

Febbraio 2016

Novità in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nel settore bancario

Luca Capone, socio Employment, pension and benefits, Raffaele Lener, professore ordinario di diritto dei mercati finanziari nell'Università di Roma Tor Vergata, nonché socio Corporate, Giovanni Gaudio, dottorando Bocconi, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

1. La disciplina della remunerazione del personale del settore bancario: il punto sulle fonti

La remunerazione (considerata spesso eccessiva) dei componenti degli organi di amministrazione e controllo e dei dipendenti del *management* degli enti finanziari è stata spesso additata come una delle possibili cause della recente crisi finanziaria¹.

In ragione di ciò, l'UE ha scelto di sottoporre il tema della remunerazione del personale - soprattutto di quello più rilevante - nel settore bancario ad una profonda regolazione *ex ante*, dapprima con la Direttiva 2010/76/CE (la **CRD III**) e, successivamente, con la Direttiva 2013/36/UE (la **CRD IV**).

Il principio ispiratore dell'intervento del legislatore europeo è stato dunque quello di garantire che le banche UE si dotino di politiche e prassi di remunerazione che riflettano e promuovano una sana ed efficace gestione del rischio creditizio. Su tale presupposto, la CRD III ha dettato una serie di regole al fine di far sì che la remunerazione del personale più rilevante operante nelle imprese bancarie sia correlata sia alla *performance* del singolo, sia agli obiettivi (eventualmente) raggiunti dalla divisione cui è addetto, che dalla banca in generale. Le motivazioni alla base dell'intervento sono state quelle di allineare la remunerazione di tutto il personale - e in particolare del personale più rilevante, avente un'incidenza maggiore sul rischio creditizio - delle imprese del settore bancario a risultati da ottenere nel lungo periodo, in modo da evitare

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.

condotte opportunistiche dei *managers* volte a drogare i risultati (propri e della banca), al fine di ottenere delle remunerazioni più alte ma a cui non corrisponda alcuna creazione di valore per l'istituzione di appartenenza.

Pertanto, la CRD III ha dettato una serie di regole volte a raggiungere tale obiettivo: pagamento di una parte della remunerazione variabile in strumenti finanziari (in modo da allineare il compenso all'andamento dei titoli azionari dell'ente creditizio), differimento nel tempo di parte dei medesimi compensi variabili, divieto di vendita (per un periodo di tempo determinato) degli strumenti finanziari corrisposti, e previsione 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 - c.d. meccanismi di *malus*² e *claw-back*³.

La CRD III, inoltre, onde evitare una implementazione troppo rigida di tali regole, ha previsto che esse debbano essere applicate secondo un generale principio di proporzionalità, in ragione del quale alcune disposizioni della stessa direttiva possono essere (totalmente o parzialmente) disapplicate con riferimento a banche meno complesse e personale che percepisca quote di remunerazione variabile contenute, sul presupposto che tali istituzioni e individui incidano in maniera meno determinante sul profilo di rischio dell'ente creditizio.

Le disposizioni della CRD III in tema di remunerazione sono state poi accompagnate dalle linee interpretative del CEBS del 10 dicembre 2010 (le **CEBS Guidelines**), che hanno precisato e specificato la portata (soprattutto applicativa) delle disposizioni previste. Le linee guida del CEBS hanno specificato, in particolare, quale possa essere la portata delle esenzioni, in linea con il principio di proporzionalità, per le banche minori e il personale meno rilevante.

La CRD III è stata sostituita, con efficacia dal 1 gennaio 2014, dalla CRD IV, che detta, insieme ai criteri interpretativi previsti dalle CEBS Guidelines, la disciplina attualmente in vigore in tema di remunerazioni nel settore bancario.

Tale direttiva ha sostanzialmente confermato l'impianto già previsto dalla CRD III, compreso il principio di proporzionalità, disponendo, però, per un sistema di regole molto più complesso e pervasivo del precedente.

Al di là di previsioni molto più dettagliate in materia di *pay-out*, differimento e meccanismi di correzione *ex post*, la vera novità è consistita nell'introduzione di un

² 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).

³ Per *clawback*, si intende quel meccanismo di correzione *ex post* che prevede l'obbligo di restituzione della remunerazione, a fronte di *performance* negativa o condotte inadempienti e/o fraudolente (dopo che il *bonus* sia stato percepito dal beneficiario).

bonus cap alla componente variabile della remunerazione: essa, infatti, non può oggi superare il 100% della componente fissa, anche se è stata comunque prevista la possibilità, previa delibera dell'assemblea degli azionisti, di estendere tale limite al 200%.

