nel caso si scelga quest’ultimo modello produttivo, pur rimettendo all’autonomia della banca le scelte per l’organizzazione della conformità, l’Autorità di vigilanza detta le regole per il riporto gerarchico al *Compliance Officer*.

Le attività svolte dalla funzione vengono definite “processo di conformità”, una sequenza operativa volta a prevenire i rischi legali e reputazionali derivanti dalla violazione delle normative esterne ed interne.

⁵⁹ Callegaro F., *La Compliance bancaria, obblighi normativi, linee guida e modelli organizzativi*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2014, pag.14

Questo “processo di conformità” si attiva ad esempio in presenza di un cambiamento normativo e si concretizza in un insieme di sessioni di lavoro, indispensabili per la gestione del cambiamento.

Ovviamente un cambiamento della normativa rappresenta una minaccia per l’azienda in quanto a costi di adeguamento ma allo stesso rappresenta un’opportunità per rivedere il proprio posizionamento competitivo.

La *governance* della banca si esprime dunque anche attraverso il corretto recepimento della normativa.

In accordo con Elisa Dellarosa e Ranieri Razzante⁶⁰ il “processo di conformità” si compone delle seguenti sessioni di lavoro:

- Studio della normativa esterna;
- Analisi d’impatto;
- Revisione organizzativa;
- Aggiornamento delle normative interne;
- Adeguamento dei processi;
- Assistenza e formazione.

Un corretto esercizio del processo prevede un “protocollo di collaborazione” tra le varie unità aziendali attive, aprendosi un vero e proprio tavolo di lavoro al quale partecipano le unità di controllo e quelle di business.

La sessione di lavoro che si vuole analizzare nello specifico è quella dell’assistenza e della formazione, per sottolineare l’importanza di quest’ultima nello sviluppo della funzione *Compliance*.

⁶⁰ Dellarosa E., Razzante R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca, riprogettare il sistema dopo Basilea 2, Mifid e Compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010, pag. 165

Questa è la fase terminale del processo e si concretizza in primis nel supporto che le unità preposte svolgono nei confronti delle filiali, mediante una consulenza continua.

Queste unità sono quelle di organizzazione, quelle legali, quelle informatiche e sono chiamate a implementare i nuovi processi.

Per quanto riguarda la formazione interviene anche l'unità delle risorse umane per programmare e attuare gli interventi formativi necessari per la crescita professionale degli addetti e per analizzare e spiegare la nuova normativa interna e esterna.

I principi a cui si deve improntare quest'attività di formazione sono quelli di onestà e correttezza, facendo della funzione *Compliance* un punto di riferimento per tutto il personale.

Perchè è così importante che questo processo si svolga in maniere coordinata e puntuale?

Perchè in caso di carenze, queste potrebbero determinare delle sanzioni in caso di infrazione della normativa tra cui spiccano per la gravità quelle irrogate per responsabilità amministrativa ex. D.Lgs. 231/2001 e quelle previste dal TUF e dal TUB.

Queste carenze potrebbero determinarsi a causa di un processo non istituzionalizzato oppure per la mancanza di un coordinamento tra le unità o ancora per la mancanza di trasparenza del processo.

Proprio per la delicatezza del processo, molto spesso la buona riuscita è rimessa alla sensibilità e all'impegno dei singoli soggetti, in particolare nelle banche di piccole dimensione in cui le molteplici esigenze sono espletate da pochi referenti.

Inoltre, la caratteristica di coordinamento del processo è richiesta per la complessità e la trasversalità di questo, non trattandosi solo di controllo interno ma anche di analisi della normativa e dei rischi ad esso connessa.

I numerosi interventi di Banca d'Italia sulla funzione sono dovuti proprio a questa complessità: il fine è quello di rafforzare la funzione. È proprio l'Autorità di vigilanza a specificare le competenze della funzione di *Compliance* nelle *Disposizioni di vigilanza*, indicandole in:

- Identificazione delle norme e misurazione/valutazione dell'impatto;
- Controlli ex ante;
- Proposta di modifiche organizzative;
- Controlli ex post;
- Flussi informativi;
- Consulenza agli organi societari;
- Formazione e assistenza;
- Prevenzione dei conflitti di interesse;
- Verifica del sistema premiante.

Tra le numerose competenze, non potendo analizzarle tutte, mi soffermerei sull'identificazione delle norme e sui controlli *ex ante* ed *ex post*.

Per quanto riguarda il primo punto è la stessa Banca d'Italia a prevedere che la funzione debba identificare le norme applicabili alla banca e la misurazione/valutazione del loro impatto sui processi e sulle procedure aziendali.

La responsabilità della funzione è quindi quella di individuare le norme applicabili, interpretarle e individuare i possibili disallineamenti rispetto alla normativa.

Per quanto riguarda invece la competenza dei controlli ex ante gli adempimenti richiesti sono correlati alla funzione di gestione del rischio, quindi l'analisi non è altro che individuare l'esposizione al rischio in termini di rischi legali e reputazionali.

Questa analisi preventiva sulla stima dei rischi di non conformità, cioè delle perdite che la banca potrebbe accusare per delle sanzioni pecuniarie o interdittive oppure per azioni risarcitorie, è quindi condotta direttamente dalla funzione *Compliance*.

Il controllo è quindi *ex ante*, preventivo, preliminare alla gravità dell'impatto delle normative e dei disallineamenti organizzativi in modo da valutare il rischio legale prima di avviare progetti interessati da leggi di settore o provvedimenti di adeguamento a nuove normative.

In questa particolare competenza la funzione di *Compliance* deve coordinarsi ovviamente con quella, analizzata in precedenza, di gestione dei rischi a favore della quale ha obblighi informativi.

Per quanto riguarda il controllo *ex post*, la funzione deve controllare che le procedure interne siano coerenti con l'obiettivo di prevenire la violazione di norme esterne (leggi e regolamenti) e interne (codici di condotta, autoregolamentazioni).

La *Compliance* deve dunque controllare direttamente i comportamenti degli organi aziendali tramite ricognizioni in loco, specificamente controlli ispettivi, oppure in remoto, tramite i dati e le informazioni reperibili mediante sistemi informativi.

Dal punto di vista organizzativo i modelli, se si esclude ovviamente l'outsourcing, sono quello accentrato e quello decentrato.

La scelta tra le due varianti deriva dalle peculiarità della banca, dalle dimensioni, dalle strategie organizzative, dall'esistenza di un gruppo o rete.

La formula dell'accentramento prevede la costituzione di un'unità organizzativa autonoma che svolga le attività affidate alla funzione.

Nel caso in cui venga creata una struttura dedicata la funzione coincide quindi con l'unità *Compliance*, la quale è retta dal *Compliance Officer*

e comprende persone dedicate al carattere organizzativo, legale e di controllo.

Il punto cruciale è a mio parere questo: la formazione altamente specializzata dei membri del team dovendo garantire competenze di controllo, legali ed organizzative appunto.

Ovviamente non è possibile convogliare tutte queste competenze esclusivamente all'interno dell'unità di *Compliance*, ma questa si dovrà coordinare con le altre unità aziendali.

Proprio questa polifunzionalità della funzione e delle sue competenze porta la banca a scegliere il modello decentrato, che permette di distribuire le attività tra differenti unità organizzative aziendali.

Le *Disposizioni di vigilanza* prevedono infatti che in relazione ai molteplici profili professionali richiesti per l'espletamento di questi adempimenti, le varie fasi possano essere affidate a strutture organizzative diverse presenti nella banca, purchè il processo sia ricondotto ad unità mediante la nomina di un responsabile che coordini e sovrintenda le diverse attività.

E' la figura del *Compliance Officer* ad espletare questo compito di coordinamento delle varie unità operative, sorvegliando allo stesso tempo che il processo venga svolto secondo conformità.

Quest'azione di coordinamento è svolta per prevenire le carenze, sostenendo il processo nelle criticità e verificando il risultato.

Ovviamente il *Compliance Officer*, non potendo gestire tutte queste attività in prima persona, agirà servendosi di deleghe ad altre unità per valorizzare la specializzazione delle competenze, purchè si mantenga l'unitarietà di approccio.

I soggetti che all'interno delle varie unità sono incaricati di svolgere compiti di conformità sono tenuti a segnalare in maniera formale ed immediata i rischi riscontrati al *Compliance Officer*, il quale agendo

come detto con delega potrà dare istruzioni dirette ai soggetti incaricati. Questo tipo di modello prevede una unità di *compliance* ridotta poiché le attività sono svolte da soggetti in altre unità aziendali tramite delega.

I vantaggi del modello decentrato sono quindi l'economicità della struttura ma impone un considerevole sforzo di organizzazione e può celare problematiche di funzionamento, richiedendo un notevole coordinamento a livello operativo e a livello di relazioni.

Questo coordinamento collaborativo potrebbe infatti spezzarsi determinando delle criticità nel sistema.

Fondamentale risulta per il funzionamento il ruolo del *Compliance Officer* che deve godere di autorevolezza presso il personale e presso i vertici: la riduzione della struttura *Compliance* deve essere compensata da un ruolo principale del *Compliance Officer*.

Si può dunque individuare questa doppia linea direzionale: il responsabile deve attuare il coordinamento delle unità mentre i soggetti delegati devono avere un forte senso di organizzazione e di cultura aziendale.

Le *Disposizioni di vigilanza* descrivono compiutamente il ruolo e le caratteristiche del responsabile *compliance*.

La nomina e la revoca sono di competenza esclusiva del Consiglio di amministrazione, previo parere del Collegio sindacale.

L'istituto deve tempestivamente comunicare a Banca d'Italia la nomina del *Compliance Officer*.

Le caratteristiche che egli deve avere sono quelle dell'indipendenza, dell'autorevolezza e della professionalità.

In merito all'indipendenza si prevede che se il responsabile della funzione sia un esponente dirigenziale della banca non deve avere

responsabilità dirette di aree operative né essere gerarchicamente dipendente da soggetti responsabili di queste aree.

Il responsabile risponde, sempre secondo le *Disposizioni*, al Consiglio di amministrazione avendo le caratteristiche dell'autonomia sia nei confronti delle strutture operative che dei controlli interni.

Indipendenza ha quindi in questo contesto specifico significato di autonomia dalle altre strutture.

L'altro profilo del carattere d'indipendenza è quello rispetto alla funzione di revisione interna; il *Compliance Officer* non può quindi coincidere col capo dell'*Internal Audit*.

Per quanto riguarda l'autorevolezza, questa si esplica del ruolo ricoperto nell'azienda e nella carriera svolta: vi è dunque un requisito di "peso" all'interno della struttura e uno di competenze acquisite.

L'autorevolezza si concretizza attraverso il coinvolgimento del responsabile negli affari di rilievo che riguardino le sue competenze e nel sostegno del Consiglio di amministrazione che ne rafforzi il ruolo e confermi il messaggio aziendale della mitigazione dei rischi e promuovi i principi di correttezza e trasparenza.

L'autorevolezza si collega inoltre con l'indipendenza poiché permette di riportare direttamente ai vertici aziendali problematiche senza timori di ripercussioni.

L'insufficiente autorevolezza può determinare l'insuccesso della funzione.

Il terzo requisito è la professionalità, ovvero la richiesta di competenze e abilità elevate e in vari campi al *Compliance Officer*, frutto ovviamente di varie e diverse esperienze lavorative.

Il responsabile deve quindi coniugare esperienze e competenza con capacità di leadership e di coordinamento, richieste per avere quegli equilibri tra le unità visti in precedenza.

Ovviamente la primaria competenza richiesta è quella tecnico-legale, ma egli non può esercitarla come puro tecnico perché deve indirizzare e gestire le relazioni aziendali, non è un mero controllore ma un consulente che deve trasmettere direttive per migliorare l'azienda.

Il suo compito non è quello di segnalare meramente il gap rispetto alla normativa di settore ma di consigliare gli adempimenti per superare le criticità, le modifiche strutturali e operative per migliorare il "processo di conformità": egli deve avere dunque la professionalità di un top manager.

Documento importante sul tema è il *Libro bianco sulla Compliance*⁶¹ a cura di ABI che analizza in modo estremamente specifico i rischi di *compliance* distinguendo tra quantità di rischio e qualità.

In merito alla quantità del rischio lo studio distingue tra:

- Bassa: le violazioni e gli episodi di non compliance non sono significativi, i sistemi di controllo sono solidi e minimizzano il rischio;
- Moderata: le violazioni di conformità sono poco numerosi e i sistemi di controllo sono soddisfacenti e adeguati;
- Elevata: le violazioni sono numerose e espongono l'istituto a gravi danni reputazionali, economici. I sistemi dei controlli sono carenti.

Per quanto riguarda la qualità dei controlli si divide tra:

- Robusta: quando il *management* mostra un massimo impegno per minimizzare i rischi di *compliance* anticipando adeguatamente

⁶¹ Av. Vv. A cura di ABI, *Libro bianco sulla funzione Compliance*, Roma, Bancaria Editrice, 2008

anche i rischi derivanti da cambiamenti del mercato, tecnologici e normativi.

I prodotti, i sistemi informativi e le procedure sono efficaci e appropriati e i programmi di formazione sono corretti;

- Soddifacente: il requisito della soddisfazione è il requisito minimo indicato da Banca d'Italia nel Regolamento del 2007 in tutti i livelli dell'istituto.

Il management quando sono indicate carenze o violazioni mettono in atto azioni efficaci e non emergono deficienze significative nei sistemi di controllo e la probabilità che queste si verifichino in futuro è contenuta.

Le policy della banca sono volte alla tutela del cliente e tengono conto nel modo corretto dei rischi legali e di controversie;

- Debole: le violazioni sono frequenti e i danni reputazionali della banca accertati e economicamente rilevanti.

Il *management* non adotta politiche di controllo e di prevenzione dei rischi accurate e soddisfacenti non rispondendo né anticipando i cambiamenti normativi, tecnologici e di mercato.

I programmi di formazioni sono inadeguati e inefficaci, non permettendo una corretta diffusione della "cultura della compliance".

Le controversie con i clienti e i rischi legali sono affrontati in modo carente e inadeguati.

Gli istituti si espongono a un controllo stringente da parte delle Autorità di Vigilanza in merito alla legittimità dei propri comportamenti.

2.6.3 OUTSOURCING DELLA FUNZIONE COMPLIANCE

Le *Disposizioni di Vigilanza* consentono alle banche di dimensioni contenute o con una limitata operatività di affidare lo svolgimento della funzione *Compliance* a soggetti terzi, dotati dei requisiti di professionalità e indipendenza.

La Banca d'Italia dispone che anche nel caso in cui la banca affidi a terzi la funzione gli organi di vertice devono procedere alla nomina di un responsabile interno, al quale spettano i compiti di Referente per l'*outsourcing* oltre che la supervisione della funzione.

Dunque, anche in caso di esternalizzazione, la responsabilità della gestione del rischio di non conformità resta in capo alla banca.

Il fine di questa scelta operativa non è quindi di trasferire esternamente la responsabilità, ma di una possibilità per il contenimento dei costi e per garantire l'efficienza della funzione in caso di carenza di risorse interne.

La stipula di un contratto di *outsourcing* comporta la delega integrale o parziale delle attività a un referente esterno alla struttura della banca per cui il meccanismo è simile a quello che si profila nel modello decentrato.

La possibilità di conferire questo mandato a una struttura esterna per lo svolgimento delle attività di controllo interno era già prevista nel 1999 con le *Istruzioni di vigilanza*⁶² che ora vengono riprese nelle *Disposizioni di Vigilanza*.

Il soggetto estraneo alla banca deve avere precise competenze professionali e deve obbligarsi a garantire precisi standard qualitativi in continua connessione col referente interno.

⁶² Dellarosa E., Razzante R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca, riprogettare il sistema dopo Basilea 2, Mifid e Compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010, pag. 212

Quest'ultimo ha il compito infatti di collegamento tra il soggetto esterno e le strutture di gestione del rischio.

L'indipendenza e l'autorevolezza dell'*outsourcer* sono garantite dal mandato conferitegli e la sua nomina deve essere comunicata a Banca d'Italia.

L'esternalizzazione può essere totale o parziale, a discrezione delle scelte degli organi di vertice della banca che decideranno quali attività di controllo, legali, organizzative delegare.

Nella prima fattispecie possono essere ricomprese quelle di controllo del rischio quali i controlli di conformità in loco o in remoto, in merito a progetti specifici, su atti interni adottati per l'adeguamento delle nuove normative.

Le attività legali sono quelle di segnalazione di normative rilevanti, di interpretazione delle stesse, di valutazione dei rischi legali connessi alle nuove norme o all'avvio di progetti nuovi, fornitura di assistenza legale.

Un accordo di esternalizzazione può comprendere anche servizi di consulenza amministrativa come l'analisi degli impatti delle norme sull'operatività, la segnalazione di carenze organizzative e di processo derivanti dai gap normativi, proposte di modifica di provvedimenti necessari a rimuovere le carenze interne.

Della Rosa e Razzante⁶³ sottolineano un aspetto giuridico controverso, chiedendosi qual è la linea di confine tra il contratto di esternalizzazione e quello generico di consulenza e assistenza tecnica. Il quesito non è da sottovalutare poiché solamente il primo è soggetto alla normativa emanata da Banca d'Italia ed è proprio l'Autorità di vigilanza a risolvere in parte il problema.

⁶³ Dellarosa E., Razzante R., *Op. Cit.*, pag. 214

Le *Disposizioni di Vigilanza* definiscono infatti il contenuto minimale dell'accordo, che deve contenere:

- gli obiettivi della funzione;
- gli obblighi di riservatezza della funzione;
- gli obblighi di informazione verso il referente interno della banca.

Anche il già citato Regolamento Congiunto di Banca d'Italia e Consob del 2007 prende in considerazione la possibilità di esternalizzare le funzioni dettando nello specifico le misure necessarie che l'intermediario deve assicurare.

L'art. 21 comma 2 prevede che:

“a) il fornitore di servizi disponga della competenza, della capacità e di qualsiasi autorizzazione richiesta dalla legge per esercitare le funzioni, i servizi o le attività esternalizzate in maniera professionale e affidabile;

b) il fornitore di servizi presti i servizi esternalizzati in maniera efficace; a questo scopo l'intermediario si dota di metodi per la valutazione del livello delle prestazioni di tale fornitore;

c) il fornitore sorvegli adeguatamente l'esecuzione delle funzioni esternalizzate e gestisca in modo appropriato i rischi connessi con l'esternalizzazione;

d) vengano adottate misure idonee, se risulta possibile che il fornitore di servizi non esegua le funzioni in maniera efficace e in conformità con la normativa e i requisiti vigenti;

e) l'intermediario conservi la competenza richiesta per controllare efficacemente le funzioni esternalizzate e per gestire i rischi connessi all'esternalizzazione e controlli tali funzioni e gestisca tali rischi;

- f) il fornitore di servizi informi l'intermediario di qualsiasi sviluppo che potrebbe incidere in modo rilevante sulla sua capacità di eseguire le funzioni esternalizzate in maniera efficace e in conformità con la normativa e i requisiti vigenti;
- g) l'intermediario possa porre termine, se necessario, all'accordo di esternalizzazione senza che ciò vada a detrimento della continuità e della qualità del servizio alla clientela;
- h) il fornitore di servizi collabori con le autorità di vigilanza per quanto riguarda le attività esternalizzate;
- i) l'intermediario, i suoi revisori contabili e le autorità di vigilanza abbiano effettivo accesso ai dati relativi alle attività esternalizzate e ai locali in cui opera il fornitore di servizi; le autorità di vigilanza siano in grado di esercitare i predetti diritti di accesso;
- j) il fornitore di servizi garantisca la protezione delle informazioni riservate relative all'intermediario e ai suoi clienti;
- k) l'intermediario e il fornitore di servizi adottino, applichino e mantengano un piano di emergenza per il ripristino dell'operatività dei sistemi in caso di disastro e la verifica periodica dei dispositivi di backup, quando ciò sia necessario in considerazione della funzione, del servizio o dell'attività esternalizzati"⁶⁴.

Come visto vengono elencate anche le caratteristiche e gli obblighi del fornitore esterno del servizio, le quali devono essere comprese nel contratto di *outsourcing*.

Altra previsione importante che il contratto deve contenere è quella della valutazione dei livelli quantitativi del servizio, basati su criteri quali la tempestività, la completezza e la puntualità.

⁶⁴http://www.consob.it/documents/46180/46181/reg_bi_consob_2007_10_29.pdf/f3fa3608-f97a-4a19-8a14-ec33a3195bf7

Da quanto detto emerge quanto la scelta di affidare la funzione di *Compliance* sia di natura economica, valutando il rapporto tra costi e benefici.

Si annoverano⁶⁵ tra i vantaggi di questa scelta ad esempio l'efficienza delle attività di *compliance* nonostante la carenza di risorse interne, la riduzione dei costi operativi, la possibilità di acquisire competenze del fornitore esterno.

Tra gli svantaggi vi sono ovviamente il rischio di avere una gestione non corretta tra *outsourcer* e azienda oppure la permanenza della responsabilità in capo alla banca.

2.6.4 L' INTERNAL AUDIT

La funzione di *Internal Audit* è la più consolidata nell'ambito del sistema dei controlli, essendo disciplinata già dalle Istruzioni di vigilanza di banca d'Italia del 1999 che recepiscono le direttive del *Basel Committee*.

L'attività non si limita al mondo bancario ma viene svolta presso organismi differenti ed interessa organizzazioni che variano per finalità, dimensione, complessità e struttura.

L'*Internal Audit* è la struttura che opera l'attività di revisione interna volta ad individuare comportamenti anomali, violazioni delle procedure e della regolamentazione e valuta la funzionalità del complessivo sistema dei controlli interni.

L'attività di revisione interna deve essere svolta da una funzione indipendente che controlli, anche con verifiche in loco, la regolarità dell'operatività e l'andamento dei rischi e valuti la funzionalità del sistema dei controlli interni complessivamente per poterne riferire al

⁶⁵ In proposito si veda Dellarosa E., Razzante R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca, riprogettare il sistema dopo Basilea 2, Mifid e Compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010, pag. 216

Consiglio di amministrazione circa i possibili miglioramenti alle politiche di gestione dei rischi, agli strumenti di misurazione e alle procedure.

La complessità della funzione è facilmente delineabile, sdoppiandosi nell'attività di controllo e in quella di consulenza, essendo insieme "protezione" aziendale e espressione della *governance* dell'istituto.

Questa richiede dunque competenze trasversali dovendo valutare il sistema dei controlli interni nel suo complesso, analizzando tutti i processi e tutti i rischi derivanti.

Nell'ottica analizzata dei tre livelli di controlli, l'*Internal Audit* svolge quello di terzo livello⁶⁶, dovendo conseguire in accordo con Banca d'Italia l'efficacia e l'efficienza dei processi, la salvaguardia del valore delle attività, la conformità delle operazioni con le normative, con le politiche, i piani, i regolamenti, le procedure interne.

Per riassumere e sintetizzare il ruolo dell'*Internal Audit* si può dire che sia il "controllore dei controllori".

I compiti specifici della funzione di Audit sono, citando Elisa Dellarosa e Ranieri Razzanti⁶⁷:

"-verificare il rispetto nei diversi settori operativi dei limiti previsti dai meccanismi di delega, nonché del pieno e corretto utilizzo delle informazioni disponibili nelle diverse attività;

-controllare l'affidabilità dei sistemi informativi, inclusi i sistemi di elaborazione automatica dei dati, e dei sistemi di rilevazione contabile;

-verificare che nella prestazione dei servizi di investimento le procedure adottate assicurino il rispetto delle disposizioni vigenti in

⁶⁶ Intervento AIIA-AICOM, *Le funzioni di Internal Audit e di Compliance: ruoli responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*, aprile 2008

⁶⁷ Dellarosa E., Razzante R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca, riprogettare il sistema dopo Basilea 2, Mifid e Compliance*, Franco Angeli, Milano, 2010, pag. 250

maniera di separatezza amministrativa e contabile, di separazione patrimoniale dei beni della clientela e delle regole di comportamento;

- effettuare test periodici sul funzionamento delle procedure operative e di controllo interno;
- espletare compiti d'accertamento anche con riguardo a specifiche irregolarità, ove richiesto dal consiglio d'amministrazione, dall'Alta direzione o dal Collegio sindacale;
- verificare la rimozione delle anomalie riscontrate nell'operatività e nel funzionamento dei controlli."

Una volta indicate le competenze emerge una situazione di ambiguità interpretativa che ha interessato la dottrina: alcune prerogative dell'*Audit* sono condivise con la *Compliance*, pur essendo le due funzioni molto diverse attinendo, come detto, la prima ai controlli di terzo livello, mentre la seconda a quelli di secondo.

Le differenze sono di ordine qualitativo e quantitativo.

Infatti, la *compliance* si esplica all'interno del perimetro affidatogli dagli organi di vertice mentre l'*Audit* agisce in modo più ampio, dovendo controllare l'intera azienda, comprese le aree di *business* e i processi operativi e le tipologie di rischio.

L'*Audit* deve quindi controllare i controlli di primo e secondo livello, tra cui la funzione *Compliance*, dovendone verificare la correttezza di azione del presidio, riportando direttamente al Consiglio di amministrazione.

Per quanto riguarda la consulenza, la funzione di conformità deve appunto esprimere pareri riguardo la normativa e i rischi connessi, mentre l'*Audit* propone interventi di manutenzione operativa dei processi per migliorarli.

Possiamo dunque ragionare le due funzioni in un'ottica di separazione delle competenze e per spiegare meglio questo concetto torna utile la

Disposizione di Banca d'Italia del 2010 in cui si prevede che “per assicurare l'imparzialità delle verifiche, la funzione di conformità non può essere affidata alla funzione di revisione interna.

In ogni caso, attesa la contiguità tra le due attività, sono chiaramente individuati e comunicati all'interno della banca i compiti e le responsabilità delle due funzioni, in particolare per quanto specificamente attiene alla suddivisione delle competenze relative alla misurazione dei rischi, alla consulenza in materia di adeguatezza delle procedure di controllo nonché alle attività di verifica delle procedure medesime”.

2.6.5 INTERNAL AUDIT E COMPLIANCE: FOCUS SUI RISPETTIVI AMBITI DI COMPETENZA

Vista la difficoltà concettuale delle due Funzioni precedentemente analizzate si trova utili illustrare le differenze di ruolo e di competenza. A tal proposito il documento fondamentale risulta essere lo studio congiunto⁶⁸ del 2008 dell'Associazione Italiana Internal Auditors e dell'Associazione Italiana Compliance dal titolo “Le funzioni di Internal Audit e di Compliance: ruoli responsabilità e ambiti di rispettiva competenza”.

La comparsa della Funzione *Compliance* col già analizzato Regolamento Congiunto di Banca d'Italia-Consob del 2007 rende necessario differenziare in modo chiaro l'organizzazione e le responsabilità di questa rispetto alla Funzione di *Internal Audit*.

In primis la differenza si evidenzia sulle finalità essendo la prima volta a al controllo del rispetto della normativa, mentre la seconda deve monitorare complessivamente il Sistema dei Controlli interni.

⁶⁸ AIIA-AICOM, *Le funzioni di Internal Audit e di Compliance: ruoli responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*, aprile 2008, pag. 5

Lo studio congiunto dell'AIC e AICOM approfondisce i ruoli e le responsabilità distinguendoli in relazione alle attività di consulenza e a quelle di *assurance*.

Per quanto riguarda le attività di consulenza l'*Internal Audit* è volta a proporre soluzioni idonee a garantire il superamento delle debolezze del Sistema dei Controlli Interni.

Si legge nello studio congiunto che “La sua attività si esplica sia nel momento in cui emergono disallineamenti tra il Sistema dei Controlli Interni e il modello di business e di governo adottato dall'azienda, sia nella fase di impianto/revisione di processi e procedure, con l'obiettivo di garantire coerenza e linearità all'intero impianto dei controlli a presidio dei rischi”⁶⁹.

Per quanto riguarda la funzione *Compliance* invece l'attività di consulenza ha come oggetto il controllo della conformità delle procedure aziendali rispetto alla normativa interna e esterna vigente e ai principi che l'azienda detta nel Codice Etico o di Condotta.

Le attività di *assurance* bancaria riguardano invece l'insieme delle attività sistematiche volte a assicurare che gli obiettivi e i processi di gestione di un'organizzazione, di un progetto, di un programma siano adatti allo scopo. Il termine *assurance* viene spesso usato nel contesto della *quality assurance*, “garanzia di qualità”⁷⁰.

Lo studio dell'AIC-AICOM individua otto diversi ambiti delle attività di *assurance* in cui operano le funzioni di *Internal Audit* e *Compliance*.

Possiamo dunque dividerle in:

⁶⁹ AIIA-AICOM , *Le funzioni di Internal Audit e di Compliance: ruoli responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*, aprile 2008, pag. 18

⁷⁰ <http://www.imlearning.it/assurance>

- ASSURANCE-ASSETTO ORGANIZZATIVO: l'*Audit* valuta i requisiti previsti per un "buon funzionamento dell'azienda" e la loro adeguatezza.

La *Compliance* invece verifica la conformità di questi requisiti in particolare riguardo al conflitto di interessi emergente nelle singole unità organizzative⁷¹.

- ASSURANCE-SISTEMA DELLE DELEGHE E DEI POTERI: l'*Audit* valuta la corrispondenza del sistema delle deleghe e dei poteri alle delibere del Consiglio di Amministrazione o alle Direttive della Capogruppo e controlla che i ruoli e le responsabilità non determinino sovrapposizioni, omissioni e duplicazioni dei compiti.

La *Compliance* verifica invece che la distribuzione delle cariche e delle deleghe garantisca l'esercizio delle attività attribuite dalle normative di settore e un idoneo presidio dei conflitti di interesse.

- ASSURANCE-SISTEMA DEI CONTROLLI: l'*Audit* analizza l'adeguatezza del sistema riportando gli esiti alla Direzione e proponendo soluzioni migliorative, valutando tutte le strutture facenti parte del sistema controlli.

La *Compliance* deve invece "effettuare e aggiornare periodicamente la mappatura dei rischi di non conformità e reputazionali emergenti dai processi/prodotti, con stretto riferimento all'evoluzione del modello di business aziendale, all'introduzione di nuove

⁷¹ Sul conflitto di interessi in ambito bancario si veda Anolli M., Banfi A., Presti G., Rescigno M., *Banche, servizi di investimento e conflitti di interesse*, Il Mulino, Milano, 2010

normative e all'aggiornamento di quelle vigenti, nonché all'adozione di norme di autoregolamentazione e di codici di condotta"⁷².

- ASSURANCE-MODELLI DI GESTIONE DEL RISCHIO: l'*Audit* si focalizza sui modelli di gestione del rischio adottati dall'azienda allo scopo di verificarne il corretto ed efficace funzionamento (tra cui quello di *Compliance*) per assicurare che quanto adottato consenta al Consiglio di amministrazione una corretta gestione dei rischi.

Per quanto riguarda la funzione di *Compliance* invece essa provvede all'aggiornamento della gestione del rischio di non conformità e reputazionale, in modo che sia coerente alle strategie e l'operatività aziendale.

- ASSURANCE-PROCESSI: l'*Audit* è chiamata da questo punto di vista al miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza dell'organizzazione attraverso i processi aziendali e la loro valutazione per garantire una "affidabilità" del sistema controlli.

La *Compliance* deve individuare le norme applicabili e valutarne l'integrazione ai processi e alle procedure aziendali per garantirne la corretta applicazione e il corretto impatto.

- ASSURANCE-PROCEDURE AZIENDALI: per quanto riguarda le procedure l'*Audit* ha un ruolo di primo piano nell'applicazione dei principi di controllo e nell'analisi dei rischi⁷³. La funzione può anche

⁷²AIIA-AICOM , *Le funzioni di Internal Audit e di Compliance: ruoli responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*, aprile 2008, pag. 23

⁷³ Il riferimento è sempre al documento congiunto AIIA-AICOM, *Le funzioni di Internal Audit e di Compliance: ruoli responsabilità e ambiti di rispettiva competenza*, aprile 2008

raccomandare azioni di miglioramento sui presidi di controllo nelle procedure aziendali.

La Funzione *Compliance* invece garantisce che le procedure organizzative prevengano la violazione delle norme interne o esterne.

- ASSURANCE-SISTEMI AZIENDALI DI REPORTING E INFORMATIVA: l'*Audit* valuta l'adeguatezza dei sistemi informativi aziendali e l'affidabilità delle informazioni disponibili in merito alla complessità del contesto operativo e alle dimensioni e alla distribuzione territoriale dell'azienda.

La *Compliance* valuta invece che il *reporting* e l'informativa dell'impresa, con riferimento alla sua idoneità a rispondere ai requisiti normativi vigenti o alle disposizioni interne stabilite dall'azienda anche in termini di contenuti e tempistica, siano conformi e identifica le norme applicabili e il loro recepimento all'interno dell'azienda.

- ASSURANCE-ATTIVITA' DI CONTROLLO E DI VERIFICA: la funzione di *Internal Audit* esplica le proprie verifiche con interventi mirati sul sistema controlli, valutando la rischiosità di particolari aree di attività.

La *Compliance* deve monitorare i presidi esistenti nei processi e nelle procedure di mitigazione dei rischi di non conformità e reputazionali.

2.7 L'ATTIVITA' DI REPORTING

Il Regolamento congiunto di Banca d'Italia e Consob del 2007 impone alla funzione di *Compliance* di presentare con periodicità almeno annuale relazioni sull'attività svolta agli organi aziendali.

Gli argomenti di report consultivi hanno come temi principali:

- le attività strutturali inerenti alla funzione come ad esempio la riorganizzazione, la gestione delle risorse del personale e di quelle informatiche;
- la valutazione dei rischi tipiche del settore come l'analisi delle fonti normative, di verifica ex ante ed ex post;
- la sezione riservata ai Reclami dei clienti;
- la materia dell'antiriciclaggio;
- l'eventuale attività svolta presso terzi in *outsourcing*;

Questa attività costituisce la base per quella di Plan del periodo successivo, non essendo solamente una fotografia degli interventi della funzione *Compliance* nei vari settori indicati, ma permettendo all'organi di amministrazione di indicare le aree dove intervenire.

Questo documento, chiamato appunto Report Consultivo, viene presentato davanti agli Organi di Amministrazione, Controllo, Direzione nonché all'*Internal Audit*.

Esso rappresenta dunque, per gli organi ai quali viene presentato e per i temi trattati più che un mero resoconto, il principale mezzo per la verifica e l'accertamento dell'esecuzione dei compiti da parte della funzione *Compliance*.

Oltre il documento di Report, le attività della Funzione possono trovare concretizzazione in documenti distinti per contenuto, destinatari e tempistica di redazione.

