



UNIVERSITÀ DI PAVIA

DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI

Strada Nuova, 65
27100 PAVIA
Telef. 0382.984.395 - 0382.984.622
Fax 0382.27202

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA – CATTEDRA DI DIRITTO BANCARIO

SEMINARIO DEL 21 NOVEMBRE 2008

**Disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia in data 4 marzo 2008 in
materia di organizzazione e governo societario delle banche**

Profili e quesiti attuativi e critici

PREMESSA

Vengono qui esposti una serie di profili e quesiti relativi alla concreta attuazione delle Disposizioni di vigilanza, in particolare per quel che riguarda il possibile e sovente necessario impatto sugli statuti delle banche.

I profili ed i quesiti sono di vario spessore e, a volte, scontano problematiche ancora dibattute nel diritto societario comune (in particolare, quelle inerenti ai sistemi alternativi).

Si segnala, altresì, che taluni quesiti possono anche presentare scarsi margini di dubbio, ma per scrupolo si è ritenuto, comunque, utile prospettarli anche come spunti per eventuali ulteriori profili. Si è tentato un raggruppamento per temi o aree per favorire un loro eventuale esame omogeneo e separato.

L'impostazione del Seminario, come momento di confronto "operativo" e puntuale, ma a schema libero, esime da considerazioni di sistema o più generali sul significato delle Disposizioni di vigilanza e sulla relazione tra esse e le norme legislative primarie, sia di diritto comune che di diritto speciale, ancorché non possa sfuggire l'onere per lo studioso di tentare, comunque, soluzioni di coerenza e di organicità.

A) Il progetto di governo societario

- L'assemblea interviene, quando, nella definizione e nell'approvazione del progetto di governo societario (par. 1) ?

- La valenza del progetto di governo societario è meramente programmatica o anche vincolante, sia pure ai soli fini di vigilanza, per gli organi che lo approvano (par. 1) ?
- La delibera di modifica dello statuto interviene prima o dopo l'approvazione del progetto di governo societario (par. 1) ?
- Allorché la funzione di supervisione strategica sia condivisa tra consiglio di sorveglianza e consiglio di gestione, qual è l'organo che predispone e/o approva il progetto di governo societario (par. 1, settimo cpv.) ?

B) Riparto di funzioni e competenze fra gli organi ed i soggetti

- E' possibile la previsione statutaria di delega a più esponenti aziendali, di cui uno con la funzione di "*amministratore delegato*" e altri con singoli specifici poteri (par. 2.1) ?
- E' possibile il cumulo delle funzioni di amministratore delegato e di direttore generale (par. 2.1) ?
- Lo statuto può, comunque, prevedere di rimettere al consiglio di amministrazione la compresenza di un comitato esecutivo e di un amministratore delegato (par. 2.1) ?
- "*La facoltà, in capo anche ad altri consiglieri, di formulare proposte*" può essere limitata per materia o solo ad alcuni consiglieri, come il Presidente o il Vice-Presidente o altro consigliere investito di qualche specifica funzione (par. 2.1, lett. c) ?
- La "*tempestiva informativa all'organo collegiale*" può essere con scadenza prefissata come *ex art. 2381, quinto comma, c.c.* (par. 2.1, Linee applicative, lett. c)?

C) Poteri

- Deleghe: sembra consentita la previsione solo di deleghe che si concretano in poteri decisorii; nella prassi, a volte vengono attribuite funzioni o mansioni generiche che non consentono all'organo collegiale l'esatta verifica del loro corretto adempimento, nonché l'esercizio dei propri poteri di direttiva e di avocazione (linee applicative, 2.1, Linee applicative, lett. a).
- Ai fini delle materie non delegabili, quali sono le "*variazioni non significative del perimetro del Gruppo*" ? Si tratta di significatività "*patrimoniale*" o di *business* (par. 2.1, Linee applicative, lett. b) ?
- Ancora con riguardo alle materie che non possono formare oggetto di delega (par. 2.1, Linee applicative, lett. b), è possibile prevedere un potere di proposta anche non in via esclusiva, ovvero pareri obbligatori pur non vincolanti ?

