

Dicembre 2018

Il 25° aggiornamento delle disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario

Raffaele Lener, Professore Ordinario di Diritto dei mercati finanziari, Università di Roma Tor Vergata, Partner, Studio Lener & Partners; Luca Capone, Partner, Giovanni Gaudio, Associate, People and Reward, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

1. La disciplina in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario: il punto sulle fonti

La disciplina attualmente vigente in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario è frutto di una complessa regolamentazione che trova la sua genesi negli interventi del legislatore europeo post crisi finanziaria¹.

L'Unione Europea è intervenuta, dapprima con la Direttiva 2010/76/CE (la **CRD III**) e, successivamente, con la Direttiva 2013/36/UE (la **CRD IV**), allo scopo di garantire, in generale, che le banche si dotassero di politiche e prassi di remunerazione che riflettessero e promuovessero una sana ed efficace gestione del rischio creditizio².

Tale obiettivo è stato perseguito, da parte del legislatore europeo, mediante l'introduzione di regole che impongono agli enti creditizi di allineare la remunerazione di tutto il personale – con riguardo, in particolare, alla remunerazione del personale più rilevante, composto da quei soggetti che hanno una maggiore incidenza sul rischio creditizio (i c.d. “*risk takers*”) – a risultati da ottenere nel lungo periodo, in modo da evitare condotte opportunistiche degli stessi finalizzate ad un miglioramento, nel breve periodo, della *performance*, personale e della banca, allo scopo di ottenere remunerazioni più alte a cui non corrisponda, però, alcuna effettiva creazione di valore per l'istituzione di

¹ In dottrina, per un inquadramento generale del problema, soprattutto con riferimento ai profili di *corporate governance*, si veda il dibattito dedicato al tema *Remunerazioni e manager: uomini (d'oro) e no* (a cura di M. CERA e R. LENER) in *Analisi Giur. dell'Econ.*, 2014, 2, p. 240 ss. Nello specifico, in tema di remunerazioni nel settore bancario, si vedano, in particolare, i contributi di G. FERRARINI e M. SIRI, *Le politiche di remunerazione nella banche tra principi e regole*, in *op. cit.*, p. 415 ss. e di S. CAPPIELLO, *I compensi variabili dei vertici bancari e l'Europa: un difficile “rapporto”*, in *op. cit.*, p. 439 ss.

² In generale, tale finalità è oggi esplicitata dal legislatore europeo all'art. 92, par. 2, della CRD IV.

appartenenza³. Peraltro, in linea con un generale principio di proporzionalità⁴, le regole dettate oggi a livello europeo e nazionale sono più pervasive con riguardo alle banche di maggiori dimensioni, mentre sono espressamente previste alcune eccezioni per le banche di dimensioni intermedie e soprattutto minori, poiché, da un lato, il costo di *compliance* potrebbe essere per loro troppo alto e, dall'altro, una loro eccessiva assunzione di rischi avrebbe comunque un impatto minore sul sistema finanziario nel suo complesso rispetto alle banche di maggiori dimensioni⁵.

In generale, la CRD IV, confermando l'impianto della CRD III e dettando una disciplina più complessa e rigorosa della precedente, ha disposto un sistema di regole, con riguardo alla componente variabile della remunerazione, che sono strumentali a perseguire gli obiettivi sottesi all'intervento del legislatore europeo in materia: pagamento di una parte della remunerazione variabile in strumenti finanziari, divieto di vendita per un determinato periodo di tempo degli strumenti finanziari corrisposti, differimento nel tempo di parte dei compensi di natura variabile, introduzione di una serie di meccanismi di correzione *ex post*, qualora i presupposti di *performance* alla base della remunerazione ottenuta si siano rivelati errati o, nei casi più gravi, siano dipesi da condotte inadempienti o finanche fraudolente dei beneficiari (i meccanismi di c.d. "*malus*"⁶ e c.d. "*claw-back*"⁷)⁸. Peraltro, con una rilevante innovazione rispetto al passato, la CRD IV ha introdotto un limite al rapporto tra la componente variabile e quella fissa della remunerazione (c.d. "*bonus cap*") del personale più rilevante, secondo il quale la prima non può superare il 100% della seconda, anche se è stata comunque prevista la possibilità, previa delibera dell'assemblea dei soci, di estendere tale limite al 200%⁹.

Come noto, le regole in materia di remunerazione oggi dettate, a livello europeo, dalla CRD IV sono state poi recepite in Italia dalla Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 - Disposizioni di vigilanza per le banche - 7° aggiornamento del 18 novembre 2014 - Parte Prima, Titolo IV - Capitolo 2 - Politiche e prassi di remunerazione e incentivazione (le **Disposizioni Banca d'Italia**).

³ Sul punto, si veda il passaggio del contributo di G. FERRARINI e M. SIRI, *Le politiche di remunerazione nella banche tra principi e regole*, in *op. cit.*, pp. 431-432 relativo all'inquadramento teorico delle ragioni dell'intervento del legislatore europeo mediante la direttiva CRD IV.

⁴ Previsto dall'art. 92, par. 2, della CRD IV.

⁵ Si rimanda, sul punto, ai par. 75-82 delle EBA Guidelines e alla Sez. I, par. 7, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° e 25° aggiornamento).

⁶ Per *malus*, si intende quel meccanismo di correzione *ex post* che prevede un aggiustamento al ribasso della remunerazione, a fronte di *performance* negativa, in caso di *bonus* maturati su un arco di tempo pluriennale (ma prima che il *bonus* sia stato effettivamente percepito dal beneficiario).

⁷ Per *clawback*, si intende quel meccanismo di correzione *ex post* che prevede l'obbligo di restituzione della remunerazione, a fronte di *performance* negativa e/o condotte inadempienti o fraudolente (dopo che il *bonus* sia stato percepito dal beneficiario).

⁸ Tale disciplina è dettata all'art. 94, par. 1, della CRD IV.

⁹ Prevista all'art. 94, par. 1, lett. g), della CRD IV.

Fermo il quadro normativo appena descritto, negli anni successivi all'adozione della CRD IV, si è percepita l'esigenza, a livello europeo, di dettare una disciplina di maggior dettaglio che fosse funzionale a garantire una maggiore armonizzazione nella applicazione delle regole relative alla remunerazione del personale nelle imprese creditizie nei vari Stati Membri dell'Unione Europea, che avevano recepito le disposizioni della CRD IV in maniera non uniforme¹⁰. Per tale ragione, il 21 dicembre 2015, l'Autorità Bancaria Europea ha dunque pubblicato gli Orientamenti in materia di sane politiche di remunerazione (le **EBA Guidelines**)¹¹.

Le EBA Guidelines prevedono espressamente che esse trovino applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2017¹². Sul punto, occorre precisare che le EBA Guidelines non sono, di per sé considerate, direttamente vincolanti per le imprese bancarie operanti nel territorio dell'Unione Europea. Piuttosto, esse si rivolgono alle autorità nazionali competenti per il loro recepimento in ciascuno Stato Membro¹³: cioè, nel nostro ordinamento, alla Banca d'Italia.

Il processo di recepimento delle EBA Guidelines in Italia ha avuto inizio solo nel marzo 2018, quando la Banca d'Italia ha sottoposto a consultazione pubblica un documento in cui sono state presentate le modifiche che il regolatore nazionale intendeva apportare alle Disposizioni Banca d'Italia¹⁴. A valle del processo di consultazione pubblica, la Banca d'Italia ha dunque pubblicato, in data 26 ottobre 2018, il resoconto della stessa¹⁵, unitamente al 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, che ha interamente sostituito il Capitolo 2 della Parte Prima, Titolo IV delle stesse, così recependo nell'ordinamento italiano quanto previsto dalle EBA Guidelines. Tale aggiornamento è stato poi pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 12 novembre 2018.

¹⁰ Come precisato in sede di Consultation Paper - Draft Guidelines on sound remuneration policies under Article 74(3) and 75(2) of Directive 2013/36/EU and disclosures under Article 450 of Regulation (EU) No 575/2013, EBA/CP/2015/03, pubblicato dall'Autorità Bancaria Europea in data 4 marzo 2015, pp. 9-19.

¹¹ EBA/GL/2015/22, su cui si consenta di rimandare, anche per una più completa ricognizione delle fonti aggiornata al 2016, a L. CAPONE, R. LENER e G. GAUDIO, *Novità in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario*, in *Diritto Bancario. Approfondimento*, Febbraio 2016.

Prima delle EBA Guidelines, le disposizioni dettate dalla CRD III erano state seguite dagli Orientamenti del CEBS in materia di politiche e prassi di remunerazione, pubblicati il 10 dicembre 2010, che avevano precisato e specificato la portata, soprattutto applicativa, delle disposizioni ivi previste: in particolare, i suddetti orientamenti precisavano quale fosse la portata delle eccezioni che, in linea con il principio di proporzionalità, potevano essere applicate alle banche di dimensioni minori e al personale non *risk taker*. Gli Orientamenti del CEBS sono poi stati abrogati a far data dal 31 dicembre 2016, cfr. par. 8 EBA Guidelines.

¹² Par. 7 delle EBA Guidelines.

¹³ Par. 5 delle EBA Guidelines.

¹⁴ Documento per la consultazione in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche e nei gruppi bancari, marzo 2018.

¹⁵ Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018.

Questo contributo ha lo scopo di fare il punto sulle novità più importanti introdotte dal suddetto aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia. Ciò perché, da un lato, esse hanno dettato una disciplina più dettagliata e perciò utile a risolvere alcuni dei numerosi dubbi interpretativi e applicativi sorti in passato e, dall'altro, perché hanno introdotto rilevanti novità sul piano normativo, che impegneranno gli addetti ai lavori nel processo di necessario adeguamento delle politiche di remunerazione e incentivazione delle imprese bancarie che dovrà essere implementato nel 2019.

2. Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia: le principali novità

A livello generale, il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia non altera l'impianto della previgente regolamentazione in materia, ma detta una disciplina più dettagliata e rigorosa soprattutto con riguardo alle modalità di determinazione ed erogazione della remunerazione variabile, la cui definizione è stata peraltro ampliata rispetto alla versione pregressa contenuta nel 7° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia.

Di seguito, si evidenzieranno le principali novità, per area tematica, rispetto alla regolamentazione pregressa. Nel far ciò, si procederà ad una brevissima disamina delle prescrizioni contenute nelle EBA Guidelines, sottolineando le modalità con cui la competente autorità nazionale ha deciso di recepirle ed evidenziandone eventuali scostamenti. Si badi che le Disposizioni Banca d'Italia restano la sola fonte vincolante per le banche italiane. Pertanto, le EBA Guidelines potranno essere utilizzate, a mo' di ausilio interpretativo, solo ove le Disposizioni Banca d'Italia prevedano una disciplina dal tenore più generico di quella europea.

a. Definizione di remunerazione e delle sue componenti

La disciplina in materia di remunerazione, sia a livello europeo che nazionale, ruota attorno alla distinzione tra la componente fissa e quella variabile della stessa. Ciò perché il bilanciamento tra queste due componenti, così come le regole dettate soprattutto con riguardo alla struttura della remunerazione variabile, costituiscono il principale mezzo per garantire una sana ed efficace gestione del rischio creditizio¹⁶.

Buona parte delle EBA Guidelines è stata quindi dedicata a dettare i criteri utili a distinguere tra la componente fissa e quella variabile della remunerazione, prendendo analiticamente in esame una serie di strumenti remunerativi allo scopo di chiarire,

¹⁶ A livello europeo, sulla distinzione tra componente fissa e variabile, cfr. art. 92, par. 2, della CRD IV e più specificamente in materia di componente variabile, cfr. art. 94 della CRD IV. A livello italiano, le definizioni in materia sono dettate alla Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia e, per quanto concerne la disciplina, Sez. III Sez. I, par. 6, spec. par. 6.1 con riguardo al procedimento per l'esclusione del personale più rilevante, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° e 25° aggiornamento).

soprattutto con una finalità antielusiva, a quale disciplina essi dovessero essere assoggettati¹⁷.

La regolamentazione nazionale previgente forniva, a tal proposito, due definizioni generali: una di «remunerazione» e l'altra di «remunerazione variabile»¹⁸. Erano, però, sorti una serie di dubbi interpretativi relativi alla qualificazione di alcuni strumenti remunerativi come componente fissa o variabile della remunerazione, con rilevanti problemi applicativi sia con riguardo alle regole in materia di *bonus cap* sia, soprattutto, con riferimento alle regole dedicate, più nello specifico, alla struttura della remunerazione variabile.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia è caratterizzato, dal punto di vista definitorio, da un maggior grado di analiticità rispetto alla disciplina previgente.

Innanzitutto, la definizione di «remunerazione» riprende, nella sostanza, quella contenuta nella disciplina pregressa, anche se oggi essa contempla espressamente le c.d. “*allowances*”¹⁹, cioè quelle componenti accessorie della remunerazione riconosciute, ad esempio, in ragione del particolare ruolo svolto da un determinato membro del personale. Le Disposizioni Banca d'Italia non si pronunciano, a ben vedere, sulla qualificazione delle stesse come componente fissa o variabile della remunerazione. Le *allowances*, pertanto, dovranno essere alternativamente considerate come remunerazione fissa o variabile applicando i criteri generali previsti per definire le singole componenti della remunerazione²⁰. Tale scelta ricalca, di fatto, quanto previsto dalle EBA Guidelines, che, sul punto, dispongono, con una chiara finalità antielusiva, che le banche debbano documentare le ragioni che hanno determinato la qualificazione della singola *allowance* come remunerazione fissa o variabile²¹. Ciò allo scopo di evitare quel fenomeno che aveva talvolta portato gli enti creditizi a mascherare forme di remunerazione sostanzialmente legate alle *performance* della banca o del beneficiario come indennità di ruolo connesse alla specifica posizione ricoperta, qualificandole come remunerazione

¹⁷ Par. 115-169 delle EBA Guidelines.

¹⁸ Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

¹⁹ Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

²⁰ Tale conclusione è giustificata anche alla luce di quanto chiarito da Banca d'Italia nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 4, ove il regolatore ha chiarito che «la definizione di “remunerazione” è integrata nelle Disposizioni con il riferimento alle “componenti accessorie”, confermando quanto previsto nel documento di consultazione, per tenere conto delle GL riguardanti le cc.dd. *allowances*. Per “componenti accessorie” possono intendersi quelle che non si qualificano come remunerazione di base ma si aggiungono a questa per compensare, ad esempio, l'assunzione di una specifica posizione o lo svolgimento di specifiche mansioni. Anche queste componenti, in linea con le GL, devono essere valutate ai fini di una corretta allocazione nella componente fissa o variabile della remunerazione».

²¹ Par. 120-123 delle EBA Guidelines.

fissa anziché variabile, al fine di eludere l'applicazione delle norme applicabili alla componente variabile della remunerazione²².

In secondo luogo, sulla scorta di quanto previsto dalle EBA Guidelines²³, le Disposizioni Banca d'Italia introducono, per la prima volta, la definizione di «remunerazione fissa», da intendersi come quella che ha «natura stabile e irrevocabile, determinata e corrisposta sulla base di criteri prestabiliti e non discrezionali – quali, in particolare, i livelli di esperienza professionale e di responsabilità – che non creano incentivi all'assunzione di rischi e non dipendono dalla *performance* della banca»²⁴. Ciò al fine di semplificare il processo di allocazione di determinate forme di remunerazione di dubbia natura – come, ad esempio, le sopracitate *allowances* – nella componente fissa o variabile delle stessa.

Da ultimo, per quanto concerne la definizione di «remunerazione variabile» adottata nel 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, essa presenta un grado di analiticità e una estensione maggiore rispetto a quella previgente²⁵. Al di là delle precisazioni in materia di importi pattuiti tra la banca e il personale in vista o in occasione della conclusione anticipata del rapporto di lavoro o per la cessazione anticipata della carica, che verranno analizzate *infra*, le Disposizioni Banca d'Italia introducono due novità rilevanti sul piano normativo.

La prima consiste nella precisazione secondo cui i c.d. “*carried interest*”, come qualificati dalla disciplina in materia di risparmio gestito²⁶, debbano essere considerati remunerazione variabile²⁷. Sul punto, la formulazione delle Disposizioni Banca d'Italia è più generica di quella fornita dalle EBA Guidelines le quali, invece, precisavano come solo i pagamenti effettuati non in contropartita di un investimento da parte del beneficiario dovessero essere qualificati come remunerazione variabile, disponendo che essi dovessero essere computati nell'anno il cui il pagamento era stato effettuato. Per converso, le stesse EBA Guidelines precisavano, da un lato, come i pagamenti effettuati in contropartita di un investimento da parte del beneficiario non dovessero essere qualificati come remunerazione variabile e, dall'altro, come i dividendi (o altri tipi di interessi) pagati al personale più rilevante in qualità di azionista o titolare di altri strumenti finanziari non dovessero essere considerati come remunerazione ai fini della CRD IV²⁸,

²² Si rimanda, sulla questione, all'EBA Report on the application of Directive 2013/36/EU (Capital Requirements Directive) regarding the principles on remuneration policies of credit institutions and investment firms and the use of allowances e all'Opinion of the European Banking Authority on the application of Directive 2013/36/EU (Capital Requirements Directive) regarding the principles on remuneration policies of credit institutions and investment firms and the use of allowances, EBA/Op/2014/10, pubblicati entrambi il 15 ottobre 2014.

²³ Par. 115-119, spec. par. 117, delle EBA Guidelines.

²⁴ Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

²⁵ Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

²⁶ Il riferimento è, in particolare, alla disciplina nazionale di recepimento delle Direttive 2009/65/CE (c.d. UCITS) e 2011/61/UE (c.d. AIFM).

²⁷ Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

²⁸ Par. 126-127 delle EBA Guidelines.

sulla scorta, peraltro, di quanto già previsto a livello europeo in materia di risparmio gestito²⁹. In assenza di specifici chiarimenti sul punto da parte delle Disposizioni Banca d'Italia, sarebbe dunque ragionevole applicare le disposizioni più specifiche delle EBA Guidelines e, soprattutto, della disciplina nazionale in materia di risparmio gestito³⁰, anche perché espressamente richiamata dalle Disposizioni Banca d'Italia³¹, nel processo di qualificazione delle somme corrisposte a titolo di *carried interest* ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di remunerazione del personale.

La seconda novità consiste nella introduzione di una sorta di «clausola di salvaguardia»³², secondo cui è opportuno qualificare come remunerazione variabile «ogni altra forma di remunerazione che non sia univocamente qualificabile come remunerazione fissa»³³. Tale precisazione, contenuta anche nelle EBA Guidelines³⁴, denota una *vis expansiva* del concetto di remunerazione variabile rispetto alla disciplina pregressa, sintomo di un atteggiamento prudenziale del regolatore europeo e nazionale al processo di qualificazione della remunerazione secondo cui, in assenza di indicazioni dirimenti per considerare un determinato importo come componente fissa o variabile della remunerazione, esso dovrà essere qualificato come remunerazione variabile.

b. Identificazione del personale più rilevante

Come anticipato in apertura, le Disposizioni Banca d'Italia, in linea con quanto previsto dalla CRD IV³⁵, hanno sempre dettato una disciplina che le banche devono applicare, in generale, a tutto il «personale» e una, più rigorosa, da applicare al solo «personale più

²⁹ Il riferimento è agli Orientamenti dell'ESMA per sane politiche retributive, pubblicati il 3 luglio 2013, cfr. ESMA/2013/232, par. 13.