In primis vi è il Report di Verifica ex post il cui oggetto va delineato nel dettaglio, indicando la normativa di riferimento, per definire i processi e le procedure interessate.

In ragione della natura dei compiti della Funzione le disposizioni legislativo-regolamentari risultano fondamentali non solo per consentire per sviluppare la conoscenza presso soggetti non abituati al rapporto con quelle disposizioni, quanto per precisare il percorso che ha portato alle conclusioni esposte nel Report.

Il livello di dettaglio andrà ovviamente valutato caso per caso in base ai singoli interventi.

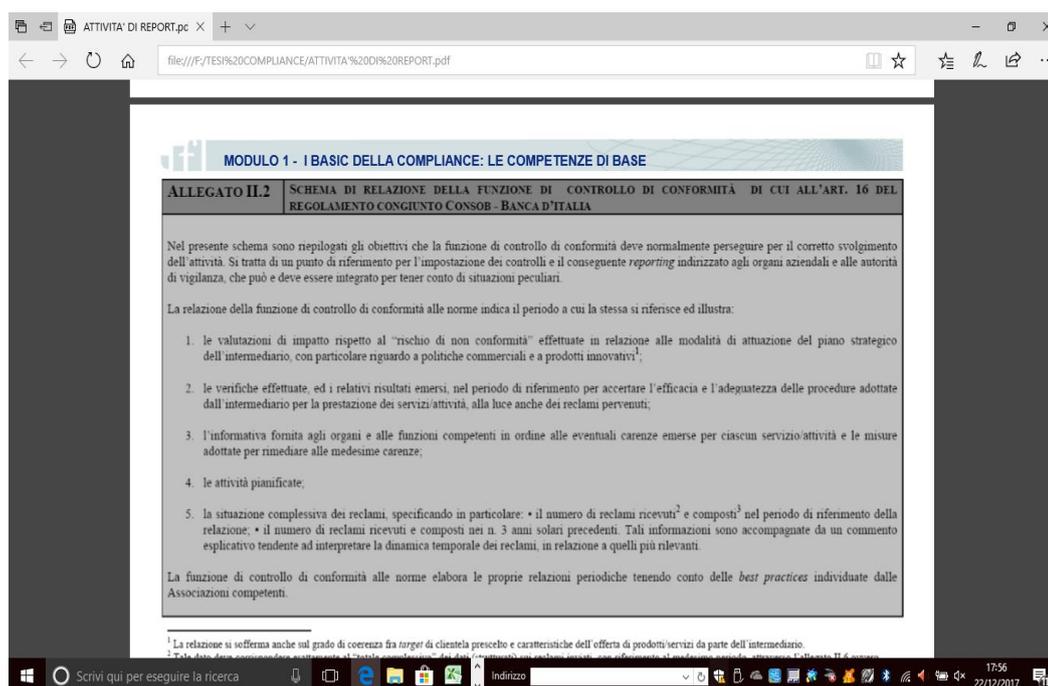
Discorso a parte meritano le disposizioni di carattere sanzionatorio essendo opportuno collegarle con l'evoluzione giurisprudenziale per analizzare il caso concreto. Per quanto riguarda la dottrina si considerino i Pareri acquisiti dalla *Compliance* in occasione delle analisi effettuati per la fattibilità e la definizione delle nuove modalità per nuove attività, prodotti, processi sviluppati.

Diverso è il Report di Verifica ex ante, i cui elementi distintivi rispetto al precedente report sono quelli di individuare preventivamente tutte le informazioni utili a definire il perimetro e i contenuti dell'attività in riferimento alle procedure e i processi, limitandosi agli elementi integrativi o sostitutivi delle procedure e dei processi, dovrà valutare se i presidi, al momento predisposti dall'intermediario a mitigazione dei rischi, sono da considerarsi adeguati ovvero necessitano di integrazione e definendone contenuti e termini di applicazione.

Inoltre, in caso di rilevanti mutamenti, operativi o strutturali, sarà opportuno considerare effetti che vengono a spiegarsi relativamente all'attività base.

Quanto ai destinatari di quest'attività di reporting della *Compliance* Federico Callegaro⁷⁴ ne individua tre categorie:

- i destinatari di default previsti dalla regolamentazione interna come Il Consigliere delegato, il Collegio sindacale, il Comitato per il controllo, l'Organismo di Sorveglianza ex. D.Lgs. 231/2001, l'Internal Audit;
- in caso di gruppi la Capogruppo è sempre destinataria dei Report mentre le società collegate lo sono solamente se interessate direttamente dall'oggetto;
- i destinatari di Report specifici come in caso di Rilievi, Raccomandazioni, Action Plan.



Ulteriore sottolineatura deve essere fatta nei confronti dell'attività di Reporting straordinaria nel caso, in fase ispettiva/di controllo vengano

⁷⁴ Callegaro F., *La compliance bancaria, obblighi normativi, linee guida e modelli organizzativi*, pagina 178, Trento, Tangram edizioni scientifiche, 2014

rilevate gravi irregolarità queste devono essere comunicate agli organi di controllo dell'azienda e, eventualmente, alle Autorità di Vigilanza.

2.8 I COSTI DELLA COMPLIANCE

L'incremento della regolamentazione connessa all'aumento dei controlli ha comportato per gli intermediari una significativa lievitazione dei costi che questi devono affrontare per dare esecuzione alle disposizioni delle Autorità di vigilanza.

In accordo con il Dottorato di Ricerca in Banca e Finanza dell'Università di Roma di Tor Vergata⁷⁵ l'attenzione regolamentare per i costi sulla *compliance* e la criticità degli stessi per l'industria bancaria hanno sollevato l'interesse verso la comprensione dell'entità e delle determinanti di tali costi e dei possibili effetti per le banche di diverse dimensioni.

Un incremento eccessivo dei costi della *Compliance* potrebbe infatti tradursi per le banche più grandi in aumento dei costi per gli utenti finali del servizio e le banche minori sperimenterebbero costi maggiori rispetto a quelle più grandi.

A determinare un costo così elevato per gli intermediari è la complessità del quadro normativo di settore divenuto sempre più articolato e ampio.

I costi di *Compliance* possono essere definiti come i costi che i destinatari delle norme sostengono per realizzare le attività che non sarebbero necessarie in assenza della regolamentazione.

Banca d'Italia chiarisce nella Circolare 277/2010 che si tratta di un costo che deriva dalla necessità di adempiere alle prescrizioni normative, con esclusione di quelli legati ad attività che sarebbero

⁷⁵ <http://www.economia.uniroma2.it/Public/files/bancafinanza>

state realizzate pur in assenza di regolamentazione, ad esempio l'introduzione di un obbligo informativo nei confronti della clientela non genera costi di *compliance* per gli intermediari che in autonomia avrebbero prodotto l'informativa.

In cosa si concretizzano questi costi? La Consob nel Documento di Consultazione del 18 gennaio 2011 precisa che i costi comprendono essenzialmente quelli di raccolta dei dati e di *reporting*, i costi di pubblicazione delle informazioni (sia una tantum che ricorrenti) e i costi di *Legal Advisor*.

La stessa Consob ha riconosciuto che i costi regolamentari per le società quotate, derivanti per la maggior parte dalla normativa comunitaria, sono divenuti sempre maggiori fino ad essere quasi insostenibili per gli istituti di piccole dimensioni.

La Banca d'Italia nel documento di analisi di questa tematica nel 2009 ha spiegato che, in riferimento ad alcune proposte di revisione come la standardizzazione dei documenti di trasparenza, l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza, queste iniziative potrebbero comportare per gli intermediari costi di *compliance* non marginali per adeguare la documentazione già esistente ma avrebbero effetti positivi rilevanti in tema di maggior chiarezza e comparabilità dei documenti.

Il maggior ricorso a tecniche di comunicazione a distanza potrebbe ad esempio contribuire al contenimento dei costi e rendere più facilmente accessibili al pubblico i documenti di trasparenza.

La materia è stata oggetto anche di Assogestioni⁷⁶, in riferimento all'introduzione della normativa Mifid 1 per le Società di Gestione del risparmio.

⁷⁶ <http://www.assogestioni.it/index.cfm/3,799,8735/2010-01-assogestioni-pwc-la-funzione-di-compliance-profilo-organizzativi-e-costi-risultati-survey.pdf>

In particolare, Callegaro⁷⁷ riporta i dati di questa *survey*:

“Il perimetro oggetto dell’intervento rappresenta più del 75% del mercato in termini di masse di gestione.

Di seguito si riportano alcuni dei relativi risultati:

-le risorse della funzione Compliance sono in numero maggiore (5 risorse in media) rispetto a quelle di Internal Audit (3) e inferiori rispetto a quelle del Risk Management (7) e del Controllo di Gestione (10);

-il 40% del personale risulta in outsourcing contrariamente a quelle del Risk management (7) e del Controllo gestione (10);

-il 61% delle società utilizza sistemi informativi a supporto, principalmente per tracciare le attività pianificate (82% dei casi) e per presidiare i rischi di conformità prevenendo l’insorgere di anomalie sul processo di investimento (71%);

-i costi diretti relativi alla funzione Compliance incidono maggiormente sul totale dei costi complessivi delle Sgr pari a 7,2% rispetto a quelli indiretti che ammontano a 5,9%;

-dall’analisi sulle singole tipologie dei costi della Compliance, quelli che hanno una rilevanza maggiore sono i costi relativi allo staf pari al 54% e alla manutenzione dei sistemi informativi pari al 34%;

-i costi di costituzione sono stati sostenuti nel 2005 e, nel triennio successivo (2005-2008), sono stati sostenuti i costi per la predisposizione dell’impianto documentale e per i progetti di aggiornamento derivanti da policy interne;

-le attività sull’adeguamento alla normativa Mifid e quelle riguardanti la definizione dei limiti degli investimenti nel triennio 2005-2008,

⁷⁷ Callegaro F., *La Compliance bancaria, obblighi normativi, linee guida e modelli organizzativi*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2014, pag. 208

hanno assorbito i maggiori costi intesi come maggiore impegno del personale dell'azienda;

-relativamente al rapporto costi-benefici, è emerso che per il triennio 2005-2008 i costi percepiti sono stati maggiori rispetto ai benefici ottenuti anche se in prospettiva”.

Il dato che personalmente più salta all'occhio è quello della percentuale di attività di *Compliance* in *outsourcing* nel settore bancario, manifestando il grado di specializzazione che un così complesso quadro normativo richiede e una formazione continua e specifica che non sempre si riesce a garantire in particolare negli istituti minori.

2.9 DUE DILIGENCE E COMPLIANCE: IL D.LGS. 231/2001

Nella *Nota di chiarimenti* alla Circolare 285/2013 di Banca d'Italia⁷⁸ nella Parte Prima, Titolo IV, Capitolo 3, Sezione II intitolata “Ruolo degli organi aziendali”, al punto due si legge che:

“la Circ. 285/2013 riconosce alle banche la facoltà di affidare le funzioni dell'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001 a un organismo appositamente costituito, previa adeguata motivazione. L'adeguatezza della motivazione va valutata alla luce dell'idoneità della particolare composizione prescelta per l'organismo ad assicurare il corretto espletamento dei compiti a esso attribuiti e un efficace coordinamento con il sistema dei controlli interni. Fermo restando l'autonomia della banca e le valutazioni della Vigilanza sui casi concreti, la presenza dei responsabili delle funzioni aziendali di controllo di secondo e terzo livello e del presidente dell'organo con funzione di controllo non appare incoerente con i principi della

⁷⁸ Banca d'Italia, *Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche in materia di sistema dei controlli interni, sistema informativo e continuità operativa - Relazione sull'analisi d'impatto*, Giugno 2013

regolamentazione volti a favorire, come detto, il coordinamento tra i vari soggetti preposti ai compiti di controllo e ad assicurare un adeguato grado di autonomia e indipendenza dell'organismo".

Il D.Lgs. 231/2001⁷⁹ ha infatti introdotto una importante disciplina volta a reprimere il fenomeno del cosiddetto "*corporate crime*", ovvero un complesso di condotte illecite realizzate dall'impresa al fine di conseguire benefici economici e finanziari⁸⁰.

L'art. 1 del Decreto legislativo prevede che le disposizioni si riferiscono agli "enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica", mentre non si applicano allo "Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale"⁸¹.

In ambito privatistico la disciplina è rivolta a tutti gli enti dotati di personalità giuridica⁸², alle società (tra cui le banche), nonché alle associazioni prive di personalità giuridiche.

⁷⁹ Il decreto è stato approvato dal CdM il 2 maggio 2001, in attuazione della delega conferita dal Parlamento nella legge n. 300/2000 che riguarda la "Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K. 3 del Trattato dell'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica" (<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/00300l.htm>)

⁸⁰ Pisani N., *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, Banca Borsa tit. cred., 2008, pag. 98

⁸¹ <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>

⁸² Tra la numerosa dottrina in tema si veda ad esempio Aa. Vv., a cura di Studio Legale BonelliErede, *Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, Ipsoa, 2017

Il fondamento di questa disciplina è quello di considerare l'ente come istigatore, esecutore e beneficiario delle condotte criminose materialmente posta in essere dal soggetto-persona fisica in esso inserito e di attribuire all'ente la "colpa di organizzazione"⁸³, cioè il non aver predisposto un insieme di regole, cautele, misure e procedure organizzative preventive idonee ad evitare la commissione di reati nell'ambito della propria attività di gestione.

Il legislatore ha allo stesso tempo dato la possibilità all'ente di difendersi attraverso il suo sistema di controllo che dovrà assumere le caratteristiche del modello organizzativo e di gestione previsto dal 231.

L'adozione di questo infatti rappresenta la condizione esimente dalla responsabilità amministrativa dell'impresa, ove siano integrati i requisiti necessari.

La Circ. 285/2013⁸⁴ riconosce alle banche la facoltà di affidare le funzioni dell'organismo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001 a un organismo appositamente costituito, previa adeguata motivazione. L'adeguatezza della motivazione va valutata alla luce dell'idoneità della particolare composizione prescelta per l'organismo ad assicurare il corretto espletamento dei compiti a esso attribuiti e un efficace coordinamento con il sistema dei controlli interni. Fermo restando l'autonomia della banca e le valutazioni della Vigilanza sui casi concreti, la presenza dei responsabili delle funzioni aziendali di

e Laco G., Loria V., Morgante M., *Enti e responsabilità da reato. Commento al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, Giappichelli, 2016.

⁸³ Per una specifica del concetto di "colpa di organizzazione" si rimanda a Sullo A., *Il criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità all'ente, La "colpevolezza di organizzazione" nella disciplina del D.Lgs. 231/2001*, in <http://www.altalex.com>, 2011

⁸⁴https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/NOTA_DI_CHIARIMENTI_285_Controlleri_interni_06022017.pdf

controllo di secondo e terzo livello e del presidente dell'organo con funzione di controllo non appare incoerente con i principi della regolamentazione volti a favorire, come detto, il coordinamento tra i vari soggetti preposti ai compiti di controllo e ad assicurare un adeguato grado di autonomia e indipendenza dell'organismo.

In realtà, come si legge nella Relazione Ministeriale, questa "responsabilità, poiché conseguente da reato e legata alle garanzie del processo penale diverge in non pochi punti dal paradigma di illecito amministrativo con la conseguenza di dar luogo alla nascita di un *tertium genus* che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di temperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia"⁸⁵.

Questo tipo di responsabilità risulta quindi molto simile a quella penale non soltanto perché l'accertamento avviene nell'ambito del processo penale, ma anche perché questa è autonoma rispetto alla persona fisica che ha commesso il reato: l'art. 8 infatti dispone che l'ente potrà essere dichiarato responsabile anche se la persona fisica che ha commesso il reato non è imputabile.

In particolare, si specifica che nel caso di reati commessi da soggetti apicali dell'azienda, l'impresa per avvalersi di questa esimente dovrà in giudizio dimostrare che:

⁸⁵https://www.abi.it/DOC_Normativa/Ordinamento/Responsabilita-amministrativa/tmp1048669044706_13LineeGuidaABI.pdf

Sul tipo di responsabilità si veda Arecco F., Catellani G., Davoli L., *Responsabilità da reato delle aziende. Modelli 231 e ambiente*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2016 in cui si legge "Il legislatore italiano, nell'affrontare lo studio preliminare alla produzione normativa, aveva scelto una posizione intermedia, definita dal rapporto accompagnatorio del governo al D.Lgs.231 come "*tertium genus*" nell'ambito della responsabilità: non solamente di genere amministrativo perché è presupposta la presenza di un reato (natura penale) e neanche di genere penale, perché la sanzione al quale l'ente avrebbe dovuto essere condannato, benché propriamente punitiva, defice del tipico compito rieducativo, scopo primario della pena".

- l'organo dirigente aveva adottato modelli di organizzazione e gestione per prevenire i reati verificatisi, prima della loro commissione;
- l'ente con i compiti di vigilanza sul funzionamento dei processi e sul loro aggiornamento era dotato di autonomia e controllo;
- il reato era stato commesso eludendo in modo fraudolento i modelli descritti;
- non vi era stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organo ad esso preposto.

Nel caso in cui invece i reati siano stati commessi da soggetto non apicali, ma da soggetti sottoposti opera una presunzione relativa di non colpevolezza poiché spetta all'accusa provare che il fatto è stato commesso in presenza di omissione o insufficiente vigilanza da parte dell'organo.

Per quanto riguarda il contenuto che il modello 231 deve assumere gli art. 6 e 7 hanno previsto che essi debbano rispondere alle esigenze di:

- individuare attività nei cui ambiti possono essere commessi i reati;
- prevedere protocolli interni volti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati;
- individuare le modalità di gestione delle risorse finanziarie per impedire la commissione di reati;
- determinare obblighi informativi nei confronti dell'organo deputato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del modello;
- prevedere un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Il legislatore, come spesso capita nel settore, non è intervenuto specificando uno standard ma si è limitato a indicare i contenuti generali e flessibili (*principles basic*) che devono adattarsi all'impresa e devono essere calati all'interno dei processi aziendali e della realtà concreta dell'istituto.

Il D. Lgs. 231/2001 individua tassativamente nella Sezione III del Capo I le fattispecie di reato che possono dare origine alla responsabilità amministrativa.

Il legislatore delegato si era in principio limitato ai reati di indebita percezione di erogazioni, truffa ai danni dello Stato o di un ente pubblico o per le erogazioni pubbliche e frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico ovvero di concussione e corruzione⁸⁶. Negli anni successivi l'elenco dei reati presupposto si è incrementato e a oggi il catalogo dei reati presupposto ricomprende all'art. 24 l'indebita percezione di erogazioni, truffa in danno dello Stato, frode informatica in danno dello Stato o di un ente pubblico.

L'art. 24-bis prevede delitti informatici e trattamento illecito di dati mentre il 24-ter i delitti di criminalità organizzata, l'art. 25 la concussione, l'induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione, l'art. 25-bis la falsità in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo e in strumenti o segni di riconoscimento, l'art. 25-ter i reati societari e il 25-sexies i reati di abuso di mercato.

Interessante a mio parere l'art. 25-undecies che prevede i reati ambientali, tema estremamente attuale nel mondo del diritto e su cui il legislatore pone sull'attenzione⁸⁷.

⁸⁶ Scogliamiglio G., *Gli Assetti Organizzativi degli intermediari, La Nuova Disciplina degli Intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, CEDAM, 2009, pag. 76

⁸⁷ Sul tema si veda Santoriello, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti collettivi in presenza di reati colposi*, in <https://www.rivista231.it/Articoli/2011>

L'art. 5 del Decreto in analisi indica anche la responsabilità dell'Ente per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da persone che hanno funzioni di amministrazione o direzione nonché da persone che esercitano la gestione o il controllo dello stesso.

Il modello descritto dal D.lgs. 231 dovrà prevedere⁸⁸:

- il sistema organizzativo e di *governance* dell'ente;
- il modello di business dell'impresa e di gestione e controllo
- il processo di valutazione del rischio;
- il sistema disciplinare e i relativi meccanismi sanzionatori;
- il ruolo e le caratteristiche dell'organo di vigilanza;
- il codice etico contenente i principi etici.

Il riferimento a questo modello l'Abi nelle "Linee guida dell'Associazione Bancaria Italiana per l'adozione di modelli organizzativi sulla responsabilità amministrativa delle banche" suggerisce alcune indicazioni sulle caratteristiche del modello previsto dal D.Lgs.231/2001.

In particolare, i compiti derivanti da questa normativa possono essere espletati da una funzione costituita ad hoc dalla banca⁸⁹ composta da professionalità interne od esterna ad essa e uno o più amministratori non esecutivi o indipendenti che garantiscano sull'autonomia dei controlli e degli indirizzi.

I compiti previsti possono essere effettuati anche da un organismo composto unicamente da amministratori non esecutivi o indipendenti oppure affidata alla funzione di *Internal audit*.

⁸⁸ Fazzini M., *Due diligence sulla Compliance al D.Lgs. 231/2001* in *Due Diligence*, Wolters Kluwer, Milano, 2017, pag. 305

⁸⁹ D. Fondaroli, C. Zoli, *Modelli organizzativi ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, Giappichelli, Torino, 2014

Sembra perciò preferibile affidare le previsioni di questa normativa analizzata alla funzione *Compliance*, che dovendo monitorare il rischio di non conformità sembra più adatta a presidiare i rischi di responsabilità amministrativa.

Venendo ora ai profili sanzionatori previsti dal Decreto, l'art. 9 elenca le sanzioni previste per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato:

- la sanzione pecuniaria;
- le sanzioni interdittive (l'interdizione all'esercizio dell'attività; la sospensione o la revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrarre con la Pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio; l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi⁹⁰);
- la confisca;
- la pubblicazione della sentenza.

La sanzione pecuniaria è applicabile per tutti gli illeciti dipendenti da reato ex D.Lgs. 231/2001 e ove vi sia un accertamento della responsabilità per l'ente.

L'importo è compreso tra un minimo di 258 euro e un massimo di 1549 euro.

Ovviamente il giudice dovrà valutare il caso concreto e, nello specifico, la gravità del fatto, il grado di responsabilità dell'ente, l'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la

⁹⁰ Studio Legale BonelliErede, Sbisà Francesco, *Responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsa, Milano, 2016, pag. 223

commissione di altri illeciti, nonché le condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione. Il giudice può determinare anche la riduzione della sanzione se l'autore ha commesso il fatto prevalentemente nell'interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio oppure ne ha ricavato un vantaggio minimo, se il danno è di particolare tenuità, se l'ente ha risarcito il danno o eliminate le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Per quanto riguarda le sanzioni interdittive⁹¹ si applicano solamente in relazione ai reati per i quali sono espressamente previste quando ricorre una delle condizioni elencate: se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità e il reato è stato commesso da soggetti apicali, quando la commissione del reato è stata determinata o facilitata da carenze organizzative o di controllo o nel caso in cui ci sia stata la reiterazione degli illeciti da parte dell'ente.

La confisca viene prevista all'art. 19 del Decreto e ha ad oggetto il prezzo o il profitto del reato. Si tratta di una sanzione autonoma e obbligatoria, dovendo essere applicata insieme alla sentenza di condanna.

Il Decreto prevede la confisca tradizionale e sia la confisca per equivalente.

Per quanto riguarda il prezzo si fa riferimento alle cose date o promesse per determinare o istigare la commissione del reato.

Invece la dottrina⁹² per quanto riguarda il profitto individua due diverse interpretazioni: un'accezione ristretta, che mette in risalto il concetto di utilità diretta ricavata dal reato, e una più ampia che

⁹¹<http://www.altalex.com/documents/news/2013/09/20/d-lgs-231-2001-responsabilita-amministrativa-da-reato>

⁹² <https://www.rivista231.it/Articoli/2007/1/225>

comprende i vantaggi derivanti dal successivo reimpiego e alla posizione di concorrenza sul mercato.

Infine, l'art. 18 del Decreto prevede la sanzione della pubblicazione della sentenza esclusivamente in cui si preveda una sanzione interdittiva.

Dal punto di vista giurisprudenziale i due casi più importanti riguardanti le banche sono quello della Banca Italease e quello di numerose banche (tra le quali Morgan Stanley Bank, Credit Suisse Securities, Deutsche Bank) in merito alla vendita di obbligazioni della Parmalat S.p.A.

Il primo caso riguarda la contestazione di responsabilità ex art. 25 ter lett. c), r) e s) del D.Lgs. 231/2001, ovvero per delitti di manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza, false comunicazioni sociali, per la Banca Italease S.p.A. e per l'amministratore delegato Massimo Faenza e Antonio Ferraris, Direttore Generale⁹³.

Le vicende sono state oggetto della sentenza del GUP di Milano del 03/11/2010⁹⁴, al termine del procedimento con rito abbreviato.

I fatti riguardano la conclusione di contratti di strumenti finanziari derivati, ovvero caratterizzati da complessità operativa ed elevate rischiosità per l'istituto bancario e per la clientela, da parte di Italease.

⁹³ Per la dottrina del caso si veda Mezzetti E., Piva D., *Punire l'autoriciclaggio, come, quando e perché*, Torino, Giappichelli, 2016, pag. 119; Zorzi A., *L'estinzione delle società di capitali*, Lecce, Youcanprint, 2013, pag. 19; Tombari U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella S.p.A.*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 101; Avv. Carlo Cavallo, *Intervento al seminario di studio ed aggiornamento per la professione dei commercialisti, Responsabilita' delle banche e modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001: i casi Italease e Parmalat*, in <http://www.studiolegalecavallo.com/responsabilita-delle-banche-e-modelli-organizzativi-ex-d-lgs-2312001>

⁹⁴ GUP di Milano, 03.11.2010, n. Reg. Gen. 5399/2010, in *Giur.it*, 2010, 24

L'alterazione di notizie sullo stato patrimoniale, finanziario della società aveva determinato un aumento artificioso del prezzo ufficiale del titolo cresciuto oltre il 500% nel 2007.

Il ricorso a questa forma di contratto relativo allo strumento finanziario era avvenuto mascherandone la complessità e soprattutto la rischiosità, eludendo dunque i controlli delle Autorità di Vigilanza omettendo informazioni imposte dalla legge e falsificando i dati dei bilanci.

Come analizzato in precedenza il modello 231/2001 prevede che l'illecito si caratterizzi per due elementi essenziali sul piano oggettivo, la realizzazione del reato e il vantaggio dell'ente, e sul piano soggettivo, dalla colpa dell'organizzazione per la mancata predisposizione di controlli.

Il Giudice per l'udienza preliminare esamina le prove del reato di falsità nelle comunicazioni sociali ai danni della società, dei soci e dei creditori.

Dalle relazioni di Consob e Banca d'Italia sui bilanci d'esercizio al 31 dicembre 2006 è stata tratta la prova che l'elevata rischiosità dei derivati venne occultata in bilancio e fu indicato un dato non corretto. Il giudice scrive nella sentenza che "i bilanci 2006 di Banca Italease non rappresentano fedelmente e attendibilmente la situazione economico-patrimoniale della Società al 31 dicembre 2006".

Quanto al dolo di tenere suddetti comportamenti, la sentenza osserva che questo è ampiamente provato, essendo i due imputati pienamente consapevoli.

Per quanto riguarda la finalità dell'ingiusto profitto, essa è dimostrata dai rilievi della Banca d'Italia e della Consob sugli effetti positivi sui margini della banca e sul corso del titolo azionario.

La sentenza esamina poi le prove relative al delitto di manipolazione del mercato, osservando che gli elementi probatori evidenziano come la Banca non abbia fornito in bilancio e nei comunicati le informazioni necessarie per la corretta comprensione dei rischi derivanti dall'utilizzo dei derivati, determinando così un aumento del titolo della banca.

Anche in questo caso il dolo sussiste in quanto i due imputati erano perfettamente coscienti del carattere mendace delle comunicazioni al mercato.

L'altro reato contestato è quello di ostacolo alle funzioni di vigilanza della Banca d'Italia, avendo rappresentato in occasione del bilancio d'esercizio chiuso al 31 dicembre 2006 fatti non conformi alla realtà sui contratti relativi a strumenti finanziari derivati, non evidenziandone la rischiosità.

Come evidenziato in precedenza perché la fattispecie sia riconducibile a quella descritta dal D.Lgs. 231/2001 vi dev'essere l'interesse e il vantaggio a favore della società.

Si legge nella sentenza che "il valore del titolo è cresciuto nella misura del 564% dal 9 maggio 2005, data di prima negoziazione, al 17 aprile 2007, data di approvazione del bilancio 2006, passando da 10,88 euro a quello di 52,28 euro".

Il nesso tra le condotte degli imputati e il vantaggio economico della società è evidente, si legge in sentenza che "Tali condotte criminose hanno, inoltre, prodotto un indubbio vantaggio patrimoniale per la banca.

La incongruità degli accantonamenti deliberati (8,3 mln. in chiusura di bilancio 2006), in presenza di strumenti finanziari ad alto livello di

complessità e rischiosità, ha consentito alla banca di lucrare un indebito vantaggio “.⁹⁵

Ulteriore elemento da analizzare, nell’ottica della normativa espressa dal D.Lgs. 231/2001, riguarda la “colpa nell’organizzazione” dell’istituto bancario.

La difesa ha contestato la colpa della società sotto due profili: la mancanza di indicazioni nell’art.6 del D.Lgs. 231 sul contenuto dei modelli organizzativi che, come visto, esonerano la persona giuridica dalla responsabilità, e l’impedimento da parte della società di intercettare i comportamenti fraudolenti posti in essere dai vertici.

Il Giudice ha respinto entrambe le difese. Per quanto riguarda la prima, egli ha descritto, facendo riferimento ai modelli descritti dal codice civile⁹⁶, i diversi modelli idonei all’esimente prevista dal 231 indicando però che non basta che il modello sia descritto nel Codice di condotta della banca, ma vi è la necessità che questo venga attuato efficacemente.

Sul secondo punto della difesa, il GUP afferma i dirigenti apicali hanno approfittato, a fini illeciti, del lacunoso assetto organizzativo di Banca Italease nel sistema controlli interni e che proprio queste lacune e disfunzioni non hanno consentito di evidenziare i comportamenti fraudolenti.

La figura di elusione fraudolenta prevista dall’art. 6 del D.Lgs. 231/2001 non ricorre dunque, presupponendo un’efficace attuazione di un modello organizzativo e di una costituzione di un modello di vigilanza.

⁹⁵ GUP di Milano, 03.11.2010, n. Reg. Gen. 5399/2010, in *Giur.it*, 2010, 24

⁹⁶ Si veda sul punto il paragrafo 2.3 “I diversi modelli di governance della funzione controlli”

Il Giudice dell'Udienza Preliminare ha determinato la pena al massimo edittale, vista la gravità del reato e il numero di soggetti costituiti in parte civile per la gravità dei danni cagionati.

Allo stesso modo il grado di responsabilità dell'ente è altrettanto elevato, viste le lacune dimostrate nel modello organizzativo, consentendo ai due imputati di porre in essere "gravissime condotte criminose senza incontrare alcun serio ostacolo nelle norme organizzative dell'ente"⁹⁷.

Alla luce dei motivi riportati la sanzione è stata determinata in 1.858.800 euro alla quale si somma la confisca per equivalente della somma di 64.200.000 euro nei confronti di Banca Italease S.p.A..⁹⁸

Altro importante caso giurisprudenziale riguardante le banche e il D.Lgs.231/2001 è quello relativo alle obbligazioni Parmalat emesse da

⁹⁷ GUP di Milano, 03.11.2010, n. Reg. Gen. 5399/2010, in *Giur.it*, 2010, 24

⁹⁸ Nel 2013 la Corte di Cassazione ha annullato la confisca disposta nei confronti della Banca Italease di 60 milioni di euro (Cass., 04.03.2014, n. 10265, in *Giur.it*, 2014, 22).

Si legge in Repubblica.it, Sezione Economia e Finanza che "La Corte di Cassazione, in parziale riforma della sentenza della corte d'Appello di Milano, ha annullato la confisca disposta nei confronti di Banca Italease (che sarebbe poi stato a carico del Banco Popolare) di 60 milioni di euro. I giudici di piazza Cavour hanno confermato la multa nei confronti dell'istituto di leasing, che era stato indagato in virtù della legge 231/2001 sulla responsabilità amministrativa degli enti, in uno dei filoni di inchiesta della procura di Milano sulla gestione dell'istituto da parte di Massimo Faenza, "cassando senza rinvio" la confisca, come indicato da fonti legali. La confisca in primo grado era stata fissata in 64,2 milioni di euro, il 25 gennaio 2012 la corte d'Appello di Milano l'aveva ridotta a 50 milioni di euro. Ora la cassazione l'ha annullata. Nel processo di primo grado la procura milanese aveva chiesto una confisca di 100 milioni di euro, 62 milioni riferibili all'accusa di falso in bilancio e i restanti 38 milioni per le contestazioni di ostacolo e aggio, rivolte all'ex ad Faenza.

Nel dettaglio, la quinta sezione della Corte di Cassazione - con dispositivo depositato oggi dopo l'udienza di ieri - ha "annullato senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla confisca di euro 54.100.000, che elimina" e "rigettato nel resto il ricorso". Banca italease aveva presentato ricorso contro la sentenza della corte di Appello di Milano del 25 gennaio 2012, mentre la sentenza di primo grado era stata emessa il 3 novembre 2010 da un gup del tribunale di Milano al termine del processo con rito abbreviato". (http://www.repubblica.it/economia/finanza/2013/11/29/news/banca_italease_il_verdetto_la_cassazione annulla_confisca_50_milioni-72278516)

numerosi istituti tra i quali Morgan Stanley Bank, Morgan Stanley e Co, Credit Suisse International, Deutsche Bank s.p.a..

Il processo era mirato ad accertare la commissione da parte di dipendenti delle predette banche del reato di aggio informativo⁹⁹, rientrante tra quelli previsti dal D.Lgs. 231/2001, in vista di una responsabilità amministrativa in capo agli istituti bancari, secondo i presupposti visti in precedenza.

Si legge nella sentenza¹⁰⁰ che gli imputati, in concorso di reato, diffondevano notizie false sulla emissione, del 10 luglio 2003, del bond del valore nominale di 300 milioni di euro, emesso da Parmalat Finance Corporation e garantita da Parmalat S.p.A., idonee a provocare una sensibile alterazione del prezzo dei titoli Parmalat quotati dalla Borsa Valori di Milano e degli altri strumenti finanziari (bonds) emessi dalla Parmalat o collegati al suo rischio.