- Par. 2.1, Linee applicative, lett. e): il Presidente del consiglio di amministrazione a sistema ordinario non può essere titolare di poteri gestori e di funzioni esecutive, salvi casi di supplenza (o forse solo urgenza ?). Possono, però, essergli attribuite deleghe specifiche per singoli atti o categorie di atti ? Possono essergli attribuite funzioni consultive (tipo “*sentito il Presidente*”) ?
- Che cosa significa che “*nelle banche di minori dimensioni e limitata complessità operativa la predetta distinzione può non sussistere, considerato anche il contributo fornito in tali realtà dal direttore generale nell'esercizio dei compiti di gestione*” (par. 2.1, primo cpv.) ? Vale a dire che, in questi casi, è obbligatoria la presenza del direttore generale, mentre non è necessaria quella dei consiglieri delegati e/o del comitato esecutivo ? Ma se vi fossero consiglieri delegati e/o comitato esecutivo (cfr. successiva lett. d), si applicherebbero gli stessi criteri di distinzione ?
- La disposizione di cui al par. 2.1, Linee applicative, lett. b) vuole significare che la nomina del direttore generale spetta, obbligatoriamente, all'organo con funzioni di gestione (e non all'assemblea) o soltanto che, nell'ipotesi in cui lo statuto rimetta tale competenza all'organo con funzioni di gestione, essa non può essere attribuita a consiglieri od organi delegati ?

D) Poteri e funzioni nel modello dualistico

- “*Il Consiglio di sorveglianza e il consiglio di gestione possono concorrere nello svolgimento della funzione di supervisione strategica*” (Premessa, par. 3, terzo cpv.); ma ciò non sembra più preso in considerazione nelle disposizioni successive (in particolare, v. par. 2.1, primo cpv.). In ogni caso, come prevedere detta concorrenza in statuto ?
- Come si applica, in statuto, la previsione di cui al par. 2.1, terzo cpv. nell'ipotesi in cui la funzione di supervisione strategica sia condivisa tra il consiglio di sorveglianza ed il consiglio di gestione ?
- In che cosa può sostanziarsi, a livello statutario, la posizione di “*equidistanza*” del Presidente del consiglio di sorveglianza (par. 2.1, terzo cpv.) ?
- La designazione dei “*consiglieri esecutivi*” delle società del gruppo non dovrebbe essere rimessa all'autonoma scelta dei gestori delle società controllate, vista la loro autonomia giuridica (par. 2.1, lett. f) ?
- E' possibile la “*contemporanea presenza di un comitato esecutivo e di un amministratore delegato*” nel consiglio di gestione del sistema dualistico (par. 2.1) ?
- Il Presidente del consiglio di gestione può avere funzioni esecutive nell'ipotesi di consiglio di gestione con funzioni di supervisione strategica: in tal caso vi può essere cumulo della funzione con quella dell'amministratore delegato (par. 2.1) ?

- Par. 2.1, in particolare Linee applicative, lett. f) circa le attribuzioni “*di alta amministrazione*” del consiglio di sorveglianza. Il punto è davvero “nevralgico” nel sistema dualistico e può minare alla radice, per eccesso o per difetto, il sistema stesso. Varie sono le questioni che si pongono. Fra di esse:

- i) è possibile limitarsi in statuto ad un mero richiamo alla lett. *f-bis*) ?
- ii) come è possibile definire le operazioni quali “*effettivamente strategiche*” ?
Il punto, peraltro, va riproposto con riguardo alle attribuzioni non delegabili del consiglio di amministrazione nel sistema ordinario (par. 2.1. lett. *b*);
- iii) la “qualificazione” del “potere decisionale” deve, comunque, ricondursi alla “approvazione”: essa può portare ad una “concertazione”, sia pure su proposta del consiglio di gestione, ovvero è mero atto formale di “recepimento positivo” della proposta e di “nulla osta” ?
- iv) Come si può conciliare un “indirizzo” del consiglio di sorveglianza al consiglio di gestione ai fini della proposta di questo con l’esigenza di salvaguardare l’autonomia del potere di proposta ?
- v) Una volta approvato il piano generale ovvero le linee generali, può dirsi che le operazioni rientranti in esse non debbano essere portate alla approvazione del consiglio di sorveglianza ?
- vi) Deve essere previsto, in statuto, il canale di relazione fra i due organi (ad es. i due presidenti) ? Il problema, peraltro, tocca la materia dei flussi informativi di cui *infra* alla lett. *I*);
- vii) l’eventuale amministratore delegato può avere un autonomo rapporto informativo o di rendicontazione con il consiglio di sorveglianza?
- viii) L’attribuzione al consiglio di gestione della capogruppo del compito di designare i consiglieri esecutivi delle società del gruppo può conciliarsi con un parere del consiglio di sorveglianza o anche di un comitato nomine all’interno dello stesso ?
- ix) Come si giustifica, o si consente, che i presidenti delle società del gruppo non siano nominati dal consiglio di gestione, vista la loro rilevante funzione ?
- x) E’ consentita una distinzione, fra le società controllate, fra strategiche e non ?
- xi) Qual’è la nozione di “*esecutivo*”? Quella della nota 19 *a contrario* ?

- Le “*idonee disposizioni statutarie*” (par. 2.1, Linee applicative, lett. *g*) circa le deliberazioni del consiglio di gestione riguardanti operazioni che tocchino interessi dei consiglieri di sorveglianza: è sufficiente l’emersione dell’interesse ? È prevedibile una *fairness opinion* già in statuto? Come imporre in statuto un obbligo di informazione al singolo consigliere di sorveglianza, senza una preventiva informazione da parte del consiglio di gestione ?

- E’ possibile prevedere, in statuto, l’obbligo di riunioni congiunte degli organi di sorveglianza e di gestione?

E) Funzioni di controllo

- Opportunità o meno di stabilire in statuto delle relazioni “dirette” fra organo di controllo e funzioni di revisione interna e di conformità ? Ed i rapporti con l'*audit committee* e l'organo di vigilanza del d. lgs. n. 231/01 (par. 2.2) ?
- Il raccordo fra organo di controllo della capogruppo ed i corrispondenti organi delle controllate può, o deve, dare luogo a specifiche disposizioni nello statuto non tanto della controllante, quanto delle controllate (par. 2.2)?
- E' necessario il recepimento, in statuto, delle incompatibilità per i componenti gli organi di controllo di cui alla lett. e) ? Lo statuto può, comunque, prevedere un cumulo di cariche anche all'interno del gruppo ? Quali le misure possibili per l'assunzione di cariche dei membri degli organi di controllo in società esterne al gruppo, in particolare in quelle in concorrenza (par. 2.2) ?
- Gli atti di ispezione e controllo devono essere esercitati collegialmente ovvero possono essere delegati ad uno o più componenti dell'organo (par. 2.2, in particolare settimo cpv.) ?
- Il potere di richiesta della lett. i) è individuale? La “*modalità di esercizio*” può essere la richiesta “scritta” (par. 2.2) ?
- L'organo con funzioni di controllo “*si avvale delle strutture e delle funzioni di controllo interne all'azienda*”: questo comporta una deroga all'art. 2403-bis, quarto comma, cod. civ. (par. 2.2. quinto cpv.) ?
- “*L'organo di controllo [deve essere] specificamente sentito in merito alle decisioni riguardanti la nomina dei responsabili delle funzioni di controllo interno [...] e la definizione degli elementi essenziali dell'architettura complessiva del sistema dei controlli*”: è un potere di proposta, o un parere, o un controllo ? (par. 2.2).
- L'organo di controllo “*verifica e approfondisce cause e rimedi delle irregolarità gestionali, delle lacune degli assetti organizzativi e contabili*” (par. 2.2., settimo e ottavo cpv.). Quali sono gli strumenti che possono essere previsti in statuto: soltanto quelli di cui all'art. 2403-bis cod. civ. o qualcosa in più ?
- Che cosa significa, e come può essere recepita in statuto, l'espressione “*caratteristiche di stabilità idonee a preservare la continuità nell'azione di controllo*” ? (par. 2.2, tredicesimo cpv.).