³⁰ Il riferimento è al Regolamento adottato congiuntamente dalla Banca d'Italia e dalla Consob ai sensi dell'art. 6, co. 2-*bis*, del D.Lgs. n. 58 del 1998 in data 29 ottobre 2007 (il c.d. «Regolamento congiunto»), così come modificato in data 27 aprile 2017 dalla Banca d'Italia e dalla Consob, che, includendo nella nozione di remunerazione variabile i *carried interests*, precisa che «nella nozione di remunerazione non rientra invece la quota di utile pro rata attribuita ai membri del personale in ragione di eventuali investimenti da questi effettuati nell'OICVM o nel FIA, purché proporzionale all'effettiva percentuale di partecipazione all'OICVM o FIA e non superiore al ritorno riconosciuto agli altri investitori. Per una corretta applicazione della disciplina, i gestori devono quindi essere in grado di individuare chiaramente le quote di utile che eccedono l'utile pro rata degli investimenti e che si configurano come *carried interest*». Per precisazioni sulla questione, si veda F. BERNERI, C. GIULINI, E.M. BOCCHINO, G. BONGIOVANNI, *Le politiche e le prassi di remunerazione e incentivazione nel regolamento congiunto: l'adeguamento alla UCITS V*, in *Diritto Bancario. Approfondimento*, Maggio 2017, spec. pp. 5-6.

³¹ Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento) chiarisce infatti che debbano essere considerati come remunerazione variabile i *carried interests* «come qualificati dalle disposizioni in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione per il settore del risparmio gestito, di attuazione delle direttive 2009/65/CE (c.d. UCITS) e 2011/61/UE (c.d. AIFMD)»

³² È questa la terminologia utilizzata dalla Banca d'Italia a giustificazione di tale precisazione, come emerge dalla Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 4.

³³ Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

³⁴ Par. 116 delle EBA Guidelines.

³⁵ Art. 92, par. 2, della CRD IV.

rilevante», che ricomprende «le categorie di soggetti la cui attività professionale ha o può avere un impatto rilevante sul profilo di rischio della banca o del gruppo bancario»³⁶.

Le norme tecniche per identificare il personale più rilevante sono dettate, a livello europeo, dal Regolamento delegato (UE) 604/2014. L'art. 4 di questo Regolamento prevede, peraltro, la possibilità di escludere alcuni membri del personale di ciascuna banca dal novero del personale più rilevante, secondo un procedimento che impone la notifica e la richiesta di approvazione preventiva dell'esclusione, le cui regole specifiche sono previste dalla Decisione (UE) 2015/2218 della Banca Centrale Europea.

Le EBA Guidelines avevano fornito maggiori dettagli sul procedimento di identificazione del personale più rilevante, disponendo che le banche avrebbero dovuto svolgerlo con cadenza annuale e che lo stesso sarebbe dovuto essere parte integrante della complessiva politica di remunerazione dell'ente³⁷, che doveva tenerne, peraltro, traccia documentale³⁸. Le stesse EBA Guidelines avevano disciplinato più analiticamente le procedure relative alla notifica e alla istanza di autorizzazione preventiva, da trasmettere e presentare alle autorità competenti al fine di ottenere l'esclusione di alcuni membri del personale dal novero di quello più rilevante³⁹.

La disciplina pregressa delle Disposizioni Banca d'Italia, che richiamava comunque la disciplina prevista dal Regolamento delegato (UE) 604/2014, era abbastanza generica in merito alle procedure che le banche avrebbero dovuto seguire per l'identificazione del personale più rilevante ed, eventualmente, per la esclusione di alcuni membri del personale dal novero di quello più rilevante⁴⁰.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia ha introdotto una analitica disciplina del processo di identificazione del personale più rilevante, prevedendo espressamente, in linea con le EBA Guidelines, che esso debba essere condotto annualmente da tutte le banche. Peraltro, esse prevedono, con una novità rilevante rispetto al passato, che le banche debbano preparare una specifica politica relativa a tale processo di identificazione, la quale forma parte integrante della più generale politica di remunerazione e incentivazione della banca e che, al pari di quest'ultima, deve essere adeguatamente documentata e formalizzata, anche con riguardo alle ragioni sottese alle determinazioni in essa compiute, nonché approvata dall'assemblea dei soci⁴¹. A valle di

³⁶ Sez. I, par. 3 delle Disposizioni Banca d'Italia (7° e 25° aggiornamento).

³⁷ Par. 83 delle EBA Guidelines.

³⁸ Par. 91 delle EBA Guidelines.

³⁹ Par. 94 delle EBA Guidelines.

⁴⁰ Sez. I, par. 6 delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

⁴¹ Sul punto, si vedano anche i chiarimenti di Banca d'Italia contenuti nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 10, ove il regolatore precisa che la politica per l'identificazione del personale più rilevante «è parte integrante della politica di remunerazione, per cui deve essere adeguatamente formalizzata e documentata, accessibile a tutti i livelli dell'organizzazione, sottoposta all'approvazione dell'assemblea dei soci». Peraltro, nello stesso documento, Banca d'Italia chiarisce, a p. 10, si precisa che «all'assemblea dei soci vanno fornite le principali informazioni sugli esiti del processo di

ciò, la nuova versione delle Disposizioni Banca d'Italia disciplina analiticamente le procedure relative alla notifica e alla istanza di autorizzazione preventiva, da trasmettere e presentare alla Banca Centrale Europea o alla Banca d'Italia al fine di ottenere l'esclusione di alcuni membri del personale dalla classe di quello più rilevante⁴².

c. Limite al rapporto tra componente variabile e fissa della remunerazione (c.d. "bonus cap")

Come anticipato, in ragione della previsione contenuta nella CRD IV⁴³, era stato introdotto, già nel 7° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, un limite al rapporto tra componente variabile e fissa della remunerazione, che non poteva superare il 100%, salva la possibilità di elevarlo, fino ad un massimo del 200%, in presenza di una delibera in tal senso adottata dall'assemblea dei soci⁴⁴.

Le EBA Guidelines avevano ammesso dei margini di flessibilità nella determinazione del *bonus cap*, consentendo la possibilità di individuare limiti differenziati per diverse giurisdizioni, *business units*, funzioni aziendali e categorie di personale, ma anche per singoli soggetti afferenti alla medesima categoria di personale più rilevante⁴⁵.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia ha adottato, sul punto, un approccio maggiormente prudenziale rispetto a quello delle EBA Guidelines, introducendo solo parte dei margini di flessibilità da esse previsti. In particolare, è stata ammessa la possibilità, per l'assemblea dei soci, di individuare, per singoli individui o categorie di personale, rapporti tra la componente variabile e quella fissa della remunerazione diversi rispetto a quelli generalmente applicati al personale della banca, fermo il limite massimo del 200%. La eventuale individuazione di limiti differenti, in ogni caso, è eccezionale e deve essere adeguatamente motivata nell'ambito della politica di remunerazione della banca⁴⁶.

d. Remunerazione variabile da corrispondere in strumenti finanziari

Come noto, la CRD IV prevede l'obbligo di pagamento di almeno il 50% della remunerazione variabile in strumenti finanziari⁴⁷, puntualmente recepito dal 7° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia che disponeva, più nel dettaglio, che la

identificazione del personale più rilevante, secondo quanto previsto dalla Sez. II, par. 1: non è necessario fornire informazioni sui nominativi, i ruoli e le responsabilità dei singoli *risk-takers*, ma vanno rese almeno informazioni aggregate su numero e ruoli/responsabilità dei *risk-takers*, le variazioni rispetto all'anno precedente, le esclusioni operate e le motivazioni di tali esclusioni, e ogni altro dato essenziale per comprendere appieno la politica di remunerazione».

⁴² Sez. I, par. 6, spec. par. 6.1 con riguardo al procedimento per l'esclusione del personale più rilevante, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

⁴³ Art. 94, par. 1, lett g), della CRD IV.

⁴⁴ Sez. III, par. 1.2, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

⁴⁵ Par. 185 e 187 delle EBA Guidelines.

⁴⁶ Sez. III, par. 1.2, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

⁴⁷ Art. 94, par. 1, lett l), della CRD IV.

proporzione tra la quota di remunerazione variabile da pagare in danaro e quella da corrispondere in strumenti finanziari dovesse essere applicata nella stessa percentuale tanto alla parte differita quanto a quella a pronti (c.d. “*up-front*”)⁴⁸.

Sul punto, le EBA Guidelines avevano dettato una disciplina di maggiore dettaglio. A livello generale, esse disponevano che le banche avrebbero dovuto privilegiare la corresponsione della remunerazione variabile in strumenti finanziari rispetto al pagamento in contanti. Fermo tale principio, si puntualizzava che la percentuale tra le due modalità di corresponsione della stessa sarebbe dovuta essere fissata al di sopra del 50%, in modo differenziato tra la parte differita e non differita della remunerazione variabile. Nel caso in cui, peraltro, le banche avessero riconosciuto una quota in strumenti finanziari superiore al 50% della remunerazione variabile complessiva, esse avrebbero dovuto privilegiare una quota maggiore di strumenti finanziari nell’ambito della parte differita della stessa⁴⁹.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d’Italia, nel recepire quanto previsto dalle EBA Guidelines, elimina l’obbligo, previsto dalla disciplina pregressa, di applicare la medesima percentuale tra contanti e strumenti finanziari sia per la parte di remunerazione variabile corrisposta *up-front* che per quella differita. In ragione di ciò, le banche godranno oggi di maggiore flessibilità, potendo, ad esempio, privilegiare il pagamento prevalentemente in contanti per la quota *up-front* e quello in strumenti finanziari per la quota differita. Peraltro, le Disposizioni Banca d’Italia oggi prevedono che, nel caso in cui la quota in strumenti finanziari sia superiore al 50% della remunerazione variabile complessiva, la parte in strumenti finanziari da differire sia maggiore della parte in strumenti finanziari pagabili *up-front*⁵⁰. Si badi che tale ultima previsione dovrà sempre essere applicata dalle banche a determinati soggetti che occupano determinate posizioni apicali nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, per espressa previsione delle Disposizioni Banca d’Italia⁵¹.

e. *Divieto di vendita (per un periodo determinato) degli strumenti finanziari corrisposti*

Con riguardo agli strumenti finanziari corrisposti al personale più rilevante, il 7° aggiornamento delle Disposizioni Banca d’Italia, specificando le generali indicazioni contenute nella CRD IV⁵², prevedeva che il divieto di vendita (c.d. “*periodo di retention*”)

⁴⁸ Sez. III, par. 2.1, n. 3, delle Disposizioni Banca d’Italia (7° aggiornamento).