I fatti contestati che emergono dalla sentenza sono la diffusione di dati e notizie false “indicando, nel comunicato stampa del 18.6.2003, con riferimento al “prestito del valore di 300 milioni, su un unico investitore istituzionale, con scadenza 2008”, un tasso variabile indicizzato all’Euribor “maggiorato di 305 punti base», laddove, nella realtà, lo stesso risultava maggiorato, sin dall’inizio, di 350 punti base, operazione effettuata mediante la «sistemazione» della differenza

⁹⁹ Per “aggio informativo” si intende all’art. 2637 del codice civile “Chiunque diffonde notizie false, ovvero pone in essere operazioni simulate od altri artifici concretamente idonei a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari, quotati o non quotati, ovvero ad incidere in modo significativo sull’affidamento che il pubblico ripone nella stabilità patrimoniale di banche o di gruppi bancari è punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni” (De Nova G., *Codice Civile e Leggi collegate*, Bologna, Zanichelli, 2017).

Sul reato di aggio informativo in ambito bancario tra la numerosa dottrina evidenzio D’Agostino P., Salomone R., Santoriello C., *I reati bancari*, in Trattato di diritto penale dell’impresa, Volume 1, Padova, Cedam, 2004, in cui si analizzano nello specifico i casi Parmalat e Cirio.

¹⁰⁰ Tribunale Penale di Milano, 18.12.2008, n. 10465/04 R.G. n.r., in *Giur.it.*, 2008, 26

(pari a euro 5,922 milioni) con un finanziamento di Morgan Stanley, a condizioni estremamente onerose per Parmalat (già, al 31.12.2003, la valutazione al mark to 500) e realizzato sotto forma di contratto, nonché omettendo di comunicare l'esistenza di un covenant, cioè una garanzia aggiuntiva rispetto a quelle standard previste dal pricing supplement, e basata su un parametro finanziario, il cui mancato rispetto avrebbe comportato per Parmalat l'obbligo di riacquisto del titolo alla pari; circostanze queste che, se rese pubbliche, avrebbero dimostrato l'esistenza di un «rischio Parmalat» di gran lunga superiore a quello desumibile dai dati ufficiali e di mercato; inserendo, nel pricing supplement, depositato in data 10.11.2003 presso la Borsa del Lussemburgo (e conseguentemente immesso in rete e divulgato sul sito web ed avente ad oggetto la comunicazione del prezzo e delle condizioni di emissione), notizie false, quanto al prezzo di emissione, indicato nella misura del 100% del valore nominale (pari ad uno spread Euribor + 305 punti base), anziché quello effettivo del 98,06% (pari ad uno spread effettivo di Euribor + 350 punti base), così da non evidenziare al mercato che l'emissione aveva condizioni da "high yield" (cioè da emittenti aventi rating ben inferiore a quello assegnato da S&P a Parmalat), che, essendo estremamente "price sensitive", non erano state volutamente divulgate"¹⁰¹.

La sentenza analizza poi le varie responsabilità delle diverse banche in relazione alla fattispecie del D.Lgs.231/2001.

Nello specifico per quanto riguarda Deutsche Bank viene contestato l'illecito amministrativo previsto dalla suddetta normativa per non aver adottato e attuato efficacemente i modelli di organizzazione e

¹⁰¹ Tribunale Penale di Milano, 18.12.2008, n. 10465/04 R.G. n.r., in *Giur.it.*, 2008, 26

gestione idonei a prevenire reati, come quello di aggioaggio informativo,

traendo indebito profitto da questa condotta.

In questo caso il giudice ha ritenuto di escludere la responsabilità in capo alla banca, giudicando responsabile per le comunicazioni e i dati falsi solamente Parmalat.

Il medesimo giudizio è avvenuto nei confronti di Credit Suisse e Bank of America.

2.10 WHISTLEBLOWING

Il *Whistleblowing* (dall'inglese "*to blow the whistle*", letteralmente "soffiare il fischietto", riferita all'azione di un poliziotto che tenta di fermare un'azione illecita) è un istituto di origine anglosassone che disciplina la condotta dei soggetti che segnalano illeciti penali o irregolarità all'interno del proprio ambiente di lavoro, all'interno di procedure che ne garantiscono la protezione¹⁰².

Nel settore bancario la disciplina è stata introdotta con la Direttiva Ue 36/2013¹⁰³ che all'art. 71 prevede "l'obbligo per gli Stati membri di imporre agli enti di disporre procedure adeguate affinché i propri dipendenti possano segnalare violazioni a livello interno avvalendosi di un canale specifico e autonomo".

La Direttiva è stata attuata con il D.Lgs.72/2015 che ha introdotto l'art.52-bis e 52-ter del TUB (D.Lgs.385/1993) e l'art.8-bis e 8-ter del TUF (D.Lgs.58/1998).

Gli art. 52-bis e 52-ter del TUB prevedono che:

"Articolo 52-bis

(Sistemi interni di segnalazione delle violazioni)

¹⁰²Fraschini G., Parisi N., Rinoldi D., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Acireale, Bonanno, 2011, pag. 23

¹⁰³<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32013L0036>

1. Le banche e le relative capogruppo adottano procedure specifiche per la segnalazione al proprio interno da parte del personale di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria.

2. Le procedure di cui al comma 1 sono idonee a:

a) garantire la riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione, ferme restando le regole che disciplinano le indagini o i procedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in relazione ai fatti oggetto della segnalazione;

b) tutelare adeguatamente il soggetto segnalante contro condotte ritorsive, discriminatorie o comunque sleali conseguenti la segnalazione;

c) assicurare per la segnalazione un canale specifico, indipendente e autonomo.

3. La presentazione di una segnalazione non costituisce di per sé violazione degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro.

4. La disposizione di cui all'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, non trova applicazione con riguardo all'identità del segnalante, che può essere rivelata solo con il suo consenso o quando la conoscenza sia indispensabile per la difesa del segnalato.

5. La Banca d'Italia emana disposizioni attuative del presente articolo.

Articolo 52-ter

(Segnalazione di violazioni alla Banca d'Italia)

1. La Banca d'Italia riceve, da parte del personale delle banche e delle relative capogruppo, segnalazioni che si riferiscono a violazioni riguardanti norme del titolo II e III, nonché atti dell'Unione europea direttamente applicabili nelle stesse materie.

2. La Banca d'Italia tiene conto dei criteri di cui all'articolo 52-bis, comma 2, lettere a) e b), e può stabilire condizioni, limiti e procedure per la ricezione delle segnalazioni.

3. La Banca d'Italia si avvale delle informazioni contenute nelle segnalazioni, ove rilevanti, esclusivamente nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e per il perseguimento delle finalità previste dall'articolo 5.

4. Nel caso di accesso ai sensi degli articoli 22, e seguenti, della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'ostensione del documento è effettuata con modalità che salvaguardino comunque la riservatezza del segnalante. Si applica l'articolo 52-*bis*, commi 3 e 4.

4-*bis*. La Banca d'Italia inoltra alla BCE le segnalazioni ricevute, quando esse riguardano soggetti significativi o violazioni di regolamenti o decisioni della BCE. La Banca d'Italia può ricevere dalla BCE le segnalazioni relative a soggetti meno significativi. Nei casi previsti dal presente comma, la Banca d'Italia e la BCE scambiano informazioni nei modi e per le finalità stabiliti dalle disposizioni del MVU".

Gli art. 8-*bis* e 8-*ter* sono invece stati abrogati dall'art. 2 del D.Lgs. 129/2017, mentre la già analizzata Circolare di Banca d'Italia 285/2013 è stata aggiornata il 21 luglio 2015 alla Sezione VIII del Capitolo 3, Titolo IV "GOVERNO SOCIETARIO, CONTROLLI INTERNI, GESTIONE DEI RISCHI"¹⁰⁴.

La Sezione VIII, intitolata "Sistemi interni di segnalazione delle violazioni", obbliga le banche, secondo il principio di proporzionalità, a definire i sistemi interni volti a permettere la segnalazione da parte del personale di atti o fatti che possano costituire una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria.

I sistemi interni di segnalazione garantiscono in ogni caso la riservatezza e la protezione dei dati personali del soggetto che effettua la segnalazione e del soggetto eventualmente segnalato, e sono strutturati per garantire che le segnalazioni vengano ricevute,

¹⁰⁴<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/circolari/c285/index.html>

esaminate e valutate con canali specifici, autonomi e indipendenti, diverse dalle linee di *reporting*.

I sistemi di segnalazione prevedono dunque canali a disposizione del segnalante per garantire che il soggetto preposto alla ricezione, all'esame e alla valutazione della segnalazione non sia subordinato al soggetto segnalato e non abbia un potenziale interesse correlato alla segnalazione che ne comprometta l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio.

Le banche devono nominare un responsabile dei sistemi interni di segnalazione il quale assicura il corretto svolgimento del procedimento e riferisce direttamente e senza indugio agli organi aziendali le informazioni segnalate.

I soggetti che ricevono, esaminano, valutano le segnalazioni, il responsabile dei sistemi interni di segnalazione e ogni altro soggetto coinvolto nella procedura hanno l'obbligo di garantire la confidenzialità delle informazioni ricevute, anche in merito all'identità del segnalante che, in ogni caso, deve essere opportunamente tutelato da condotte ritorsive, discriminatorie o sleali.

La Circolare prevede poi i contenuti dei sistemi interni di segnalazione, quali:

- i soggetti che li possono attivare;
- gli atti o i fatti oggetto di segnalazione;
- le modalità attraverso cui segnalare le presunte violazioni e i soggetti preposti alla ricezione delle segnalazioni;
- il procedimento che si instaura nel momento in cui viene effettuata una segnalazione con l'indicazione dei tempi e delle fasi di svolgimento del procedimento, dei soggetti coinvolti, delle ipotesi in cui il responsabile è tenuto a fornire immediata comunicazione agli organi aziendali;

- le modalità attraverso cui il soggetto segnalante e il soggetto segnalato devono essere informati sugli sviluppi del procedimento;
- l'obbligo per il soggetto segnalante di dichiarare se ha un interesse privato collegato alla segnalazione;
- nel caso in cui il segnalante sia corresponsabile delle violazioni, un trattamento privilegiato per quest'ultimo rispetto agli altri corresponsabili, compatibilmente con la disciplina applicabile.

Per incentivare l'uso di questi sistemi di segnalazione e di favorire la diffusione di una cultura della legalità, le banche illustrano al proprio personale chiara, precisa e completa il procedimento di segnalazione interno adottato indicando i presidi posti a garanzia della riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione.

Fondamentale è l'espressione di Banca d'Italia che in questa materia non trova applicazione la disposizione dell'art. 7 comma 2 del D.Lgs. 196/2003 che dispone che "l'interessato ha diritto di ottenere l'indicazione dell'origine dei dati personali", per proteggere l'identità del segnalante.

Prosegue la Circolare offrendo l'opportunità alle banche di poter esternalizzare l'attività di ricezione, esame e valutazione delle segnalazioni.

Analizzando casi specifici di alcune banche sul tema del *Whistleblowing*, porterei all'attenzione i documenti di *Whistleblowing Policy* di Unicreditgroup, Intesa Sanpaolo e Ibl Banca.

Si legge sul documento di *Policy* interna del Gruppo Unicredit¹⁰⁵ che "Unicredit intende promuovere una cultura aziendale caratterizzata

¹⁰⁵https://www.unicreditgroup.eu/content/dam/unicreditgroup-eu/documents/it/governance/sistema-di-governance-e-policy/policy-e-documenti/Policy-Whistleblowing_ITA.pdf

da comportamenti corretti e da un buon sistema di *corporate governance*; per questa ragione il Gruppo riconosce l'importanza di avere una *Rule* che disciplini la Segnalazione di Comportamenti illegittimi da parte dei Dipendenti. La presente *Rule* definisce pertanto adeguati canali di comunicazione per la ricezione, l'analisi e il trattamento delle Segnalazioni di Comportamenti illegittimi all'interno del Gruppo".

Lo scopo della Policy risulta essere quello di garantire un ambiente di lavoro in cui i dipendenti possano segnalare comportamenti illegittimi serenamente.

I destinatari sono tutti i dipendenti, i collaboratori, gli agenti, i fornitori, i consulenti legati al Gruppo da un contratto.

Il documento tratta poi dei comportamenti illegittimi oggetto della policy, quali azioni o omissioni, nello svolgimento dell'attività lavorativa, che arrechi o possa arrecare un danno al Gruppo perché illecita, scorretta o immorale, violi le disposizioni normative e regolamentari, non sia conforme alle normative interne.

Nel caso quindi un dipendente abbia il sospetto ragionevole che si sia verificato o possa verificarsi un comportamento illegittimo, deve segnalarlo al responsabile *Legal and Compliance* che inizierà un'indagine attraverso le strutture di *Audit*.

Per quanto riguarda la protezione del segnalante, egli non subirà, si legge nel documento, condotte ritorsive o discriminatorie per aver effettuato la segnalazione.

Il Gruppo garantisce l'anonimato del segnalante, fatta eccezione per i casi in cui:

- il segnalante esprima il proprio consenso alla divulgazione;
- la sua divulgazione sia richiesta dalla normativa locale;

- la sua divulgazione sia necessaria per prevenire o ridurre minacce a danno della salute o sicurezza delle persone.

Per quanto riguarda Intesa Sanpaolo S.p.A., si legge nella *Relazione sul corretto funzionamento del sistema per l'anno 2016*¹⁰⁶ che il sistema di *Whistleblowing* è attivo da gennaio 2016 e consente ai dipendenti di segnalare violazioni tramite una mail in assoluta riservatezza, fatti o comportamenti che possano costituire una violazione delle norme che disciplinano l'attività bancaria o ogni altra condotta irregolare.

Il sistema di segnalazione Sanpaolo prevede due canali di comunicazione: uno gestito dall'*Internal Audit* mentre il secondo fa capo al Comitato per il Controllo interno sulla Gestione.

Si legge nel documento che "Nel 2016 sono state ricevute e catalogate 22 segnalazioni, in particolare, per 19 di esse sono stati avviati gli opportuni approfondimenti, mentre 3 sono state archiviate in quanto risultate non pertinenti. Ogni segnalazione è stata gestita nel pieno rispetto della riservatezza, per garantire la protezione dei segnalanti ed evitare ritorsioni o azioni discriminatorie e sleali".

Estremamente specifico e ampio è il "*Regolamento Whistleblowing-Sistema Interno di Segnalazione delle Violazioni*" di IBL Banca¹⁰⁷ emesso nel dicembre del 2015, in ottemperanza alle modifiche della Circolare 285/2013 di banca d'Italia, analizzata in precedenza.

Dopo aver dato una definizione dell'istituto e aver segnalato le principali normative nazionali ed europee a riguardo, il documento chiarisce i due obiettivi cardini della materia:

¹⁰⁶ <https://www.fabintesanpaolo.eu/public/WHISTLE%202017.pdf>

¹⁰⁷ https://www.iblbanca.it/cms.../RGOV_1%20%20Regolamento_Whistleblowing.pdf

- la tutela del soggetto segnalante le violazioni dall'interno dell'ambiente di lavoro, contro condotte ritorsive, discriminatorie o sleali conseguenti la segnalazione;
- la garanzia di riservatezza dei dati personali del segnalante e del presunto responsabile della violazione, ferme restando le regole che disciplinano le indagini o i provvedimenti avviati dall'autorità giudiziaria in relazione ai fatti oggetto di segnalazione.

Come negli altri documenti di *policy* analizzati si indicano i destinatari della normativa, richiamando il TUB all'art. 1, comma 2, che chiarisce che per "personale" si intendono "i dipendenti e coloro che comunque operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione aziendale, anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato"¹⁰⁸.

Rientrano nello specifico nella definizione di "personale", si legge nel Regolamento di IBL Banca:

- i componenti dell'Organo con funzione di supervisione strategica;
- i membri dell'Organo con funzione di gestione;
- i componenti dell'Organo di controllo;
- i lavoratori dipendenti;
- i soggetti terzi che intrattengono rapporti e relazioni d'affari con la Banca.
- Per quanto riguarda le fattispecie di comportamenti negligenti e le violazioni, queste devono riguardare:

¹⁰⁸ Costa C., *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: art. 1-69*, Torino, Giappichelli, 2013

- irregolarità amministrative e negli adempimenti contabili e fiscali;
- irregolarità in materia di riciclaggio;
- irregolarità in materia di *market abuse* e altre irregolarità nella prestazione dei servizi e attività di investimento;
- violazioni della disciplina sulla riservatezza dei dati;
- violazione della normativa in materia di usura;
- corruzione;
- appropriazioni indebite e malversazioni;
- frodi informatiche;
- illeciti riguardanti l'operatività bancaria di erogazione del credito;
- illecito esercizio delle deleghe attribuite;
- altre fattispecie che possono costituire violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria.

Il Regolamento sul *Whistleblowing* elenca le attività escluse dalla disciplina, quali disfunzioni dell'assetto organizzativo o del sistema dei controlli interni, l'inosservanza di norme non connesse all'esercizio dell'attività bancaria, informazioni già di dominio pubblico, reclami di carattere personale del segnalante, rischi immediati per la vita o per la proprietà, voci non confermate/dicerie.

Importante è sottolineare che la disciplina del *Whistleblowing* non modifica le modalità di segnalazione all'Organismo di Vigilanza del modello del D.Lgs. 231/2001 .

Anche nel caso di IBL Banca viene prevista una tutela della *privacy* del segnalante al fine di incoraggiare il dipendente a denunciare gli illeciti di cui viene a conoscenza nell'ambito del rapporto di lavoro, preservandolo da eventuali ritorsioni interne o atti discriminatori.

Nello specifico la Banca garantisce che l'identità del segnalante non possa essere rivelata senza il suo consenso e che tutti i soggetti coinvolti nella gestione della segnalazione siano tenuti a tutelare la riservatezza.

Qualora l'obbligo di riservatezza venga violato, potrebbe essere fonte di responsabilità disciplinare.

La valutazione delle segnalazioni avviene da parte della funzione *Compliance* e, ove l'oggetto sia un'attività posta in essere da un soggetto svolgente le funzioni *Compliance*, *l'Internal Audit*, per evitare conflitti di interesse.

Ulteriore paragrafo del Regolamento riguarda il trattamento delle segnalazioni diffamatorie, inviate allo scopo di danneggiare o recare pregiudizio al segnalato nonché ogni altra forma d'abuso.

Queste possono essere fonte di responsabilità disciplinare del segnalante, fino alla risoluzione del contratto per giusta causa.

Nel novembre 2017 il *Whistleblowing* è stato introdotto nel D.Lgs. 231/2001, essendo stato approvato dalla Camera dei Deputati in via definitiva il "DDL Whistleblowing".

Il tema era già stato dibattuto negli ultimi anni su segnalazione delle istituzioni europee e internazionali¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Si veda a proposito Schwizer che evidenzia la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (17 dicembre 1997), ratificata dall'Italia con la L. 300/2000, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (31 ottobre 2003), ratificata dall'Italia con la L. 116/2009 (Schwizer P., *Internal Governance, Nuove regole, esperienze e best practice per l'organizzazione dei controlli interni nelle banche*, Milano, Egea, 2013, pag. 48)

Con riguardo alla legislazione americana si veda invece Golisano che sostiene che "il Sarbanes-Oxley Act, che ha introdotto l'attivazione di strutture interne di controllo e di linee dedicate per la denuncia di irregolarità nella forma del "confidential anonymous employee reporting", nonché una speciale tutela normativa a beneficio del "dipendente che segnala le irregolarità o i dubbi circa la liceità di procedure aziendali nelle società quotate o registrate alla U.S. Stock Exchanges, che abbiano sede negli Usa o all'estero" (Golisano G., *Il Whistleblowing*

L'approvazione del suddetto DDL ha sancito l'allargamento dei soggetti obbligati a dotarsi di un sistema di *whistleblowing* prevedendo aggiungendo il comma 2-bis e 2-ter all'art. 6 del D.Lgs. 231/2001, secondo i quali i modelli organizzativi devono prevedere:

“2-bis. I modelli di cui alla lettera a) del comma 1 prevedono:

a) uno o più canali che consentano ai soggetti indicati nell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite, rilevanti ai sensi del presente decreto e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;

b) almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante;

c) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione;

d) nel sistema disciplinare adottato ai sensi del comma 2, lettera e), sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate.

2-ter. L'adozione di misure discriminatorie nei confronti dei soggetti che effettuano le segnalazioni di cui al comma 2-bis può essere denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro, per i provvedimenti di

nella giurisprudenza USA: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia, in Il Lavoro nella Giurisprudenza n. 10/2006, pag. 23)

propria competenza, oltre che dal segnalante, anche dall'organizzazione sindacale indicata dal medesimo"¹¹⁰.

La mancata previsione da parte dell'ente di queste misure determina la "colpa dell'organizzazione" che abbiamo analizzato nel paragrafo 2.9.

Per quanto riguarda la giurisprudenza sul *Whistleblowing*¹¹¹, importanti sono le sentenze della Corte Cassazione, Sezione Lavoro, del 14 marzo 2013, n. 6501¹¹² e del Tribunale di Brescia, Sezione Lavoro, del 15 ottobre 2014, n. 1676¹¹³.

Il primo caso riguarda la pronuncia relativa a un lavoratore accusato dalla società presso la quale lavorava di aver diffamato la stessa con un esposto alla Procura della Repubblica di Napoli, per l'irregolarità di una gestione di un appalto.

La Corte di Cassazione ha deciso che se l'azienda non dispone di elementi per smentire il lavoratore e di dimostrare un intento calunnioso nella presentazione di una denuncia, deve astenersi dal licenziarlo. Se si permettesse un licenziamento per rottura del rapporto fiduciario ex art. 1205 codice civile, si riconoscerebbe una specie di "dovere di omertà".

Prosegue la Cassazione che le opinioni del lavoratore possono determinare un licenziamento per giusta causa ove siano penalmente rilevanti, posto che il diritto di critica debba essere esercitato in conformità con la verità oggettiva e con modalità congrue.

Si legge dunque nella sentenza che "in tema di licenziamento l'oggetto della controversia risiede nell'accertare se il lavoratore si sia reso gravemente inadempiente rispetto ai propri doveri di subordinazione,

¹¹⁰ http://www.aodv231.it/pagina_sezione.php?id=9#

¹¹¹ <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2017/12/IL-FENOMENO-DEL-WHISTLEBLOWING.pdf>

¹¹² Corte di Cassazione, 14.03.2013, n. 6501, in *Giur.it*, 2013, 12

¹¹³ Tribunale di Brescia, 12.10.2014, n. 1676, in *Giur.it*, 2014, 23

diligenza e fedeltà o abbia posto in essere condotte extralavorative comunque tali da ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario con il datore di lavoro.

Pertanto, se l'azienda non ha elementi che smentiscano il lavoratore o che ne dimostrino un intento calunnioso nel presentare una denuncia o un esposto all'Autorità Giudiziaria, deve astenersi dal licenziarlo, non potendosi configurare come giusta causa la mera denuncia di fatti illeciti commessi in azienda ancor prima che essi siano oggetto di deliberazione in sede giurisdizionale”¹¹⁴.

Ne deriva che un esposto o una denuncia non violano i doveri di diligenza, di subordinazione o di fedeltà.

La sentenza n. 1676 del 2014 del Tribunale di Brescia affronta il caso della contestazione di una sanzione disciplinare da parte di un Comandante della Polizia Locale di un comune lombardo e del suo mancato rinnovo all'incarico di responsabile dell'Area Vigilanza.

Questo comandante aveva prestato la propria collaborazione in un'indagine relativa al Sindaco di un comune lombardo e aveva segnalato alla Procura della Repubblica alcuni comportamenti contrari ai doveri d'ufficio commessi da un agente in servizio presso la stessa amministrazione.

La sanzione disciplinare irrogata nei confronti dell'agente è stata da questo contestata con il procedimento del lavoro e annullata dal giudice del Lavoro per mancata costituzione del comune.

Per quanto riguarda il mancato rinnovo di responsabile dell'Area, è stata usata come motivazione quella della “rotazione”, criterio utilizzato al fine di contrastare la corruzione del personale.

Il Tribunale del lavoro ha quindi annullato il provvedimento disciplinare irrogato dal Comune e ritenuto il criterio della rotazione

¹¹⁴ Corte di Cassazione, 14.03.2013, n 6501, in *Giur.it*, 2013, 12, pag. 6

come palesemente pretestuoso, essendo il Comandante responsabile dell'Area da soli due anni.

Questi comportamenti sono stati dunque giudicati discriminatori e ritorsivi del comportamento del Comandante, relativamente all'attività di segnalazione degli illeciti attivata dal Comandante.

2.11 CENNI SULLA COMPLIANCE NEL MERCATO DEGLI INTERMEDIARI DEL CREDITO

Il D.Lgs. 141/2010, altrimenti detto "Codice del Consumo", ha disciplinato in modo fortemente innovativo la disciplina del settore del credito e degli intermediari che in esso agiscono.

Per essere infatti conformi alla normativa, gli operatori devono essere iscritti all'Oam¹¹⁵ (Organismo degli Agenti e dei Mediatori), organismo di diritto privato che gode di autonomia giuridica, statutaria e finanziaria ed è sottoposto a vigilanza da parte della Banca d'Italia.

L'Ufficio Vigilanza dell'OAM da parte sua provvede all'accertamento dei requisiti richiesti dall'ordinamento di settore per il mantenimento dell'iscrizione degli Agenti in attività finanziaria e dei Mediatori creditizi nonché alla verifica dello svolgimento della relativa attività in linea con le norme legislative o amministrative che la regolano.

Nello specifico i requisiti richiesti per essere *compliant*¹¹⁶ a seconda che si tratti di agenti in attività finanziaria o mediatori creditizi sono i seguenti:

¹¹⁵ www.organismo-am-it

¹¹⁶ <https://www.leadershipforum.it/> *La compliance: Attività strategica per i mediatori e gli agenti in attività finanziaria*

- una struttura societaria adeguata: i mediatori creditizi possono essere unicamente società di capitali con capitale sociale versato pari a 120 000 euro;
- il possesso di requisiti di onorabilità per coloro che detengono il controllo;
- il possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità per gli agenti persone fisiche nonché per coloro che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società agenzia in attività finanziaria persone giuridiche e società di mediazione creditizia;
- la verifica di incompatibilità tra attività di agenzia e di mediazione;
- per l'agente in attività finanziaria è necessaria la presenza di mandati conferiti da soggetti abilitati, nel rispetto del principio di monomandato.

Questi sono gli elementi necessari per iniziare ad operare e costituisce una sintesi dei requisiti necessari per iscriversi negli elenchi gestiti dall'Organismo degli Agenti e dei Mediatori al quale compete la verifica degli stessi, ma è soltanto il punto di partenza per l'impianto di un'attività di *compliance*, poiché è importante che i requisiti e gli adempimenti vengano mantenuti e rispettati nel tempo. Compito dell'Oam è dunque quello di vigilare sugli obblighi di aggiornamento professionale, sulle modalità di svolgimento dell'attività e sulla trasparenza nei rapporti con i finanziati in modo che vengano evitati comportamenti non rispettosi della normativa con la clientela.

L'Oam può infatti emanare provvedimenti di sospensione e cancellazione nei confronti dei propri iscritti qualora si verifichi la mancata ottemperanza degli obblighi di legge previsti.

2.12 LA COMPLIANCE NEL MONDO STATUNITENSE E IN QUELLO EUROPEO

2.12.1 GLI STATI UNITI D'AMERICA

L'istituto della *Compliance* nasce negli Stati Uniti anche a seguito della "grande depressione" del 1929 sviluppandosi poi negli altri ordinamenti per tutelare principalmente gli investitori e i mercati finanziari.

Lo sviluppo della funzione è caratteristico dunque di un sistema di regolamentazione che ha necessità di implementare le proprie regole in conseguenza di una situazione di profonda crisi, lo stesso meccanismo si è messo in moto infatti nella prima decade del nuovo Millennio.

Nella citata *survey* della IOSCO del 2005 si evidenzia come negli Stati Uniti c'è stato un incremento significativo e un focus sul sistema di *compliance* con l'adozione di nuove regole per le aziende che operano nel mercato degli investimenti dovendo designare un *Chief compliance officer*, rivedere l'adeguatezza delle proprie procedure annualmente e aumentare le competenze di controllo e regolamentari delle autorità di vigilanza.

Per quanto riguarda gli Organismi di Vigilanza nel mercato finanziario americano già nel 1934 il *Securities Exchange Act* istituì la SEC (*Securities Exchange Commission*), organo di controllo a cui venne affidato un ampio potere sul mercato degli strumenti finanziari fra cui registrare, regolamentare e sorvegliare il funzionamento delle società di intermediazione finanziaria.

La finalità primaria dell'atto del 1934 è quello del corretto svolgimento mercato degli investimenti, nonché recuperare la fiducia degli investitori dopo il crollo della borsa del 1929.

Proprio questa legge, nella sua forma riapprovata nel 2010, prevede la nomina di un *Compliance Chief Officer* i cui compiti sono specificati nei singoli casi.

Nel *Public Statement*¹¹⁷ del *Commissioner* della *U.S. Securities and Exchange Commission* Luis A. Aguilar, intitolato *The Role of Chief Compliance Officers Must be Supported* si legge che “Chief Compliance Officers of Investment Advisers (CCOs) play an important and crucial role in fostering integrity in the securities industry. They are responsible for making sure that their firms comply with the rules that apply to their operations. As part of that effort, CCOs typically work with senior corporate leadership to instill a culture of compliance, nurture an environment where employees understand the value of honesty and integrity, and encourage everyone to take compliance issues seriously. CCOs of investment advisers (as with CCOs of other regulated entities) also work to prevent violations from occurring in the first place and, thus, prevent violations from causing harm to the firm, its investors, and market participants. Given the vital role that CCOs play, they need to be supported. Simply stated, the Commission needs capable and honest CCOs to help protect investors and the integrity of the capital markets”.

Nel proseguo del suo intervento il *Commissioner* sottolinea le difficoltà e le complessità del ruolo:

“The Commission and the staff recognize the challenges and difficulties that CCOs face in doing their jobs. Indeed, a 2015 compliance survey shows that CCOs have to deal with a wide variety of compliance risk areas that are only growing in complexity, such as data security, privacy and confidentiality, industry-specific regulations,

¹¹⁷<https://www.sec.gov/news/statement/supporting-role-of-chief-compliance-officers.html>

bribery and corruption, conflicts of interest, fraud, money laundering, business continuity, and insider trading. In recognition of these challenges, and the many difficult judgment calls CCOs need to make in exercising their duties and responsibilities, the Commission and its staff think long and hard when considering enforcement actions against CCOs, and oftentimes exercise prosecutorial discretion not to bring such actions. Moreover, the Commission has used its Whistleblower program to protect and reward CCOs who did the right thing.

CCOs, of course, should not be expected to do it alone. To state the obvious, an effective compliance program must necessarily start at the top. A company's senior leadership should be strong advocates for a robust and enduring culture of compliance; such a culture fosters an environment where everyone understands the firm's core values of honesty and integrity. CCOs are an essential and integral part of this process—but they cannot be expected to do it alone and need to be supported”.

Per quanto riguarda I compiti del CCO la SEC prevede:

- il CCO deve riportare direttamente al Board eventuali carenze o violazioni ripetute di conformità;
- analizzare e prevenire eventuali conflitti di interesse, anche in coordinamento col Board;
- egli è responsabile dell'applicazione delle policy e delle procedure richieste dalla normativa;
- deve esaminare le novità normative e rendere l'autoregolamentazione interna all'istituto conforme ad essa;

- trovare soluzioni per correggere comportamenti non *compliant* attraverso la verifica, il monitoraggio, la supervisione, l'attività di *auditing*;

Per quanto riguarda la reportistica è previsto dall'Investment Company Act del 2003¹¹⁸ che “the chief compliance officer will report directly to the board of directors. She must annually furnish the board with a written report on the operation of the fund's policies and procedures and those of its service providers. The report must address, at a minimum: (i) the operation of the policies and procedures of the fund and each service provider since the last report, (ii) any material changes to the policies and procedures since the last report, (iii) any recommendations for material changes to the policies and procedures as a result of the annual review, and (iv) any material compliance matters since the date of the last report. We have added a definition of the term "material compliance matter" to the rule, to clarify that the report should inform the board of those compliance matters about which the fund's board reasonably needs to know in order to oversee fund compliance”.

Possiamo notare le forti somiglianze tra questa attività di report e quella prevista dal Regolamento Congiunto del 2007, analizzato nel paragrafo 2.7.

Interessante è anche la sottolineatura dell'Investment Company act sul requisito di indipendenza del CCO che può essere rimosso dal “Fund’s board of directors”:

“The rule contains several provisions, some of which were not included in our proposal, designed to promote the independence of the chief compliance officer from the management of the fund. First, the chief

¹¹⁸ https://www.sec.gov/rules/final/ia-2204.htm#P178_61091

compliance officer will serve in her position at the pleasure of the fund's board of directors, which can remove her if it loses confidence in her effectiveness. The fund board (including a majority of independent directors) must approve the designation of the chief compliance officer, and must approve her compensation (or any changes in her compensation). The board (including a majority of the independent directors) can remove the chief compliance officer from her responsibilities at any time, and can prevent the adviser or another service provider from doing so.”

Di grande importanza e profondità concettuale è a mio parere lo *Speech by SEC Staff: Integrating Audit and Compliance Disciplines within the Risk Management Framework*¹¹⁹ da parte di Mary Ann Gadziala, effettuato a New York nel 2005.

In questo *speech* vengono individuate le differenze tra le funzioni di *Compliance* e di *Internal Audit*, anche attraverso i documenti della IOSCO e del Basel Committee richiamati in precedenza.

Scrive Gadziala che “We in the SEC’s Office of Compliance Inspections and Examinations consider compliance and internal audit to be particularly critical control components, since they are essentially preventive in nature, and effective programs can reduce the incidence of abuses. In fact, we have recently begun a new initiative to rely more than we had in the past on the high quality internal audit work of broker-dealers in scoping our own regulatory examinations. I will elaborate further on this concept later in my presentation.

Compliance and audit serve two very important, but different roles in the risk management framework. The compliance function, in its most fundamental sense, is the system or process that is meant to reasonably ensure that a firm is complying with all applicable laws,

¹¹⁹ <https://www.sec.gov/news/speech/spch113005mag.htm>

rules, regulations, codes of conduct, firm policies, and standards of good practice. A key role of the internal audit function is to monitor and evaluate the firm's adequacy, implementation, and performance with respect to risk controls within all aspects of the firm's businesses. One of these control functions is compliance, which should be subject to independent audits as are all other aspects of a firm's risk management and internal controls activities".

Dopo aver definito i compiti specifici di *Compliance*¹²⁰ si identificano i rischi conseguenti a un comportamento non conforme, quali "Compliance risks include the risk of legal and regulatory sanctions against the firm and firm personnel, material financial loss, loss to reputation, and actual loss of the franchise. These potential losses are incalculable. Therefore, unlike other risks, such as market and credit risks, which are risks taken as part of the firm's business, compliance risks are not. Firms would be well-advised not to waste resources measuring the chances of being caught, estimating the effect of a potential sanction, and then deciding whether or not to risk a compliance breach. The compliance function should be focusing on how best to ensure compliance. Zero tolerance is the best policy".