F) Funzioni di controllo e modello dualistico

- Come si conciliano i poteri di cui al par. 2.2., settimo e ottavo cpv., con il fatto che il codice civile non riconosce al consiglio di sorveglianza il “*potere di procedere in qualunque momento, anche individualmente, ad atti di ispezione e di controllo*”, ai sensi dell'art. 2403-bis, primo comma ?

- Par. 2.2, Linee applicative, lett. e): si tratta di un'interpretazione degli artt. 2399 e 2409-*duodecies*, cod. civ. che prevede incompatibilità solo tra funzione di gestione e funzione di controllo; ma tra società del gruppo che adottino il sistema dualistico non potrebbe esservi un problema di incompatibilità anche con riguardo alle funzioni di "sorveglianza" ?

- Par. 2.2, Linee applicative, lett. j): i criteri di scelta dei "*soggetti più idonei a svolgere tale funzione in relazione ai requisiti di professionalità ed indipendenza posseduti*" debbono essere indicati in statuto?

- La debita motivazione della revoca di singoli componenti il consiglio di sorveglianza (in particolare dei componenti il comitato per il controllo interno) importa oneri e responsabilità al riguardo in capo allo stesso consiglio di sorveglianza, quando la revoca provenga dai soci (par. 2.2, lett. k) ? Inoltre, la disposizione della stessa lett. k) sembra consentire la revoca e, quindi, la nomina del comitato per il controllo interno in capo all'assemblea e non in via esclusiva al consiglio di sorveglianza (v. nota 18): ciò può essere espressamente recepito in statuto (par. 2.2) ?

- La revoca assembleare deve "*essere debitamente motivata*" (par. 2.2, Linee applicative, lett. k): significa che i componenti dell'organo di controllo possono essere revocati solo per giusta causa ? Ma questa non sarebbe una deroga al combinato disposto degli artt. 2400 e 2409-*quaterdecies* cod. civ. ?

- Nulla le Disposizioni di vigilanza dispongono circa il dirigente preposto ai documenti contabili (salvo il riferimento relativo ai compensi di cui al par. 4, Linee applicative, lett. d)): quale può essere il rapporto fra il suddetto dirigente ed il consiglio di sorveglianza, ove questi abbia funzione di supervisione strategica (anche in relazione al disposto dell'art. 154-*bis*, quarto comma, Tuif) ?

G) Composizione degli organi sociali

1) Modello ordinario

- Limiti al cumulo degli incarichi "*di analoga natura*": grado di specificazione/dettaglio nello statuto e sindacato di vigilanza *ex art. 56 t.u.b.*

- Lo statuto sociale può essere così "stringente" da delimitare la cerchia dei nominandi, anche incrociando la disciplina sul cumulo con quella relativa ai requisiti di indipendenza ? La previsione di limiti al cumulo in "regolamenti interni" può porre problemi di trasparenza e di legittimità, atteso che tale opzione sottrae la materia ai soci (par. 3) ?

- La costituzione di "*comitati specializzati*" interni agli organi nelle banche di maggiori dimensioni o complesse deve essere prevista nello statuto? Tale previsione, comunque, potrebbe prevedere la mera eventualità di costituzione, lasciata alla discrezionalità dell'organo interessato ?

- Lo statuto deve evitare, circa la composizione degli organi, “*riferimenti o richiami ad accordi, strutture o soggetti esterni alla società*” (Linee applicative, lett. i). La nomina (o designazione) attribuita, per statuto, a soggetti quali soci particolari, come enti pubblici o investitori istituzionali, è o meno legittima?

- “ [...] *livello professionale adeguato alla complessità operativa e dimensionale della banca*” (par. 3, terzo cpv.): significa che lo statuto deve prevedere requisiti aggiuntivi o meccanismi valutativi ulteriori rispetto a quelli di cui all’art. 26 Tub e dei relativi regolamenti ministeriali ? Ed il difetto di tali ulteriori requisiti comporta la decadenza dalla carica ? (cfr. art. 26, 2-bis Tub, ma solo per l’indipendenza). V. anche successive Linee applicative, lett. a) e lett. e).

- Cosa significa che “*i componenti non esecutivi*” debbono avere “*ruoli e compiti ben definiti*” ? (par. 3, quarto cpv.): questo criterio non dovrebbe, invece, valere per i componenti esecutivi ?