⁴⁹ Par. 261 delle EBA Guidelines.

⁵⁰ Sez. III, par. 2.1, n. 3, delle Disposizioni Banca d’Italia (25° aggiornamento).

⁵¹ Sez. III, par. 2.1, n. 4, spec. nt. 8, delle Disposizioni Banca d’Italia (25° aggiornamento): tali soggetti sono almeno «i consiglieri esecutivi, il direttore generale, i condirettori generali, i vice direttori generali e altre figure analoghe, i responsabili delle principali aree di business (e di quelle con maggior profilo di rischio, es. *investment banking*), funzioni aziendali o aree geografiche, nonché per coloro che riportano direttamente agli organi con funzione di supervisione strategica, gestione e controllo».

⁵² Art. 94, par. 1, lett I), della CRD IV.

per gli strumenti finanziari pagati *up-front* fosse di minimo due anni. Per quelli differiti, invece, si prevedeva, più genericamente, che tale periodo potesse essere più breve.

Le EBA Guidelines prevedevano, sul punto, una disciplina parzialmente difforme rispetto a quella nazionale, disponendo che il periodo di *retention* dovesse essere pari ad un minimo di un anno per gli strumenti finanziari corrisposti *up-front* e ad almeno sei mesi per quelli differiti, qualora il periodo di differimento fosse pari ad almeno cinque anni, fatta eccezione per alcuni soggetti apicali ai quali, anche con riguardo agli strumenti finanziari differiti, si sarebbe dovuto applicare un periodo di *retention* pari ad un minimo di un anno⁵³.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia adegua la disciplina nazionale alle prescrizioni contenute nelle EBA Guidelines, disponendo che, in generale, il periodo di *retention* non sia inferiore ad un anno, senza distinguere, come avveniva nella disciplina pregressa, tra strumenti finanziari corrisposti *up-front* e differiti. Solo per gli strumenti finanziari differiti il periodo di *retention* può essere ridotto a non meno di sei mesi, purché non si tratti di soggetti che occupano determinate posizioni apicali nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, ai quali si applica in ogni caso il periodo di *retention* di almeno un anno anche con riguardo agli strumenti finanziari differiti⁵⁴.

f. Differimento obbligatorio di quota parte della remunerazione variabile

La versione previgente delle Disposizioni Banca d'Italia, in linea con le previsioni generali della CRD IV⁵⁵, prevedeva l'obbligo per le banche di sottoporre la componente variabile della remunerazione, per una quota almeno pari al 40%, a sistemi di pagamento differito per periodi di tempo non inferiori a 3-5 anni. Peraltro, tale quota veniva innalzata a minimo il 60% della remunerazione variabile, con riguardo ad un periodo di differimento non inferiore a 5 anni, per quei soggetti la cui componente variabile rappresentasse un importo particolarmente elevato (c.d. "*high earners*") e, almeno, per coloro che occupavano una posizione apicale nell'ambito della banca⁵⁶.

Anche in ragione di quanto previsto dalle EBA Guidelines⁵⁷, il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, ferma la previsione generale del differimento di almeno il 40% della remunerazione variabile per periodi di tempo non inferiori a 3-5 anni, prevede che per tutto il personale più rilevante – e non solo, quindi, per i soggetti apicali – occorra sottoporre a differimento almeno il 60% della componente variabile della remunerazione qualora essa rappresenti un importo particolarmente elevato. Le Disposizioni Banca d'Italia definiscono i criteri idonei a determinare in cosa consista un importo di

⁵³ Par. 267 delle EBA Guidelines.

⁵⁴ Sez. III, par. 2.1, n. 3, da leggere in combinato disposto con quanto previsto alla Sez. III, par. 2.1, n. 4, spec. nt. 8, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento). Tali soggetti sono quelli indicati alla nt. 51.

⁵⁵ Art. 94, par. 1, lett. m), della CRD IV.

⁵⁶ Sez. III, par. 2.1, n. 4, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

⁵⁷ Par. 237-244 delle EBA Guidelines.

remunerazione variabile «particolarmente elevato», che dovrà essere indicato nelle politiche di remunerazione da ciascuna banca e aggiornato con cadenza almeno triennale⁵⁸, ferma restando la possibilità, preferibile in un’ottica prudenziale, di aggiornarlo con maggiore frequenza⁵⁹.

Una disciplina più di dettaglio, già parzialmente richiamata *supra*, è applicabile ad alcuni soggetti che occupano determinate posizioni apicali nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa, a prescindere dal fatto che la loro remunerazione variabile non costituisca un importo particolarmente elevato. Le Disposizioni Banca d’Italia prevedono infatti che, con riguardo a questi ultimi, la durata del periodo di differimento non possa essere inferiore a 5 anni e che più del 50% della parte differita debba essere composta da strumenti finanziari⁶⁰.

g. Meccanismi di correzione ex post (cc.dd. “malus” e “clawback”)

Come anticipato in apertura, la disciplina pregressa, in linea con quanto previsto dalla CRD IV⁶¹, prevedeva dei meccanismi di correzioni *ex post*, nella forma del *malus* e del *clawback*⁶².

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d’Italia prevede, in linea con quanto disposto dalle EBA Guidelines⁶³, una disciplina più di dettaglio rispetto a quella pregressa⁶⁴. In particolare, la novità più rilevante, che recepisce quanto disposto a livello europeo⁶⁵, è rappresentata dalla circostanza che le banche debbano fissare nelle proprie politiche di remunerazione la durata minima del periodo in cui trova applicazione il *clawback*, che ha inizio a far data dal pagamento di ciascuna singola quota di remunerazione variabile e che, almeno per il personale più rilevante, non può avere durata inferiore a 5 anni⁶⁶, essendo invece possibile indicare un limite più basso per il restante personale⁶⁷.

h. Particolari strumenti remunerativi e loro trattamento normativo

La regolamentazione in materia, sia a livello europeo che italiano, ha da sempre preso in esame particolari strumenti remunerativi del personale, al fine di chiarire, da un lato, se e a che condizioni esse rilevassero ai fini del rapporto tra componente fissa e variabile della

⁵⁸ Sez. III, par. 2.1, n. 4, delle Disposizioni Banca d’Italia (25° aggiornamento).

⁵⁹ Come puntualizzato da Banca d’Italia nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 12.

⁶⁰ Sez. III, par. 2.1, n. 4, delle Disposizioni Banca d’Italia (25° aggiornamento).

⁶¹ Art. 94, par. 1, lett. n), della CRD IV.

⁶² Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d’Italia (7° aggiornamento).

⁶³ Par. 268-275 delle EBA Guidelines.

⁶⁴ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d’Italia (25° aggiornamento).

⁶⁵ Par. 272 delle EBA Guidelines.

⁶⁶ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d’Italia (25° aggiornamento).

⁶⁷ Come chiarito da Banca d’Italia nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 14.

remunerazione e, dall'altro, se e quali regole relative alla struttura della remunerazione variabile, e a quali condizioni, fossero loro applicabili.

Si andranno qui di seguito ad evidenziare le principali novità contenute nel 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia con riguardo ai seguenti strumenti remunerativi del personale.

• **Remunerazione variabile garantita**

Il 7° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, in linea con le più generali previsioni della CRD IV⁶⁸, vietava la possibilità di corrispondere benefici a titolo di remunerazione variabile garantita perché essa non era, in generale, in linea con gli obiettivi della regolamentazione, in quanto strutturalmente non correlata alla *performance* e ad una sana gestione del rischio. La disciplina previgente consentiva il suo riconoscimento limitatamente alle banche rispettose dei requisiti prudenziali, solo per l'assunzione di nuovo personale e limitatamente al primo anno d'impiego (c.d. "*entry bonus*"). Le Disposizioni Banca d'Italia prevedevano che questi ultimi strumenti remunerativi potessero non essere soggetti alle norme sulla struttura della remunerazione variabile, ma che rilevassero comunque ai fini del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione con riguardo al primo anno d'impiego⁶⁹.

Le EBA Guidelines confermavano, specificando le più generali previsioni della CRD IV, la eccezionalità della remunerazione variabile garantita, ammettendone la corresponsione solo per l'assunzione di nuovo personale e limitatamente al primo anno d'impiego solo con riguardo alle banche rispettose dei requisiti prudenziali⁷⁰. Con riferimento a tale specifico caso, esse precisavano che le imprese bancarie, nelle loro politiche di remunerazione, potessero, da un lato, decidere di non applicare i meccanismi di *malus* e *claw-back* e pagare l'intero ammontare in danaro, senza alcun differimento (derogando, di fatto, all'intera disciplina in materia di struttura della remunerazione variabile)⁷¹ e, dall'altro, prevedere che essa non venisse computata ai fini del rapporto tra componente variabile e fissa della remunerazione, se riconosciuta al momento dell'assunzione di nuovo personale prima dell'inizio del primo periodo di riferimento⁷².

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, confermando, nella sostanza, la disciplina previgente, introduce una novità con riguardo al trattamento normativo degli *entry bonus*. Da un lato, si conferma che essi non siano assoggettati alle norme sulla struttura variabile della remunerazione. Dall'altro, con un'innovazione rispetto alla disciplina pregressa, si prevede che esse possano non essere computate ai fini del rapporto

⁶⁸ Art. 94, par. 1, lett. d) e e), della CRD IV.