¹²⁰ I compiti vengono elencati in "Define the process for their approval and establish a control process for the approval of all "new" products;

- Ensure reputational and legal risks associated with such transactions are identified, evaluated, and appropriately managed;
- Ensure appropriate review and documentation of the customers' proposed accounting treatment, financial disclosures, and business objectives related to the transactions;
- Provide for the generation, collection and retention of appropriate documentation;
- Ensure senior management and the board of directors of the institution receive appropriate and timely reports;
- Provide for periodic independent reviews to ensure that the institution's policies and controls are being implemented effectively and to identify potential compliance issues;
- Ensure effective internal audit coverage; and
- Appropriately train firm personnel concerning the institution's policies and procedures governing these products"

Trovo interessante riportare un caso specifico del 2015 che riguarda il CCO delle due società di investimenti Capital LLC e Circle One Wealth Management LLC, David Osunkwo, per “reporting failures and misstatements”¹²¹.

Il caso riguarda due investment managers (Lamm e John R. Lakian) che hanno orchestrato uno schema di frode che viene descritto nel sito dell’FBI: “In the first, the defendants obtained more than \$11 million by promising investors that their money would be used to purchase, consolidate and sell registered investment advisory businesses. Instead of investing the money as promised, the defendants diverted a significant amount of it into their own pockets, to restaurant businesses they controlled, and to pay Lakian’s home mortgage. In the second scheme, the defendants perpetrated fraud through their management of the liquidation of a North Carolina-based investment fund with more than 100 investors. Instead of returning the fund’s proceeds to investors, Lakian and Lamm diverted investors’ money to themselves and to restaurant businesses they controlled. In addition, the indictment alleges a third scheme in which, between 2009 and 2012, Lakian and Lamm submitted fake tax returns, bank statements, and other false documents to banks in Brooklyn, Long Island, and elsewhere in applications to obtain more than \$8 million in loans”¹²².

Per questa truffa finanziaria è stato dunque condannato dal SEC anche il CCO della società in cui operavano Lamm e Lakian: al di là del caso singolo, questo ci fa capire a quanti rischi e quanto complesso sia il ruolo del *Chief*.

¹²¹<https://www.reuters.com/article/bc-finreg-cco-personal-liability/sec-case-against-outsourced-cco-highlights-personal-liability-risk-idUSKCN1BI2O1>

¹²²<https://www.fbi.gov/contact-us/field-offices/newyork/news/press-releases/investment-managers-arrested-and-charged-in-11-million-investment-and-8-million-bank-fraud-schemes>

L'autore di questo articolo citato, Todd Ehret, ragiona sul concetto di *Liability Risk*, che potremmo tradurre come "rischio di responsabilità" del CCO.

Egli sostiene che l'unico modo per gestire questo *Liability Risk* sia quello di prevenire, di trovare precauzioni utili attraverso report e flussi informativi continui sia verso l'alto, cioè verso le *Authorities* (la SEC nello specifico) e sia verso il basso, in modo capillare all'interno dell'azienda.

2.12.2 L'EUROPA

In Europa il ruolo chiave per la *Compliance* e la regolamentazione bancaria viene svolta dall'EBA (*European Banking Authority*)¹²³, organismo dell'Unione Europea che dal 2011 sorveglia il mercato bancario europeo e ha sede a Londra.

L'Autorità è stata istituita col Regolamento Ue n. 1093 del 2010 ed è organizzata in cinque organi (Consiglio delle autorità di vigilanza, Consiglio di amministrazione, Presidente, Direttore esecutivo e Commissione di ricorso).

Il Consiglio delle autorità di vigilanza ha funzioni deliberative ed è composto dai capi delle autorità pubbliche nazionali competenti per la vigilanza degli enti creditizi, uno per ogni Stato.

Gli obiettivi dell'*Authority* sono quelli di migliorare la stabilità e l'efficacia del sistema finanziario europeo operando nel settore delle banche, delle imprese d'investimento, degli istituti di pagamento, degli istituti di moneta elettronica e dei conglomerati finanziari.

La missione primaria dell'EBA¹²⁴ è quella di contribuire, attraverso l'adozione di *Technical Standards e Guidelines* alla creazione di un

¹²³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>

¹²⁴ <http://www.eba.europa.eu/about-us/missions-and-tasks>

European Single Rulebook in Banking, in modo da armonizzare le regole riguardanti la prudenza bancaria degli istituti finanziari europei determinando una “high protection to depositors, investors and consumers”.

Ruolo importante dell’EBA è anche quello di promuovere le “best practises” per l’applicazione di regole di prudenza, svolgendo report di *risk assessment* e gli *stress test*.

Le altre *mission* dell’organo sono:

- “investigating alleged incorrect or insufficient application of EU law by national authorities
- taking decisions directed at individual competent authorities or financial institutions in emergency situations
- mediating to resolve disagreements between competent authorities in cross-border situations
- acting as an independent advisory body to the European Parliament, the Council or the Commission.
- taking a leading role in promoting transparency, simplicity and fairness in the market for consumer financial products or services across the internal market”¹²⁵.

I poteri regolatori dell’Autorità si sostanziano nei *Regulatory technical standards*¹²⁶ (RTS), norme tecniche finalizzate ad armonizzare le scelte del settore bancario senza che limitino le scelte politiche

Queste norme sono infatti adottate dalla Commissione su delega del Parlamento Europeo e del Consiglio su proposta dell’EBA.

Se approvata le norme sono adottate tramite Regolamento o decisione ed è facoltà del Consiglio proporre obiezione entro tre mesi dalla notifica.

¹²⁵ <http://www.eba.europa.eu/about-us/missions-and-tasks>

¹²⁶ Ibrido R., *L’Unione Bancaria Europea, Profili costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2017, pag. 147

L'EBA ha anche facoltà di proporre alla Commissione gli *Implementing Technical Standards (ITS)*, norme prive di conseguenze strategiche o politiche con le quali si determinano le condizioni di applicazione di atti di natura legislativa che conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione (291 TFUE).

Sia gli RTS che gli ITS fanno parte del Codice Unico Europeo che ricomprende le fonti primarie e secondarie riguardanti l'ambito finanziario.

L'EBA può inoltre formulare raccomandazioni o orientamenti, nei settori nei quali non ha competenza regolamentare, destinate alle Autorità nazionali di vigilanza, le quali non sono vincolate.

In ipotesi tassativamente previste l'EBA può adottare atti di natura vincolante nei confronti delle Autorità di vigilanza nazionali e di singoli istituti.

Nello specifico l'Autorità Bancaria Europea, al termine di una procedura di indagine può attivare poteri sostitutivi delle autorità di vigilanza nazionali che abbiano violato il diritto europeo o non abbiano impedito la violazione.

L'EBA può anche adottare decisioni individuali sulle misure da adottare da parte delle Autorità di Vigilanza nazionali se il Consiglio ravvisa l'esistenza di una situazione d'emergenza che possa compromettere il funzionamento del mercato bancario.

Per ultimo, l'Autorità può risolvere le controversie fra autorità di vigilanza, dopo aver esperito la fase di mediazione preventiva.

Le decisioni dell'EBA sono ricorribili davanti alla Commissione di ricorso.

Di particolare rilievo sono le attività di controllo sullo stato dei principali gruppi bancari europeo, denominate "*stress test*".

Su queste attività mi riservo di riportare le parole di Andrea Enria¹²⁷, presidente dell'EBA, il quale dice che gli *stress test* non sono delle sentenze ma scelte di chiarezza e trasparenza per gli investitori, oltre che un obbligo legislativo.

Egli invita le autorità di vigilanza dei singoli stati a comunicare con il mercato, spiegando in modo chiaro che gli *stress test*, in caso di esito negativo, non portano automaticamente a ricapitalizzazioni di capitale, essendo degli input, delle valutazioni, utili per andare a trovare soluzioni per quelle banche più in difficoltà.

Diverso è invece il compito della BCE (Banca Centrale Europea), istituita col Regolamento n. 1024 del 2013 come *banking supervisor* del sistema delle banche centrali europee.

La supervisione fu affidata alla BCE e non all'EBA per la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea¹²⁸ che esclude il conferimento di poteri discrezionali a organismi non previsti dal diritto primario dell'Ue.

¹²⁷[http://www.italiaoggi.it/news/dettaglio_news.asp?id=201607280900028940&chAgenzie=ITALIAOGGI&titolo=Banche:%20Enria%20\(Eba\),%20stress%20test%20non%20sono%20una%20sentenza](http://www.italiaoggi.it/news/dettaglio_news.asp?id=201607280900028940&chAgenzie=ITALIAOGGI&titolo=Banche:%20Enria%20(Eba),%20stress%20test%20non%20sono%20una%20sentenza)

¹²⁸ Si fa riferimento in questo caso al “caso Meroni” (Corte Giustizia Ue, sentenza del 13 giugno 1956, n. 9/56 e 10/56, sentenza Meroni). Si legge in Ibrido R, *L'Unione Bancaria Europea, Profili costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2017, pag. 153 che “nel caso Meroni la Corte di Giustizia ha individuato i presupposti che rendono la delega di compiti compatibile con il diritto europeo. In primo luogo, la delega di poteri deve avere carattere esplicito e risultare compatibile con il principio di attribuzione delle competenze. In altre parole, l'autorità delegante non può delegare più poteri di quanti ne detenga.

In secondo luogo, l'esercizio dei poteri delegate deve avvenire alle stesse condizioni procedurali alle quali sarebbe stata sottoposta l'autorità delegante. Infine, la delega non deve comportare il trasferimento di responsabilità discrezionali dal soggetto delegante al soggetto delegato, a meno che tale possibilità non sia prevista dai Trattati. Questi principi sono stati ulteriormente chiariti nel *caso Romano* (Corte Giustizia Ue, sentenza 98/1980, Giuseppe Romano c. Institut national d'assurance maladie-invalidité) allorchè la Corte ha escluso che un'agenzia europea possa adottare atti generali a carattere vincolante”.

L'art. 127 del TFUE¹²⁹ prevede la possibilità di affidare alla BCE compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle istituzioni finanziarie.

I poteri di regolazione non sono però concentrati nella BCE essendo in parte attribuiti in parte, come visto, all'EBA.

¹²⁹ Antoniazzi S., *La banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 23

CAPITOLO 3: IL RISCHIO REPUTAZIONALE

3.1 DEFINIZIONE E FATTORI DI RISCHIO

Il controllo del rischio reputazionale è, insieme a quello di non conformità, la funzione principale della struttura di *Compliance*.

Per descrivere in rischio in oggetto compiutamente non si può non iniziare dalla sua definizione.

Nelle già citate Disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia del 2007 si può notare come l'Autorità alluda ai danni di ogni tipo connessi con la perdita del "buon nome" della banca.

La reputazione di un'organizzazione è stata definita come la "fusione di tutte le aspettative, percezioni e opinioni sviluppate nel tempo da clienti, impiegati, fornitori, investitori, e vasto pubblico in relazione alle qualità dell'organizzazione, alle caratteristiche e ai comportamenti che derivano dalla personale esperienza, il sentito dire o l'osservazione delle passate azioni dell'organizzazione¹³⁰".

Da altri autori¹³¹, nel richiamare tale definizione, viene sottolineato come in essa siano già delineate le "principali regole della reputazione:

1. non esiste una sola reputazione, essa è infatti diversa a seconda dei portatori di interesse dei quali esprime esigenze, interessi e criteri di giudizio;
2. la reputazione si forma solo con il tempo;
3. la reputazione si fonda su comportamenti e su azioni realmente compiute dall'organizzazione;
4. la reputazione è condizionata dalle esperienze mediate dello stakeholder con l'organizzazione".

¹³⁰ Bennet R., Kottasz R., *Practitioner Perceptions of Corporate Reputation: an Empirical Investigation, Corporate Communications: An International Journal*, 2000, vol. 5, n. 4, pag. 224-235

¹³¹ Cafarotti R., Sassi P., *Strumenti e metodi per la conduzione operativa della Funzione Compliance*, in *Il Rischio di Reputazione e di non conformità*, Roma, Bancaria Editrice, Banca e Mercati, pag. 40

L'attività bancaria è per sua natura fondata sulla fiducia tra l'istituto e il cliente e il non rispetto delle norme o la scorrettezza negli affari lo potrebbero minare, facendo perdere valore all'azienda.

La reputazione non è dunque un concetto astratto, ma un vero e proprio bene economico che si concretizza nell'immagine pubblica della banca e nella stima che della banca hanno i clienti, i soci, i dipendenti, i media (quelli che in termini economici vengono comunemente definiti *stakeholders*).

Tanto più l'immagine pubblica è positiva tanto più l'azienda avrà valore in termini di sviluppo commerciale, gestione della relazione con i clienti, appetibilità sul mercato.

Questo valore viene creato giorno per giorno attraverso comportamenti secondo correttezza ed etica nei confronti dei clienti, nella protezione del contraente più debole essendo la relazione tra cliente e banca squilibrata a favore della seconda dal punto di vista delle competenze.

In un mercato dominato dalla velocità delle informazioni tramite i mezzi tecnologici anche un comportamento singolo, se di particolare gravità può essere diffuso a tale velocità e con tale rilevanza da poter creare un danno economico per la banca.

Per questo il rischio in analisi è diventato man mano negli ultimi anni di rilevanza dominante.

Con le disposizioni di Basilea il rischio reputazionale viene inserito tra quelli considerati per l'accantonamento del capitale: non essendo però calcolabile nella maggior parte dei casi le banche svolgono una previsione qualitativa adottando iniziative utili preventivamente.

Tradizionalmente il rischio in questione è definito di natura "secondario" perché derivante dal rischio strategico ed essendo il

risultato di rischi esogeni ed endogeni capaci di creare danni reputazionali.

COMPANY	COUNTRY	INDUSTRY	GLOBAL PULSE SCORE		
			RANK	PULSE	ONE-YEAR CHANGE
Ferrero	Italy	Consumer Products	1	85.17	1.64
Ikea	Sweden	General Retail	2	83.98	-0.16
Johnson & Johnson	United States	Consumer Products	3	83.58	0.10
Petrobras	Brazil	Energy	4	82.37	2.40
Sadia	Brazil	Food Manufacturing	5	82.06	New
Nintendo	Japan	Computer	6	81.63	New
Christian Dior	France	Consumer Products	7	81.37	New
Kraft Foods	United States	Food Manufacturing	8	81.09	-1.70
Mercadona	Spain	Food Retail	9	80.99	2.09
Singapore Airlines	Singapore	Airlines & Aerospace	10	80.97	New
Tata	India	Conglomerate	11	80.89	-1.95
UPS	United States	Transport & Logistics	12	80.84	-0.21
General Mills	United States	Food Manufacturing	13	80.80	-0.54
El Corte Inglés	Spain	General Retail	14	80.80	0.80
Matsushita Electric Industrial	Japan	Electrical & Electronics	15	80.31	1.43
FedEx	United States	Transport & Logistics	16	80.30	4.01
Grupo Bimbo	Mexico	Food Manufacturing	17	80.22	-1.53
Honda Motor	Japan	Automotive	18	79.86	2.07
Whirlpool	United States	Consumer Products	19	79.86	5.45
Votorantim	Brazil	Conglomerate	20	79.59	3.49
Walt Disney Company	United States	Information & Media	21	79.44	-1.78
China Faw	China	Automotive	22	79.35	1.74
Google	United States	Information & Media	23	78.80	-6.44
China Merchants Bank	China	Banking	24	78.72	New
Caterpillar	United States	Industrial Products	25	78.69	3.91
Costco Wholesale	United States	General Retail	26	78.53	4.20
Sberbank	Russia	Banking	27	78.26	2.70

Reputation

World's Most Reputable Companies: The Rankings

[Klaus Kneale](#), 05.06.09, 02:08 PM EDT

Reputation Institute's annual survey rated 600 companies. Here's who made the top 200.

In accordo con Giampaolo Gabbi¹³² “Il rischio di reputazione è inteso come le conseguenze economiche dell’alterazione del giudizio e del rapporto fiduciario percepito dagli stakeholder”.

Si può dunque, dopo aver analizzato le previsioni normative e le caratteristiche del concetto, definire il rischio reputazionale come un rischio secondario che un evento, interno o esterno all’azienda, produca un danno economico derivante dalla rottura del rapporto fiduciario con gli operatori definiti *stakeholder*.

3.2 LE VARIABILI DI RISCHIO E I LORO EFFETTI

Quali sono questi fattori capaci di creare danni reputazioni?

Essendo un rischio secondario sono fattori inerenti ai rischi operativi, strategici, gestionali, legali, ovvero dei cosiddetti rischi originari.

Nello specifico la dottrina raggruppa le variabili in tre categorie:

- I RISCHI LEGATI ALL’AMBIENTE PUBBLICO: la relazione con l’ambiente esterno ha conseguenze importanti sull’immagine percepita dai mercati di riferimento, dai clienti, dai soci creando aspettative per generare valore nel tentativo di alimentare il pubblico interesse nell’azienda.
- I RISCHI LEGATI AL PROCESSO DI COMUNICAZIONE: gli strumenti di comunicazione la capacità di curarne le modalità, la velocità, l’efficienza permettono di gestire al meglio le potenziali crisi reputazionali dovute a un evento dannoso.

¹³² Gabbi G., *Definizione, misurazione e gestione del rischio reputazionale degli intermediari bancari*, Il Mulino, Milano, 2004

- I RISCHI LEGATI ALL'IMMAGINE: la gravità e la grandezza dei danni reputazionali sono dipendenti dalla notorietà del brand che mira a differenziare i vari produttori di un bene o fornitori di un servizio rispetto agli altri *player* del mercato.

La “marca” è quindi già di per sé un valore economico che può essere minato da fattori esterni ed esprime un'idea di valori e di immagini che rappresentano l'azienda.

L'utilizzo del brand ha produce degli effetti sia riguardo ai consumatori che ai produttori, facilitando il processo d'acquisto dei primi e migliorando i rapporti commerciali con i secondi.

Il consumatore come il produttore è rassicurato dalla marca, diminuendo il rischio e favorisce la ripetitività e la fedeltà al prodotto o al servizio.

Altro contributo importante sul tema è quello della *Proposta di definizione di un processo aziendale interfunzionale per la gestione delle crisi reputazionali* a cura del Gruppo di lavoro ABI, pubblicato nella rivista Bancaria del 2010 in cui si individuano quattro categorie come possibili cause di una crisi reputazionale.

Queste sono:

- **PRODOTTO-SERVIZIO:** le cause sono interne all'azienda (errori umani, inadeguatezza, errato funzionamento dei processi, malfunzionamento dei sistemi informativi) e quindi sono, almeno in parte, gestibili e minimizzabili in via preventiva;
- **EITICITA' DEI COMPORTAMENTI:** la non conformità alla normativa e ai codici di autoregolamentazione sono cause tipiche delle crisi reputazionali vista la risonanza presso media e opinione pubblica;

- **SOLIDITA' PATRIMONIALE:** la percezione del mercato di una scarsa solidità patrimoniale può determinare una sfiducia degli operatori e dei clienti;
- **FATTORI ESTERNI:** sono ad esempio le crisi del mercato, le crisi del settore in cui si opera, cause naturali, attacchi hacker¹³³ o campagne diffamatorie.

In accordo con Giampaolo Gabbi¹³⁴ gli effetti di questi fattori di rischio sono:

- La perdita di quote di mercato, dovuta alla disaffezione della clientela;
- La maggiore difficoltà a reperire capitale di rischio e la crescita del costo del capitale e, di conseguenza, la minore economicità delle condizioni di approvvigionamento di capitale sui mercati nazionali ed internazionali;
- Il downgrading del proprio merito creditizio ed il possibile peggioramento delle condizioni di solvibilità, che potrebbero determinare anche un accrescimento della volatilità sui prezzi degli strumenti finanziari emessi dalla banca, con l'ulteriore rischio che questi si trovino esposti anche a mosse speculative;
- L'esposizione a crescenti pressioni concorrenziali;
- La difficoltà di attrarre personale qualificato e, in parallelo, il rischio di perdere risorse umane qualificate; tale effetto si può spiegare anche con la riduzione del grado di motivazione del personale;
- La perdita di opportunità strategiche (fusioni e acquisizioni);
- I costi necessari – diretti e indiretti – per “recuperare” la reputazione.”

¹³³ Si veda a proposito <http://www.repubblica.it/economia/finanza/2017/07/26>, in cui si legge che “Hacker in azione sui clienti di Unicredit: negli scorsi mesi hanno prelevato i dati di 400mila persone, ma a quanto pare nessun codice o password che permetta di operare senza autorizzazione sui conti correnti. A comunicare l'incursione informatica è stata la stessa banca di Piazza Gae Aulenti, che in una nota denuncia "di aver subito una intrusione informatica in Italia con accesso non autorizzato a dati di clienti italiani relativi solo a prestiti personali" e precisa che la falla si è aperta "attraverso un partner commerciale esterno italiano"”.

¹³⁴ Gabbi G., *Definizione, misurazione e gestione del rischio reputazionale degli intermediari bancari*, Il Mulino, Milano, 2004, pag. 78

I danni reputazionali possono riflettersi sia verso l'esterno che verso l'interno dell'azienda, impattando sia sui clienti della banca che sui *competitor* del mercato e i fornitori dei servizi attinenti a quel mercato. Per quanto riguarda i soggetti esterni si fa riferimento ai clienti della banca, in primis i correntisti i quali rimarranno fedeli fino al momento in cui non vi sarà una considerevole perdita reputazionale.

L'atteggiamento psicologico che condiziona il cliente è infatti fondamentale nella scelta dell'una o dell'altra impresa: tantopiù l'azienda avrà valore reputazionale sul mercato tantopiù ci saranno possibilità che quel cliente scelga il suo prodotto.

Per quanto riguarda i soggetti interni al mercato si intendono i concorrenti e i partecipanti a questo.

Se un'azienda importante in un settore subisce dei danni reputazionali anche il mercato di riferimento perderà appetibilità trascinando con sé anche i *competitor*.

Anche i dipendenti interni all'azienda che ha subito il danno potrebbero cercare di cambiare datore di lavoro, a prescindere dalla concreta responsabilità che hanno avuto nell'evento che ha determinato il danno. A questo si aggiunge la difficoltà nel trovare nuove risorse, a causa della minor fiducia che gli operatori del mercato hanno nell'azienda in oggetto.

Quali sono gli accorgimenti che l'istituto può porre in essere per diminuire gli effetti dei danni reputazionali descritti?

L'azienda può minimizzare i danni ex post, ove non sono ancora state emanate sanzioni giudiziarie, attraverso comunicati stampi e interventi di marketing per cercare di ricreare il rapporto di fiducia con i clienti e gli operatori minato dall'evento dannoso.

Ove i procedimenti giudiziari siano iniziati può ad esempio cercare di attivare procedure stragiudiziali (ove permesse dalla normativa) come

ad esempio la mediazione facoltativa in ambito civile per poter addivenire ad un accordo economico preventivo al processo.

L'impresa può inoltre, in via preventiva, allocare capitale con un comportamento virtuoso per poter ex ante gestire i rischi di un danno patrimoniale che, come analizzato, potrebbe derivare anche da un evento in nessun modo preventivabile come una causa naturale o un attacco hacker.

3.3 I CODICI DI CONDOTTA

Una delle principali cause di danni reputazionali sono le condotte illecite di dipendenti, collaboratori o partner commerciali di un istituto, ma anche comportamenti leciti ma non posti in essere seguendo i principi della correttezza determina una mancata tutela del consumatore, parte debole dal punto di vista informativo nella relazione economico-finanziaria.

Il D.Lgs. 231/2001 ha dunque previsto l'obbligo di adozione di un codice di autoregolamentazione come esimente da eventuali responsabilità amministrative degli amministratori dell'azienda.

Zaini¹³⁵ sottolinea l'importanza dell'autoregolamentazione nel campo del business bancario, indicando che essa ha una valenza di indirizzo e orientamento dei comportamenti di importanza pari a quella della regolamentazione esterna divenendo strumento di valorizzazione del brand.

Attinente alla valutazione dei codici di condotta è il pensiero di Paolo Montalenti¹³⁶ il quale scrive che "a fronte di posizioni radicalmente

¹³⁵ Zaini F., *L'autoregolamentazione: dalla prevenzione dei rischi reputazionali alla Compliance*, in *Bancaria* n. 3/2009

¹³⁶ Montalenti P., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, Giappichelli, 2017, pag. 142

scettiche, mi pare invece che il giudizio sui codici di condotta possa essere, cautamente, più ottimistico.

I codici di autodisciplina hanno, in primo luogo, il pregio di (tentare di) indurre comportamenti virtuosi attraverso l'adozione spontanea di regole, anziché mediante la rigidità dell'imposizione normativa. Ciò può consentire un adeguamento progressivo, condiviso, non subito e perciò, sul medio periodo, probabilmente effettivo. La moral suasion di un ente privato (Borsa Italiana) può rafforzarne l'efficacia.

L'anticipazione privata può del resto preludere alla consacrazione normativa: si pensi al presidente del consiglio di amministrazione, al dovere di agire informato, ai limiti delle deleghe, alla vigilanza sulla gestione, alla verifica degli assetti organizzativi, alle operazioni con parti correlate, istituti tutti contemplati dal Codice di Autodisciplina e recepiti dal legislatore della riforma del diritto societario".

Il codice di condotta o codice etico è assunto da tutti gli istituti bancari italiani e si applica ai dipendenti, ai collaboratori con contratti a termine, a lavoratori autonomi o parasubordinati, a consulenti, ad agenti, a fornitori e a partner commerciali.

La violazione di queste regole interne, citando il Codice di Condotta di Unicreditgroup, "indipendentemente dalle sanzioni previste ai sensi delle norme legislative e regolamentari vigenti, l'inosservanza o la violazione delle prescrizioni contenute nel presente documento da parte dei Destinatari deve essere considerata inadempienza ai principi etico-comportamentali adottati dalla Banca, ai doveri di correttezza nei confronti della medesima, nonché violazione di apposite clausole contrattuali ove previste. Pertanto, tali inadempienze e/o violazioni saranno soggette al sistema sanzionatorio descritto nelle apposite sezioni del Modello, cui si rinvia per gli opportuni approfondimenti".

I principi ispiratori dei codici di autocondotta si possono riassumere in:

- **INTEGRITA'**: i soggetti devono improntare i propri comportamenti ai principi di buona fede, onestà, integrità morale, trasparenza, correttezza ed imparzialità.
- **EQUITA' E GESTIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSE**: i destinatari del codice devono mantenere obiettività e imparzialità nelle proprie consulenze.

Devono inoltre evitare situazioni di conflitto di interesse, anche potenziale, rischiando di minare la propria indipendenza.

Chi si trovi, suo malgrado, in tali situazioni deve, ottemperando al principio di trasparenza, comunicarlo immediatamente alle strutture preposte della banca.

- **RISERVATEZZA NELLA GESTIONE DELLE INFORMAZIONI**: i soggetti devono conformarsi alla disciplina sulle privacy nel trattare informazioni dei clienti e dello stesso istituto.
- **TUTELA DELLA CONCORRENZA**: i destinatari devono svolgere la propria attività nel pieno rispetto delle leggi e dei regolamenti vigenti in materia di tutela della concorrenza.
- **LOTTA ALLA CRIMINALITA' ORGANIZZATA**: i soggetti devono seguire le direttive della banca nella lotta alla criminalità organizzata.

Si legge in particolare nel Codice di condotta di Unicreditgroup¹³⁷ che “La Banca condanna fermamente e, nell’ambito della propria operatività aziendale, contrasta con tutti gli strumenti a sua disposizione qualsiasi forma di criminalità organizzata, anche a carattere mafioso. Al tal fine, particolare attenzione deve essere prestata dai Destinatari qualora si trovino ad operare in aree

¹³⁷https://www.unicreditgroup.eu/content/dam/unicreditgroup-eu/documents/it/governance/sistema-di-governance-e-policy/policy-e-documenti/Code-of-Conduct_ITA.PDF

geografiche, sia in Italia sia all'estero, storicamente interessate da fenomeni di criminalità organizzata, al fine di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali.

I Destinatari sono pertanto tenuti a verificare i requisiti di integrità morale ed affidabilità con riferimento sia al personale che a controparti di business, quali ad esempio clienti, fornitori, agenti, consulenti, partner commerciali, nonché di legittimità delle attività realizzate dalle stesse”.

I comportamenti posti in essere secondo i principi elencati non si devono limitare al rapporto con la clientela, ma anche al rapporto con gli enti pubblici, le autorità di vigilanza, i fornitori.

In particolare, si sottolineano alcuni rapporti ed alcuni ambiti di particolare importanza soprattutto nel corso degli ultimi anni.

3.3.1 RAPPORTI CON I MEDIA E CON IL MERCATO

Con la risonanza e la velocità di diffusione delle informazioni, di particolare rilevanza risultano i rapporti con i rapporti con la stampa, e più in generale con i mezzi di comunicazione e di informazione di massa, che dovranno essere gestiti nel pieno rispetto dei principi di trasparenza, accuratezza, completezza e tempestività.

L'attività di comunicazione e divulgazione di notizie relative all'istituto deve essere riservata esclusivamente a soggetti a ciò autorizzati, i quali si atterranno al rispetto delle leggi vigenti e delle procedure aziendali. Si fa inoltre divieto di esporre informazioni false o di occultare dati e notizie che possano indurre in errore i destinatari delle suddette comunicazioni, nonché all'interno dei prospetti richiesti ai fini della sollecitazione all'investimento, dell'ammissione alla quotazione o in occasioni di offerte pubbliche di acquisto o di scambio.

3.3.2 GESTIONE DEGLI OMAGGI, DELLE SPONSORIZZAZIONI E DELLE EROGAZIONI LIBERALI

Nello svolgimento degli affari, l'offerta di omaggi o le spese per intrattenimenti come pranzi, cene con clienti non può eccedere le normali pratiche commerciali o di cortesia e non può essere utilizzato per ottenere trattamenti di favore nei confronti della banca.

Questi omaggi possono dunque essere offerti o accettati solamente se di ragionevole valore e se rappresentano consuetudine nei rapporti d'affari.

Per quanto riguarda le sponsorizzazioni queste devono essere mirate a promuovere esclusivamente il nome della banca e i suoi prodotti e non possono in nessun modo essere effettuate per ottenere vantaggi illeciti.

Per quanto riguarda le erogazioni liberali si legge nel codice di condotta di Unicreditgroup¹³⁸ che esse devono essere destinate a favore di "soggetti o enti il cui atto costitutivo o statuto preveda il perseguimento di finalità prevalentemente di assistenza, beneficenza, educazione, cultura, recupero del patrimonio artistico, studio o ricerca scientifica, ovvero la realizzazione di progetti di utilità sociale.

Tutti i pagamenti effettuati per le sponsorizzazioni o per l'erogazione liberali devono essere registrati in modo preciso e nella loro interezza e resi noti nei libri e nei registri contabili da parte delle relative funzioni competenti".

3.3.3 I DIRITTI UMANI

Di particolare interesse risulta il riferimento, nelle direttive e nelle linee guida di alcune banche, ai diritti umani.

¹³⁸https://www.unicreditgroup.eu/content/dam/unicreditgroup-eu/documents/it/governance/sistema-di-governance-e-policy/policy-e-documenti/Code-of-Conduct_ITA.PDF, pag. 7

Nello specifico il Gruppo Intesa Sanpaolo, nel proprio documento sulla *Policy sui diritti umani* sottolinea come “il Gruppo Intesa Sanpaolo riconosce il fondamentale principio sancito dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e dalle Linee Guida ONU su Imprese e Diritti Umani che attribuisce analoga responsabilità anche a ogni singolo individuo e alle imprese¹³⁹”.

Nel proprio Codice Etico Intesa dichiara di sostenere i diritti umani come affermati nella Dichiarazione Universale del 1948 e di tutelare i diritti fondamentali contenuti nelle otto convenzioni fondamentali dell’OIL (Organizzazione Internazionale del Lavoro), in particolare il diritto di associazione e di negoziazione collettiva, il divieto di lavoro forzato e minorile.

Riconosce inoltre l’importanza dei principi espressi nella Convenzione delle Nazioni Unite del 2006 sui diritti delle persone con disabilità.

Si dichiara inoltre di contribuire alla lotta alla corruzione secondo le linee dell’OCSE ((Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), mediante “l’atteggiamento di “tolleranza zero” rispetto a eventuali episodi di corruzione”.

3.3.4 CONTROLLO DEI RISCHI SOCIALI E AMBIENTALI

L’impatto che i grandi gruppi bancari hanno sul contesto sociale e ambientale nel quale svolgono l’attività risulta notevole.

E' dunque responsabilità degli istituti agire non solo in funzione del profitto, ma con l'obiettivo di creare valore di lungo periodo per la banca e le sue persone, per i suoi clienti, per la comunità e per l’ambiente.

¹³⁹http://www.group.intesasanpaolo.com/scriptlsir0/si09/sostenibilita/ita_diritti_umani

Si legge, nel sito di Intesa Sanpaolo nella pagina dedicata alla “sostenibilità”¹⁴⁰ che da questo obiettivo “deriva l’adesione a importanti iniziative internazionali, quali il Global Compact delle Nazioni Unite e gli Equator Principles, volte a promuovere il dialogo fra imprese, organismi sovranazionali e società civile e a perseguire il rispetto dell’ambiente e dei diritti umani.

Questo è il concetto di sostenibilità nel quale Intesa Sanpaolo si riconosce e il Piano Industriale 2014-2017 dimostra la sempre maggiore integrazione delle tematiche di responsabilità sociale e ambientale con la sua strategia di business e declina il ruolo che il Gruppo deve avere nei territori in cui opera: Banca come attore della crescita, sia nella creazione di valore, sia a sostegno dell’economia reale; Banca con un chiaro modello di business, che tiene conto dei bisogni di tutte le tipologie di clientela, semplificando e innovando; Banca che vede nelle persone l’asset strategico da valorizzare attraverso la formazione e lo sviluppo; Banca che opera nella comunità e nei territori, creando valore condiviso”.

Intesa è stata ad esempio premiata nel 2017¹⁴¹ per il forte impegno del Gruppo per lo sviluppo di un’economia a basse emissioni di carbonio dal *Carbon Disclosure Project* (CDP) con la conferma nella “Climate A List” che comprende le 112 società che hanno raggiunto il livello A per le prestazioni in tema di mitigazione dei cambiamenti climatici.

CDP è l’ONG internazionale che analizza le informazioni ambientali su richiesta di investitori di fondi in gestione.