- Par. 3, quinto cpv.: “*anche indipendenti*”; “*anche da indipendenti*”. Tutti i consiglieri di sorveglianza; tutti i componenti del consiglio di gestione debbono essere indipendenti *ex art. 26 Tub*. A quali requisiti ulteriori ci si riferisce ? Ed anche questi requisiti debbono essere previsti dallo statuto ? Cfr. anche le successive Linee applicative, lett. a) e lett. e).

- Par. 3, sesto cpv.: che cosa significa che “*la composizione dei comitati [...] deve riflettere quell[a] dell’organo al cui interno sono costituiti*” ?

- Par. 3, settimo cpv.: sono richiesti, per tutte le banche, meccanismi, anche statutari, di coinvolgimento della compagine azionaria “*rafforzati*” rispetto a quelli garantiti, per gli emittenti quotati, ai sensi degli artt. 136 e ss. Tuif (deleghe di voto) e degli artt. 147-ter e 148 Tuif (elezione sulla base di liste) ?

- Par. 3, Linee applicative, lett. b): anche la procedura ed i criteri di verifica dei limiti al cumulo di cariche debbono essere definiti statutariamente e/o per regolamento? La valutazione è di tipo oggettivo, secondo i criteri stabiliti nello statuto e/o nel regolamento, oppure discrezionale ? La conseguenza, nel caso di superamento del limite quantitativo o qualitativo, è la decadenza dalla carica ?

- Par. 3, Linee applicative, lett. f): quali sono le “*materie dove maggiore è il rischio di conflitti di interesse*” ? E poi, secondo i codici di autodisciplina, i componenti dei comitati interni non dovrebbero essere tutti indipendenti ?

- Par. 3, Linee applicative, lett. i): che cosa significa, e come va attuato in statuto, il fatto che “*non deve essere reso eccessivamente difficoltoso il rinnovo degli organi aziendali*” ? Vanno evitati *quorum* qualificati, ovvero come debbono essere attuate le “*norme particolari*” previste dall’art. 2368, comma primo, ultima parte, cod. civ. ?

2) Modello dualistico

- La previsione del numero di esecutivi nel consiglio di gestione dev'essere esplicitata o meno in statuto? Qual è il rapporto con il Codice di Autodisciplina (par. 3) ?
- È ammessa una definizione "statutaria" di componenti il consiglio di gestione o amministratori "esecutivi" (par. 3, quarto cpv.) ?
- Lo statuto può prevedere la presenza, nel consiglio di gestione, di gestori "indipendenti" ovvero di esponenti della minoranza (par. 3) ?
- I componenti del comitato per il controllo interno nel consiglio di sorveglianza devono possedere "*adequati requisiti di professionalità e tutti indipendenti*" (par. 3, lett. g). Tale adeguatezza implica un *quid pluris* rispetto a quelli di legge e come tale dev'essere prevista in statuto? Nei sistemi ordinario e monistico non è necessaria tale caratteristica?
- Par. 3, Linee applicative, lett. c) e d). Quali sono le caratteristiche precise dei consiglieri esecutivi nel consiglio di gestione ?
- Par. 3, Linee applicative, lett. d), secondo alinea: nel caso di consiglio di gestione, non si tratta di caratteristiche contraddittorie rispetto alla natura ed alle funzioni dell'organo al quale i componenti non esecutivi partecipano ?

H) Meccanismi di remunerazione ed incentivazione

- La competenza dell'assemblea ordinaria ai fini dell'approvazione delle politiche di remunerazione costituisce una integrazione "obbligatoria" delle materie riservate all'organo per legge; è sufficiente o meno il mero richiamo all'espressione "politiche di remunerazione" (par. 4) ?
- Resta o meno fermo l'art. 2389, terzo comma, cod. civ. (par. 4) ?

I) Flussi informativi

- Il par. 5 demanda ad "*appositi regolamenti*" la materia dei flussi informativi: qual è lo spazio per una regolamentazione statutaria, soprattutto con riguardo ai flussi interorganici ed, in particolare, fra i presidenti degli organi sia nel sistema ordinario che in quello dualistico ?

(A cura di Mario Cera ed Alessandra Rosa)