

## **L'adozione del Modello di prevenzione di reati da parte delle società di gestione del risparmio**

**Di Maurizio Arena**

La gestione di fondi comuni di investimento, oggetto dell'attività delle società di gestione del risparmio, costituisce un'attività "sensibile" ai fini dell'applicazione del d.lg. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Trattasi di attività cui è connessa la gestione di risorse finanziarie; che interessa il pubblico risparmio; soggetta a copiosa regolamentazione e a numerosi controlli da parte di Autorità di vigilanza.

Pressochè tutte le SGR sono di matrice bancaria.

Tuttavia svolgono un'attività diversa da quella precipua della holding.

La diversa attività comporta, in particolare, la necessità di una specifica mappatura dei rischi di reato nei vari processi aziendali.

Sarà inoltre opportuno che la SGR istituisca un proprio organismo di vigilanza ex art 6 d.lg. 231; tale soluzione imporrà adeguate forme di coordinamento tra questo organismo e l'organismo di vigilanza di gruppo.

La realizzazione del Modello della SGR dovrà tenere in considerazione – all'atto dell'adozione e, soprattutto, durante la sua vigenza - la copiosa normativa (di rango legislativo, regolamentare e "di categoria") che afferisce l'attività di gestione del risparmio.

Tutti i momenti che ineriscono al rapporto con le Autorità di settore (Consob, Banca d'Italia e Ministero del Tesoro e, sotto certi profili, Borsa Italiana) devono essere inquadrati in regole e procedure – preventive e di controllo - che consentano di soddisfare il dettato di cui al d.lg. 231.

Si intende dire che il mancato o incompleto rispetto delle disposizioni poste a presidio dei canoni di correttezza, trasparenza, conflitti di interesse ecc., alla luce del d.lg. 231/2001, potrebbe comportare un coinvolgimento diretto della SGR – e, in definitiva, del suo patrimonio – in un procedimento penale e non più soltanto della persona fisica in ipotesi autrice dell'illecito.

### **- Il d.lg. n. 197 del 2004**

Sui rapporti tra il d.lg. 231/2001 e le SGR (ma anche SIM e SICAV) va menzionato il **d.lg. 9 luglio 2004, n. 197**, di attuazione della direttiva 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, in vigore dal 6 agosto 2004.

Secondo l'art 10 - che inserisce un nuovo art. 60-bis (*Responsabilità delle SIM, delle SGR e delle SICAV per illecito amministrativo dipendente da reato*) nel Testo Unico della Finanza - il pubblico

ministero che iscrive nel registro delle notizie di reato un illecito amministrativo a carico di una SIM, di una SGR o di una SICAV, ne dà comunicazione alla Banca d'Italia e alla CONSOB (le quali possono essere sentite o presentare relazioni scritte durante il procedimento).

In ogni grado del giudizio di merito, prima della sentenza, il giudice dispone, anche d'ufficio, l'acquisizione dalla Banca d'Italia e dalla CONSOB di aggiornate informazioni sulla situazione dell'intermediario, con particolare riguardo alla struttura organizzativa e di controllo.

Ma vi è di più.

La riforma del sistema di tutela del risparmio, all'esame della Camera, prevede che le osservazioni del Ministero della Giustizia sulle linee guida di categoria (ad esempio quelle di Assogestioni, per quel che qui interessa), verranno formulate – con riguardo ai reati, di prossima introduzione, di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato - di concerto con la Consob.

Emerge allora, con ulteriore chiarezza, la rilevanza di una governance calibrata sul nuovo sistema di responsabilità introdotto con il d.lg. 231.

### **- Il Codice di comportamento di Assogestioni**

Assogestioni ha emanato le linee guida per la redazione dei Modelli, ai sensi dell'art 6 comma 3 del d.lg. 231; tali linee guida hanno ricevuto il placet ministeriale.

Il Modello delle SGR dovrà tenere in debito conto le indicazioni minime contenute nel documento, anche se in alcuni casi sembrano comunque meritevoli di ulteriore approfondimento in relazione alle best practices codificate in altre linee guida (ad es.: Confindustria, ABI, ANIA, ANCE, ASSTRA) ed analizzate dalla migliore dottrina aziendalistica.