Come noto, la CRD IV è stata recepita 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**).

Pertanto, ad oggi, le banche italiane sono assoggettate, nella redazione delle loro prassi e politiche di remunerazione a un sistema di fonti principalmente costituito, nell'ordine, da:

- Disposizioni Banca d'Italia;
- CRD IV; e
- CEBS Guidelines (originariamente pensate come linee guida applicative della CRD III, ma ancora in vigore lì dove compatibili con quanto disposto dalla CRD IV).

Su questo (già complesso) sistema di fonti, andranno ad incidere, nell'immediato futuro, due documenti recentemente pubblicati dalla *European Banking Authority* (l'**EBA**):

- le linee guida del 21 dicembre 2015 (le **EBA Guidelines**)⁴; e
- l'opinione in materia di applicazione del principio di proporzionalità alla CRD IV (l'**EBA Opinion**)⁵.

In particolare, l'EBA ha sentito l'esigenza di intervenire sul sistema di fonti esistente per garantire un'applicazione più uniforme della CRD IV nei vari Stati membri dell'UE.

L'esistenza (e la conseguente applicazione) del principio di proporzionalità, infatti, ha comportato vari problemi di armonizzazione della disciplina a livello europeo, in quanto le singole autorità nazionali hanno recepito le disposizioni della CRD IV in maniera non uniforme, soprattutto con riferimento alla possibilità che le banche di minori dimensioni e il personale con una remunerazione variabile relativamente bassa siano esentati (in tutto o in parte) dall'applicazione delle regole in materia di differimento di parte della remunerazione variabile e di pagamento di parte della stessa in strumenti finanziari.

In ragione di ciò, l'autorità bancaria europea ha dettato, nelle nuove EBA Guidelines, una disciplina molto più restrittiva in materia di proporzionalità: nessuna deroga, se non espressamente ammessa dalla CRD IV o dalle medesime linee guida, sarebbe infatti

⁴ EBA/GL/2015/22.

⁵ EBA/Op/2015/25.

ammessa, soprattutto con riferimento alle regole - sopra brevemente descritte - in materia (principalmente) di remunerazione variabile.

Al fine di garantire una maggior certezza del diritto e una maggiore uniformità nell'applicazione di quanto previsto dalla direttiva, le EBA Guidelines hanno inoltre dettato una serie di regole di dettaglio idonee ad una implementazione più omogenea della disciplina in tema di remunerazione del personale nel settore bancario.

La stessa autorità bancaria europea, consapevole che la disciplina della CRD IV presenta delle (forse eccessive) rigidità, ha proposto ai competenti organi legislativi europei, mediante la predisposizione dell'EBA Opinion, di modificare alcune delle disposizioni della direttiva, in modo da garantire una maggiore flessibilità nell'applicazione delle sue regole, soprattutto in materia di proporzionalità, senza che però ciò rischi di comportarne un'attuazione non uniforme a livello UE. In sede di discussione, era stata prospettata la possibilità di prevedere, proprio in linea con il principio di proporzionalità, la possibilità, a fronte di chiare e oggettive circostanze, di derogare alle regole in materia di *bonus cap*. L'autorità bancaria europea ha poi deciso di soprassedere, sul presupposto che tale regola sia di facile applicazione e non crei costi amministrativi addizionali nella sua gestione da parte delle singole banche⁶.

Tale contributo ha lo scopo di fare il punto sulle novità più importanti introdotte dalle linee guida e dall'opinione sul tema della proporzionalità emanate dall'autorità bancaria europea. Nello specifico, si cercherà di capire quale sarà l'effettiva portata innovativa dei due documenti sulle Disposizioni Banca d'Italia attualmente in vigore nell'ordinamento italiano.

2. Vincolatività delle EBA Guidelines e dell'EBA Opinion

I due documenti emanati dall'EBA hanno un impatto differente sulle regole in tema di remunerazione nel settore bancario. È opportuno, prima di analizzarne il contenuto, capire quale sia la loro collocazione nell'ambito della gerarchia delle fonti, in modo da comprendere la vincolatività delle stesse sia nei confronti delle istituzioni pubbliche degli Stati membri che nei confronti dei singoli enti creditizi basati in uno Stato membro dell'UE.

a. EBA Guidelines

Le EBA Guidelines si applicheranno a partire dal 1 gennaio 2017 e le CEBS Guidelines non saranno più in vigore a far data dal 31 dicembre 2016. Pertanto, per l'anno in corso, le banche italiane dovranno continuare a rispettare quanto disposto dalle Disposizioni Banca d'Italia in attuazione della CRD IV e delle CEBS Guidelines.