⁶⁹ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

⁷⁰ Par. 137-138 delle EBA Guidelines.

⁷¹ Par. 141 delle EBA Guidelines.

⁷² Par. 140 delle EBA Guidelines.

tra componente fissa e variabile della remunerazione, a condizione che siano corrisposti in un'unica soluzione al momento dell'assunzione⁷³.

- **Remunerazione volta a compensare il nuovo personale da contrazioni o azzeramenti di compensi derivanti da precedenti impieghi (c.d. “buy out”)**

La disciplina pregressa delle Disposizioni Banca d'Italia, in linea con quanto previsto dalla CRD IV⁷⁴, disponeva che tali compensi dovessero essere soggetti a tutte le norme relative alla struttura della remunerazione variabile, dovendo essere inclusi nel calcolo del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione⁷⁵.

Le EBA Guidelines replicavano, di fatto, tali previsioni, richiamando però, in modo piuttosto ambiguo, solo parte della disciplina relativa alla remunerazione variabile garantita⁷⁶. Fermo che esse disponevano espressamente che, in ogni caso, i compensi a titolo di *buy out* dovessero essere assoggettati alle norme in materia di struttura della remunerazione variabile⁷⁷, non era ben chiaro, dal testo delle EBA Guidelines, se essi dovessero essere computati ai fini del *bonus cap*.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia conferma, di fatto, la disciplina pregressa⁷⁸ e, risolvendo la questione interpretativa derivante dalla lettura delle EBA Guidelines, ha chiarito, una volta di più, che tali importi debbano comunque essere computati ai fini del *bonus cap*⁷⁹. Ciò nonostante, le Disposizioni Banca d'Italia continuano ad essere ambigue sul punto, nella misura in cui poi puntualizzano che tali compensi sono trattati a tutti gli effetti come remunerazione variabile «fermo restando il caso della remunerazione variabile garantita»⁸⁰ che però, come riportato *supra*, ammette ampie deroghe a tale regolamentazione, sia con riferimento alla struttura della remunerazione che con riguardo al *bonus cap*.

- **Remunerazioni legate alla permanenza del personale (c.d. “retention bonuses”)**

La disciplina previgente delle Disposizioni Banca d'Italia precisava come la remunerazione legata alla permanenza del personale, sebbene non fosse collegata a

⁷³ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento). Sul punto, si vedano anche le motivazioni sottese a questa modifica, esplicitate da Banca d'Italia nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, pp. 14-15.

⁷⁴ Art. 94, par. 1, lett. i), della CRD IV.

⁷⁵ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento), ove si precisava che fossero applicabili alle somme pagate a titolo di *buy out* anche le norme in materia di «limiti ai compensi» cioè, anche se il lessico utilizzato non era comunque cristallino sul punto, quelle relative al *bonus cap*.

⁷⁶ Par. 142 delle EBA Guidelines, che richiamava il solo par. 138 delle EBA Guidelines in materia di remunerazione variabile garantita e non l'intera disciplina dettata ai par. 138-141 delle EBA Guidelines.

⁷⁷ Par. 143 delle EBA Guidelines.

⁷⁸ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

⁷⁹ Così si è infatti espresso il regolatore nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 15.

⁸⁰ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

obiettivi di *performance*, costituisse una forma di remunerazione variabile. Come tale, essa doveva essere computata ai fini del rapporto tra componente variabile e fissa della remunerazione e, allo stesso modo, era assoggettata a tutte le norme dettate in materia di struttura della remunerazione variabile⁸¹.

Le EBA Guidelines si ponevano sostanzialmente in linea con tale previsione⁸², dettando però delle regole di maggior dettaglio. Innanzitutto, precisavano che tale forma di remunerazione potesse essere corrisposta solo a fronte di un oggettivo interesse della banca a trattenere il beneficiario, che si poteva manifestare, ad esempio, nel caso in cui la banca fosse soggetta ad una ristrutturazione o ad una modifica degli assetti proprietari⁸³. In secondo luogo, le EBA Guidelines prevedevano che il *retention bonus* dovesse essere tenuto in considerazione ai fini della determinazione del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione, alternativamente: a) come ammontare annuo calcolato *pro-rata* durante il periodo pluriennale di *retention*, a prescindere dall'anno in cui il *bonus* venisse effettivamente erogato; o b) interamente alla fine del periodo di *retention*⁸⁴.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia conferma, in generale, le regole previgenti, ma introduce una serie di precisazioni che riflettono il maggior grado di dettaglio delle EBA Guidelines. Innanzitutto, la nuova disciplina esplicita che tali importi possano essere riconosciuti solo in presenza di motivate e documentate ragioni e per un interesse della banca alla permanenza di un singolo membro del personale per un periodo predeterminato o fino ad un dato evento. In secondo luogo, le Disposizioni Banca d'Italia precisano come tali importi debbano essere computati ai fini del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione, alternativamente: a) per quote uguali in ciascun anno del periodo di permanenza (c.d. "*pro rata lineare*"); o b) come importo unico nell'anno in cui la condizione di permanenza è soddisfatta⁸⁵.

• Piani di incentivazione a lungo termine (c.d. "*long-term incentive plans*")

La disciplina pregressa di Banca d'Italia considerava i piani di incentivazione a lungo termine, cioè quelli che si basavano su un arco di tempo pluriennale della valutazione della *performance*, come remunerazione variabile, prevedendo una serie di regole volte a garantire alla banche dei margini di flessibilità nella applicazione delle regole in materia di struttura della remunerazione variabile e del loro computo ai fini del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione, necessari ai fini dell'adattamento delle stesse alla luce della loro natura pluriennale⁸⁶.

In ragione della loro complessità e del fatto che essi erano stati assoggettati a regole di dettaglio parzialmente diverse nei vari Stati Membri, le EBA Guidelines avevano dettato

⁸¹ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

⁸² Par. 128, 129 e 132 delle EBA Guidelines.

⁸³ Par. 128 delle EBA Guidelines.

⁸⁴ Par. 132 delle EBA Guidelines.

⁸⁵ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

⁸⁶ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

una disciplina maggiormente puntuale in materia di piani di incentivazione a lungo termine per risolvere una serie di questioni applicative, soprattutto relative alla loro computabilità ai fini del *bonus cap*⁸⁷.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni di Banca d'Italia, proprio per risolvere una serie di questioni applicative derivanti dalla loro natura pluriennale, detta una serie di regole, anche di maggior dettaglio rispetto a quelle contenute nelle EBA Guidelines, proprio al fine di guidare gli operatori ad una applicazione più uniforme, e in linea con le finalità prudenziali della disciplina, delle regole in materia di struttura della remunerazione variabile e di loro rilevanza ai fini del *bonus cap*. Tra le novità, si segnala quella che garantisce una certa flessibilità alle banche con riguardo alle modalità di computo, ai fini del rapporto tra la componente fissa e variabile della remunerazione, degli importi corrisposti, prevedendo che essi possano essere tenuti in considerazione, alternativamente: a) come importo unico nell'anno in cui essi sono riconosciuti; o, limitatamente a quei soli piani che danno maggiori garanzie dal punto di vista prudenziale⁸⁸, b) secondo un criterio *pro rata* lineare⁸⁹.

i. Importi pattuiti in vista o in occasione della conclusione anticipata del rapporto di lavoro o cessazione anticipata della carica (c.d. "golden parachutes")

Novità rilevanti, anche perché si discostano parzialmente da quanto previsto in sede di EBA Guidelines, sono state previste, nel 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, in materia di importi pattuiti in vista o in occasione della conclusione anticipata del rapporto di lavoro o cessazione anticipata della carica, cioè quelli denominati, secondo l'espressione riassuntiva utilizzata da Banca d'Italia, "*golden parachutes*"⁹⁰.

In linea con le più generali previsioni della CRD IV⁹¹, la disciplina pregressa delle Disposizioni Banca d'Italia prevedeva che i *golden parachutes* dovessero essere pattuiti nel rispetto dei criteri fissati dall'assemblea dei soci e che dovessero essere assoggettati a tutte le norme relative alla struttura della remunerazione variabile, a prescindere dal titolo, dalla qualificazione giuridica e dalla motivazione economica per i quali venivano assegnati. Si precisava, inoltre, che tali importi non dovessero essere inclusi nel calcolo del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione. Con riguardo alle somme assoggettate a tale disciplina, le Disposizioni Banca d'Italia adottavano, in linea con una evidente finalità prudenziale funzionale ad evitare un aggiramento di tali regole, una nozione molto ampia di *golden parachutes*, precisando che vi rientrassero anche i compensi corrisposti in base ad un patto di non concorrenza, così come l'indennità di mancato preavviso, limitatamente alla somma eccedente rispetto a quella prevista dalla

⁸⁷ Par. 124-125 delle EBA Guidelines.

⁸⁸ Si rimanda, sul punto, ai chiarimenti del regolatore contenuti nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 16.

⁸⁹ Sez. III, par. 2.1, n. 5, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

⁹⁰ Sez. III, par. 2.2.2, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° e 25° aggiornamento).

⁹¹ Art. 94, par. 1, lett. h), della CRD IV.

legge (includendovi, di fatto, i c.d. “patti di prolungamento del preavviso” concordati su base individuale)⁹².

Le EBA Guidelines si caratterizzavano, sul punto, per un grado di dettaglio maggiore rispetto alla regolamentazione nazionale per quanto concerne le regole cui assoggettare tali compensi. In generale, tra le novità più rilevanti anche alla luce della disciplina nazionale pregressa, l’Autorità Bancaria Europea aveva precisato che anche tali compensi, data la loro natura di remunerazione variabile, rilevassero ai fini del calcolo del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione⁹³.