¹⁴⁰ <http://www.group.intesasanpaolo.com/script/sir0/si09/sostenibilita>

¹⁴¹ <http://www.group.intesasanpaolo.com/script/sir0/si09/contentData/view/content-ref?id=CNT-05-00000004EE2A2>

Anche Unicreditgroup si è distinta nel campo pubblicando sul bilancio integrato del 2015 l'insieme dei progetti finanziati nel 2015 in materia di responsabilità ambientale e sociale¹⁴².

Si può notare un aumento dei progetti finanziati nei Paesi Extra-Ue con un impatto ambientale o sociale minimo o nullo nel 2015 (10 progetti) a fronte dei soli 4 progetti finanziati nel 2014.

3.4 PRESIDI DI RISCHIO

Per l'importanza che il rischio reputazione assume nel contesto bancario attuale tutti gli istituti prevedono dei presidi dedicati alla sua gestione e prevenzione.

Banca Intesa Sanpaolo ad esempio, si legge sul suo sito, "prevede che la gestione e mitigazione sia perseguita tramite un presidio sistematico e autonomo da parte delle strutture aziendali e tramite un presidio trasversale alle varie funzioni, mediante un processo di Reputational Risk Management, dalla Direzione Centrale Enterprise Risk Management - di concerto con la Direzione Centrale Compliance, per quanto attiene ai rischi di non conformità.

Al fine di rafforzare, anche sotto il profilo organizzativo, il presidio dei rischi, a luglio 2015 nell'ambito della Direzione Enterprise Risk Management è stato costituito l'Ufficio Reputational Risk, a cui è affidato l'obiettivo di garantire un presidio strutturato del rischio reputazionale anche tramite l'integrazione e la valorizzazione dei contributi forniti dalle diverse funzioni aziendali.

La fase di identificazione delle principali aree critiche si avvale degli esiti dei processi aziendali che valutano la componente reputazionale delle attività di gestione del rischio di compliance, le attività di

¹⁴²https://www.unicreditgroup.eu/content/dam/unicreditgroup-eu/documents/it/sustainability/our-vision-of-a-sustainable-bank/policies-and-guidelines/estratto_suppl2015_gestione_rischio_compliance.pdf

comunicazione interna ed esterna, il presidio della normativa antitrust, la comunicazione con investitori e agenzie di rating e la funzione di Corporate Social Responsibility. In particolare, il Servizio Corporate Social Responsibility rende disponibili gli esiti dei due processi che sostanziano le attività di gestione del Rapporto di Sostenibilità con le attività di stakeholder engagement e di analisi di materialità e quelle di monitoraggio dell'applicazione del Codice Etico"¹⁴³.

Il gruppo Mediolanum specifica che il suo Consiglio di Amministrazione si avvale di uno specifico Comitato Rischi, tra i cui compiti principali vi è quello di monitorare il Rischio Reputazionale, definito come "Il rischio attuale o prospettico di flessione degli utili o del capitale derivante da una percezione negativa dell'immagine della banca da parte dei clienti, controparti, azionisti della banca, investitori o autorità di vigilanza"¹⁴⁴.

Porto all'attenzione anche il caso dell'istituto Monte dei Paschi di Siena il quale è stato coinvolto in particolare nel 2013 nello scandalo dei derivati che ha provocato una fuga di depositi per alcuni miliardi di euro.

Si legge infatti nella Relazione agli azionisti nell'assemblea del 30 aprile 2013 che "L'emersione del carattere illecito delle operazioni in esame - scrive il Montepaschi nella relazione - e delle loro conseguenze patrimoniali ha esposto la banca a un danno reputazionale che si è immediatamente tradotto in pregiudizi di ordine patrimoniale, tra cui in particolare il ritiro di depositi per alcuni miliardi, successivamente

¹⁴³http://www.group.intesasanpaolo.com/scriptIsir0/si09/sostenibilita/ita_rischio_reputazionale

¹⁴⁴https://www.bancamediolanum.it/staticassets/documents/GBM_Informativa_al_Pubblico_2016.pdf

alla comunicazione al mercato e sulla stampa delle rivelazioni relative alle due operazioni con Nomura e Deutsche Bank"¹⁴⁵.

3.5 BANCHE E SOCIAL MEDIA: *SURVEY* DELL'ABI

Nell'ottobre del 2016 l'Associazione Bancaria Italiana ha svolto un'indagine, in collaborazione con KPMG Advisory, riguardante un tema estremamente attuale e di grande rilevanza per le sue implicazioni nel futuro.

Nella prefazione della *survey* "*Banche e Social Media*"¹⁴⁶ si sottolinea la grande evoluzione delle reti sociali (*social network*) e delle nuove interazioni tra aziende e cliente.

Questi canali sono un'occasione per gli istituti per instaurare nuovi rapporti commerciali con gli utenti, il settore è quindi "spinto" al rinnovo e al cambiamento tecnologico.

È sicuramente un grande cambiamento: cambia il modo di "fare banca", non più con relazioni personali con i clienti ma attraverso lo strumento dei *social network*.

La banca ha modo di lanciare nuove forme di *business*, con un *marketing* più mirato e personalizzato per il cliente, attraverso una conoscenza più profonda dei bisogni e delle necessità degli utenti, rafforzando il *brand* e l'immagine aziendale e la reputazione.

È inoltre una modalità per gestire direttamente e più velocemente, oltrechè comodamente per il cliente, le richieste dei clienti, migliorando anche la cultura finanziaria delle persone.

Non è quindi solo una nuova modalità di fare business ma anche un "punto di contatto" con la clientela attuale o potenziale.

¹⁴⁵ http://www.huffingtonpost.it/2013/03/30/mps-dannoallareputazione_n_2985234

¹⁴⁶ https://www.abi.it/DOC_Mercati/Analisi/Innovazione-ricerca/Banche-social-media/Indagine_ABI_Kpmg-Banche_Social-media.pdf

Dall'analisi emerge che il 90% delle banche intervistate già è presente sui social network mentre l'8% ha intenzione di entrarvi entro 12 mesi, nello specifico il 100% delle grandi banche e il 71% delle piccole banche sono già attive.

Nello specifico l'Abi individua nello dei macroobiettivi comuni delle banche che opera sui social media, quali:

- Il rafforzamento dell'immagine e della reputazione;
- Il *marketing* e il *business*: l'acquisizione di nuovi clienti, *loyalty*, *cross selling*, qualità dei servizi, lancio nuovi *business*;
- La raccolta di dati e informazioni sulla clientela attuale e potenziale;
- Il sostegno alla cultura finanziaria e all'uso sulla clientela attuale e potenziale;
- L'attivazione di operazione bancarie sui social
- L'innovazione di prodotti/servizi/brand attraverso il coinvolgimento di clienti;
- La selezione del personale.

Nella *survey* si sottolinea una comunanza di due grandi obiettivi: il rafforzamento dell'immagine e gestione della reputazione da una parte e dall'altra il marketing e il fare *business*.

Quest'ultimo risulta ancora piuttosto complicato, mentre il lavoro sul rafforzamento del *brand* risulta più facilmente perseguibile.

Questo obiettivo viene raggiunto anche attraverso il sostegno all'educazione finanziaria e bancaria e l'assistenza ai clienti nel post vendita, la cosiddetta "*social customer care*".

Quali sono i canali più diffusi? Sono quelli utilizzati da più utenti quotidianamente, quali LinkedIn, Facebook, Youtube.

Nello specifico fra le banche grandi il canale leggermente più diffuso è LinkedIn (95%), seguito da Twitter, Facebook e YouTube (90%); fra le banche piccole, invece, Facebook rappresenta il canale social maggiormente diffuso (88%), seguito da YouTube (75%), Twitter (50%) e LinkedIn (47%).

Molte sono le banche che non si limitano a dialogare con il pubblico sulle pagine social ma anche tramite i canali di messaggistica tra cui spicca Facebook Messenger (52%), di seguito Whatsapp, Instagram e Skype.

Per quanto riguarda le attività e le tematiche affrontate, le banche attive sui social si concentrano su quelle economico-finanziarie ma non in modo esclusivo, dedicandosi anche a contesti legati allo sport, al turismo, ai viaggi, al no profit per attirare l'attenzione della clientela.

Interessante è notare come, con riferimento alle tematiche connesse agli aspetti non finanziari, le grandi banche operano sull'intera gamma di ambiti proposti nell'indagine, in particolare su arte, cultura, spettacolo e sport, mentre le banche piccole mostrano attenzione alle iniziative no profit e sociali legate al territorio.

Perché le banche pubblicano post anche non relativi a temi di natura finanziaria?

Perché l'interazione diretta con il pubblico della "rete" è la forma migliore di valorizzazione del canale, in grado di superare le caratteristiche della comunicazione dei media tradizionali.

È dal punto di vista della banca e del modo di fare *business* un grande cambiamento, un grande sforzo anche di natura organizzativo oltre che di competenze professionali che sta però avendo impatti estremamente positivi nella gestione dei servizi con la clientela.

La gestione dei canali social prevede infatti una serie di attività che richiedono competenze e *skills* specifici, comportando il fatto che

alcune realtà bancarie sono spinte a strutturarsi con unità organizzative dedicate. In altri casi invece la gestione è realizzata attraverso *team* composti da risorse appartenenti a un'unica area o divisioni diverse con approccio multifunzionale.

La *survey* detta che sia le banche grandi che le piccole possono contare, nel 48% dei casi, su un'unità organizzativa dedicata ai *social*. Questi canali, come abbiamo visto, possono rappresentare una grande opportunità per migliorare l'immagine del *brand* e la reputazione, ma possono anche diventare un potenziale rischio dove i contenuti pubblicati o le modalità di interazione banca-cliente dovessero avvenire in modo non corretto producendo effetti negativi sul mercato.

Per questo è fondamentale sensibilizzare chi opera o gestisce questi contenuti tramite procedure e regole per l'utilizzo dei *social*, in modo da contribuire a ridurre i rischi.

Per questo, emerge dalla *survey*, il 47% delle banche sui canali ha già inserito nei codici di condotta una *social media policy*.

Prendo ad esempio il *Social Media Policy* della Banca del Credito Cooperativo di Roma che nella sezione 1 relativa a "Finalità e contenuti" dichiara che la banca "utilizza i canali di social media per stare in contatto, informare e comunicare attivamente con soci, dipendenti, clienti e con gli utenti del web, favorendo la partecipazione e il dialogo in un'ottica di trasparenza e confronto.

BBC Roma utilizza i canali anche per raccogliere suggerimenti e domande sulle iniziative territoriali, sulle iniziative istituzionali e sulle attività svolte e pubblicate.

I contenuti diffusi (testo, immagini, video) riguardano principalmente gli eventi e le iniziative sostenute a livello locale, gli eventi aziendali principali, le notizie su campagne di prodotto e di comunicazione della

Banca e di società del Credito Cooperativo, notizie di attualità, rubriche di educazione finanziaria e di intrattenimento costruttivo del pubblico”¹⁴⁷.

Anche in questo caso viene dedicata a quest’attività un’unità specializzata, *Social Media Team*, che dovrà gestire gli *account*.

Interessante la sezione 7 che si occupa di “Moderazione e Netiquette”, ossia di regolamentare il rapporto tra utenti e *account*.

Si legge nel documento che:

“I commenti e i *post* degli utenti rappresentano l’opinione dei singoli e non quella della Banca di Credito Cooperativo di Roma, che non può essere ritenuta responsabile di ciò che viene pubblicato da terzi sui propri canali.

La Banca di Credito Cooperativo di Roma si impegna a gestire spazi di comunicazione e dialogo all’interno dei propri profili nei diversi *social media*.

Sono graditi e apprezzati tutti i commenti educati, pertinenti e rispettosi. Banca di Credito Cooperativo di Roma – Direzione Segreteria Organi e Relazioni Esterne incoraggia tutti a interagire con i propri *account*, ricordando che gli utenti si assumono la piena responsabilità dei contenuti immessi. A tutti chiede di rispettare le opinioni altrui e di esporre le proprie idee con correttezza e misura, accompagnando – ove si presentino dati o opinioni – le proprie esternazioni con collegamenti a fonti attendibili e verificabili.

Nei *social media* gestiti dalla Banca non viene realizzata alcuna attività di moderazione preventiva, ossia prima che i contenuti siano visibili a tutti gli utenti del *web*, ma solo a pubblicazione avvenuta. Tutti

¹⁴⁷http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjLudSIjJHZAhXS56QKHUUwB5cQFggTMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.bccroma.it%2Fdoc%2Fscaricadoc.asp%3FiDocumentoID%3D430961%26iAllegatoID%3D0&usg=AOvVaw08xRz_5U9pJvuPOv6BgE3w

possono intervenire per esprimere la propria libera opinione, sempre seguendo le buone regole dell'educazione e del rispetto reciproco e ricordando che ognuno è responsabile di ciò che pubblica. Sono cancellati tutti i post e i commenti che non vengono ritenuti coerenti con le condizioni di "netiquette" esposte in questo documento.

Non possono essere pubblicate o linkate immagini o video di minorenni. Inoltre, non sono tollerati contenuti con le seguenti caratteristiche:

- informazioni che possono compromettere la sicurezza;
- contenuti sessuali o link a contenuti sessuali;
- informazioni che ledano la privacy;
- contenuti offensivi di qualsiasi genere;
- contenuti che promuovano la discriminazione, l'odio, la violenza, gli atti illeciti etc;
- contenuti che contengono dati sensibili;
- contenuti chiaramente fuori tema;
- spam;
- contenuti ripetuti.

Non sono tollerati insulti, turpiloquio, minacce o atteggiamenti che ledano la dignità delle persone e il decoro delle istituzioni, i diritti delle minoranze e dei minori, i principi di libertà e uguaglianza.

Sono inoltre scoraggiati e comunque soggetti a moderazione commenti e contenuti dei seguenti generi:

- commenti non pertinenti al particolare argomento pubblicato (*off-topic*);
- linguaggio o contenuti offensivi, ingannevoli, allarmistici, o che violino la normativa sul diritto d'autore;
- commenti e post scritti per disturbare la discussione;

-spam”.

È stata Banca d'Italia la prima a emettere una regolamentazione interna sui *social media* nell'ottobre 2016 a cui poi le altre banche si sono adattate.

Il documento è diviso in sette sezioni, quali:

- Finalità e contenuti;
- Social Media Team;
- Riproduzione dei contenuti della Banca d'Italia;
- Contenuti di soggetti terzi;
- Moderazione e Netiquette;
- Follow e condivisioni;
- Privacy.

La banca più attiva sui canali *social* risulta essere Unicreditgroup, secondo lo studio I-COM (Istituto per la competitività) dedicato alla *Digital Finance Innovation*¹⁴⁸.

Unicreditgroup indica sul proprio sito i tre obiettivi principali prefissi, quali rafforzare il *brand* e costruire una solida *reputation* attraverso l'integrazione dei canali, rendere il cliente protagonista attivo del dialogo con la banca in modo da permettere a questa di conoscere meglio le sue esigenze e promuovere i prodotti acquisendo *lead* (nominativi di nuovi clienti).

Secondo i dati di Unicredit sui canali social a livello di Gruppo sono presenti circa tre milioni di fan.

Resta ancora da capire le motivazioni di quel 12% delle banche, intervistate dall'Abi, che ancora non sono presenti sui *social media*.

¹⁴⁸ <https://www.unicreditgroup.eu/it/press-media/social-media.html>

Secondo i dati della *survey*, le ragioni sono nel 46% dei casi nella difficoltà di valutare i rischi legati all'utilizzo di questi strumenti, nel 38% nella mancanza di professionalità specifiche per governare questi strumenti e le relative tematiche e nel 15% nella difficoltà a valutarne l'effettiva utilità in termini di ritorno economico (ROI).

Per concludere il tema, la presenza delle banche nell'ambiente digitale richiede agli operatori un grande cambiamento di tipo culturale e di competenze professionali ed è per questo, oltre a ragioni di risorse economiche (solo l'8% però) che alcuni intermediari non si sentono ancora pronti a intraprendere questo percorso di innovazione.

CAPITOLO 4 MIFID 2: LA COMPLIANCE E LE MODIFICHE NORMATIVE DEL 2018

L'anno 2018 rappresenterà per il sistema bancario europeo un grande cambiamento dal punto di vista della regolazione dei mercati degli strumenti finanziari: entrerà infatti in vigore il 3 gennaio 2018 il D. Lgs. 129/2017 che recepisce la Direttiva 2014/65/UE, detta MIFID 2, la quale modifica le regole introdotte dalla Direttiva dell'Unione europea 2004/39/CE (MIFID 1).

La funzione di *Compliance* giocherà un ruolo da protagonista all'interno degli istituti vista la profondità e la complessità delle modifiche normative introdotte.

4.1 MIFID 2

Le cause che hanno determinato le necessità di intervento dei regolatori europei sul tema del mercato dei servizi degli strumenti di investimento sono da ricercare nella perdita di fiducia da parte degli investitori negli intermediari e nel bisogno di aumentare la trasparenza “sostanziale” nel rapporto tra cliente e istituto, in particolare dopo la crisi finanziaria del 2007.

In questo documento mi concentrerò nell'analizzare propriamente i temi più vicini all'approccio legale che ho voluto mantenere, tralasciando quelli squisitamente finanziari come l'introduzione della “consulenza indipendente” e la normativa relativa alla distribuzione di prodotti complessi, quali strumenti finanziari derivati.

Per completezza segnalo però la principale dottrina sui temi che qui non saranno trattati per i suddetti motivi¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Sul tema si veda Perrone A., *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 31 ss.; Strampelli

4.1.1 I POTERI DI INTERVENTO DELLE AUTORITA' EUROPEE E NAZIONALI

La recente crisi finanziaria, determinata in parte dall'uso poco consapevole di strumenti finanziari complessi, quali i derivati, ha messo in evidenza le mancanze della Direttiva MIFID 1, determinando la presa di coscienza della necessità di una maggiore pregnanza dei poteri e delle forme di controllo previste a tutela degli investitori.

L'operatività dei mercati doveva dunque essere migliorata mediante l'implementazione dei poteri di supervisione delle Autorità e delle misure sanzionatorie nei confronti di intermediari che agiscono con comportamenti poco trasparenti e corretti.

Il modello di vigilanza precedente infatti, che lasciava prevalentemente ai singoli Stati Membri la conduzione delle politiche di supervisione nei confronti degli istituti operanti nel mercato dei servizi di consulenza degli strumenti finanziari, era lacunoso e limitato perché fondato in via prevalente sull'armonizzazione legislativa dei settori bancario e finanziario, determinando la frammentazione dei regimi disciplinari e di vigilanza e la disuguaglianza tra i principi generali espressi a livello europeo e le applicazioni concrete degli Stati Membri.

La conseguenza è stata la scarsa cooperazione e inefficienza del coordinamento delle diverse Autorità nazionali e l'esigenza maturata

G., *L'informazione societaria a quindici anni dal T.U.F.: profili evolutivi e problemi*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 991 ss; . Scolari C., *Verso la MiFID 2: la legittimità degli incentivi nei servizi di investimento*, in *Bancaria*, 2015, 6, p. 54 ss.; Rizzo G., *"Consulenza in materia di investimenti" e tutela dell'investitore nella direttiva MiFID: tra armonizzazione europea e soluzioni interpretative nazionali*, in *Contr. impr. / Europa*, 2014, 2, p. 807 ss.; Maggiolo M., *Servizio di consulenza in materia di investimenti vs. servizio di ricezione e trasmissione di ordini*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, 4, II, p. 491 ss.; Pia P., *Le società di intermediazione mobiliare di pura consulenza*, in *Bancaria*, 2013, 6, p. 74 ss.; Miotto L., *Le società di consulenza finanziaria (artt. 18-bis – 18-ter t.u.f.)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 5, p. 1001 ss

di dover procedere a una revisione della regolamentazione e del controllo del mercato finanziario, nel tentativo di superare la frammentazione e superare allo stesso tempo rischi di arbitraggi regolamentari tra ordinamenti diversi.

Questo riesame è stato affidato in un primo tempo alla Commissione europea sulla base del progetto della Relazione de Larosiere e in base alla quale sono diventate operative tre nuove autorità europee di supervisione, l'EBA (relativa al settore bancario), l'ESMA (relativa ai mercati finanziari) e l'EIOPA (relativa al settore assicurativo e pensionistico) alle quale è stato affiancato ESRB (*European Systemic Risk Board*) con compiti di vigilanza generale in connessione con la BCE. Queste tre autorità sono organismi dell'Unione Europea e sono dotate di autonomia e personalità giuridica.

Il principale compito di queste autorità, in accordo con i Regolamenti istitutivi¹⁵⁰ consiste nella realizzazione di regole comuni, attraverso pareri alle istituzioni legislative dell'UE elaborando raccomandazioni, orientamenti e progetti che in seguito all'approvazione della Commissione diventano atti giuridici.

Attraverso il coordinamento della vigilanza devono inoltre garantire una corretta e uniforme applicazione del diritto dell'Unione, anche grazie al potere di intervento delle Autorità sugli organismi nazionali (anche verso singoli istituti) al fine di conformare il loro agire al diritto europeo.

¹⁵⁰ Il Regolamento istitutivo dell'ESMA è il Regolamento (Ue) N. 1095/2010 Del Parlamento Europeo e Del Consiglio del 24 Novembre 2010 (reperibile in <http://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/ESMAit.pdf?dd6c2105bd7653c4554987cb58fa42fd>); il Regolamento istitutivo dell'EBA è il Regolamento (Ue) N. 1093/2010 del Parlamento Europeo e Del Consiglio Del 24 Novembre 2010 (reperibile in <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32010R1093&from=IT>)

Inoltre, si deve menzionare la possibilità di intervento nelle situazioni di emergenza potendo imporre l'adozione di specifici rimedi alle Autorità Nazionali o il potere di risolvere controversie fra le stesse in situazioni che riguardano l'applicazione del diritto dell'Unione e dove vi sia il pericolo di stabilità generale del mercato finanziario e del sistema bancario europeo.

Si può notare dunque quel tentativo di accentrare i poteri di supervisione e di intervento al fine di uniformare e controllare il sistema finanziario europeo, necessario in conseguenza delle lacune emerse con la crisi del 2007.

Questi aspetti hanno però fatto emergere un altro importante quesito: quale rapporto vi sia tra queste autorità e quelle nazionali.

La standardizzazione regolamentare ha determinato un livello sovraordinato degli interventi normativi rispetto alle autorità nazionali con la prevalenza dei primi su quelli domestici.

Di particolare impatto è stato l'intervento dell'ESMA¹⁵¹, per quanto riguarda la regolamentazione dei mercati finanziari, le cui *Guidelines* sono state analizzate nel capitolo 2.

L'ESMA svolge i suoi compiti con l'EBA adottando, si legge sul *Considerando n. 156 della Direttiva 2014/65/UE*, "tecniche di regolamentazione e di attuazione che non comportano scelte politiche da presentare alla Commissione"¹⁵².

Tale autorità deve favorire la convergenza delle pratiche di vigilanza sui mercati finanziari nonché una uniforme applicazione del diritto

¹⁵¹ Il documento relativo alle *Guidelines* è reperibile sul sito dell'ESMA <https://www.esma.europa.eu/convergence/guidelines-and-technical-standards> ; mentre per uno sguardo dottrinale Chiu I., *Regulating (from) the inside*, London, Bloomsbury, 2012

¹⁵² Il documento è reperibile in <http://eurlex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=IT>

europeo per ridurre i rischi di arbitraggi regolamentari in conseguenza di azioni di vigilanza diverse.

Sottolineano Vincenzo Troiano e Raimondo Motroni che:

“L’ESMA appare preordinata, quindi, al monitoraggio del funzionamento efficiente, efficace e uniforme dei collegi delle autorità di vigilanza partecipando anche alle loro attività (art. 21). Trattasi di poteri volti a ridurre gli ambiti di incertezza e discrezionalità rinvenibili nel complesso normativo europeo, finalizzati al conseguimento - mediante specificazioni, integrazioni, chiarificazioni, sviluppi ulteriori - di un indirizzo regolamentare unitario. Ne consegue che l’Autorità, almeno nella fase iniziale della sua attività, appare specifica destinataria del giudizio formulato dalla dottrina con riguardo all’approccio seguito dal legislatore europeo.

Ci si riferisce alla tesi che ritiene detto approccio “troppo timido e complessivamente inidoneo ad assicurare quell’accentramento del sistema dei controlli, che era stato ritenuto necessario per ovviare alle ragioni della crisi” ciò anche a causa del condizionamento della cd. “*Dottrina Meroni*” e la presa d’atto di uno squilibrio nel rapporto tra regolatori nazionali e sovranazionali, con inevitabili ripercussioni sulla possibilità di assicurare, in un contesto di integrazione dei mercati, un’adeguata armonizzazione dei controlli”¹⁵³.

Con specifico riferimento alla tutela dell’investitore, oggetto della Direttiva MIFID 2, l’Unione ha agito col fine di assicurare il rapporto fiduciario tra risparmiatori e clienti dei servizi finanziari da un lato, e intermediari dall’altro, sottolineando che questa fiducia è il presupposto per la crescita del mercato.

¹⁵³ AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016, pag. 123

In quest'ottica si è mossa la Direttiva 2004/39/CE, implementata con la Direttiva di secondo livello 2006/73/CE (Direttiva MIFID 1), volta a tutelare il consumatore, inteso come colui che si rivolge alle banche e alle imprese di investimento per acquisire strumenti finanziari idonei a preservare il proprio risparmio.

Il principio generale espresso da MIFID è quello secondo cui, nella prestazione di servizi, gli intermediari agiscono sempre in modo da soddisfare al meglio gli interessi dei loro clienti, basando questo rapporto sulla trasparenza, finalizzata a impedire che l'intermediario possa trarre profitto dalla posizione di contraente debole della controparte, attraverso l'agire in modo diligente dell'intermediario con la previsione di obblighi comportamentali, quali la corretta profilatura del rischio, il tema dei conflitti di interesse, le *best practices* per assicurare l'impegno di intervenire in modalità favorevoli all'investitore, responsabilizzando l'intermediario.

La Direttiva ha operato in un duplice verso: da un lato ha imposto precise norme comportamentali dell'attività di intermediazione in senso stretto, incidendo sul momento in cui viene sottoscritta la prestazione finanziaria, dall'altra ha ridisegnato l'ambito organizzativo nel quale si agiva, garantendo all'investitore stabilità e efficienza delle strutture¹⁵⁴.

In primi luogo questa tutela è dunque affidata alle Autorità nazionali verso gli operatori andando a incidere l'intervento europeo verso le regole che riguardano il rapporto negoziale.

La crisi finanziaria, come già detto, ha evidenziato però tutte le lacune di questo sistema di regolazione dei mercati finanziari così come la

¹⁵⁴ Sulla disciplina sulla Direttiva MIFID 1 si vedano *ex multis* Irace A., Rispoli Farina M., *L'attuazione della direttiva MIFID. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164*, Torino, Giappichelli, 2010; Frediani L., Santoro S., *L'attuazione della direttiva MIFID. Atti del Convegno (Montepulciano 17-19 aprile 2008)*, Torino, Giappichelli, 2009

manca di una gestione coordinata delle crisi, lasciando esclusivamente alle Autorità nazionali la responsabilità di assumere decisioni per superare le inefficienze e le instabilità.

In quest'ottica si è avviato il progetto di Vigilanza unificata che conferisce alla BCE specifici e accentrati compiti di vigilanza sui singoli intermediari operanti nel mercato europeo.

E' in questo contesto che si collocano la Direttiva 2014/65/UE sul Markets In Financial Instruments Directive II (MIFID 2) e il Regolamento MIFIR n. 600/2014, volti a uniformare gli ordinamenti giuridici nazionali nonché a rimuovere le criticità connesse a prodotti non adeguati e all'idonea conoscenza da parte degli investitori, insieme al rafforzamento dei poteri delle Autorità di vigilanza che potranno anche vietare determinate attività ritenute pericolose per la tutela dei risparmiatori e l'integrità dei mercati, agendo *super partes* rispetto alle Autorità nazionali.

Fondamentale innovazione dal punto di vista del sistema dei controlli e di intervento delle Autorità analizzate in precedenza è la previsione di nuove misure di *product governance*¹⁵⁵ con le quali si impone agli intermediari un assetto organizzativo e regole di comportamento relative alla distribuzione dei prodotti finanziari agli investitori, inserendosi nel processo di trasformazione delle modalità dell'ordinamento comunitario di tutelare l'investitore.

Altra previsione della *product governance* è quella di affidare all'ESMA e l'EBA nonché alle Autorità nazionali di vigilanza di impedire la negoziazione di prodotti finanziari che possano pregiudicare l'interesse dell'investitore e pericolosi per la stabilità del sistema bancario e finanziario europeo.

¹⁵⁵ Le innovazioni sono contenute nell'art. 16, par. 3 della MIFID 2 e negli art. 40-43 del Regolamento MIFIR

Questi interventi determinano un controllo sia *ex ante* che *ex post* rispetto al mercato: *ex ante* poiché vi è un processo di selezione dei prodotti da emettere e da distribuire insieme a una forte responsabilizzazione da parte degli intermediari¹⁵⁶ ed *ex post* per la previsione di poteri di intervento da parte delle Autorità menzionate. Rispetto al controllo *ex ante*, è previsto un processo di approvazione che le imprese che agiscono nel mercato degli strumenti finanziari devono adottare, esercitare e revisionare internamente con allocazione di competenze e responsabilità delle funzioni interne degli istituti, in primis della funzione di *Compliance*.

MIFID 2 specifica che questo processo deve indicare il mercato di riferimento in cui si andrà a agire e deve garantire che i rischi siano analizzati *in toto*, compresi quelli relativi ai conflitti di interesse e la struttura dei costi.

Il principio che infervora il processo è quello della coerenza: infatti il target della clientela deve risultare tale nella costruzione, nelle caratteristiche e nei bisogni rispetto al prodotto¹⁵⁷, tenendo conto degli obblighi di riesamina degli strumenti finanziari, anche alla luce degli eventi del mercato che possano incidere, valutando se al verificarsi di essi, rimanga in essere la coerenza tra il prodotto e il target di clientela, il cui controllo è affidato internamente alla *Compliance*.

¹⁵⁶ Gli intermediari possono perdere l'autorizzazione alla vendita di strumenti finanziari qualora non rispettino la normativa relativa alla *product governance* come disposto dagli art. 7 e 16 della Direttiva MIFID 2

¹⁵⁷ Importanti risultano in questo senso le *good practices* indicate dall'ESMA nella propria *opinion* reperibili su https://www.esma.europa.eu/system/files_force/library/2015/11/2014-332_esma_opinion_u_structured_retail_products_-_good_practices_for_product_governance_arrangements.pdf?download=1

L'intervento normativo predisposto con MIFID 2 è dunque volto a responsabilizzare e consapevolizzare l'intermediario e il suo sistema di controlli, valutando preventivamente la coerenza di un determinato prodotto rispetto a una classe di clientela, tenendo presente altresì che nella vendita al cliente finale i bisogni saranno quelli del singolo cliente che all'interno del *target* potrà avere connotazioni particolari, emerse dal questionario di adeguatezza e appropriatezza, tali da rendere incoerente l'offerta.

La *product governance* si esplica anche in termini di adempimenti organizzativi e procedurali verso le banche e le imprese di investimento, responsabili verso l'approvazione del prodotto e della sua esecuzione, delegando il controllo del processo alla *Compliance*.

Le regole previste da MIFID 2 indicano altresì principi generali per i servizi di investimento imperniati dalla correttezza e dalla buona fede nella relazione tra intermediario e singolo cliente, insieme alla onestà, l'equità, la professionalità e le regole di trasparenza e correttezza.

Nello specifico l'art. 24 della MIFID 2 obbliga gli intermediari che operano nel settore a concepire strumenti finanziari adatti alla categoria di clienti, al fine di soddisfare le esigenze del cliente senza che ad esempio esigenze di *budget* incidano sulla vendita.

Quanto detto non incide in nessun modo sul fatto che ovviamente l'obbligazione tra intermediario e contraente è un'obbligazione di mezzi e non di risultato, essendo la violazione da riportare eventualmente alla mancanza di operatività secondo diligenza e buona fede e non per il mancato soddisfacimento dei risultati.

Specificazione di questi principi è anche il dovere di far conoscere al cliente tutte le caratteristiche del prodotto offerto in modo che

quest'ultimo possa valutarle al netto dei propri bisogni e necessità finanziarie¹⁵⁸.

Analizzato il profilo di controllo *ex ante*, denominato *product governance*, si deve passare al sistema di vigilanza e supervisione *ex post*, così come modificato da MIFID 2, denominato *product intervention*, intendendosi con questo il potere di intervento sui prodotti finanziari conferito alle autorità di vigilanza, sia europee che degli Stati Membri, dal Regolamento MIFIR n. 600/2014, al fine di proibirne e limitarne la diffusione temporanea per tutelare gli investitori e il funzionamento e l'integrità dei mercati.

Il *product intervention* si esplica nella possibilità di adottare misure restrittive relative alla circolazione di determinati prodotti o categorie, stipula dei relativi contratti e attività negoziali, con esclusione dei trasferimenti *mortis causa*¹⁵⁹.

Il controllo del mercato e dei prodotti è allo stesso modo coordinato con l'azione di vigilanza informata, tempestiva ed efficace affidata alle Autorità nazionali ex art. 39 del Regolamento MIFIR, al fine di monitorare sul mercato degli strumenti finanziari commercializzati nello Stato Membro. Il coordinamento tra le diverse autorità dovrà

¹⁵⁸ Così si esprime altresì Consob in *Comunicazione sulla distribuzione di prodotti finanziari complessi ai clienti retail*, del 22 dicembre 2014 in <http://www.consob.it/documents/46180/46181/c0097996.pdf/9a514493-3a17-4362-97de-1cfa52fd97fb> in cui si legge che "l'intermediario è sempre tenuto ad effettuare una adeguata *due diligence* su tutti i prodotti complessi che intende inserire nella gamma d'offerta. Quando a seguito di tale verifica l'intermediario accerti che in concreto il prodotto - sia esso incluso o meno nell'elenco allegato alla presente Comunicazione - non possa mai soddisfare al meglio gli interessi dei propri clienti o che, rispetto ad esso, manchino le informazioni sufficienti a valutarne le principali caratteristiche ed i rischi, eviterà di prestare consigli su quel prodotto o di venderlo".

¹⁵⁹ Il legislatore europeo individua l'ambito normativo nella "commercializzazione, diffusione, vendita" in ESMA, *Opinion on Structured Retail Products – Good practices for product governance arrangements*, punto 6 in <https://www.esma.europa.eu/document/structured-retail-products-good-practices-product-governance-arrangements>

avvenire seguendo il principio europeo della sussidiarietà, tenendo in ogni caso in considerazione l'istituzione delle tre autorità (EBA, ESMA e EIOPA) viste in precedenza e dei loro poteri di nuova previsione.