Le EBA Guidelines non sono dunque direttamente vincolanti per le banche, ma lo sono solo nei confronti delle autorità nazionali competenti per il loro recepimento (in Italia, la

⁶ Par. 26 dell'EBA Opinion.

Banca d'Italia). Le linee guida, pertanto, diverranno direttamente vincolanti per le singole imprese bancarie solo nel momento di un (eventuale) recepimento delle stesse da parte delle autorità competenti di ciascuno Stato membro (in Italia, dalla Banca d'Italia mediante modifica delle Disposizioni Banca d'Italia).

Sul punto, deve essere precisato che le autorità nazionali competenti saranno soggette al principio del *comply or explain*: ciò comporta che esse potranno adeguarsi alle EBA Guidelines, modificando di conseguenza le disposizioni nazionali in materia di prassi e politiche di remunerazione nel settore creditizio (che sono invece direttamente vincolanti per le banche dei singoli Stati membri), oppure potranno scegliere di non adeguarsi.

In caso di mancato adeguamento, le autorità nazionali competenti dovranno informare l'EBA e giustificare le proprie ragioni. In tale circostanza, la Commissione UE potrebbe iniziare una procedura d'infrazione contro ogni Stato membro inadempiente, qualora consideri inadeguate le motivazioni del mancato adeguamento: tale procedura potrebbe portare la Commissione UE e lo Stato membro dinanzi la Corte di Giustizia UE, che avrebbe poi il potere di giudicare sulla liceità o meno della decisione di non adeguarsi alle linee guida emanate dall'autorità bancaria europea.

Le EBA Guidelines non hanno quindi una portata immediatamente vincolante per le banche, ma solo per le autorità nazionali competenti. Tant'è che - val la pena ricordarlo - l'EBA non dispone di alcun potere sanzionatorio diretto nei confronti degli enti creditizi che non si adeguino alle EBA Guidelines.

Tornando alla situazione italiana, è comunque ragionevole aspettarsi che le Disposizioni Banca d'Italia - che, si badi bene, rimangono l'unica fonte direttamente vincolante per gli enti creditizi nostrani - verranno adeguate al contenuto delle EBA Guidelines prima del 31 dicembre 2016. Ciò non toglie che, nel caso in cui il contenuto delle linee guida non venga recepito da parte della Banca d'Italia, sembra in ogni caso opportuno che le banche italiane si adeguino cautelativamente a quelle disposizioni delle EBA Guidelines che non siano direttamente in contrasto con il dettato delle Disposizioni Banca d'Italia ma che vadano invece a specificarne il contenuto.

b. EBA Opinion

L'EBA Opinion è, invece, un documento di natura meramente consultiva rivolto al legislatore europeo - cioè alla Commissione, al Parlamento e al Consiglio UE - e non alle singole imprese creditizie (né, tantomeno, agli Stati membri). L'autorità bancaria europea ha proposto di modificare, mediante procedimento legislativo ordinario, alcune disposizioni della CRD IV, per garantire un'applicazione più flessibile, efficace ed uniforme del principio di proporzionalità.

L'EBA Opinion non è quindi in alcun modo vincolante né per le imprese bancarie né tantomeno per gli Stati membri: lo sarà (eventualmente) per le autorità nazionali

competenti nel momento in cui gli organi dell'UE decidano di modificare le disposizioni della CRD IV.

Qualora ciò accada, è ragionevole aspettarsi che le Disposizioni Banca d'Italia verranno adeguate al contenuto della CRD IV (così come emendata dal legislatore europeo), onde evitare una procedura d'infrazione a carico dell'Italia da parte della Commissione UE.

3. Il contenuto delle EBA Guidelines

Con riguardo al contenuto delle EBA Guidelines, si evidenzieranno i punti di maggiore impatto sulla disciplina (soprattutto nazionale) attualmente in vigore. Lì dove necessario, si sottolineeranno quelle disposizioni che sono in contrasto con quanto attualmente previsto dalle Disposizioni Banca d'Italia. Si ribadisce, sul punto, che è ragionevole aspettarsi che tali disposizioni contrastanti con le EBA Guidelines vengano modificate dalla Banca d'Italia prima del 31 dicembre 2016.

a. Principio di proporzionalità

Le EBA Guidelines, in ragione della necessità di un'applicazione uniforme delle regole previste dalla CRD IV, danno un'interpretazione abbastanza restrittiva del principio di proporzionalità⁷: secondo le linee guida, quindi, tutte le disposizioni previste dalla CRD IV in tema di remunerazione del personale bancario dovranno essere interamente applicate da tutti gli enti creditizi (a prescindere dalla loro dimensione), e con riferimento a tutto il personale interessato (a prescindere dal *quantum* di remunerazione percepita e dall'incidenza del singolo individuo sul profilo di rischio di ciascuna singola banca)⁸.