Più nello specifico, anche le EBA Guidelines adottavano, in linea con una finalità prudenziale, una nozione particolarmente ampia di tali compensi, che includeva, ad esempio, i pagamenti effettuati in caso di esubero e le somme erogate per evitare una controversia effettiva o potenziale, al fine di evitare una decisione degli organi giurisdizionali che potessero condannare la banca a pagare una determinata somma a favore di un determinato membro del personale⁹⁴.

Allo stesso tempo, però, garantivano alle autorità nazionali competenti dei margini di flessibilità nella loro applicazione, ammettendo che, in determinati casi, si potesse derogare alla disciplina generale ivi prevista. In tal senso, le EBA Guidelines prevedevano espressamente che una serie di pagamenti non dovessero essere presi in considerazione né ai fini del *bonus cap* né per l’applicazione delle regole in materia di differimento e di pagamento in strumenti finanziari. Ad esempio, nel caso di pagamenti effettuati per evitare una lite attuale o potenziale, ciò poteva avvenire solo a condizione che le banche avessero calcolato tale somma sulla base di una «formula generica predefinita» fissata nelle politiche di remunerazione⁹⁵. Tale eccezione era stata inserita perché tali pagamenti, in ragione della loro natura sostanzialmente transattiva, lungi dal ricompensare «gli insuccessi e gli abusi»⁹⁶, erano invece funzionali ad evitare che la banca potesse esporsi a rischi terzi rispetto a quelli derivanti da una errata valutazione della *performance* realizzata dal beneficiario e dalla istituzione creditizia di appartenenza⁹⁷: cioè, nella ipotesi qui analizzata, i rischi di un contenzioso con un membro del proprio personale e quelli di natura reputazionale, soprattutto ove tale soggetto rivestisse una posizione apicale nella organizzazione gerarchica della banca.

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d’Italia innesta, sulla disciplina pregressa, le novità previste dalle EBA Guidelines. Innanzitutto, si specifica che nella nozione,

⁹² Sulla natura variabile di tali compensi, Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d’Italia (7° aggiornamento) e, sulla disciplina loro applicabile, Sez. III, par. 2.2.2, delle Disposizioni Banca d’Italia (7° aggiornamento).

⁹³ Par. 144-155 delle EBA Guidelines.

⁹⁴ Par. 149 delle EBA Guidelines.

⁹⁵ Par. 154 delle EBA Guidelines.

⁹⁶ Secondo la nozione prevista all’art. 94, par. 1, lett. h), della CRD IV.

⁹⁷ In linea con quanto previsto dall’art. 94, par. 1, lett. k), della CRD IV che ribadisce come, al di là dei rischi derivanti da una errata valutazione della *performance*, «l’allocazione delle componenti variabili della remunerazione all’interno dell’ente tiene conto altresì di tutti i tipi di rischi presenti e futuri».

molto ampia, di *golden parachutes*, vi rientrino, oltre agli importi pagati a titolo di patto di non concorrenza e di indennità di mancato preavviso per l'ammontare che eccede quello determinato secondo quanto stabilito dalla legge (cioè, i summenzionati patti di prolungamento del preavviso concordati su base individuale), anche gli importi riconosciuti nell'ambito di un accordo per composizione di una controversia attuale o potenziale, qualunque sia la sede in cui esso venga raggiunto⁹⁸.

Le novità più importanti sono, però, sostanzialmente due.

La prima è che, con riguardo all'assoggettamento di tali importi alle regole relative alla struttura della remunerazione variabile, Banca d'Italia oggi prevede che a quelli riconosciuti a titolo di patto di non concorrenza, per la quota che non eccede l'ultima annualità di remunerazione fissa, non debbano essere applicate tali regole⁹⁹. Sul punto, occorre comunque rilevare che lo stesso regolatore non ha recepito la possibilità, espressamente prevista dalle EBA Guidelines, di non assoggettare alle stesse regole gli importi corrisposti in ragione di un accordo tra la banca e il personale più rilevante volti ad evitare una controversia attuale o potenziale.

La seconda, invece, riguarda la circostanza che le Disposizioni Banca d'Italia oggi vigenti prevedono espressamente che gli importi che rientrano nella nozione di *golden parachutes* debbano essere computati ai fini del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione. Sul punto, il regolatore ha comunque previsto due eccezioni. Innanzitutto, possono non essere computate quelle somme pagate in base ad un patto di non concorrenza, per la quota che, per ciascun anno di durata del patto, non eccede l'ultima annualità di remunerazione fissa. In secondo luogo, possono non rilevare ai fini del *bonus cap* quelle somme corrisposte nell'ambito di un accordo tra la banca e il personale più rilevante, ma solo se calcolati sulla base di una «formula predefinita» contenuta nella politica di remunerazione della banca¹⁰⁰, con ciò discostandosi in parte dal testo delle EBA Guidelines che facevano invece riferimento ad una «formula generica predefinita»¹⁰¹. Di fronte a plurime richieste di chiarimento sulle ragioni di tale scostamento, Banca d'Italia ha puntualizzato che tale opzione è maggiormente in linea con le finalità prudenziali della disciplina e, per guidare gli operatori nella definizione di una siffatta formula predefinita non generica da inserire nelle politiche di remunerazione, ha precisato che, a titolo esemplificativo, «una formula predefinita potrebbe essere quella che, nella politica di remunerazione, stabilisce che per specifiche figure aziendali (es. AD, DG) o categorie di personale (es. esecutivi, responsabili delle principali linee aziendali)

⁹⁸ In generale, si veda la nozione emendata di «remunerazione variabile», cfr. Sez. I, par. 3, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento) e, più nello specifico, Sez. III, par. 2.2.2, spec. nt. 16, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

⁹⁹ Sez. III, par. 2.2.2, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

¹⁰⁰ Sez. III, par. 2.2.2, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

¹⁰¹ Par. 154, lett. a), delle EBA Guidelines.

il *golden parachute* eventualmente dovuto è calcolato come prodotto di un numero predeterminato di annualità fisse»¹⁰².

j. Politiche di remunerazione e incentivazione nei gruppi bancari e deroghe per il personale operante nelle SGR, SICAV e SICAF

Da ultimo, occorre prendere in considerazione alcune novità che riguardano le politiche di remunerazione e incentivazione nei gruppi bancari.

Il 7° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, in linea con le previsioni della CRD IV¹⁰³, precisava che le società capogruppo di un gruppo bancario, nell'esercizio dei poteri di direzione e coordinamento, dovesse definire una politica di remunerazione anche a livello di gruppo, che fosse funzionale ad assicurare che le remunerazioni del personale impiegato da tutte le società del gruppo fossero conformi alla disciplina dettata dalle Disposizioni Banca d'Italia¹⁰⁴.

Ferma tale previsione, erano sorte una serie di problematiche applicative con riguardo a quelle società, rientranti nel perimetro di un gruppo bancario, cui fossero applicabili, in ragione della specifica attività esercitata, altre normative settoriali che, a loro volta, prevedevano delle autonome regolamentazioni in materia di remunerazione: nella specie, quelle che rientravano nell'ambito di applicazione, a livello europeo, delle Direttive 2009/65/CE (la *UCITS*) e 2011/61/UE (la *AIFM*) che, a differenza della CRD IV, non imponevano il rispetto di alcun *bonus cap*.

In ragione di ciò, le EBA Guidelines, allo scopo di evitare una disparità di trattamento, con un pregiudizio sul piano concorrenziale non di poco conto, tra la posizione di quei soggetti che operassero *stand alone* (soggetti, cioè, alla sola regolamentazione UCITS e AIFM) e quelli che operassero nell'ambito di un gruppo bancario (soggetti, pertanto, all'ulteriore regolamentazione CRD IV), avevano optato per la seguente soluzione di compromesso in relazione alle regole relative al *bonus cap*. Le EBA Guidelines, infatti, prevedevano che, in linea generale, le normative settoriali specifiche UCITS e AIFM avrebbero dovuto prevalere con riguardo a quelle società rientranti nel perimetro di un gruppo bancario. In tal senso, esse ammettevano la possibilità che le regole relative al *bonus cap* potessero essere disapplicate dalla società capogruppo con riguardo al personale più rilevante a livello di gruppo, a condizione che tali soggetti non svolgessero attività bancaria perché impiegati da una società cui, a livello *stand alone*, non fosse applicabile la disciplina prevista dalla CRD IV¹⁰⁵.

¹⁰² Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, pp. 16-21.

¹⁰³ Art. 92, par. 1, della CRD IV.

¹⁰⁴ Sez. I, par. 4, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

¹⁰⁵ Par. 68 delle EBA Guidelines.

Alla luce di ciò, il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia, su sollecitazione di alcuni rispondenti nel processo di consultazione pubblica¹⁰⁶, hanno introdotto una deroga per il personale identificato come più rilevante a livello di gruppo, operante nelle SGR, SICAV e SICAF di un gruppo bancario¹⁰⁷. In particolare, la regolamentazione oggi vigente, ferma l'operatività delle regole relative alla struttura della remunerazione variabile, dispone che la società capogruppo possa non applicare la disciplina in materia di *bonus cap* al personale dei suddetti gestori, che operano nell'ambito di un gruppo bancario, a condizione che questo personale presti la propria opera esclusivamente per il gestore e non anche per altre società del gruppo che esercitino, nello specifico, attività bancaria. La scelta di optare per tale regime derogatorio, che può riguardare le sole remunerazioni riconosciute dopo l'entrata in vigore della nuova regolamentazione, dovrà peraltro essere adeguatamente motivata dalla società capogruppo, che dovrà illustrare le ragioni che hanno determinato tale scelta nella politica di remunerazione, da sottoporre ad approvazione dell'assemblea dei soci della capogruppo¹⁰⁸.