Ci si riferisce in particolare alle seguenti prescrizioni contenute nel codice di Assogestioni:

- l'organo preposto al rispetto del Modello – denominato “Giurì etico” – “deve” essere collegiale e non monocratico;
- il Giurì viene nominato dall'assemblea dei soci e non dal Consiglio di amministrazione;
- può essere composto anche in via esclusiva da soggetti esterni alla società;
- provvede direttamente all'irrogazione delle sanzioni disciplinari.

Si tratta, in altri termini, di soluzioni in parte divergenti rispetto a quanto sancito in altri documenti, che consentono un organismo monosoggettivo, nominato dal Consiglio di amministrazione, che formuli pareri – e non decisioni - in materia disciplinare.

Importanti, inoltre, i riferimenti ai reati che possono coinvolgere la SGR.

Innanzitutto – pur non trascurandosi i reati contro la Pubblica Amministrazione - si evidenziano alcuni reati c.d. peculiari, che debbono essere adeguatamente affrontati nella redazione del Modello: il falso in prospetto, l'aggiotaggio e l'ostacolo alle funzioni di vigilanza.

In secondo luogo, si pone l'accento, sotto un profilo operativo, sulla tutela dei sistemi informatici e sulla necessità di integrare le procedure del Modello con le altre già esistenti (antiriciclaggio, insider trading, comunicazioni alle Autorità).

Infine, si evidenzia come il rispetto della normativa antiriciclaggio possa costituire il perno per contrastare il rischio di responsabilità della società ex artt 25 quater e 25 quinquies (rispettivamente: delitti con finalità terroristiche e contro la personalità individuale).

#### **- I reati c.d. peculiari associabili all'attività di una S.G.R.: il falso in prospetto**

Le misure preventive concernenti il delitto in questione (art 2623 c.c.) assumono un ruolo centrale nel Modello della SGR, in quanto direttamente attinenti al momento cruciale dell'attività di sollecitazione all'investimento.

Il testo di riforma della tutela del risparmio, attualmente in discussione alla Camera, prevede un aumento delle sanzioni per il delitto in questione, che verrà espunto dal codice civile e inserito nel T.U.F., all'art 173 bis.

La regolamentazione interna della formazione e della pubblicazione del prospetto dovrà assumere, quale parametro di riferimento, la normativa – specie regolamentare – vigente *in subiecta materia*.

#### **- Continua: l'aggiotaggio**

Sul contenuto del Modello in relazione a questa fattispecie inciderà l'approvazione della legge comunitaria 2004 che, recependo la Direttiva 2003/6/CE sugli abusi di mercato, modifica sensibilmente l'ambito di operatività della condotta criminosa.

In particolare – a differenza dell'attuale stato della normativa, che contempla l'aggiotaggio come illecito penale - potrà essere integrata sia una fattispecie penalmente rilevante che una costituente illecito amministrativo (rispettivamente: nuovi artt 185 e 187 ter T.U.F.), entrambe denominate “manipolazione del mercato”. In entrambi i casi la società potrà essere coinvolta dall'illecito della persona fisica, ai sensi del d.lg. 231/2001.

Sul punto va rilevata la disposizione secondo la quale, nell'ipotesi di cui all'art 187 ter sarà la CONSOB - e non l'Autorità Giudiziaria – ad accertare l'illecito amministrativo e ad irrogare le sanzioni. In altri termini, non si applicherà direttamente il sistema di cui al d.lg. 231/2001 (ancorché si operi un rinvio ai suoi principi fondamentali)

### **- Continua: l'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza**

In numerosi momenti della sua attività, la SGR è soggetta al controllo pubblico (Ministero del Tesoro, Banca d'Italia, Consob e, in relazione alla quotazione dei fondi, Borsa Italiana).

Il Modello organizzativo dovrà pertanto prevedere misure e procedure che assicurino - con ragionevole sicurezza e senza irrigidire eccessivamente lo svolgimento dell'attività - il rispetto degli obblighi posti dalla normativa primaria e, soprattutto, regolamentare vigente.