Fondamentale al fine di questo monitoraggio è il flusso informativo tra Autorità nazionali ed europee, concorrendo alle segnalazioni nel dettaglio delle operazioni e alla trasmissione dei dati di riferimento degli strumenti finanziari insieme alle imprese di investimento e ai gestori della negoziazione.

Questo flusso rappresenta l'insieme dei dati utili al fine di monitorare e regolare il funzionamento dei mercati e delle attività delle imprese del settore.

Non si è voluto invece introdurre col Regolamento MIFIR l'attivazione di un sistema di approvazione all'immissione dei prodotti in commercio centralizzata o delegata in sede nazionali, possibilità che avrebbe accresciuto considerevolmente i poteri e le responsabilità delle Autorità.

Al netto di ciò, sono stati previsti per le autorità dell'ESMA, EBA e le Autorità Nazionali poteri preventivi di divieto e restrizione di un determinato strumento o deposito finanziario alla clientela.

A tal proposito interessante è l'osservazione di Francesco Guarracino¹⁶⁰ che sostiene che: *“il ventinovesimo considerando sembra lasciare aperto uno spiraglio, con tecnica non insolita, per scelte più stringenti, poiché chiarisce che i poteri di intervento delle autorità «non implicano alcun obbligo [...] di introdurre o applicare un processo di approvazione o di concessione di licenze per un prodotto, né di sollevare le imprese di investimento dalla responsabilità di*

¹⁶⁰ Guarracino F., capitolo nono *I Poteri Di Intervento Sui Prodotti Finanziari (La C.D. Product Intervention)*, in AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016, pag. 110

rispettare tutti gli obblighi stabiliti» dalla direttiva e dal regolamento: in questo modo si rimarca la centralità del ruolo della responsabilità dell'impresa privata, ma senza escludere in via definitiva la possibilità di subordinare la commercializzazione del prodotto a un preventivo atto di consenso da parte delle autorità pubbliche, giacché escludere l'obbligo d'introdurre o applicare un procedimento del genere, come fa la MiFIR, non significa anche vietare di farlo".

Come accennato il *product intervention* spetta in primo luogo alle Autorità Nazionali e solo in via sussidiaria all'ESMA e all'EBA, ossia quando le prime non si siano attivate o le misure non siano idonee.

Le Autorità nazionali agiscono ovviamente limitatamente ai propri confini territoriali potendo limitare o vietare la distribuzione di prodotti esclusivamente all'interno del proprio Stato, sotto il coordinamento dell'ESMA e dell'EBA a cui il Regolamento MIFIR affida il compito di segnalare se un'autorità nazionale adotta una certa misura per affrontare il rischio in modo che le altre possano provvedere in senso analogo.

Nello specifico l'art. 42 del Regolamento prevede che le Autorità Nazionali possano intervenire ove abbia "ragionevoli motivi di sostenere"¹⁶¹, non occorrendo perciò che la minaccia degli interessi protetti dal mercato sia oggettiva bastando una intrinseca logicità e coerenza con la valutazione espressa dalle autorità, la quale è di natura tecnico-discrezionale.

Il Regolamento MIFIR individua in ogni caso i limiti dell'ambito di valutazione delle autorità indicando criteri e fattori da accertare per controllare che l'intervento sia legittimo, tra i quali la complessità dello

¹⁶¹ Il documento integrale del Regolamento MIFIR è reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0600>

strumento e il target di clientela, il valore dell'emissione in relazione al mercato per valutarne la integrità e il funzionamento.

Fondamentale è sottolineare che il presupposto primario del *product intervention* è l'insufficienza degli strumenti ordinari per fronteggiare il pericolo e i rischi, solo a questo punto potendo intervenire la proibizione o limitazione del prodotto al fine di una migliore e più corretta vigilanza.

Oltre che il requisito di provvedimento di necessità, l'intervento è legittimo qualora rispetti il principio di proporzionalità e di non discriminazione.

Seguendo i numerosi riferimenti della Corte di Giustizia possiamo definire il primo come la necessità che i mezzi non superino i limiti necessari per raggiungere quei determinati scopi legittimi, scegliendo, ove vi siano più possibilità, quella meno restrittiva, e che le conseguenze non debbano essere eccessive rispetto ai fini perseguiti. L'art. 4 del MIFIR prevede che il controllo di proporzionalità debba essere fatto in rapporto alla natura dei rischi identificati, al livello di sofisticazione degli investitori o dei partecipanti e al suo impatto sul mercato.

Rispetto al secondo requisito, il Regolamento precisa che le misure adottate non devono avere un effetto discriminatorio sui servizi e sulle attività di un altro Stato Membro, richiedendosi dunque una obbligatoria consultazione preventiva, pur non prevedendone esplicitamente il meccanismo.

Qualora uno strumento finanziario o attività non costituiscano una minaccia grave per il funzionamento o l'integrità dei mercati il Regolamento non prevede un obbligo di consultazione preventiva da parte delle Autorità nazionali, pur permettendo che essa venga interpellata autonomamente.

I provvedimenti in adozione della *product intervention* devono essere comunicati obbligatoriamente con un anticipo di trenta giorni rispetto alla data di esecuzione alle Autorità nazionali e, in caso di urgenza, di ventiquattro ore.

La dottrina si è chiesta se la comunicazione debba essere effettuata anche ad altre Autorità nazionali, oltre quelle degli Stati membri interessati le quali devono essere, come osservato, consultate durante l'istruttoria e poste a conoscenza del progetto di decisione finale con un sufficiente anticipo rispetto all'esecuzione del provvedimento nella logica di esprimere il proprio avviso alle Autorità europee adottando il parere se sia o meno giustificato e proporzionato il provvedimento rispetto agli scopi perseguiti.

Nel caso in cui invece il provvedimento non abbia ripercussioni significative tali da necessitare procedure di consultazione si prevede solamente una comunicazione alle Autorità nazionali.

Come descritto l'intervento delle Autorità europee si esprime in modo sussidiario e ciò si identifica specialmente negli interventi d'urgenza da parte delle Autorità nazionali qualora lo ritengano necessari per prevenire un danno in modo temporaneo di durata non superiore a tre mesi.

In questa ipotesi il termine per la comunicazione è di ventiquattro ore prima dell'entrata in vigore ma l'Autorità deve dimostrare che i termini ordinari avrebbero fronteggiato non adeguatamente il pericolo.

La comunicazione deve avvenire tramite pubblicazione sul sito internet dell'Autorità precisandone i contenuti, il termine di decorrenza e i motivi che inducono a ritenere che i requisiti siano stati soddisfatti.

Alle imprese agenti sul mercato dei servizi finanziari non è invece imposta comunicazione non essendo portatrici di interessi legittimi tali secondo il Regolamento da imporne il loro coinvolgimento

Per quanto riguarda gli specifici poteri di intervento delle Autorità europee l'art. 40 e 41 del Regolamento intervengono prevedendo poteri di intervento dell'ESMA e dell'EBA in casi sussidiari rispetto alle Autorità nazionali e di avocazione di competenze delle Autorità nazionali, con la condizione che "un'autorità competente non abbia adottato misure per affrontare la minaccia o le misure adottate non sono sufficienti per farvi fronte"¹⁶².

Questi provvedimenti prevalgono su qualsiasi misura delle Autorità nazionali ex. art. 40-41 MIFIR avendo le autorità europee poteri di sostituzione in caso di inerzia e un potere di avocazione e di riesame di quelle assunte.

Importante notare inoltre che, nel caso di *product intervention* delle Autorità europee, la giurisdizione viene affidata alla Corte di Giustizia Europea, in base all'art. 263 TFUE secondo cui "esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi"¹⁶³.

Una delle più significative differenze tra le misure adottabili dalle Autorità nazionali e quelle adottabili dall'EBA o dall'ESMA è la non soggezione delle prime a revisione periodica e a termini di efficacia, essendo revocabili esclusivamente ove vengano meno le condizioni che ne legittimano l'adozione.

¹⁶² Il documento integrale relative al Regolamento MIFIR è reperibile su Il documento integrale del Regolamento MIFIR è reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32014R0600>

¹⁶³Si veda a proposito Guarracino F., *Le "procedure comuni" nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2014, pp. 275-278

Al contrario, le Autorità europee adottano misure temporanee essendo soggette a revisione periodica ogni tre mesi e prorogate una sola volta, tenuto conto dell'eccezionalità di queste e della sussidiarietà rispetto ai provvedimenti delle Autorità nazionali.

Il Regolamento MIFIR, agli art. 40 e 41, affida a queste Autorità europee i poteri di intervento proibendo e limitando temporaneamente le attività finanziarie nei casi previsti sulla base dei loro regolamenti istitutivi del 2010, informando preventivamente la Commissione.

Il Regolamento sottolinea ulteriormente la necessità di coordinamento all'art. 43¹⁶⁴ delle Autorità nazionali e di quelle europee con un maggiore accentramento dei poteri a vantaggio dell'EBA e dell'ESMA rispetto alle Autorità nazionali, in seguito al fallimento del modello precedente non capace di garantire l'integrità del mercato come ha evidenziato la crisi finanziaria.

Esplicazione di ciò è il compito di assicurare che le misure adottate da un'autorità nazionali siano giustificate e proporzionate e che le autorità competenti adottino un approccio adeguato e corretto espresse con un parere sulle misure proposte che devono essere comunicate all'autorità europea con un anticipo di trenta giorni rispetto all'esecuzione.

Le due autorità devono valutare se il divieto o la restrizione delle Autorità nazionali siano o meno giustificate e proporzionate valutando se vi siano le condizioni di ammissibilità dell'intervento, dichiarando allo stesso tempo se vi sia la necessità che anche Autorità di altri Stati Membri debbano adottarle.

¹⁶⁴ Documento reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

Giuridicamente il parere è obbligatorio ma non vincolante, potendo le Autorità nazionali discostarsene ove pubblichino le ragioni “immediatamente” (art. 43 MIFIR) sul sito internet.

Non essendo il parere vincolante, non ha contenuto decisorio ma consultivo e per questo motivo non è attratto alla competenza della Corte di Giustizia qualora “se il parere fosse vincolante, invece, verrebbe in gioco, nel nostro ordinamento, l’esistenza di un orientamento giurisprudenziale che ritiene che i pareri vincolanti possano produrre un’immediata lesione della sfera giuridica dell’interessato, dato che il provvedimento che li segue presenta carattere ineluttabilmente riproduttivo della precedente valutazione, e per ciò siano immediatamente impugnabili, anche se un altro orientamento lo nega, argomentando dalla distinzione tra funzione di amministrazione attiva e funzione consultiva e ammettendone soltanto eccezionalmente l’impugnazione immediata, nel caso in cui quei pareri determinino un arresto procedimentale”¹⁶⁵.

Resta il fatto che le Autorità europee hanno il potere di soprapporsi all’azione delle Autorità nazionali qualora concludano che le misure da queste adottate siano insufficienti secondo il loro parere tecnico-discrezionale potendo sfociare in un esito revisionale. Questa procedura, prevista come detto all’art. 43 del MIFIR, assolve a funzioni di coordinamento tra il livello nazionale e comunitario, rappresentando una notevole novità introdotta dal combinato del Regolamento MIFIR e dalla direttiva MIFID 2.

¹⁶⁵ AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016, pag. 143

4.1.2 IL NUOVO REGIME DI TRASPARENZA INTRODOTTO DAL REGOLAMENTO MIFIR E DALLA DIRETTIVA MIFID 2

Il Consumatore assume nella trattativa con l'intermediario il ruolo di contraente debole dal punto di vista delle conoscenze finanziarie e dell'informativa, necessitando maggiore protezione con interventi che obblighino gli attori principali ad agire con diligenza e buona fede e in questa evoluzione si inserisce la nuova disciplina della trasparenza in particolare rispetto alla fase precontrattuale al fine di permettere che la controparte abbia compreso gli obblighi scaturenti dalla negoziazione.

La disciplina di trasparenza introdotta dal Regolamento MIFIR e con la Direttiva MIFID 2 interviene sul profilo della *pre e post trade transparency*, al fine di creare un mercato conforme alle *best execution* indicate, già al centro dell'interesse della Direttiva MIFID 1.

L'obiettivo di creare un mercato trasparente ed equilibrato veniva nel nostro ordinamento affrontato attraverso la regolazione dei mercati, come disposto dalla L. 1/1991 che all'art. 11 disponeva che: "il solo fatto che le negoziazioni si svolgessero all'interno di un mercato regolamentato era garanzia sufficiente che la negoziazione fosse avvenuta alle migliori condizioni possibili"¹⁶⁶.

Al netto di questi obiettivi, questa concentrazione delle negoziazioni nei mercati regolamentati mostrava la permanenza di contrattazioni che continuavano a essere effettuati fuori dai mercati suddetti sfuggendo ai controlli previsti dal sistema.

La Direttiva MIFID 1 rappresentava un'innovazione considerevole verso un'apertura del mercato immobiliare a regimi di concorrenza nella tendenza europea della liberalizzazione dei mercati, creando una

¹⁶⁶ Carbonetti F., *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, Giappichelli, 1992, p. 75

necessità ulteriore di regole di trasparenza al fine di determinare scelte consapevoli e coscienti da parte dei contraenti dei servizi mobiliari.

La MIFID 1, in vigore fino al 3 gennaio 2018 nel nostro ordinamento, disciplinava i sistemi di negoziazione introducendo, a fianco dei mercati regolamentati, sistemi di internazionalizzazione della normativa.

Riassumendo, il sistema di regolamentazione della trasparenza introdotto nel 2004 doveva, liberalizzando i mercati e aprendo la concorrenza a livello europeo, avere proprio negli operatori gli strumenti necessari e sufficienti per garantire l'equilibrio e la trasparenza sia *pre-trade*, relativa all'esposizione dei prezzi e della disciplina precontrattuale, sia *post-trade*, rendendo disponibili all'utente tutte le informazioni utili per scegliere la migliore alternativa e controllando *ex post* che il contratto fosse eseguito secondo i dettami delle *best execution*¹⁶⁷.

La valorizzazione della trasparenza doveva dunque avvenire in modo automatico attraverso la libera concorrenza introdotta da MIFID 1, la corretta formazione dei prezzi e delle condizioni delle negoziazioni.

A livello nazionale la disciplina di MIFID 1 fu recepita nel TUF all'art. 18, con il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164 prevedendo che l'obbligatorietà di regimi di trasparenza pre e post negoziale venga puntualizzata dalla CONSOB, intervenuta successivamente con il già analizzato Regolamento del 2007.

Le problematiche emerse rispetto a questa disciplina risultavano numerose, *in primis* nella limitazione solo alle azioni ammesse alla negoziazione nei mercati regolamentati della competenza del

¹⁶⁷ Il documento relativo alle *best execution*, emesso dal *Committee of European Securities Regulators* è reperibile su https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2015/11/07_320.pdf

Regolamento, posta comunque la possibilità ai diversi Stati membri di estendere il regime di trasparenza anche a strumenti finanziari diversi dalle azioni¹⁶⁸, recepito dalla Consob con il sopracitato Regolamento del 2007.

Questa impostazione, pur avendo l'obiettivo di incrementare il livello di trasparenza *pre e post trade* lascia elevati margini di discrezionalità ai diversi Stati Membri, non permettendo armonizzazione tra le diverse discipline e lasciando lacune evidenziate dalla crisi finanziaria iniziata nel 2007 generando squilibri di mercato dannosi per il sistema. Queste conseguenze hanno determinato la necessità di rivedere la Direttiva del 2004, fino all'emanazione della Direttiva MIFID 2 (direttiva 2014/65/UE) e del Regolamento MIFIR (regolamento 600/2014/UE).

Queste lacune evidenziate nel regime di trasparenza avevano infatti creato una breccia nel sistema di controllo per i motivi evidenziati, vulnerando l'equilibrio del mercato e il corretto flusso informativo tra intermediario e cliente.

La nuova disciplina tenta di eliminare le lacune del sistema uniformando le regole di trasparenza relativi ai diversi strumenti finanziari previsti da MIFID 2 e MIFIR, come determina il Considerando MIFIR n. 16 "Per garantire condizioni uniformi tra le sedi di negoziazione, è necessario applicare i medesimi requisiti di

¹⁶⁸ Prevede il Considerando n. 46 MiFID secondo cui "Uno Stato membro può decidere di applicare i requisiti di trasparenza pre e post-negoziazione di cui alla presente direttiva a strumenti finanziari diversi dalle azioni. In tal caso detti requisiti dovrebbero applicarsi a tutte le imprese di investimento per le quali detto Stato membro è lo Stato membro d'origine per le loro operazioni all'interno del territorio di tale Stato membro e quelle effettuate su base transfrontaliera tramite la libera prestazione di servizi. Essi dovrebbero applicarsi altresì alle operazioni effettuate all'interno del territorio dello Stato membro delle filiali, stabilite nel suo territorio, delle imprese di investimento autorizzate in un altro Stato membro" in http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/927/2010-01-27__Regole_di_comportamento_MIFID%20definitiva.pdf?sequence=1

trasparenza pre-negoziazione e post-negoziazione alle diverse tipologie di sedi. È opportuno che i requisiti di trasparenza siano calibrati in base alle diverse tipologie di strumenti finanziari, ivi compresi azioni, obbligazioni e strumenti derivati, tenendo in conto gli interessi degli investitori e degli emittenti, tra cui gli emittenti di titoli di Stato, e la liquidità di mercato”¹⁶⁹.

L’art. 3 del Regolamento MIFIR uniforma le regole di trasparenza pre negoziale rispetto ai diversi strumenti finanziari per i quali si dovranno rendere pubblici i prezzi correnti di acquisto e di vendita e lo spessore degli interessi di negoziazione.

Il sistema è supervisionato dall’ESMA alla quale le autorità competenti devono notificare l’intenzione di concedere una deroga e le ragioni della stessa.

Le stesse impostazioni caratterizzano la trasparenza post negoziale dovendo i gestori delle sedi rendere pubblici il prezzo, il volume e la data delle operazioni eseguite in tempo reale potendone differire la pubblicazione delle informazioni in funzione del tipo o della dimensione della negoziazione posto il ruolo di controllo dell’ESMA.

Se le istanze previste dalla Direttiva e dal Regolamento sono state recepite uniformemente dagli Stati membri bisogna verificare come questo flusso informativo possa essere fruito dagli operatori del mercato per realizzare gli obiettivi di equilibrio nell’ottica di un sistema unitario di consolidamento delle informazioni.

L’art. 30 del Regolamento Consob del 2007 detta a livello nazionale, in seguito al recepimento di derivazione comunitaria, i principi generali alla stregua dei quali le informazioni pre e post negoziali devono essere rese pubbliche.

¹⁶⁹ Il documento integrale è reperibile su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0600&from=IT>

Bisogna sottolineare la non gratuità dell'accesso delle informazioni al pubblico che stride con il fine di rendere il mercato maggiormente compreso dagli utenti dei servizi di investimento e maggior in concorrenza.

La dottrina¹⁷⁰ sembra consolidata però sul recepimento di questa indicazione esclusivamente nel flusso informativo *post trade* con l'introduzione di servizi di comunicazione dati come soggetti autorizzati sia in favore degli operatori che delle Autorità competenti, mentre in fase *pre trade* la normativa rimane pressochè uguale a quella della MIFID 1.

Sfuggono al principio dell'onerosità dell'accesso alle informazioni, quelle già pubblicate che quindici minuti dopo la pubblicazione devono essere diffuse gratuitamente, sottolineando però Giovanni Berti De Marinis¹⁷¹ che “pare superfluo rilevare come l'immediata conoscenza dei dati sia un fattore tutt'altro che secondario nell'ambito delle negoziazioni finanziarie”.

Appare evidente alla luce di quanto detto l'attenzione del legislatore comunitario sul tema della trasparenza *pre e post trade* che dimostra la necessità di una regolamentazione forte del mercato in un'ottica di sistemi economici concorrenziali.

Questi sistemi richiedono un equilibrio del mercato attraverso flussi informativi verso le autorità di vigilanza e verso i singoli operatori del mercato, al fine di garantire trasparenza verificabile sia *ex ante* che *ex post*.

¹⁷⁰ *Ex multis* si veda Bosetti L., *La Corporate Governance nell'Unione europea: interventi di armonizzazione e best practices*, Torino, Giappichelli, 2017

¹⁷¹ Giovanni Berti de Marinis, *Capitolo Undicesimo “La nuova trasparenza pre e post negoziale alla luce della Direttiva MIFID e del Regolamento MIFIR”*, in AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016, pag. 178

Il mercato concorrenziale dunque presenta vantaggi notevoli in termini di prezzi e di efficienza ma necessità delle regole stringenti alle quali gli operatori si devono conformare e dei controlli che devono garantire la loro applicazione uniforme per garantire stabilità e meno pericolosità per l'investitore.

La trasparenza, coadiuvata dal sistema di controlli ex post, è dunque, come ho cercato di far emergere dal mio lavoro, garanzia primaria di valore e di continuità di un sano e prudente mercato finanziario.

4.1.3 GLI OBBLIGHI INFORMATIVI

Una volta analizzata la disciplina della trasparenza si deve specificare come questa si articola facendo riferimento al primario obbligo correlato, ovvero quello di informativa nei rapporti contrattuali e precontrattuali posto a tutela del contraente debole, la cui relazione con l'intermediario è caratterizzata da un'asimmetria informativa.

L'obbligo di informazione ha dunque l'obiettivo di conferire maggior consapevolezza alle scelte e alle condotte ponendosi in posizione centrale in ambito contrattuale, sia nella fase precontrattuale, la cui violazione può determinare anche l'invalidità del contratto, sia in quella di esecuzione che può essere soggetta a una valutazione per inadempimento¹⁷².

Nella evoluzione storica della disciplina generale del contratto quest'obbligo fu quantomeno sottovalutato per poi essere accolto nel generale obbligo di buona fede, espresso dagli art. 1375 del c.c. e 1175 c.c., le norme di settore e le discipline settoriali si inseriscono dunque nel sistema creato dalle clausole generali.

Su questo argomento MIFID 2 si inserisce ancora più in continuità rispetto a MIFID 1 rispetto ad altri settori di intervento, valutando

¹⁷² Sul tema si veda tra i tanti AA.VV., *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, Ipsoa, 2011.

quest'ultima come il vero punto di rottura rispetto alla disciplina precedente.

IL periodo anteriore alla MIFID 1 e alla sua esecuzione avvenuta con il D.Lgs. 164/2007 prevedeva già un obbligo di informazione verso l'investitore, tramite il Regolamento Consob n. 11522/1998, solo se questo si fosse dichiarato operatore non professionale; qualora invece, tramite un'autodichiarazione, l'investitore si fosse dichiarato qualificato, perdeva il diritto a parte degli obblighi informativi¹⁷³, aggirando il disposto normativo e abbassando significativamente la tutela dell'investitore non professionale.

Alcuni correttivi furono apportati dalla giurisprudenza dichiarando che questa dichiarazione autoreferenziale non dovesse essere giuridicamente qualificata come confessione ma potesse essere valutata come atto meramente dichiarativo, privo di specifici effetti giuridici, da inserire in un contesto probatorio più ampio¹⁷⁴, benchè, scrive Giovanni Maria Uda¹⁷⁵, "la dichiarazione autoreferenziale era comunque valutabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c., dando luogo a una

Più propenso alla valutazione di nullità è Vitelli F, *Contratti derivati e tutela dell'acquirente*, Torino, Giappichelli, 2013, mentre più propenso a una tutela di tipo obbligatorio è Pontiroli L, Duvia P., *Il formalismo dei contratti dell'intermediazione finanziaria e il recepimento della MIFID*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pag. 178

¹⁷³ Si veda *ex multis* Salatino G., *Contratti di swap. Dall'«operatore qualificato» al «cliente professionale»: il tramonto delle dichiarazioni «autoreferenziali»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, I, p. 201 ss.; Inzitari B., *Strumentalità e malizia nella predisposizione e raccolta della dichiarazione di operatore qualificato*, in *www.ilcaso.it*, 2007 (doc. 87), spec. p. 8 ss.

¹⁷⁴ In questo senso Corte App. Trento, 5 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*; Trib. Forlì, 12 settembre 2008, *ivi*.

¹⁷⁵ Uda G. M., *Capitolo terzo, L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016, pag. 45

presunzione semplice per cui era onere provare la mancanza dei requisiti dell'operatore qualificato"¹⁷⁶.

Pur emergendo dunque l'esigenza di salvaguardare il cliente e garantirgli un adeguato flusso di informazioni, la normativa permetteva elusioni che determinavano la netta riduzione di questo diritto.

MIFID 2 si muove come detto sulla stessa linea di MIFID 1, non apportando, circa l'obbligo di informazioni, innovazioni significative nell'ottica di agire in continuità col sistema.

Nello specifico l'obbligo di informazione di MIFID 2 è richiamato dall'art. 24 della Direttiva¹⁷⁷ individuando un primo obbligo consistente nell'acquisire informazioni sul cliente e un secondo, di verso contrario, dell'informazione verso il cliente, che costituisce allo stesso modo obbligo dell'intermediario.

L'intermediario ha l'obbligo di conoscere dunque le corrette informazioni in capo al cliente al fine di comunicargliele, il flusso in entrata è doveroso per la classificazione del cliente acquisendo l'intermediario elementi di conoscenza e di valutazione consentendogli di aiutarlo a scegliere il prodotto migliore e più adatto alle sue esigenze.

L'obbligo di informazione deve essere coerente con i principi di adeguatezza e appropriatezza dell'operazione, confermandosi il rapporto tra flusso in entrata e flusso d'uscita, il primo dal cliente all'intermediario, il secondo dall'intermediario al cliente.

¹⁷⁶ L'autore cita Corte Cass, 26 maggio 2009, n. 12138, in www.ilcaso.it e Corte App. Bologna, 23 gennaio 2015, in www.ilcaso.it

¹⁷⁷ Per una visione completa del documento si può far riferimento a <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=IT>

Per quanto quest'obbligo possa avere un contenuto variabile in base alle diverse circostanze in cui opera il contratto tra le parti, si possono notare delle informazioni di base a cui l'intermediario è obbligato.

In primis la previsione che, come MIFID 1, la Direttiva del 2014 preveda tre diverse categorie di clientela (cliente al dettaglio, cliente professionale, controparte qualificata) per le quali vi sono diverse soglie di tutela in base alla competenza finanziaria, potendo il cliente spostarsi tra le varie categorie, aumentando o diminuendo la possibilità di investimenti in base al rischio, dovendo in ogni caso l'intermediario informare il cliente in ordine alla diversa rischiosità dell'investimento nel passaggio da uno all'altro.

Ulteriore obbligo di informazione basilare riguarda il conflitto di interessi avendo innanzitutto l'intermediario obbligo di evitare che si realizzi un conflitto col cliente, dovendo in ogni caso informarlo ove dovesse sorgere.

Le fonti di tale obbligo sono dunque da rilevare nella stessa Direttiva MIFID 2, ponendosi però il quesito se questo sistema giuridico sia di tipo chiuso o aperto, trovando nel primo caso il rapporto tra intermediario e cliente disciplina esclusivamente nella Direttiva e nelle norme di derivazione comunitaria, nel secondo operando le clausole generali del nostro ordinamento come quelle di buona fede (il già citato art. 1375 c.c.) e correttezza (art. 1175 c.c.), nonché quelle di diligenza (art. 1176 c.c.).

A tal proposito Giovanni Maria Uda¹⁷⁸ rileva come l'assenza di un sistema di rimedi nella MIFID 2 depone per l'affermazione che il sistema costituito sia di tipo aperto, dovendo interagire con gli

¹⁷⁸ Uda G. M., *Capitolo terzo, L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016, pag. 53

ordinamenti nazionali per essere funzionante, e dello stesso parere è Ranieri Razzante¹⁷⁹ che rileva come “l’esplicita previsione di questi principi (diligenza, correttezza e trasparenza), lungi dal poter essere considerata un superfluo richiamo alle norme del codice civile, deve intendersi come interazione tra diritto comune e normativa di settore”.

Da questo discende che l’obbligo di informazione nei rapporti tra intermediario e cliente nei servizi finanziari può derivare dal sistema MIFID (Direttiva e disciplina di attuazione) e dalle clausole generali dell’ordinamento in conseguenza dell’intercomunicazione della normativa europea con quella generale dello Stato Membro.

Posto dunque che l’obbligo informativo presenta una molteplicità di fonti, europee e nazionali, bisogna individuare le modalità operative con le quali si esplica, dalla fase precontrattuale a quella successiva dell’esecuzione del contratto.

L’obbligo generale di informazione si determina principalmente nella comunicazione al cliente del rischio dell’investimento, dei vantaggi e dei costi al fine di renderlo consapevole, tutela che era già prevista dalla Direttiva MIFID 1.

Il problema che a questo punto si pone è quello di individuare le conseguenze giuridiche della violazione di questo obbligo, scaturenti sia in fase precontrattuale che nella fase di esecuzione del contratto.

La MIFID 2 infatti non dispone alcunchè circa la disciplina dei contenuti rimediali, dovendosi dunque far riferimento alla disciplina generale del contratto.

La dottrina si divide in due spezzoni: una prima parte ritiene che le violazioni inerenti agli obblighi informativi determini l’annullabilità del

¹⁷⁹ Pezzuto E., Razzante R., *MIFID II: le novità per il mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 134

contratto, mentre un'altra sostiene che la conseguenza corretta sarebbe quella della nullità.

La tesi dell'annullabilità, nello specifico annullabilità per dolo omissivo, si fonda sull'art. 1337 del c.c., ovvero nell'obbligo di agire secondo buona fede nella fase precontrattuale trova il rimedio della sua violazione nell'art. 1349 c.c., in quanto viene determinata una falsa rappresentazione della realtà al contraente.

Questa tesi, rileva ¹⁸⁰, “va incontro alle stesse obiezioni che le sono mosse in linea generale: cioè, essenzialmente, la insufficienza di una condotta omissiva a integrare un atto decettivo, per il quale sarebbe invece necessario che l'atto omissivo (la mancata informazione) interagisca con una condotta commissiva, perché possa individuarsi un dolo contrattuale. Ma anche accogliendo questa impostazione, appare difficile che l'intermediario non abbia posto in essere atti diretti a rappresentare al cliente il tipo di affare economico, per cui la reticenza dell'intermediario collegata a tali atti ben può integrare una ipotesi di dolo omissivo”.

L'altra impostazione seguita da parte della dottrina è quella che la violazione dell'obbligo in questione, nella sua fase precontrattuale, determini la nullità del contratto, necessitando però di una previsione espressa come sottolinea Roppo¹⁸¹, altrimenti riconducibile a una “nullità virtuale”¹⁸², tenendo in ogni caso presente che ove una omessa informazione determini un reato di truffa, il contratto non sarebbe

¹⁸⁰ Uda G. M., *Capitolo terzo, L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016, pag. 56

¹⁸¹ Roppo E., *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 902

¹⁸² Sul punto si veda Miriello C., *La nullità virtuale*, Milano, Cedam, 2010

nullo ma annullabile, riconducendosi a questa conseguenza il dolo contrattuale alla base del reato¹⁸³.

A questo aspetto di conseguenze giuridiche del contratto si lega il tema della tutela patrimoniale dell'investitore, nel caso in cui sia derivato un danno da tale condotta illegittima, per il quale è chiamato a rispondere l'intermediario in termini di responsabilità precontrattuale, sia ove si abbracci l'ipotesi dell'annullabilità, sia della nullità, sia addirittura ove sia valido¹⁸⁴.

Passando ad analizzare gli obblighi informativi che susseguono alla fase esecutiva del contratto, tenendo presente che l'esecuzione è parte del contratto che non postula la sua estinzione ma la sua consistenza traendo il suo presupposto nella stessa clausola di buona fede espressa dal 13775 del c.c., poiché l'intermediario non può disinteressarsi dell'andamento dell'investimento sul presupposto che il contratto sia giunto al suo scopo.

Per questi motivi nel caso ad esempio un investimento abbia un andamento imprevedibile, ma conosciuto o conoscibile dall'intermediario, questo deve dare la relativa informazione al contraente e questo obbligo sorge appunto dal generale obbligo di buona fede in sede di esecuzione del contratto.

L'obbligo di informazione in questa fase successiva è dunque strumentale all'interesse che il cliente sia a conoscenza delle circostanze che possano modificare l'andamento del rischio, al fine di permettere all'investitore di valutare la nuova situazione, al fine di garantire la stabilità del rischio durante l'intera durata del contratto e

¹⁸³ Sull'annullabilità del reato per truffa Cass., 13 dicembre 2007, n. 26172; Cass., 31 marzo 2011, n. 7468; Cass., 26 maggio 2008, n. 13566

¹⁸⁴ Restuccia R., *Profili del contratto di gestione patrimoniale individuale*, Milano, Giuffrè, 2009

di mantenere quell'equilibrio contrattuale attraverso la tutela del contraente debole.

Come specificato in precedenza quest'obbligo deve in ogni caso essere valutato insieme al livello di competenze finanziarie dell'investitore, qualora ad esempio la modifica del rischio sia di dominio pubblico e dal questionario adeguatezza si sia determinato che il cliente ha competenze medio alte, è nella sfera di responsabilità di quest'ultimo l'eventuale rischio.

Quando invece la modifica del rischio può essere percepita solamente da personalità dotate di competenze professionali, ricadrà certamente sull'intermediario la responsabilità in questione.

A differenza delle diatribe dottrinali sulla conseguenza di violazioni degli obblighi di informazione nella fase precontrattuale, nella fase esecutiva la violazione determina certamente un inadempimento contrattuale, potendo dunque il cliente ricorrere ai diversi rimedi quali la risoluzione del contratto ove l'inadempimento sia qualificabile ai sensi dell'art. 1455 del c.c. e al risarcimento.

4.1.4 IL CONFLITTO DI INTERESSI TRA INTERMEDIARI E INVESTITORI NELLA MIFID 2

Presupposto della disciplina del conflitto di interessi è l'esistenza di un rapporto giuridico in base al quale una parte è tenuta a operare nell'interesse dell'altra, nello specifico coloro che forniscono servizi di investimento nei confronti degli investitori, agendo secondo i già menzionati principi di buona fede e correttezza.

L'interesse in questione coincide con la tutela di un'efficiente e trasparente gestione del pubblico risparmio, espressa in principio dall'art. 47 della Costituzione, ed è questa attività di intermediazione fra investitori e emittenti che rende i primi gestori di un interesse altrui

e che giustifica la normativa specifica sul conflitto di interessi riferita alle imprese di investimento.

Dovendosi in ogni caso tener presente la discrasia di rapporto a livello informativo e di competenze tra le due parti, evidenziata in modo primario della disciplina di MIFID 2 , la normativa deve operare nell'interesse della parte che impiega il proprio risparmio, assistendola e tutelandola, anche nell'interesse pubblico che il risparmio venga garantito e protetto, potendosi dirsi normale che l'intermediario agisca in potenziale conflitto di interessi.