La Banca d'Italia ha giustificato tale deroga in ragione delle specificità delle attività svolte da tali soggetti che, come già osservato, rientrano nell'ambito di applicazione di discipline terze rispetto a quella dettata dalla CRD IV. Si tenga bene a mente, sul punto, che lo stesso regolatore ha precisato, a valle del processo di consultazione, che «la deroga ora introdotta potrà essere in futuro riconsiderata, alla luce delle scelte che verranno compiute ad esito del negoziato europeo per la revisione della CRD e degli interventi che l'EBA potrà eventualmente intraprendere in attuazione del nuovo quadro legislativo nazionale», suggerendo agli operatori di «valutare con particolare attenzione l'opportunità di avvalersi della deroga dell'applicazione del *cap* per il personale dei gestori di gruppo»¹⁰⁹.

3. Disposizioni transitorie e conseguenze derivanti dal mancato adeguamento

Come noto, le Disposizioni Banca d'Italia si applicano alle banche italiane e alle società capogruppo di un gruppo bancario, nonché alle SIM e alle società capogruppo di gruppi di SIM¹¹⁰, che, secondo quanto previsto dalle disposizioni transitorie previste nel 25° aggiornamento, dovranno sottoporre le loro politiche di remunerazione e incentivazione, conformi alle novità recentemente introdotte, al vaglio dell'assemblea dei soci convocata per l'approvazione del bilancio 2018.

¹⁰⁶ Come si può apprezzare dalla Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, pp. 24-26.

¹⁰⁷ Cioè, quelle soggette alla regolamentazione nazionale di recepimento della UCITS e della AIFM. Resta ferma, in ogni caso, la disciplina pregressa, confermata, nella sostanza, dalla Sez. I, par. 4, delle Disposizioni Banca d'Italia (7° aggiornamento).

¹⁰⁸ Sez. VII, par. 2, delle Disposizioni Banca d'Italia (25° aggiornamento).

¹⁰⁹ Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 25.

¹¹⁰ In forza di quanto previsto dalla normativa di attuazione dell'art. 6 del D.Lgs. n. 58 del 1998. Restano ferme le deroghe per il personale, identificato come più rilevante a livello di gruppo, di una SGR, SICAV e SICAF appartenente al gruppo bancario, descritte nel paragrafo che precede.

Le banche – nei limiti consentiti dai contratti collettivi che, a loro volta, dovranno essere allineati, alla prima occasione utile, alle Disposizioni Banca d'Italia oggi vigenti – sono tenute, da un lato, ad applicare le nuove regole ai contratti individuali che verranno stipulati a partire dal 1° aprile 2019 e, dall'altro, ad adeguare alle stesse i contratti individuali stipulati prima di tale data: con riguardo a questi ultimi, il loro adeguamento dovrà avvenire tempestivamente e, in ogni caso, entro il 1° aprile 2019 per i componenti degli organi di supervisione strategica, gestione e controllo ed entro il 30 giugno 2019 per il restante personale.

A tal proposito, si badi che, prima del 2015, la legge non chiariva espressamente quali fossero le conseguenze, sul piano privatistico, derivanti dalla difformità delle pattuizioni contrattuali rispetto a quanto previsto dalle Disposizioni Banca d'Italia. In assenza di una disciplina dettata *ad hoc* a livello legislativo¹¹¹, si poteva comunque ipotizzare che le clausole contrattuali difformi fossero nulle per contrarietà a norme imperative, alla luce di quanto disposto dall'art. 1418 c.c., poiché il potere della Banca d'Italia di dettare la suddetta disciplina imperativa trovava il suo fondamento, perlomeno dal 2011, in una norma di legge, cioè nell'art. 53, co. 1, lett. d), del D.Lgs. n. 385 del 1993¹¹². In particolare, tale nullità avrebbe dovuto operare secondo il meccanismo della nullità parziale previsto dal combinato disposto degli artt. 1419, co. 2, e 1339 c.c., secondo cui la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, dovendo le clausole difformi apposte dalle parti essere sostituite di diritto dalle singola norma imperativa violata. Con l'introduzione, nel 2015, dell'art. 53, co. 4-*sexies*, del D.Lgs. n. 385 del 1993¹¹³, tale questione interpretativa è stata risolta, poiché la disposizione normativa richiamata sancisce espressamente la nullità di «qualunque patto o clausola non conforme alle disposizioni in materia di sistemi di remunerazione e incentivazione», specificando altresì che «la nullità della clausola non comporta la nullità del contratto» poiché «le previsioni contenute nelle clausole nulle sono sostituite di diritto, ove possibile, con i parametri indicati nelle disposizioni suddette nei valori più prossimi alla pattuizione

¹¹¹ Per una analisi dei meccanismi giuridici attraverso i quali le banche avrebbero potuto garantire il risultato dell'adeguamento dei contratti individuali alla disciplina dettata da Banca d'Italia in recepimento della CRD III, si rimanda a L. NOGLER, *La direttiva "CRD III" e i "paracadute d'oro"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, 2, pp. 149-152.

Questo Autore, pur rilevando che fosse astrattamente possibile adottare la tecnica della sostituzione imperativa del clausola difforme del contratto individuale con la singola previsione regolamentare violata, sottolineava come, al tempo, non vi fosse una base giuridica legislativa che giustificasse una così invasiva deroga al principio di vincolatività dell'accordo contenuto all'art. 1372, co. 1, c.c. Per tale ragione, egli riteneva che, al più, la disciplina di recepimento adottata da Banca d'Italia potesse comportare l'obbligo per la banca di rinegoziare con il personale le clausole in formale violazione della stessa. Lo stesso Autore precisava, però, che, qualora il legislatore avesse individuato una base normativa a livello legislativo, lo stesso «ben avrebbe poi potuto rinviare per le prescrizioni di dettaglio alla potestà regolamentare della Banca d'Italia». Pertanto, in ragione del fatto che, almeno a far data dal 2011, il legislatore ha introdotto una siffatta base normativa a livello legislativo, è possibile concludere che, anche prima delle novità normative del 2015, si potesse adottare il meccanismo della nullità parziale per l'adeguamento dei contratti individuali alle Disposizioni Banca d'Italia, come è stato sostenuto nel corpo del testo.

¹¹² Come sostituita dall'art. 22, co. 2, lett. a), della Legge n. 217 del 2011.

¹¹³ Comma inserito dall'art. 1, co. 19, lett. f), del D.Lgs. n. 72 del 2015.

originaria». In ragione di ciò, è sostenibile che l'adeguamento dei contratti individuali al 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia potrà essere, almeno nei casi in cui non sorgano conflitti con norme inderogabili di segno opposto e di pari rango¹¹⁴, disposto unilateralmente dalle banche nei confronti dei membri del personale da esse impiegato, anche in assenza del consenso di questi ultimi, poiché la modifica delle condizioni contrattuali in materia di remunerazione costituirebbe una mera presa d'atto della intervenuta nullità parziale delle stesse per contrarietà alle norme contenute nelle Disposizioni Banca d'Italia di recente aggiornate.

Al di là dei rimedi operanti sul piano privatistico, occorre inoltre tenere in considerazione che il mancato o ritardato adeguamento delle politiche di remunerazione e incentivazione delle banche e dei contratti individuali da esse stipulati con il loro personale al 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia potrebbe esporre sia le banche, come persone giuridiche, sia determinati membri del loro personale, come persone fisiche, all'applicazione di misure sanzionatorie da parte delle autorità competenti. Da un lato, due tipi di misure possono essere applicate nei confronti delle persone giuridiche: a) sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 30.000 fino al 10% del fatturato (art. 144, co. 1, del D.Lgs. n. 385 del 1993); e b) ordine di porre termine alle violazioni, quando esse siano connotate da scarsa offensività o pericolosità (art. 144-bis, co. 1, del D.Lgs. n. 385 del 1993). Dall'altro, due tipi di misure possono essere applicati nei confronti delle persone fisiche: a) sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 5.000 fino a Euro 5.000.000 (art. 144-ter, co. 1, del D.Lgs. n. 385 del 1993); e b) sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo (art. 144-ter, co. 1, del D.Lgs. n. 385 del 1993).

Si badi, da ultimo, che la violazione delle Disposizioni di Banca d'Italia può avere delle conseguenze anche sul piano dei rimedi che l'ordinamento attribuisce alla società per reagire nei confronti di coloro che hanno attribuito ad uno o più membri del personale un compenso che si sia rivelato eccessivo o irragionevole alla luce dei risultati aziendali o individuali¹¹⁵. Si fa riferimento, in particolare, alla circostanza che le delibere attributive

¹¹⁴ Occorre infatti tenere in considerazione, soprattutto con riguardo al personale impiegato dalle banche in ragione di un contratto di lavoro subordinato *ex art.* 2094 c.c., che tali modifiche, perlomeno dal punto di vista teorico, potrebbero entrare in conflitto con l'apparato di norme inderogabili previsto dal nostro ordinamento a tutela del lavoro dipendente. Si badi che, soprattutto con riguardo alle norme in materia di meccanismi di correzioni *ex post* e di *golden parachutes*, le fonti normative in materia di remunerazione fanno salvi i principi generali in materia di contratti e di diritto del lavoro: si vedano, in tal senso, le previsioni di cui all'art. 94, par. 1, lett. n), della CRD IV e, per la disciplina di maggior dettaglio, i par. 148, 154, 244 e 269 delle EBA Guidelines. Alla luce di ciò, qualora dovesse sorgere il sopra descritto conflitto tra norme inderogabili, esso dovrebbe essere risolto in modo da valutare, caso per caso, a quale disciplina dare priorità.

¹¹⁵ Così, M. CERA e R. LENER, *Editoriale*, in *Remunerazioni e manager: uomini (d'oro) e no* (a cura di M. CERA e R. LENER) in *Analisi Giur. dell'Econ.*, 2014, 2, pp. 243-244.

di compensi, nel caso in cui essi siano eccessivi o sproporzionati, possano presentare vizi di validità delle stesse, ad esempio, per abuso o eccesso di potere¹¹⁶.