Va aggiunto che l'esercizio della funzione di vigilanza verrà rafforzato dalla riforma della tutela del risparmio, all'esame del Parlamento (art. 187-quinquiesdecies. T.U.F. - Tutela dell'attività di vigilanza della CONSOB).

### **- Continua: il contrasto al riciclaggio**

La normativa, in essere e *in fieri*, richiede l'adozione di adeguate misure e procedure volte ad impedire che il denaro raccolto per il tramite di un investimento venga accantonato per creare fondi da utilizzare per scopi illeciti.

In un prossimo futuro entreranno in vigore importanti integrazioni del d.lg. 231/2001, concernenti il riciclaggio e il reimpiego di denaro di provenienza illecita.

Ci si riferisce all' art 8 del disegno di legge 2351, attuativo della Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato transnazionale, già approvato dal Senato, ora all'esame della Camera, che introdurrà nel d.lg. 231 – tra l'altro - un nuovo art 25-septies. (Riciclaggio), che recita:

“1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dagli articoli 648-bis e 648-ter del codice penale, si applica all'ente la sanzione pecuniaria da duecento a ottocento quote.

2. Nei casi di condanna per i reati di cui al comma 1, si applicano all'ente le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2”.

Tuttavia, proprio in relazione alla normativa antiriciclaggio, va sin da ora evidenziata l'entrata in vigore del d.lg. 20 febbraio 2004 n. 56, che estende espressamente gli obblighi antiriciclaggio alle SGR (art 2 comma 1). Precisamente:

- le SGR sono gravate dagli obblighi di segnalazione delle operazioni sospette;
- le SGR hanno l'obbligo di identificazione del cliente (= investitore) e di conservazione dei dati

Particolarmente importante, per le potenziali interrelazioni con il Modello ex d.lg. 231, l'art 8, che riguarda anche le SGR, ai sensi del quale dovranno essere adottate “adeguate procedure volte a

prevenire ed impedire la commissione del delitto di riciclaggio” (in particolare: misure di controllo interno e adeguata formazione dei dipendenti e dei collaboratori).

Sul punto restano fondamentali le istruzioni operative contenute nel c.d. decalogo-ter della Banca d'Italia del 2001, che mettono l'accento sulla conoscenza del cliente, sull'adozione di un efficace sistema di controllo interno (in prima battuta: controlli di linea – in seconda battuta: collegio sindacale e internal audit – in terza battuta: società di revisione), sulla formazione del personale.

Si è già detto che le linee guida di Assogestioni pongono l'accento sulla prevenzione del “rischio riciclaggio” e sull'utilizzo delle procedure antiriciclaggio al fine di prevenire la commissione dei delitti ex artt 25 quater e 25 quinquies d.lg. 231.

#### **- Continua: l'abuso di informazioni privilegiate (legge Comunitaria 2004)**

Le condotte che comunemente si definiscono “insider trading” potranno costituire, a seconda dei casi, sia illecito penale sia illecito amministrativo (nuovi artt. 184 e 187-ter). Anche in questo caso – così come per la manipolazione del mercato - sarà possibile, in entrambe le ipotesi, il coinvolgimento diretto – sotto il profilo sanzionatorio - della persona giuridica (nuovo art 187-quinquies T.U.F. e nuovo art. 25-sexies D.lg. 231/2001).

Pertanto assumeranno rilievo decisivo le regole interne che la SGR dovrà adottare (o eventualmente migliorare) – nell'ambito del Modello - al fine di “gestire in sicurezza” il trattamento e la diffusione di informazioni privilegiate.

#### **- Prospettive *de iure condendo*: la riforma del sistema di tutela del risparmio**

Il testo attualmente all'esame della Camera introduce, tra l'altro, il delitto di omessa comunicazione del conflitto di interessi (art 2629 – bis c.c.), che recita:

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

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

Ecco che una delle problematiche fondamentali dell'attività delle SGR – la gestione dei conflitti di interesse – assumerà un'importanza “operativa” assolutamente primaria, potendo comportare effetti sanzionatori fino ad oggi (forse) posti in secondo piano dal settore in generale.

(Maurizio Arena)