In ragione di ciò, la possibilità, prevista dalle Disposizioni Banca d'Italia, di esentare le banche di “minori dimensioni o complessità operativa” e quelle “intermedie” dall'applicazione di alcune regole imposte dalla CRD IV (in tema di differimento e pagamento in strumenti finanziari di parte della componente variabile delle remunerazioni)⁹ non pare possa essere oggi ammessa: pertanto, sembra che la Banca d'Italia dovrà procedere a modificare in tal senso le disposizioni di vigilanza.

b. Identificazione del personale più rilevante

Le EBA Guidelines rendono più stringente il processo di identificazione del “personale più rilevante”, cui si applicano le disposizioni in tema di remunerazione e incentivazione. In ragione di ciò, esse prevedono che le banche:

⁷ Per chiarimenti sul “futuro” dell'applicazione del principio di proporzionalità con riferimento alle banche minori, si veda *infra* la sezione successiva relativa all'EBA Opinion.

⁸ Par. 78 delle EBA Guidelines.

⁹ Sez. I, par. 7, delle Disposizioni Banca d'Italia.

- dovranno condurre con cadenza annuale il processo di identificazione del “personale più rilevante”¹⁰;
- dovranno tenere traccia documentale di tutto il processo di identificazione¹¹;
- potranno escludere alcuni soggetti dal novero del “personale più rilevante”, nella misura in cui i soggetti esclusi non incidano effettivamente sul profilo di rischio creditizio dell’impresa bancaria e previa approvazione dell’autorità competente¹²; e
- dovranno coinvolgere il comitato remunerazioni e le altre funzioni di controllo nel processo di identificazione¹³.

Le Disposizioni Banca d’Italia dovranno essere adattate, posto che prevedono una disciplina meno stringente e dettagliata rispetto a quella oggi dettata dalle EBA Guidelines con riguardo al suddetto processo di identificazione¹⁴.

c. Componente fissa e variabile della remunerazione

In generale, le linee guida dettano criteri più analitici e stringenti per la determinazione della componente fissa e variabile della remunerazione che - si ricorda - deve essere di norma correlata ad elementi di *performance* del beneficiario o dell’istituzione.

Di seguito, verranno analizzate tutta una serie di categorie di strumenti remunerativi, con riguardo ai quali le EBA Guidelines hanno dettato delle precisazioni in relazione alle loro modalità di computo ai fini del *bonus cap* e all’applicazione delle regole generalmente dettate in materia di remunerazione variabile.

Verranno evidenziate quelle disposizioni delle EBA Guidelines formalmente in contrasto con le Disposizioni Banca d’Italia e per le quali ci si aspetta un intervento modificativo della stessa Banca d’Italia prima del 31 dicembre 2016. Si precisa, ancora una volta, che, per quanto riguarda invece quelle disposizioni che dettano dei meri criteri interpretativo-applicativi non in contrasto con quanto previsto da Banca d’Italia, è opportuno che le banche li applichino cautelativamente a partire dal 1 gennaio 2017.

- **Indennità (apparentemente) rientranti nella componente fissa della remunerazione**

Le EBA Guidelines dispongono che le banche che riconoscano particolari indennità (per esempio, correlate ad uno specifico ruolo ricoperto) quali elementi della componente fissa (e non variabile) della remunerazione dovranno analiticamente

¹⁰ Par. 83 delle EBA Guidelines.

¹¹ Par. 91 delle EBA Guidelines.

¹² Par. 94 delle EBA Guidelines.

¹³ Par. 99-105 delle EBA Guidelines.

¹⁴ Sez. I, par. 6, delle Disposizioni Banca d’Italia.

documentare (ed eventualmente motivare) le ragioni che hanno portato a considerarle quali componente fissa e non variabile della remunerazione¹⁵.