4. Conclusioni

Il 25° aggiornamento delle Disposizioni Banca d'Italia si pone, a livello sistematico, in continuità con l'evoluzione normativa dal 2010 ad oggi. Da un lato, la regolazione *ex ante* della materia della remunerazione del settore bancario è sempre più pervasiva e dettagliata. Dall'altro, la disciplina applicabile alle banche continua a distinguersi, anche nel confronto con gli altri settori vigilati, per un maggior grado di compressione dell'autonomia privata da parte della fonte eteronoma, sintomo di un atteggiamento sempre più prudenziale del regolatore, sia europeo che nazionale, volto ad evitare una eccessiva assunzione di rischi, soprattutto nel lungo periodo, delle istituzioni bancarie, anche in ragione del ruolo centrale che esse rivestono nel sistema finanziario nel suo complesso. Ciò emerge, ad esempio, dall'approccio adottato dalle EBA Guidelines, poi puntualmente recepito dalla Banca d'Italia, con riguardo alla definizione della nozione di remunerazione variabile che, come sottolineato nei paragrafi che precedono, si caratterizza per una spiccata *vis expansiva* rispetto alla disciplina previgente.

Occorre però prendere atto che il carattere maggiormente prudenziale rispetto al passato, che già contraddistingueva le EBA Guidelines, emerge con ancora più evidenza dalle modalità con cui la Banca d'Italia ha recepito le indicazioni del regolatore europeo in sede di approvazione delle Disposizioni Banca d'Italia oggi vigenti, soprattutto con riguardo al tema dei *golden parachutes*.

Si era già avuto modo di sottolineare come, nella disciplina pregressa, si fossero manifestate delle difficoltà nel giustificare, senza che ciò finisse per integrare una violazione delle Disposizioni Banca d'Italia, le ragioni per cui delle somme, a volte molte alte, venivano pattuite, a titolo sostanzialmente transattivo, per la necessità di evitare un contenzioso con un membro del personale più rilevante della banca, soprattutto nel caso in cui i criteri fissati dall'assemblea dei soci sul punto non fossero stati stabiliti in modo chiaro e dettagliato¹¹⁷.

La disciplina contenuta nelle EBA Guidelines, su tali questioni, raggiungeva un compromesso ragionevole. Da un lato, esse introducevano dei limiti più stringenti alla corresponsione di somme a titolo di *golden parachute*, precisando che anche tali pagamenti dovessero rilevare ai fini del calcolo del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione, con una innovazione rilevante rispetto al passato. Dall'altro, però, garantivano un certo margine di flessibilità alle banche, che avrebbero

¹¹⁶ Sui possibili rimedi societari attivabili in tali circostanze, si veda il contributo di A.M. BENTIVEGNA, *La remunerazione degli amministratori: abusi, eccessività sopravvenuta e rimedi attivabili*, in *Remunerazioni e manager: uomini (d'oro) e no* (a cura di M. CERA e R. LENER) in *Analisi Giur. dell'Econ.*, 2014, 2, pp. 311-348.

¹¹⁷ Si consenta di rimandare alla valutazione già espressa in L. CAPONE, R. LENER e G. GAUDIO, *Novità in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario*, in *op. cit.*, p. 16.

potuto corrispondere delle somme a titolo sostanzialmente transattivo per evitare il contenzioso, anche per importi superiori ai limiti imposti dal *bonus cap*, senza peraltro dover applicare buona parte delle norme relative alla struttura della remunerazione variabile, a condizione che esse fossero calcolate mediante una «formula generica predefinita» fissata nell'ambito della politica di remunerazione.

Le Disposizioni di Banca d'Italia oggi vigenti, come anticipato, recepiscono solo parte di questi margini di flessibilità, ammettendo che le somme corrisposte per evitare un contenzioso attuale o potenziale possano essere esentate solo dal *bonus cap* a condizione che siano calcolate mediante una «formula predefinita» non generica che, secondo i chiarimenti forniti da Banca d'Italia, consiste in un «prodotto di un numero predeterminato di annualità fisse» indicate *ex ante* nella politica di remunerazione. Il problema è che, nella pratica, è di fatto impossibile predeterminare in modo aritmetico una somma da corrispondere prima che la controversia sorga con un membro del personale più rilevante. Detto altrimenti, un determinato rischio di causa può essere materialmente stimato solo quando la controversia sia già sorta, o quantomeno motivatamente minacciata, e a valle di una attenta analisi delle possibili pretese che il dipendente o l'amministratore potrebbe far valere contro la banca in ragione delle peculiari modalità con cui quel determinato rapporto di lavoro si è svolto¹¹⁸. È per tale motivo, dunque, che sarebbe stato preferibile optare, come peraltro rilevato da alcuni rispondenti in sede di consultazione¹¹⁹, per una formulazione dal tenore letterale più simile a quella contenuta nelle EBA Guidelines. Ciò perché quest'ultima, in modo più ragionevole rispetto a quanto previsto dalla disciplina nazionale di recepimento, subordinava la possibilità di beneficiare delle eccezioni ivi previste all'indicazione, nella politica di remunerazione, di una «formula generica predefinita», mediante la quale la singola banca si sarebbe potuta limitare a specificare una serie di criteri generali che fossero poi funzionali, nel singolo caso, a guidare la determinazione dell'importo da corrispondere in concreto, in modo da dimostrare all'autorità competente le ragioni e l'adeguatezza del pagamento, così come la sua strumentalità a evitare una lite attuale o potenziale con un membro del personale più rilevante. La formulazione contenuta nelle

¹¹⁸ Si badi che le liti che potrebbero sorgere in giudizio con un membro del personale più rilevante non sono soltanto quelle che riguardano eventuali profili di illegittimità della revoca o del recesso disposti dalla banca nei confronti di un proprio amministratore o dipendente, ma fanno riferimento a tutte le possibili pretese, di natura risarcitoria e non, che lo stesso potrebbe far valere nei confronti dell'istituzione creditizia di appartenenza, a seconda delle circostanze del caso concreto. Al di là della varietà dei titoli giuridici su cui si fondano, le richieste dell'amministratore e del dipendente potrebbero tra l'altro essere più o meno fondate e dovrebbero perciò essere ponderate, in sede di valutazione del rischio di causa, a seconda della probabilità di successo in giudizio. Per tutte queste ragioni, è dunque inverosimile che la banca possa predeterminare, in sede di politica di remunerazione, una formula predefinita mediante la quale, nella generalità dei casi, sia poi possibile calcolare, in modo aritmetico, il *golden parachute* eventualmente dovuto come prodotto di un numero predeterminato di annualità fisse.

¹¹⁹ Si rimanda alla Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, pp. 16-21, da cui si può avere contezza sia delle osservazioni ricevute da Banca d'Italia che delle motivazioni che hanno portato il regolatore, nel testo finale delle Disposizioni Banca d'Italia oggi vigenti, ad accogliere o no i rilievi di coloro che avevano preso parte al processo di consultazione.

EBA Guidelines, peraltro, sarebbe stata maggiormente coerente con la *ratio* della disciplina individuata dalla CRD IV, poiché, in tal modo, tali pagamenti non avrebbero affatto ricompensato «gli insuccessi o gli abusi»¹²⁰, ma soltanto tenuto conto, in modo più equilibrato, di «tutti i tipi di rischi presenti e futuri»¹²¹ in cui può incorrere la banca all'atto di gestire una controversia attuale o potenziale: nella specie, il rischio di causa e il rischio reputazionale di essere implicitamente “costretta” a prendere parte ad una evitabile controversia in sede giudiziale con un membro del personale più rilevante, soprattutto qualora essa sorga con soggetti che occupano posizioni apicali nella organizzazione gerarchica della banca.

Concludendo, la scelta della Banca d'Italia di optare per una soluzione maggiormente «prudenziale»¹²² rispetto a quella prescelta nelle EBA Guidelines potrebbe dar luogo ad una eterogenesi dei fini, nella misura in cui i rischi per la banca, più che diminuire, potrebbero invece aumentare. Ciò perché, secondo il testo oggi vigente delle Disposizioni Banca d'Italia, la banca sarebbe difficilmente in grado di corrispondere delle somme che siano davvero funzionali ad evitare, nel singolo caso concreto, una controversia attuale o potenziale con un membro del personale più rilevante che, peraltro, in caso di vittoria in giudizio, potrebbe ottenere una sentenza di condanna nei confronti della banca che sarebbe, come precisato dalla stessa Banca d'Italia, obbligata a pagarle senza che ad esse debbano essere applicate tutte le norme relative alla struttura della remunerazione variabile e, peraltro, per importi anche superiori a quelli che si sarebbe potuto corrispondere, in fase pre-contenziosa, in ragione del *bonus cap*¹²³. L'ulteriore conseguenza di un così rilevante scostamento da quanto previsto dalle EBA Guidelines è che, in un'ottica più generale, ciò possa a sua volta minare, perlomeno con riguardo alle regole in materia di *golden parachutes*, una delle ragioni principali che avevano portato il regolatore europeo a dettare una disciplina tanto dettagliata, cioè quella di creare, seppur in linea con un generale principio di proporzionalità, una maggiore uniformità nella applicazione di tali regole nei diversi Stati membri, in modo da creare un effettivo *level playing field* tra le banche europee in materia di politiche e prassi di remunerazione del personale da esse impiegato¹²⁴.

¹²⁰ Secondo la *ratio* di tale disciplina enucleata all'art. 94, par. 1, lett. h), della CRD IV.

¹²¹ Come precisato, a livello generale, all'art. 94, par. 1, lett. k), della CRD IV.

¹²² Questa è infatti stata la giustificazione del regolatore a tale opzione normativa, come esplicitato dalla stessa Banca d'Italia in sede di Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 20.

¹²³ Il regolatore ha infatti precisato, nella Tavola di resoconto alla consultazione, pubblicata il 26 ottobre 2018, p. 18, che «i compensi il cui ammontare è determinato da una pronuncia giudiziale e arbitrale non rientrano tra i *golden parachute* e, dunque, non sono soggetti alle relative regole».

¹²⁴ Come del resto precisato al par. 81 delle EBA Guidelines.