Questa disciplina di settore opera laddove sia svolta una attività di intermediazione in modo professionale, sorgendo la necessità di obbligare il soggetto ad adottare una politica organizzativa di prevenzione e gestione dei possibili o attuali conflitti di interesse.

Necessario risulta dunque ripercorrere la disciplina nazionale, a partire dalla L. 1/1991 che vietava per gli intermediari finanziari di effettuare operazioni in conflitto di interesse salvo l'espressa richiesta scritta da parte del cliente, mancando dunque ogni riferimento a presidi organizzativi preventivi e non era prevista una gestione del rischio.

Successivamente il decreto Eurosim (D.Lgs. 415/1996), recependo la direttiva CE 93/22, ha introdotto una "prescrizione di organizzazione aziendale, in virtù della quale le imprese dovevano organizzarsi in modo da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e in situazioni di conflitto, dovendo agire in modo da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, in situazioni di conflitto, agire in modo da assicurare comunque ai clienti trasparenza ed equo trattamento"¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Art. 17 comma 1, lett. A del decreto Eurosim reperibile
<http://www.bankpedia.org/index.php/it/96-italian/d/19669-decreto-eurosim>

La disciplina è successivamente mutata con la Direttiva MIFID 1, n. 39/2004, recepita a livello nazionale con il D.Lgs. 164/2007, la quale, partendo dal presupposto che nel rapporto fra intermediari e clienti la possibilità di avere un conflitto di interessi sia connaturato, si muove più che in un'ottica di prevenzione, in una di gestione di conflitti, finalizzata a eliminare i rischi che possano derivare alla clientela.

L'approccio di MIFID 1 si può dunque riassumere con la predisposizione di una politica organizzativa interna volta a identificare i conflitti di interesse e poi di gestirli allo scopo di evitare che determinino una situazione negativa e di sfiducia nei confronti del cliente.

Se le misure organizzative non sono sufficienti ad assicurare che il rischio di conflitto di interessi sia evitato, solo allora l'intermediario potrà far riferimento alla gestione del conflitto, informando i clienti in modo che possano assumere una decisione sui servizi.

La dottrina, tra cui Fortunato, ha stigmatizzato la scelta di politica legislativa sottesa alle modifiche introdotte dalla MiFID in materia di conflitto, osservando come "il passaggio dalla prevenzione alla gestione del conflitto significa che non vi sono più divieti, non vi sono più obblighi di astensione: c'è proceduralizzazione dei conflitti atteso che l'attuale regolamentazione impone agli intermediari l'identificazione dei conflitti, di cui non richiede la riduzione al minimo, bensì la gestione"¹⁸⁶.

MIFID 1 prevede due diverse modalità alternative attraverso le quali le imprese possono gestire il rischio: *ex ante*, prevenendolo, oppure gestendolo *ex post*, lasciando agli intermediari un elevato grado di discrezione nell'autorganizzazione, sempre secondo il principio di

¹⁸⁶ Fortunato S., *Conflitto di interessi e disciplina degli inducement*, in Banca e borsa, 2009, I, pag. 136

proporzionalità, con il fine ultimo di garantire, maggior trasparenza tra operatori e clienti.

La crisi finanziaria ha poi dimostrato come la libertà di azione consentita dalla MIFID fosse troppo ampia e il fine di salvaguardia della posizione dei risparmiatori fosse lontano dalla realizzazione, anzi richiedesse una successiva modifica.

MIFID 2 si muove al fine di adottare una risposta a questi eventi dimostrando come l'attività esigesse una definizione più netta dei vincoli nei quali agire legittimamente, in quanto quelli previsti da MIFID 1 risultavano insufficienti.

Il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno operare questa modifica della normativa previgente, ponendosi però in continuità e non in rottura con la precedente, benchè avesse sottolineato come MIFID 1 avesse dei limiti strutturali a livello di sistemi di controllo e di equilibrio all'interno del mercato finanziario.

MIFID 2 conferma infatti la scelta di destinare agli intermediari discrezionalmente le fasi di applicazione e monitoraggio dei sistemi di gestione e prevenzione del consiglio di interessi, preferendo queste ultime rispetto a quelle di mera gestione.

L'art. 23 della MIFID 2¹⁸⁷, in materia di "conflitto di interessi", prevede che:

¹⁸⁷ L' art.23 identifica i conflitti d'interesse come quelli che potrebbero insorgere tra le imprese di investimento," inclusi i dirigenti, i dipendenti e gli agenti collegati o le persone direttamente o indirettamente connesse e i loro clienti o tra due clienti al momento della prestazione di qualunque servizio di investimento o servizio accessorio o di una combinazione di tali servizi" e prevede che sono soggetti alla disciplina ivi contemplata "anche i conflitti d'interesse determinati dall'ottenimento di indebiti incentivi da parte di terzi o dalla remunerazione e da piani di incentivazione della stessa impresa d'investimento."
(in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32014L0065>)

- Gli Stati Membri prescrivono che le imprese di investimento adottino ogni idonea misura per identificare e prevenire o gestire i conflitti di interesse che potrebbe insorgere tra tali imprese;
- Gli intermediari devono adottare disposizioni organizzative o amministrative volte a impedire conflitti di interesse lesivi degli interessi della propria clientela.

L'art. 23 nella nuova forma tende dunque a evitare che gli intermediari si limitino ad adottare criteri organizzativi non adeguati e assicurare la prevenzione dei rischi connessi a situazioni conflittuali, ponendo l'obbligo di completa informazione alla clientela evidenziando i possibili conflitti e individuando le misure necessarie per mitigarne gli effetti negativi.

L'art. 9 al comma 3 prevede inoltre che l'organo di gestione di un'impresa di investimento "definisca, sorvegli e risponda dell'applicazione di dispositivi di *governance* che garantiscano la prevenzione dei conflitti di interesse".¹⁸⁸

La Direttiva è dunque volta a bilanciare la libertà fino a oggi concessa agli operatori del mercato finanziario, con un rigore rinnovato anche nella fase che precede la conclusione del contratto con la clientela nel nome della trasparenza e della coerenza.

Questa è la prospettiva in cui si inseriscono i maggiori oneri e controlli imposti dalla MIFID 2 agli intermediari in merito alla qualità e all'adeguatezza dei prodotti nonché all'indipendenza di giudizio nell'attività svolta, al fine di impedire un pregiudizio anche solo potenziale agli investitori e ripristinare la fiducia nel corretto svolgimento del mercato finanziario.

¹⁸⁸Documento reperibile in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32014L0065>

La disciplina del conflitto di interessi, ispirata a una logica di rigore con l'obiettivo della sana e prudente gestione, è dunque volta a evitare che gli intermediari violino i canoni ordinari di diligenza della professione valorizzando il ruolo del mercato, come luogo della contrattazione, in cui si intrecciano i vari interessi tutelati che se non controllato potrebbe portare a condotte lesive del contraente più debole.

Questo *excursus* ha permesso di sottolineare il percorso normativo svolto dal legislatore europeo che si sviluppa verso un irrigidimento delle regole e limitazione dell'autonomia privata nel mercato finanziario, nell'interesse primario alla tutela del risparmio pubblico.

L'equilibrio sulla materia del conflitto di interessi sembra raggiunto da MIFID 2 che ha operato un equo bilanciamento degli interessi poiché da un verso il compimento dell'operazione economica non sarà precluso in modo assoluto, e dall'altro verso l'intermediario dovrà adottare preventivamente le misure indicate per impedire che il cliente incorra in rischi derivanti dalla situazione.

L'attenzione è dunque sempre posta sull'interesse del cliente, fine ultimo dell'agire degli Stati Membri, come sottolinea il Considerando n.71 della Direttiva MIFID 2 ("Gli Stati Membri dovrebbero provvedere affinché le imprese di investimento agiscano nel migliore interesse dei clienti"¹⁸⁹).

¹⁸⁹ Il Considerando 71 di MIFID 2 prevede "Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché le imprese di investimento agiscano nel migliore interesse dei clienti e siano in grado di rispettare gli obblighi stabiliti dalla presente direttiva. Le imprese di investimento dovrebbero conseguentemente comprendere le caratteristiche degli strumenti finanziari offerti o raccomandati nonché istituire e riesaminare politiche e disposizioni efficaci per identificare la categoria di cliente alla quale fornire i prodotti e i servizi. Gli Stati membri provvedono affinché le imprese di investimento che realizzano strumenti finanziari garantiscano che tali prodotti siano concepiti per rispondere alle esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali all'interno della pertinente categoria di clienti, adottino provvedimenti ragionevoli per garantire che gli strumenti finanziari siano distribuiti al mercato di riferimento individuato e riesaminino regolarmente l'identificazione del mercato di riferimento dei prodotti che offrono e il loro rendimento. Le imprese di investimento che offrono o raccomandano ai clienti strumenti finanziari che non

4.1.4 GIURISPRUDENZA NAZIONALE DELLE DIRETTIVE MIFID

Una volta descritto nello specifico le previsioni introdotte dalla Direttiva MIFID 2, nell'ottica di continuità rispetto alla precedente Direttiva MIFID 1 del 2004, risulta utile individuarne le applicazioni concrete a livello giurisprudenziale nel nostro ordinamento.

Tema che desta più problematiche nella sfera del diritto applicato è certamente quello degli obblighi normativi che, come analizzato profondamente, non si devono limitare alla sfera precontrattuale ma devono essere garantiti anche nella fase di esecuzione del contratto, ogni volta che vi è una modifica del rischio inerente all'investimento.

Gli obblighi informativi devono essere però proporzionali al grado di conoscenza finanziaria del cliente, il quale deve sottoscrivere il modulo della banca in ordine alla consapevolezza della rischiosità dell'investimento suggerito e della adeguatezza al suo profilo.

La giurisprudenza non valuta però questa dichiarazione come confessione del contraente, potendo essere valutata dal giudice come prova dichiarativa, in quanto è rivolta a una formulazione di giudizio e non a un'affermazione di scienza e verità su un fatto oggettivo.

Si legge pertanto nella sentenza Corte Di Cassazione, Sez. I Civile - Sentenza 9 Febbraio 2016, N.2535¹⁹⁰ che "Tale dichiarazione può, al più, comprovare l'avvenuto assolvimento degli obblighi di

sono state loro a realizzare dovrebbero disporre di meccanismi adeguati per ottenere e comprendere le pertinenti informazioni relative al processo di approvazione del prodotto, compreso il mercato di riferimento identificato e le caratteristiche del prodotto che offrono o raccomandano. Tale obbligo dovrebbe applicarsi senza arrecare pregiudizio alla valutazione dell'adeguatezza o idoneità che le imprese di investimento dovranno successivamente effettuare nella fornitura di servizi di investimento a ciascun cliente, sulla base delle sue esigenze, caratteristiche e obiettivi personali"

(<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=IT>)

¹⁹⁰ Corte Di Cassazione, Sentenza 9 Febbraio 2016, N.2535 in *www.ilcaso.it*

informazione incumbenti sull'intermediario, sempre che sia corredata da una, sia pur sintetica, indicazione delle caratteristiche del titolo, in relazione al profilo dell'investitore ed alla sua propensione al rischio, tali da poterne sconsigliare l'acquisto, come nel caso in cui venga indicato nella dichiarazione che si tratti di titolo non quotato o emesso da soggetto in gravi condizioni finanziarie". Nel caso di specie il Banco Ambrosiano Veneto si era limitato alla generica dichiarazione agli investitori secondo cui "non esiste alcuna garanzia di mantenere invariato il valore dell'investimento" e che, pur essendo stato sottoscritto dai clienti il modulo di consapevolezza, l'operazione doveva ritenersi inadeguata non contenendo tale segnalazione nessuna specifica avvertenza ricevuta dalla banca, circa la natura e le caratteristiche del titolo, il rating dell'operazione, ritenute necessarie visto che nella fattispecie si trattava di obbligazioni del Gruppo Cirio. Il dovere di buona fede e correttezza da parte dell'intermediario deve concretizzarsi anche nel valutare l'adeguatezza di un investimento, in base alla rischiosità, rispetto al grado di competenza dell'investitore, non bastando come esonero di responsabilità la mera sottoscrizione di conoscenza delle caratteristiche del prodotto da parte di quest'ultimo. Queste ultime, dice il Regolamento Consob che da attuazione alla MIFID 1, "devono essere corrette, chiare e non fuorvianti. Le comunicazioni pubblicitarie e promozionali sono chiaramente identificabili come tali. 2. Gli intermediari forniscono ai clienti o potenziali clienti, in una forma comprensibile, informazioni appropriate affinché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari interessati e i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti in modo consapevole. Tali informazioni, che possono essere fornite in formato

standardizzato, si riferiscono: a) all'impresa di investimento e ai relativi servizi; b) agli strumenti finanziari e alle strategie di investimento proposte, inclusi opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti o a determinate strategie di investimento; c) alle sedi di esecuzione, e d) ai costi e oneri connessi'. Si è evidentemente in presenza di una presa di coscienza, da parte del legislatore nazionale - sulla scorta di sollecitazioni di rango Europeo -, dell'estrema delicatezza e complessità delle operazioni di investimento che si vanno a compiere da parte di soggetti che, nella quasi totalità dei casi, sono scarsamente consapevoli dei rischi, spesso assai elevati, che possono incontrare nell'investire i propri risparmi nell'acquisto di titoli non affidabili¹⁹¹”.

La sentenza in questione fa poi riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 17726¹⁹², temporalmente precedente (del 6 agosto 2014), per la quale “La dichiarazione del cliente, contenuta nell’ordine di acquisto di prodotti finanziari e formulata in modo riassuntivo generico, nella quale egli affermi di aver ricevuto un’informazione completa sulle caratteristiche sui rischi dei medesimi prodotti, non può essere considerata una confessione stragiudiziale, a norma dell’articolo 2735 c.c., perché rivolta alla formulazione di un giudizio (sull’adempimento dell’obbligazione della controparte) e non all’affermazione di scienza e verità di un fatto obiettivo, ed intrinsecamente inidonea ad accertare quali concrete informazioni siano state fornite al cliente in ordine allo specifico prodotto finanziario; ne consegue che, in tal caso, l’ordine del cliente di volere “comunque dare corso all’operazione”, a norma dell’articolo 29,

¹⁹¹ Il documento è reperibile integralmente su http://www.consob.it/documents/46180/46181/reg_bi_consob_2007_10_29.pdf/f3fa3608-f97a-4a19-8a14-ec33a3195bf7

¹⁹² Corte di Cassazione, sent. n. 17726, 6 agosto 2014, in www.ilcaso.it

comma 3, del regolamento Consob n. 11522 del 1998, benché impartito o registrato per iscritto, non vale ad esonerare da responsabilità la banca che non abbia offerto prova rigorosa di avere adempiuto agli obblighi informativi inerenti anche alle ragioni della ritenuta inadeguatezza dell'operazione”.

Nello stesso modo si esprime la Corte d'Appello di Bari, del 29 agosto del 2017, n. 18436¹⁹³ secondo cui “La dichiarazione del cliente di avere ricevuto esaustiva informazione sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni dell'operazione, contenuta nei modelli di conferimento dell'ordine di negoziazione redatti su modulo prestampato predisposto dalla banca intermediaria è pienamente inidonea ad assolvere agli obblighi informativi prescritti, integrando un'affermazione del tutto riassuntiva e generica circa l'avvenuta completezza dell'informazione sottoscritta dal cliente. La qualità di operatore qualificato ha un preciso contenuto tecnico-giuridico che non può essere integrato dal mero riferimento all'entità del patrimonio dell'investitore ed alle sue attitudini imprenditoriali. La domanda di risoluzione del contratto per inadempimento della banca intermediaria deve pertanto ritenersi fondata, con condanna della stessa al risarcimento dei danni in misura corrispondente al capitale investito”.

Abbiamo in precedenza analizzato gli obblighi di informazione a carico dell'intermediario nella fase di esecuzione del contratto nel sistema ante MIFID 2, deducendo come questa rappresenti sul punto una notevole rottura rispetto al passato, infatti la sentenza 24377/2016 del Tribunale di Roma¹⁹⁴, la quale assolve Unicredit S.p.A. nello specifico, sostiene che “sulla banca che svolga attività di intermediazione

¹⁹³ Corte d'Appello di Bari, sent. n. 18436, 29 agosto del 2017, in www.ilcaso.it

¹⁹⁴ Tribunale di Roma, sent. n. 24377, del 26 agosto 2016, in www.ilcaso.it

finanziaria grava un duplice obbligo informativo, di natura attiva e passiva: sotto il primo profilo, essa ha l'obbligo di illustrare i rischi dell'operazione; sotto il secondo profilo, essa deve raccogliere dal cliente le informazioni utili a valutare l'adeguatezza dell'operazione richiesta da quel cliente astenendosi dal compiere l'operazione ove inadeguata per quel cliente.

L'adempimento di tali obblighi si colloca a monte dell'acquisto dei titoli o dei fondi e non già nel periodo successivo a detto acquisto. Sul punto, infatti, il Tribunale condivide l'orientamento della giurisprudenza di merito (da ultimo, Trib. Torino 14.2.2012 e 22.12.2010; Trib. Arezzo 10.2.2009, Trib. Parma 9.1.2008, Trib. Milano 18.10.2006, Trib. Modena 20.1.2006, Trib. Catania 22.11.2005) secondo cui, quando non sia stato concluso fra intermediario e investitore un contratto di consulenza o di gestione patrimoniale, gli obblighi informativi sulla natura e le caratteristiche dei titoli sussistono soltanto fino al momento dell'investimento”.

Il sistema ante MIFID 2 dunque, non prevede obblighi di informativa rispetto alla modifica del rischio dell'investimento durante l'esecuzione del contratto.

Si innesta invece nella nuova prospettiva la Sentenza della Corte di Cassazione civile del 9 febbraio 2016, n. 2535¹⁹⁵ la quale dice che “qualora l'intermediario abbia dato corso all'acquisto di titoli ad alto rischio senza adempiere ai propri obblighi informativi nei confronti del cliente, e questi non rientri come nel caso di specie in alcuna delle categorie d'investitore qualificato o professionale previste dalla normativa di settore, non è neppure configurabile un concorso di colpa del medesimo cliente nella produzione del danno per non essersi egli stesso informato tramite la stampa della rischiosità dei titoli acquistati.

¹⁹⁵ Corte di Cassazione, sent. n. 2535, 9 febbraio 2016, in *www.ilcaso.it*

Ed infatti, lo speciale rapporto contrattuale che intercorre tra il cliente e l'intermediario implica un grado di affidamento del primo nella professionalità del secondo che non può essere sostituito dall'onere per lo stesso cliente di assumere direttamente informazioni da altra fonte”.

Dunque, come analizzato in precedenza il profilo di MIFID 2 sugli obblighi informativi pre e post conclusione del contratto di investimento è chiaro: ove il cliente abbia un profilo di competenza non elevata e gli eventi che modifichino il rischio dell'investimento non siano di dominio pubblico, l'intermediario ha l'obbligo di comunicare questa variazione al cliente, incorrendo altrimenti in responsabilità per inadempimento.

CAPITOLO 5 CASE STUDIES

5.1 UNICREDITGROUP

Ringraziando Unicreditgroup, ho avuto la possibilità di intervistare il Dott. Rodolfo Zingariello, *head of Advisory-Compliance*, con il quale ho potuto verificare lo status attuale della funzione in vista dell'entrata in vigore della direttiva MIFID 2 e del Regolamento GDPR.

Buongiorno Dott. Zingariello, la ringrazio per la disponibilità dimostratami. La tesi affronta il tema della *Compliance* in ambito bancario, a partire dalla normativa per poi analizzare i profili organizzativi e il rischio reputazionale. La normativa risulta estremamente complessa anche a causa dei diversi livelli (internazionale, europeo, nazionale) dai quali viene emanata. Come viene affrontato questo problema dalla struttura *Compliance*?

Il tema è di grande attualità, anche perché ci saranno grandi interventi normativi a partire dall'attuazione della direttiva MIFID 2 il 3 gennaio 2018, riguardante l'emissione e distribuzione di prodotti finanziari, e cambia il GDPR (Garante della Privacy) nel maggio 2018 in cui entra in vigore il nuovo regolamento. Queste sono tematiche rispetto alle quali il ruolo di *Compliance* risulta assolutamente centrale.

Questa è infatti una delle tematiche più interessanti: una volta emanata una normativa come questa viene attuata e modellata per essere applicata all'interno dell'istituto bancario?

La funzione *Compliance* è vista anche dalle autorità di vigilanza come la funzione interna alla banca che garantisce la conformità alla normativa.

In questo ruolo abbiamo frequenti contatti con le autorità di vigilanza che ci utilizzano per avere aggiornamenti sullo stato e su eventuali implementazioni delle normative così come laddove debba fare una richiesta relativa ad ispezioni cartolari si rivolge alla funzione di *Compliance*. La funzione ha, rispetto all'emanazione di nuove normative, un processo interno per cui va ad intercettare l'esito dell'attuazione della direttiva. A questo punto la struttura *Compliance* effettua una prima valutazione informativa dove si va a verificare una analisi di impatto della normativa, la quale può richiedere un intervento molto strutturato all'interno della banca (come ad esempio quelle di cui parlavamo in precedenza) che hanno un impatto molto rilevante. Con normative di questo genere dopo una prima analisi si decide se costituire o meno un gruppo di lavoro interfunzionale. Se pensiamo a MIFID 2 si è deciso di far partire un gruppo di lavoro che vedeva coinvolte le funzioni del marketing, di organizzazione, dell'IT interno (perché ovviamente per completare i processi si necessita dell'intervento della funzione IT), le funzioni di controllo e quelle di business come rete commerciale. Questi gruppi di lavoro permettono una prima analisi normativa rispetto agli impatti effettivi sulla parte dei processi.

Ci sono anche degli interventi con l'Autorità di vigilanza sia nelle commissioni ABI nei quali si possono portare dei quesiti interpretativi tramite le associazioni di categoria. In altri casi vi è una interlocuzione diretta con l'Autorità e rispetto a quelle che sono le soluzioni prospettate le si porta davanti all'autorità ma si tratta di contatti informali che l'autorità apprezza perché capisce l'indirizzo e da parte dell'istituto si può capire se la direzione è corretta prima di entrare in produzione a livello di *business*.

Ovviamente si tratta di contatti che non precludono all'autorità l'intervento in sede ispettiva come sono state implementate le procedure sia con ispezioni cartolari sia con ispezioni *in loco*.

In ogni caso quando le normative provocano impatti simili questo tipo di attività è assolutamente necessaria per evitare di spendere molti soldi (in IT ad esempio) in sede successiva.

Questa importanza a livello strategico della funzione *Compliance* è stata rafforzata con Basilea 3, essendo stato previsto un sistema di accantonamento per i rischi gestionali tra cui quello di non conformità. Si può dire allora che a questo punto la struttura *Compliance* determini in parte le scelte di *business*?

Il contatto con i colleghi del *marketing* e del *business* è costante perché è fondamentale che le scelte strategiche vengano fatte in piena conformità con la normativa perché non si debba poi intervenire ex post con dei rischi di impatto reputazionale e di costi importante. Con Basilea 3 si è iniziato a lavorare molto di più in prevenzione e con le strutture di business e non più ex post come funzione che approvava all'esito finale le scelte partorite dalla funzione business rispetto ai nuovi processi.

L'evoluzione è proprio stata quella di iniziare ad anticipare quelle che erano le scelte e anche la normativa con MIFID 2 è andata in questa direzione cercando di intervenire non soltanto sulle regole di comportamento ma anche nella fase di ideazione dei prodotti, valutando un prodotto che sia in linea con le attese e le caratteristiche del cliente.

La stessa normativa nella sua evoluzione prevede di intervenire sempre più ex ante e non più ex post. E' quello che la dottrina chiama

approccio *forward looking*, mentre prima si prediligeva un approccio *backward looking*.

Per quanto riguarda il codice di condotta come si possono adeguare i principi con il nuovo mondo dei social media? Quali sono al momento i maggiori rischi percepiti?

Per quanto riguarda il mondo dell'era digitale, il nuovo piano industriale prevede sempre più una minore attività in filiale e sempre più nei canali remoti. L'intenzione è quella di cercare di presidiare questo tipo di modalità, infatti noi verifichiamo che la correttezza dei processi avvenga anche nei processi digitali. Si possono citare gli esempi della firma grafometrica piuttosto che l'offerta tramite l'app per smartphone. Questo per noi è una nuova sfida su cui anche i regolatori non sono con la normativa sempre allineati: sulla firma grafometrica ad esempio Unicredit ha presentato a Banca d'Italia l'iniziativa trovando una disciplina che risultasse conforme alla normativa sulla trasparenza perché un conto è una normativa sulla trasparenza pensata per il cliente che viene in filiale e firma un contratto un conto è invece il caso in cui il cliente faccia tutto tramite il web e i canali elettronici.

Bisogna dunque trovare delle modalità che garantiscano la rispondenza alla normativa potendo il cliente firmare il contratto attraverso la firma grafometrica a differenza di quello che avveniva quando queste modalità non c'erano.

Le nuove esigenze tecnologiche responsabilizzano dunque sia gli istituti bancari che le autorità di vigilanza per modellare la normativa a queste nuove esigenze e alla tutela del cliente evitando rischi legali e reputazionali.

Se pensiamo ad esempio a vicende del passato come quelle di Cirio o dei Bond argentini, in quei casi un intervento di *compliance* preventiva avrebbe potuto evitare quel tipo di contenzioso che poi genera sfiducia da parte del cliente nel ruolo della banca, quindi la nostra funzione serve per garantire la fiducia del cliente come patrimonio comune del rapporto banca-cliente.

Nei confronti dei social network e della gestione dei big data Unicredit come intende presidiare il rischio?

Anche in questi campi Unicredit ha dei presidi specifici chiedendo le autorità di vigilanza particolare attenzione sul punto.

Questa situazione è particolarmente complessa perché la banca deve creare delle competenze che prima non erano richieste rispetto al mondo IT però è una sfida che si sta cercando di affrontare.

Fondamentale diventa dunque una continua e specifica formazione da parte dell'istituto. Come è intervenuta Unicredit sul punto?

Il piano di formazione diventa uno dei cardini sui quali si basa la *Compliance* sia per quanto riguarda la funzione sia per quanto riguarda le altre funzioni. Ovviamente è molto complesso in una struttura enorme e sistemica come quella di Unicredit avendo tantissime filiali con tante persone in rete e le attività del call center.

Con l'aiuto anche delle funzioni di HR si sta puntando sempre di più su questo punto essendo sempre più un aspetto principale.

La normativa diventa sempre più complessa ed intrecciata su più livelli, la funzione *Compliance* risulta sempre più importante e il

mondo si spinge verso il digitale insieme ai processi (“*be digital and go digital*”): è una sfida impegnativa.

Noi su questo abbiamo delle sperimentazioni che stiamo testando con fornitori in abbinamento come il *cognity advisor* e col mondo controlli. Rispetto a quello che è l’andamento del mercato il settore bancario risulta ancora leggermente indietro in questo senso. La sfida è tenere il passo anche alla luce di quello che uno dei leitmotiv dell’amministratore delegato di Unicredit “*do more with less*” che a volte può apparire di difficile soluzione ma che deve essere applicato. Un’altra grande difficoltà del gruppo è quello di essere attivo in più stati europei, in ottica della nuova normativa privacy ad esempio che si gestisce a livello di gruppo europeo, il regolamento ad esempio che in Italia si applica esclusivamente a livello di persone fisiche, in Austria per normativa interna si applicherà anche a livello di persone giuridiche. Ci si trova quindi a trovare un’applicazione per il gruppo quando in Austria vi sarà un’applicazione particolareggiata così come MIFID e le linee EBA per quanto riguarda le offerte dei clienti.

In Germania ad esempio queste linee EBA si ritiene non siano ancora attuabili dall’ordinamento, ci vorrà quindi una normativa di attuazione per cui quando la banca dispone un processo nella distribuzione dei prodotti bancari in Germania deve prevedere delle disposizioni particolari, appesantendo il processo di sviluppo della *compliance* del gruppo dovendo differenziare a livello locale.

Per quanto riguarda MIFID 2, che già è stata emanata come direttiva per migliorare l’armonizzazione di MIFID 1, ci si rende conto che ci sono ancora moltissime differenziazioni ed il livello comune non è ancora così consolidato come si attende, in questo senso sarà fondamentale il lavoro dell’Unione Europea.

La scommessa di Unicredit, già nel periodo in cui Profumo era il vecchio amministratore delegato, di essere una banca che si muoveva in ambito europeo si sta sviluppando con ritardo e con fatica rispetto ai piani, poiché le regolamentazioni locali sono ancora molto differenziate tra loro.

Nel caso ad esempio della trasparenza bancaria in Italia le normative di riferimento sono attuazione delle direttive europee però nel processo di attuazione, dettando la direttiva i principi, vi sono differenze rispetto a quella che avviene in Germania o in altri Stati Membri dell'Unione.

Questo crea dei numerosi problemi al gruppo, dovendo esserci un continuo scambio di informazioni tra gli uffici *compliance* dei vari stati in cui opera il gruppo Unicredit.

Da una parte questa situazione è molto utile e stimolante essendoci differenti punti di vista, dall'altra a volte si creano difficoltà tenendo conto di tutte le differenziazioni.

Queste difficoltà che devono essere affrontate e superate con l'aiuto degli uffici *compliance* determinano un lievitare dei costi della funzione?

I costi della funzione sono lievitati ma questa analisi ex ante, preventiva dei rischi e di accantonamenti produrrà un risparmio consistente nel medio-lungo periodo rispetto alla precedente analisi ex post. I costi delle perdite operative si stanno infatti negli ultimi anni riducendo. La funzione si deve comunque inserire in un sistema che comprende le gestioni dei rischi puramente legali, quelli reputazionali e quelli di terzo livello (funzione audit).

Fondamentale per capire questi meccanismi e la circolare 285/2013 di Banca d'Italia che prevede presidi diretti su alcuni argomenti da parte della *Compliance* e presidi indiretti su altri ambiti.

Ad esempio, in ambito di normative fiscali è stato istituito un presidio indiretto da parte della *Compliance*, anche per facilitare la specializzazione delle competenze.

Le linee strategiche e i principi della funzione da che organo vengono decisi?

Il documento contenente le direttive e le linee guida viene emanato direttamente dall'amministratore delegato, con il parere di tutte le funzioni di controllo. Per quanto riguarda nello specifico la funzione è il *Compliance Officer* che stabilisce internamente il piano che viene portato successivamente all'approvazione del consiglio di amministrazione.

Sia le attività strategiche che i piani ordinari sono quindi approvati in questa sede.

Fondamentale diventa però la *compliance* che effettuano tutti i giorni i colleghi che gestiscono i clienti, che possono o meno essere conformi alla normativa.

Per questo la formazione e il codice di condotta sono così importanti per la funzione *Compliance*.

5.2 GRUPPO MEDIOLANUM

Ringrazio il Dott. Brega Roberto, *Head of Compliance* per Mediolanum, per avermi concesso quest'intervista sullo stato della funzione e sui prossimi sviluppi.

Dott. Brega quando possiamo incominciare a parlare della funzione *Compliance* nell'ambito degli istituti di credito?

La funzione di *Compliance* è la funzione più giovane rispetto alle altre funzioni, poiché tradizionalmente esisteva in banca la funzione di controlli interni che si chiama ora *Internal Audit*.

Si comincia a parlare di funzione di conformità con il Comitato di Basilea del 2006 e nei primi documenti in cui si comincia a dare importanza a questa funzione inserendola in ogni caso all'interno della struttura di organizzazione, ovvero la struttura che si occupa dei controlli e di monitorare all'interno della banca i processi aziendali. Questi processi hanno alcuni aspetti che vanno ad intersecarsi con i problemi di conformità normativa, quindi i processi devono essere conformi alla normativa aziendale e a quella di settore.

In seguito, vi sono stati interventi da parte delle autorità, in primis da parte di Banca d'Italia, che in alcune circolari (la più importante è quella del 2007) ha iniziato a parlare di *Compliance* distinguendola dall'*Internal audit*. Le competenze tra le due sono diverse: quest'ultima ha come principale *mission* quella di verificare l'efficacia dell'intero sistema dei controlli. Anche in MIFID 2 vi sono alcune disposizioni che riprendono e specificano la differenziazione di competenze riguardo ai servizi di investimento.

Questa funzione che si inserisce in una posizione intermedia tra un concetto di controllo e quello di valutare le iniziative di business e si specifica nell'interpretare le variazioni normative e le norme adattandole e concretizzandole nella realtà aziendale è stata da sempre affrontata dalla struttura *Legal* della banca.

All'inizio si era interpretata la funzione di conformità come una parte di quello che erano le attività tipiche del *Legal* ed è grazie all'intervento

e all'attività interpretativa di Banca d'Italia, in particolare con la citata circolare 285/2013, che si è uniformato il sistema.

È quindi una funzione giovane, che non ha una tradizione profonda nel sistema bancario italiano, a differenza di quello anglosassone dove è più conosciuta e diffusa.

La funzione legale si è trovata quindi a dover fare uno sforzo interpretativo, con l'aiuto di Banca d'Italia, per trovare una definizione più dettagliata dei compiti della funzione *Compliance*.

È stato solamente però con l'intervento di Banca d'Italia, con la circolare 285, che si è uniformato il sistema dei controlli interni nel sistema bancario, arrivando alla tripartizione nei tre livelli di *Risk management, Compliance ed Internal audit*.

Vi è poi la funzione antiriciclaggio e quella di revisione interna che in Mediolanum ad esempio non è affidata a una struttura specifica.

Queste sono la totalità delle funzioni di controllo della banca.

In realtà Mediolanum come altri istituti, in una fase iniziale, si aveva una funzione denominata "*Compliance and Risk control*" in cui convivevano sia quella di conformità che del rischio, controllate dal CRO.

Banca d'Italia intervenì a quel punto decidendo che queste funzioni non potevano essere unite ma dovevano essere autonome ed indipendenti, non permettendo l'ingerenza del CRO e ciascuna di esse deve rispondere all'amministratore delegato e al consiglio di amministrazione, in base al modello di *governance* scelto.

Vi è stata quindi un'evoluzione del sistema di controllo bancario e anche di approccio dell'attività.

La funzione di *Compliance* deve quindi monitorare principalmente i rischi che possono portare a sanzioni normative ma anche verificare l'adeguatezza e l'efficacia delle attività svolte di primo livello, ovvero

le linee di business, per verificare se le stesse siano coerenti rispetto sia al business scelto dalla banca sia conformi rispetto alla normativa di settore.

Laddove si dovessero incontrare delle anomalie la funzione è tenuta a richiedere di attivare delle azioni di mitigazione che in base alla gravità o alla potenziale gravità, calcolata in base ad un rating interno, vengono utilizzate dalla funzione del *risk* per valutare l'allocazione di capitale secondo criteri che però non sono vincolati del tutto dalla valutazione della funzione *Compliance*. Non necessariamente quindi la valutazione del rischio valutato dalla funzione del *risk management* coincide con quella della *Compliance*.

Ad esempio, se su una operazione la funzione di *Compliance* valuta un rischio di conformità di 20000 euro non è detto che dal punto di vista del rischio reputazionale non vi sia un rischio ben maggiore, di cui la funzione del *risk management* deve tener conto.

Il *risk* effettua valutazioni sulla base degli indici di Basilea (RWA) che sono di tipo quantitativo e qualitativo e il rischio di non conformità è solo uno dei rischi che vengono gestiti e che entrano in gioco.

Per cui nell'analisi globale dei rischi su una determinata strategia di business vi dev'essere una valutazione globale, che tiene conto dei rischi di non conformità, reputazionali, operativi.

Chi decide quanto allocare di capitale in base a questa analisi complessiva è la funzione di *risk management*, in base agli indici dettati da Basilea.

È interessante capire dall'esterno come un modello, fatto di reti distributive a costo variabile (i *family banker*), si differenzi dal punto di vista dei controlli da uno composto esclusivamente da dipendenti come quello di Unicredit o Intesa San Paolo.

La prima differenza è che i controlli di presidio a livello territoriale non sono effettuati dall' *Internal Audit* ma dalla funzione *Compliance* direttamente.

Abbiamo deciso nel nostro modello di inserire i rischi sulla rete come rischi di secondo livello in un'ottica di prevenzione, di controllo dei processi, perché la struttura è diversa: in una rete fatta di promotori, a differenza di una rete formata da filiali dove i controlli vengono fatti in loco essendo la filiale il primo controllore (il direttore di filiale ha infatti dei primi compiti di audit), che operano con un contratto di agenzia l'approccio è diverso.

Nel modello tradizionale i controlli vengono fatti in loco tramite visite effettuate presso le filiali tenendo conto di valutazioni inerenti anche alla territorialità.

Con una rete di promotori invece sono molto importanti i cosiddetti "indicatori di anomalia": già nel 1999 l'associazione di categoria delle banche che operano tramite promotori ha elaborato un codice di vigilanza in cui sono previsti una serie di indicatori che consentono di individuare un set di indicatori potenzialmente anomali, riconosciuto anche dalla Consob nel 2016 che li individua come strumento per valutare fenomeni di infedeltà o di comportamenti non conformi alla normativa di una rete di promotori.

Quindi ci sono questi indicatori a cui Mediolanum aggiunge una ulteriore indicazione di indicatori che tipicizzano il modello e sono circa 200: i più basilari sono il fatto che i promotori abbia guadagni bassi ad esempio essendo più esposto a comportamenti infedeli oppure eccessive operazioni di *switch* fatte dai clienti su prodotti analoghi derivandone un maggior guadagno del promotore a discapito dell'interesse dei clienti.

Questi indicatori danno dei risultati che possono portare a delle verifiche. Altro elemento che si abbina per valutare il comportamento dei promotori sono i reclami; se vi è una concentrazione alta di reclami su uno stesso promotori può essere un indicatore di criticità.

A questo punto vi sono due strade perseguibili: l'una è quella di andare a intervistare direttamente il promotore finanziario oppure i clienti del promotore.

È dunque lo stesso cliente a essere usato come primo controllore del promotore, vengono quindi fatte delle telefonate di qualità ai clienti in base agli indici della *customer satisfaction* legati a quel promotore finanziario.

Il contatto viene fatto ordinariamente via telefonica senza però creare panico, anche perché sono esclusivamente delle valutazioni preventive.

La chiamata è quindi molto amichevole, cercando di capire il grado di soddisfazione del cliente nei confronti della banca e del promotore.

Da lì si possono scorgere elementi di maggior significatività. Se ad esempio il cliente, arrivato l'estratto conto titoli, vede che la posizione dei suoi risparmi è molto diversa da quella che credeva di avere l'attenzione si pone direttamente sul promotore: si apre una fase di istruttoria e poi si stila un verbale dell'incontro che viene poi analizzato da un comitato disciplinare che può prendere dei provvedimenti come la comunicazione alla Consob oppure nei casi più gravi viene presentata denuncia e querela dove sia necessaria a tutela dell'azienda.

È ovvio che altro ruolo importante è quello dei manager dei promotori che convivono con loro potendo cogliere eventuali anomalie, è quindi un controllo di primo livello che ad esempio nelle strutture tradizionali viene effettuato dai direttori di filiale.

Il manager conosce ad esempio quanto guadagnano i promotori gestiti: banalizzando se un promotore che guadagna 20000 euro all'anno si è comprato una macchina da 80000 euro è ovvio che sia un indicatore di anomalia.

Il contributo del manager di rete può quindi essere molto importante e importante è la responsabilità loro affidata dalla banca, non solo in termini di carattere commerciale ma anche di monitoraggio dei comportamenti della rete.

La banca si affida esclusivamente alla loro esperienza o viene fatta una formazione particolare ai manager?

Vengono sensibilizzati e responsabilizzati e gli viene affiancata una struttura della direzione commerciale chiamata "*Quality control*", presso la sede di San Basilio, che interviene direttamente come controllo di primo livello interfacciandosi con il manager per chiedere informazioni sui promotori finanziari.

A volte quindi in presenza di anomalie degli indicatori si sceglie di non andare né sul promotore né sui clienti ma di operare attraverso la struttura del Controllo qualità perché magari non sono comportamenti afferenti a illeciti ma difformi a normative di condotta dettate dall'azienda.

Ci sono dunque dei rischi "diversi" rispetto alle banche tradizionali con tecniche di controllo diverse, essendo le problematiche inerenti ai promotori finanziari diverse da quelle di una rete di dipendenti. Di conseguenza anche l'approccio ai problemi e ai rischi diventa diverso. I promotori ad esempio non possono concludere in nome e per conto della banca contratti, ma solo collocare e raccogliere ordini di contratto la cui accettazione in ultima istanza avviene esclusivamente

da parte della banca. È l'attività di intermediazione finanziaria o creditizia che sia.

Non c'è quindi più rischio, c'è un rischio diverso.

Anche in Italia da qualche anno la figura del promotore si sta evolvendo anche nelle banche tradizionali perché ad esempio quando vi sono casi che riguardano promotori la stampa li riporta, mentre raramente vi è il caso del dipendente di filiale. Vi è sicuramente una maggiore esposizione da parte dei promotori, forse per un maggior rischio reputazionale.

Peraltro, Mediolanum ha situazioni di infedeltà della rete che stanno diminuendo nell'ultimo periodo in modo significativo proprio per questa politica di prevenzione del rischio.

Concludendo, non vi è un maggior rischio ma è un rischio diverso.

Peraltro, il *Family banker* rappresenta la filiale per il cliente.

MIFID 2 è un'importante novità per il settore degli investimenti: dal punto di vista giuridico quando viene emanata una direttiva dell'Unione Europea viene attuata tramite i Regolamenti dei Banca d'Italia e Consob, l'ufficio *Compliance* interviene nell'attuazione confrontandosi con le Autorità di vigilanza?

Uno dei principali ruoli della *Compliance* è proprio quello di tenere sotto controllo il contesto normativo, il cosiddetto "*Alert*" normativo. Una volta emanata una direttiva europea in materia di servizi di investimento vi è un'attività di *Gap analysis*, volta a individuare gli aspetti salienti che porteranno a modifiche rispetto alla normativa vigente in materia di servizi di investimento.

Le direttive comunitarie hanno un loro percorso previsto dalla normativa europea che viene appunto analizzando con la finalità di

declinare la normativa per verificare gli interventi che potrebbero essere operati all'interno dell'azienda per conformarsi al nuovo quadro di riferimento.

È ovvio che gli interventi sono strettamente correlati al modello di *business* dell'azienda poiché non è detto che la normativa sia attuata nello stesso modo in tutti gli istituti¹⁹⁶.

Fatta questa attività si trasferisce poi il tutto a un gruppo di lavoro composta dai rappresentanti dell'organizzazione, marketing, direzione commerciale e *Compliance*.

I compiti della nostra funzione sono quelle di portare all'attenzione le tematiche o le novità che devono essere introdotte e si devono tradurre in regolamenti, procedure o linee guida aziendali.

Quindi si svolge un'attività di supporto alle strutture aziendali preposte e in ultima istanza una volta definito il progetto si verifica *ex post* che le procedure siano state formalizzate secondo la normativa a cui sono state ispirate.

L'attività è dunque duplice: la prima di supporto consulenziale e l'altra di un controllo di efficacia delle procedure rispetto alle normative di settore.

MIFID 2 ha inserito e dettagliato gli obblighi informativi nei confronti del cliente nel settore degli investimenti. Cosa cambia rispetto al precedente quadro normativo?

MIFID 2 non stravolge gli obblighi previsti dalla direttiva precedente direttiva del 2006, ponendo invece l'accento più marcato su alcune tematiche che sono sostanzialmente riconducibili ad una maggiore trasparenza informativa nei riguardi della clientela.

¹⁹⁶ È il cosiddetto "principio di proporzionalità" affrontato nel capitolo 2

Le novità sono che le attività di consulenza, che si concretizzano in consigli mirati in base al profilo degli investitori, in base alle sue esigenze, alle sue caratteristiche che devono essere definite, devono essere tracciate in un documento che ne dà poi contezza, definito “*suitability report*” (dichiarazione di adeguatezza).

La banca quindi è tenuta laddove svolge attività di consulenza di investimenti a fornire un documento nel quale da le motivazioni per le quali quello che è stato raccomandato come prodotto tenuto conto delle esigenze e delle caratteristiche del cliente. Questa è una novità, non essendo in precedenza previsto, non era infatti previsto un documento in cui si specificassero le motivazioni sottese ad una determinata scelta di un prodotto piuttosto che ad un altro.

L’obiettivo è quello di fornire alla rete strumenti che facilitino la loro attività e rendano più semplificati i processi, se parliamo ad esempio di *suitability report* Mediolanum ha previsto uno strumento informatico che oltre a dare una tracciabilità informatica del percorso che il consulente effettua con il consulente prevede la produzione di questo documento che deve essere consegnato al cliente onde evitare i rischi operativi derivanti da una compilazione prettamente manuale. Questo fatto però, per una rete di promotori finanziari, è solamente un adempimento amministrativo in più, ma tutto sommato ascoltare le esigenze del cliente e consigliarlo al meglio è stata da sempre l’attività dei promotori, tanto che oggi la dizione del legislatore è quella di “consulenti finanziari addetti all’offerta fuori sede”, sarà forse più complesso in una banca tradizionale dove i dipendenti non fanno i consulenti o raramente fanno i consulenti.

La formazione diventa a questo punto fondamentale perché l’azienda ha necessità, oltretutto l’obbligo, di avere consulenti specializzati in questa attività, essendo al momento l’attività core di questa banca.

Il consulente in Mediolanum non fa' operazioni di cassa, fidi e poi ogni tanto si dedica al settore investimenti, dunque tende ad avere un grado di competenza di solito particolarmente elevato.

L'altra grande novità di Mifid 2 è l'attività di *claim reporting*, ovvero che sia richiesto di fornire al cliente una rendicontazione puntuale di costi ed oneri rapportati alle *performance* date dal prodotto.

Per la nostra banca Mifid 2 rappresenta un'ottima possibilità, poiché quando tu dai trasparenza generi comportamenti virtuosi, generi una concorrenza leale e poni in cliente in una situazione di assoluta consapevolezza nei confronti dell'intermediario.

Il legislatore forse non ha tenuto in considerazione alcuni aspetti di dettaglio che di dettaglio non sono come ad esempio il fatto che non si sia fatto cenno a quel documento ("prospetto informativo") che al momento già indicava i costi e gli oneri del cliente. Inoltre, non si è preso in considerazione il fatto che indicare i costi e i benefici di un'operazione può essere a volte fuorviante per il cliente se non si specifica che il risultato globale deve essere valutato a lungo termine e non in un momento intermedio.

Probabilmente in questo senso ci sarà un problema dovendo essere un po' istruiti anche i clienti, altrimenti potrebbero esserci delle errate percezioni. Questo probabilmente potrebbe risultare un problema.

Il cliente ad esempio che attiva un prodotto presidenziale che dura vent'anni può vedere attraverso il *suitability report* che il secondo anno è in perdita, in realtà non è vero poiché la minusvalenza che si sta realizzando è astratta quindi il problema è quello che vi sia la necessità di fare quella che si chiama l'educazione finanziaria.

Questa sarà il tema che permetterà di progredire non solo verso la trasparenza ma verso la consapevolezza dei mercati perchè non penso che la trasparenza senza la conoscenza basti, anzi si potrebbe creare

conflittualità laddove il cliente abbia lasciato “carta bianca” al consulente perché sprovvisto di educazione finanziaria.

Questo è un grosso errore, in Germania ad esempio vi è una cultura finanziaria molto più elevata e questo porta a molti meno problemi di gestione dei clienti.

E’ un problema dunque principalmente di cultura finanziaria, non di trasparenza, di etica del consulente ma anche dei clienti che deve essere educata a fare “i propri interessi”.

Pare infatti che al Ministero dell’Economia e delle Finanze abbiamo dedicato una Commissione allo sviluppo dell’educazione finanziaria che svilupperà iniziative importanti in questa direzione.

Altro tema fondamentale è quello del digitale, in tutte due le direzioni, sia “*be digital*”, ovvero i processi operativi che diventano digitali, sia “*go digital*”, ovvero i servizi che vanno verso un maggior sviluppo tecnologico e digitale. La *Compliance* come si inserisce in questo contesto?

La *Compliance* è presente perché essere *digital* vuol dire essere al passo con quello che succede nel mondo esterno, sicuramente è uno dei temi caldi come può essere quello di MIFID 2, quello della protezione dei dati col GDPR: sono tutte tematiche dove la *Compliance*, in base al proprio modello che ogni banca si è data, è in qualche modo presente.

Quindi anche rispetto al digitale e del *Fintech* è presente non nel dire cosa è giusto e cosa sbagliato ma nel dare un supporto su un indirizzo che sia non solo conferme ma meglio per l’organizzazione, per l’azienda; quindi dare con la consapevolezza di quella che è la normativa, di quello che è ad esempio il sistema dei pagamenti. Il

cambiamento esterno e della normativa sono temi che la *Compliance* aiuta a sviluppare all'interno dell'azienda.

Le due prospettive riguardo a questo argomento sono di razionalizzare i costi sia per il cliente che per l'azienda, laddove egli in modo autonomo può fare operazioni senza l'intervento di un dipendente. Tutte le attività di carattere meramente esecutivo possono essere svolte autonomamente dal cliente senza il supporto di qualcuno.

Lo sviluppo della tecnologia dipende anche da un mutamento generazionale, i Millennials hanno un approccio alla tecnologia più facile ed immediato.

Stanno avanzando una serie di iniziative come l'*advisor robot*, algoritmi in grado di calcolare uno scoring che valuta le esigenze del cliente di credito e di investimento.

Sono personalmente abbastanza convinto che alla fine nelle decisioni importanti della vita di ogni persona che saranno l'acquisto della casa, i risparmi, ci dovrà essere un confronto con una persona di cui fidarsi, altre in cui la digitalizzazione sostituirà interamente il rapporto con la persona fisica.

Inoltre, anche ad esempio nella conclusione di contratti di credito tramite il digitale, vi è il controllo delle strutture di delibera che analizzano la centrale dei rischi e fanno verifiche preventive.

Vi è poi la possibilità sui propri clienti di avere un *instant credit*, un credito istantaneo, con una preistruttoria con una trasparenza non solo formale ma sostanziale, citando Draghi.

L'altro tema è quello della sicurezza digitale, l'entrata sui sistemi deve essere sicura, i dati devono essere protetti dalle incursioni degli hacker.

Le nuove scelte di business devono quindi operare tenendo conto delle valutazioni preventive della *Compliance* e dei controlli *ex post* che possano aiutare ad intercettare eventuali situazioni critiche.

La struttura della *Compliance* per essere realmente efficiente deve essere formata da persone con *know how* differenti, non possono essere tutti *regulators*, bisogna avere competenze eterogenee.

La grande sfida della *Compliance* è quella di modellare la normativa che è ormai *principles basic* adattandola alla realtà aziendale, cercando di contemperare esigenze di business ed esigenze di conformità normativa.

CONCLUSIONI

Nel testo si è cercato di analizzare in modo specifico la normativa a livello internazionale, europeo e nazionale, i modelli organizzativi inerenti ai controlli interni, il rischio reputazionale e le sue principali cause, intervistando i *Compliance Officer* di due delle principali banche italiane per dimostrare quanto il tema dei controlli sia complesso da affrontare per gli istituti e allo stesso tempo quanto gravi siano gli effetti di comportamenti non solo illeciti, ma anche non *compliant* a principi come la correttezza, la buona fede, l'integrità e quanto siano le banche attente a sviluppare relazioni, a finanziare e ad investire in soggetti e in ambiti che siano in linea con le proprie *policy*.

Le difficoltà sono grandi in un mercato in continua evoluzione, con continui nuovi competitor, con crisi repentine e numerosi stravolgimenti normativi.

Si cercheranno di delineare, senza alcuna presunzione e in queste poche righe, i principi di un modello astratto ponendo l'attenzione su alcuni punti che si reputano vitali, anche alla luce dell'esperienza maturata all'interno del settore.

Innanzitutto, di particolare importanza si reputa la formazione, non solo degli uffici di *Compliance* e di *Audit* che sono preposti, come visto, ai controlli di secondo e di terzo livello, ma di tutto il personale, dipendente e non, che collabora con l'istituto. La conoscenza delle normative di settore e dei principi e dei codici di autoregolamentazione che caratterizzano l'istituto è fondamentale per porre in essere comportamenti *compliant*.

Per quanto riguarda invece gli uffici dedicati nello specifico alla *Compliance*, soprattutto in un modello accentrato le competenze dovrebbero essere specializzate e non trasversali, essendo

esclusivamente il *Compliance Officer* a dover avere una formazione di tipo polivalente.

La specializzazione delle competenze è in generale, una delle grandi carenze del modello bancario italiano così come strutturato.

Per quanto riguarda l'approccio della *Compliance* si è sottolineato, in particolare grazie alle testimonianze del Dott. Zingariello e del Dott. Brega, come questo sia divenuto sempre più un controllo ex ante, cosiddetto "*forward looking*", di prevenzione, anche alla luce delle regole di Basilea sull'accantonamento di capitale.

Un approccio del genere, se operato correttamente, ridurrebbe sicuramente le perdite in termini di sanzioni e di danni reputazionali, rispetto a un controllo ex post, di mera conformità dei processi alla normativa.

Un approccio ex ante è però sicuramente più complesso da operare, richiede grande visione da parte del Consiglio d'amministrazione e del *Risk manager* ma può portare a grandi benefici.

Per poter operare ex ante è però, a mio modesto parere, fondamentale l'interpretazione chiara delle normative, dovendosi sempre più intensificare il processo di collaborazione tra le banche e le Autorità di vigilanza che il Dott. Zingariello spiegava nel suo intervento. Le Note di chiarimento di Banca d'Italia ad esempio, che spesso si sono citate nel testo, risultano misure di correzione ex post che potrebbero essere diminuite con interventi e gruppi di lavoro per determinare la normativa, se nazionale, o per attuare le direttive europee.

Ulteriore indicazione per sviluppare un approccio *forward looking* risulta puntare, sia in termini di elargizione di finanziamenti, sia in termini di investimenti della banca in campi e in settori "sostenibili",

come si è visto nell'esempio del Gruppo Intesa Sanpaolo nel settore ambientale.

L'investire in questi settori diminuisce fortemente il rischio di danni reputazionali.

L'ultimo tema che si deve per forza affrontare è quello della tecnologia.

Si è già analizzato tramite le interviste al Dott. Zingariello e al Dott. Brega come Unicredit e Mediolanum stiano fortemente investendo nello sviluppo di questo settore e di quali problemi stiano affrontando, cambiando sempre più velocemente la tecnologia.

Questa sarà, a mio parere, la grande sfida dei prossimi anni: non sarà facile bilanciare un rapporto sempre più "a distanza" tra cliente e banca con il rispetto delle normative che sono sempre, come negli altri ambiti del diritto, indietro rispetto al contesto "vivente".

E', in relazione a questo punto, interessante un intervento del 26 dicembre del 2017 sul Sole 24h di Marco Lo Conte¹⁹⁷, in cui l'autore evidenzia come le Fintech in ambito finanziario non siano ancora state approfondite dalla normativa della Consob, pur essendo la loro attività sotto la sua vigilanza.

In particolare, alla luce della prossima entrata in vigore di MIFID 2 il 3 gennaio del 2018 inizia ad essere fondamentale che venga data importanza a questo nuovo rapporto tra la banca e il cliente.

L'autore cita a tal proposito l'esempio della società SPITCH che ha realizzato un sistema di riconoscimento vocale in grado di verificare la corretta informazione del consulente finanziario al suo cliente sulla base di MIFID 2.

¹⁹⁷<http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati>, *Se la Mifid II la fa l'intelligenza artificiale*, 26-12-2017

In questo modo si permette di “bypassare la discrezionalità del soggetto fisico, di archiviare automaticamente dati vocali e di verificare, tra l’altro, il grado di soddisfazione dell’investitore”.

L’autore cita anche X-PRO, un *robo-advisor* che utilizza un algoritmo basato su finanza comportamentale e neuroscienza.

Sono molte le iniziative tecnologiche di questo tipo finanziate dagli istituti di credito che hanno deciso di guidare la trasformazione tecnologica nel rapporto con la clientela, spingendosi verso la direzione più utile: quella di individuare processi complementari e non sostitutivi nella relazione con il pubblico.

Sostiene l’autore che questa sia “la risposta per chi intende cogliere la sfida lanciata dai colossi del web - Google, Facebook e Apple -, che maneggiando il denaro dei propri clienti sono ormai soggetti meta bancari. Per non parlare di Amazon che una licenza bancaria in Irlanda ce l’ha già”.

La sfida dal punto di vista della normativa e di chi si occupa della trasparenza dei mercati finanziari e della loro efficienza, è quella di “restare al passo” con la velocità dell’innovazione tecnologica che è come noto estremamente maggiore rispetto a quella dei *regulator* e della capacità del pubblico di comprendere e assorbire le novità. E i sistemi di intelligenza artificiale necessitano di comprensione e regole, e quindi dell’attenzione delle autorità di vigilanza.

Conclude l’autore che solo così MIFID II può diventare una “cosa seria”, se applicata con serietà, oppure “soltanto l’ennesima firma apposta dal cliente su un modulo, che non ha letto”.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., a cura di Troiano V. e Motroni R., *La Mifid II, Rapporti Con La Clientela-Regole Di Governance-Mercati*, Milano, Wolters Kluwer Italia S.r.l., 2016

AA. VV., a cura di Studio Legale BonelliErede, *Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, Ipsoa, 2017

AA.VV., a cura di Del Bene F., *Strumenti finanziari e regole MiFID*, Milano, Ipsoa, 2009

AA.VV., *Libro bianco sulla Funzione Compliance*, Bancaria Editrice, Roma, 2008

AA.VV., a cura di Schwizer P., *Internal Governance. Nuove regole, esperienze e best practice per l'organizzazione dei controlli interni nelle banche*, Bancaria Editrice, Roma, 2013

Abbadessa P., Cesarini F., *Sistema dualistico e governance bancaria*, Giappichelli, Torino, 2014

Alberici A., *La compliance nell'attuazione della direttiva MiFID*, in AA.VV., *L'attuazione della direttiva MiFID*, Milano, ed.Giuffrè, 2009

Alemanni B., Brighetti G., Lucarelli C., *Decisioni di investimento, assicurative e previdenziali*, Milano, Il Mulino, 2012

Anolli M., Rajola F., *“Il rischio di reputazione e di non conformità. strumenti e metodi per la governance e la gestione operativa”*, Bancaria Editrice, Roma, 2010

Antoniazzi S., *La banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, 2013

Arecco F., Catellani G., Davoli L., *Responsabilità da reato delle aziende. Modelli 231 e ambiente*, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2016

Arlotta C., Rossetti A., *Collocazione organizzativa della Funzione Compliance*, in *La Compliance in Banca*, Roma, Bancaria Editrice, 2005

Bartezzaghi E., *La valutazione stakeholder-based della formazione continua. Modelli, processi, strumenti*, FrancoAngeli, Roma, 2014

Bennet R., Kottasz R., *Practitioner Perceptions of Corporate Reputation: an Empirical Investigation*, Corporate Communications: An International Journal, vol.5

Cafarotti R., Sassi P., *Strumenti e metodi per la conduzione operativa della funzione Compliance*, in *Il Rischio di Reputazione*

e di non Conformità, Roma, Bancaria Editrice, Banca e Mercati n. 209

Callegaro F., *Orientamenti su alcuni aspetti dei requisiti di adeguatezza della direttiva MiFID*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2013 n. 11

Callegaro F., *La Compliance bancaria, obblighi normativi, linee guida e modelli organizzativi*, Trento, Tangram Edizioni, 2014

Carbonetti F., *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, Giappichelli, 1992

Carosio G., *La Funzione di Compliance tra Basilea II e MiFID*, AICOM e Dexia Crediop, Convegno III Incontro Compliance “Strategies, governance, compliance: le sfide della direttiva MiFID e l’integrazione del mercato finanziario europeo”, Roma, 21 settembre 2007

Carretta A., *La cultura del rischio nel sistema finanziario*, in www.bancaria.it, 2016, n. 3

Carretta A., *La diffusione della cultura della compliance in banca*, intervento nel convegno *Abi Compliance in banks 2008*, 29-30 ottobre 2008

Carretta A., *La promozione di una cultura aziendale della Compliance-Verso la cultura della compliance: il piano d'azione culturale*, in "Libro Bianco sulla Funzione Compliance", Roma, Bancaria Editrice, 2008

Cola C., *Le novità per la funzione di compliance e la gestione ed il controllo del rischio fiscale*, Convegno Unione Fiduciaria S.p.a., "Provvedimento di Banca d'Italia del 2 luglio 2013. Le nuove regole sul sistema dei controlli interni, sistemi informativi e continuità operativa", Milano, 1 ottobre 2013

Costa C., *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: art. 1-69*, Torino, Giappichelli, 2013

D'Agostino P., Salomone R., Santoriello C., *I reati bancari*, in Trattato di diritto penale dell'impresa, Volume 1, Padova, Cedam, 2004

D'Ambrosi F., *Consob e sistema di vigilanza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017

Decastri M., *Gestione delle Risorse Umane e meccanismi incentivanti- Il Commitment e la verifica della compliance*, in "Libro Bianco sulla Funzione Compliance", Roma, Bancaria Editrice, 2008

Del Bene F., *Strumenti finanziari e regole MiFID: Compliance, Autorità di vigilanza e Conflitti di interesse*, Milano, IPSOA, 2009

Dellarosa E., Razzante R., *Il nuovo sistema dei controlli interni della banca, riprogettare il sistema dopo Basilea 2, Mifid e Compliance*, FrancoAngeli, Milano, 2010

De Nova G., *Codice Civile e Leggi collegate*, Bologna, Zanichelli, 2017

De Rossi F. M., Gariboldi D., Leggieri G., Russo A., *Il Marketing dei fondi comuni italiani, modelli organizzativi, costi, andamento e nuove prospettive conseguenti all'introduzione della MiFID nell'ottica della Vigilanza*, Quaderni di Finanza-Consob, n. 61 gennaio 2008

D'Orazio R., *Il principio di necessità nel trattamento dei dati personali*, in *Il Codice del trattamento dei dati Personali*, a cura di Cuffaro, D'Orazio, Ricciuto, Torino, Giappichelli, 2007

Fazzini M., *Due Diligence*, Milano, Ipsoa, 2017

Fiordiponti F., *Tutela del risparmio. Principi costituzionali e rimedi civilistici*, Milano, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012

Fortunato F., *Conflitto di interessi e disciplina degli emittenti*, Banca borsa e tit. cred., 2009, 02

Fortunato S., *Conflitto di interessi e disciplina degli inducement*, in Banca e borsa, 2009, I

Fraschini G., Parisi N., Rinoldi D., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Acireale , Bonanno, 2011

Frediani L., Santoro S., *L'attuazione della direttiva MIFID. Atti del Convegno (Montepulciano 17-19 aprile 2008)*, Torino, Giappichelli, 2009

Galli G., direttore generale ANIA, Atti Convegno Macros del 21 novembre 2007 *The Insurance Industry and Enterprise Risk Management: from Compliance to Value Creation*- sito ANIA

Giacoma G., Capparelli O., Caleb P., *Il D.Lgs. 231/2001: ambito di applicazione e modelli di controllo interno*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2014

Goodhart C., *The Basel Committee on Banking Supervision: A History of the Early Years 1974–1997*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011

Golisano G., *Il Whistleblowing nella giurisprudenza USA: illeciti d'impresa e posizione del lavoratore che li denuncia*, in Il Lavoro nella Giurisprudenza n. 10/2006, pag. 23)

Gruppo di lavoro ABI sulla funzione Compliance, *Gli Accordi di Servizio tra Funzione Compliance e Internal Audit- Compliance function and Internal Auditing: the options of Service Agreements*, Sistemi gestionali-Bancaria n. 2/2011

Guarracino F., *Le “procedure comuni” nel meccanismo di vigilanza unico sugli enti creditizi: profili sostanziali e giurisdizionali*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, 2014

Irace A., Rispoli Farina M., *L’attuazione della direttiva MIFID. Decreto legislativo 17 settembre 2007, n. 164*, Torino, Giappichelli, 2010

Ibrido R., *L’Unione Bancaria Europea, Profili costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2017

Laco G., Loria V., Morgante M., *Enti e responsabilità da reato. Commento al D. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Torino, Giappichelli, 2016.

Maimeri F., *Criterio di proporzionalità ed efficacia dei modelli di risk management*, Roma, Bancaria Editrice, 2011

Mamino M, Rajola F., *Strumenti e metodi per la conduzione operativa della funzione Compliance*, in “Il Rischio di Reputazione

e di Non Conformità”, Roma, Bancaria Editrice, Banca e Mercati
n. 209

Malinconico C., *Il Principio di Proporzionalità*, Relazione al
Convegno “Autorità e consenso nell’attività amministrativa”,
Varenna 20-22 settembre 2002, Milano, Giuffrè, 2002

Masera F. , Mazzoni G, *Basilea III. Il nuovo sistema di regole
bancarie dopo la grande crisi*, Milano, FrancoAngeli, 2012

Mezzetti E., Piva D., *Punire l’autoriciclaggio, come, quando e
perché*, Torino, Giappichelli, 2016, pag. 119

Montalenti P., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*,
Torino, Giappichelli, 2017

Mosco G. D., *Funzioni Aziendali di controllo*, in “La nuova
disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime
valutazioni applicative”, Padova, CEDAM, 2009

Musile Tanzi P., *La funzione compliance: banche, assicurazioni,
imprese di investimento – Organizzazione, strumenti, casi*,
Bancaria editrice, Roma 2010

Pasqualini C., *I compliance test nelle banche italiane*, in Bancaria,
n. 11/2009

Pesic V., *Il sistema dei controlli interni dopo la crisi*, in *Bancaria* 6/2009

Pezzuto E., Razzante R., *MIFID II: le novità per il mercato finanziario*, Torino, Giappichelli, 2018, pag. 134

Pisani N., *Controlli societari e responsabilità da reato degli enti*, Banca Borsa tit. cred., 2008, 01

Prandi P., *Il risk management negli istituti di credito. Come affrontare le sfide in scenari di incertezza. Atti del Convegno*, FrancoAngeli, Milano, 2014

Rutigliano M., *Organizzazione, governo societario e controlli interni negli intermediari finanziari: eccesso di regolamentazione o fallimento della disciplina?*, in “La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative”, Padova, CEDAM, 2009

Schwizer P., *Internal Governance, Nuove regole, esperienze e best practice per l'organizzazione dei controlli interni nelle banche*, Milano, Egea, 2013

Scogliamiglio G., *Gli Assetti Organizzativi degli intermediari, La Nuova Disciplina degli Intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, CEDAM, 2009

Sullo A., *Il criterio soggettivo di attribuzione della responsabilità all'ente, La "colpevolezza di organizzazione" nella disciplina del D.Lgs. 231/2001*, in <http://www.altalex.com> , 2011

Tarantola A., M., *La funzione di compliance nei sistemi di governo e controllo delle imprese bancarie e finanziarie*, intervento al Workshop CETIF Il ruolo del sistema dei controlli nella gestione del rischio di conformità negli istituti bancari, Milano, 4 ottobre 2007

Tarantola A. M., *Il sistema dei controlli aziendali: alla ricerca di una governante*, intervento al Convegno DEXIA Crediop, 6 giugno 2008

Tombari U., *Corporate Governance e "sistema dei controlli" nella S.p.A*, Torino, Giappichelli, 2013

Zorzi A., *L'estinzione delle società di capitali*, Lecce, Youcanprint, 2013

GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia Edu, Grande Sezione, sentenza 8 giugno 2010, causa C-58/8, Vodafone

Corte di Giustizia Edu, sentenza 14 settembre 2016, causa C-223/16, appalti pubblici

Corte Giustizia Ue, sentenza del 13 giugno 1956, n. 9/56 e 10/56, sentenza Meroni

Corte Giustizia Ue, sentenza 98/1980, Giuseppe Romano c. Institut national d'assurance maladie-invalidité

GUP di Milano, sent. n. 5399, 03.11.2010, in *Giur.it*, 2010, 24

Corte di Cass., sent. n. 10265, 04.03.2014, in *Giur.it*, 2014, 22

Tribunale Penale di Milano, sent. n. 10465/04, 18.12.2008, in *Giur.it.*, 2008, 26

Corte di Cassazione, sent. n. 6501, 14.03.2013, in *Giur.it*, 2013, 12

Tribunale di Brescia, sent. n. 1676, 12.10.2014, in *Giur.it*, 2014, 23

Corte di Cassazione, sent. n. 17726, 6 agosto 2014, in www.ilcaso.it

Corte d'Appello di Bari, sent. n. 18436, 29 agosto del 2017, in www.ilcaso.it

Corte di Cass., sent. n. 26172, 13 dicembre 2007, in www.ilcaso.it

Corte di Cass., sent. n. 7468, 31 marzo 2011, in www.ilcaso.it

Corte di Cass., sent. n. 13566, 26 maggio 2008, in www.ilcaso.it

Corte di Cass., sent. n. 2535, 9 Febbraio 2016, in www.ilcaso.it