Lo scopo di tale onere motivazionale è quello di evitare un aggiramento delle stringenti regole in materia di componente variabile della remunerazione e ammettere, di fatto, la corresponsione di una remunerazione variabile garantita e slegata dalla *performance*.

- **Strumenti finanziari basati su performance future (e.g. LTIPs)**

Le EBA Guidelines distinguono tra due tipologie di strumenti finanziari basati su *performance* future ai fini del calcolo del *bonus cap*¹⁶:

- quelli basati esclusivamente sia su una *performance* passata (di almeno un anno) che su una futura: rilevano ai fini del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione nell'anno di assegnazione dello strumento; e
- quelli basati su *performance* solo futura: rilevano ai fini del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione nell'anno precedente a quello di *vesting* dello strumento.

- **Carried interests**

Le EBA Guidelines distinguono due tipologie di *carried interests*¹⁷:

- pagamenti effettuati non in contropartita di un investimento da parte del beneficiario: costituiscono componente variabile della remunerazione (e come tale saranno assoggettati a tutte le regole per essa previste dalla CRD IV) e devono essere computati nell'anno in cui il pagamento è stato effettuato; e
- pagamenti effettuati in contropartita di un investimento da parte del beneficiario: non costituiscono componente variabile della remunerazione.

Si precisa inoltre che i dividendi (o altri tipi di interessi) pagati al “personale più rilevante” in qualità di azionista non debbono essere considerati remunerazione ai fini della CRD IV¹⁸.

- **Retention bonuses**

Le EBA Guidelines ribadiscono che i *retention bonuses*, sebbene non collegati alla *performance*, debbano essere intesi come componente variabile della retribuzione e, come tali, dovranno essere soggetti a tutte le regole ad essa applicabili¹⁹.

¹⁵ Par. 120-123 delle EBA Guidelines.

¹⁶ Par. 124-125 delle EBA Guidelines.

¹⁷ Par. 126 delle EBA Guidelines.

¹⁸ Par. 127 delle EBA Guidelines.

Esse specificano inoltre che i *retention bonuses* possano essere erogati solo a fronte di un obiettivo interesse della banca a trattenere il beneficiario, che si può manifestare, ad esempio, nel caso in cui la banca sia soggetta ad una ristrutturazione o ad una modifica degli assetti proprietari²⁰. Inoltre, le EBA Guidelines precisano che tali strumenti remunerativi non possono essere in ogni caso utilizzati come contropartita per remunerare il personale cui non sia stata erogata parte della componente variabile della remunerazione in ragione di una *performance* negativa del beneficiario o dell'ente creditizio di appartenenza²¹.

Le linee guida prevedono inoltre che il *retention bonus* debba essere tenuto in considerazione ai fini della determinazione del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione, alternativamente:

- come ammontare annuo calcolato *pro-rata* durante il periodo pluriennale di *retention*, a prescindere dall'anno in cui il *bonus* venga effettivamente erogato; o
- interamente alla fine del periodo di *retention*.

• **Benefici pensionistici discrezionali**

Dalle EBA Guidelines sembra si possa dedurre che i benefici pensionistici discrezionali vadano considerati a tutti gli effetti parte della componente variabile della remunerazione, anche ai fini del calcolo del *bonus cap*²².

Posto che le Disposizioni Banca d'Italia prevedono che i benefici pensionistici discrezionali non siano inclusi nel calcolo del rapporto tra componente fissa e variabile della remunerazione²³, sembra che esse dovranno essere modificate in modo che essi siano computati ai fini della determinazione del *bonus cap*.

• **Remunerazione variabile garantita**

Le EBA Guidelines definiscono la remunerazione variabile garantita come la remunerazione variabile non collegata a parametri di *performance*. In generale, essa non è ammessa, se non in casi eccezionali²⁴.

Tra questi ultimi, è ricompresa la circostanza per cui essa possa essere erogata a fronte dell'assunzione di nuovo personale (c.d. *entry* o *welcome bonus*): in tal caso, essa è dunque ammessa, ma limitatamente al primo anno d'impiego. Con riferimento a tale specifico caso, le linee guida precisano che i singoli Stati membri

¹⁹ Par. 129 delle EBA Guidelines.

²⁰ Par. 128 delle EBA Guidelines.

²¹ Par. 130 delle EBA Guidelines.

²² Par. 133 e 136 delle EBA Guidelines.

²³ Sez. II, par. 2.2.1, delle Disposizioni Banca d'Italia.

²⁴ Par. 137-141 delle EBA Guidelines.

e le singole banche, nelle loro politiche di remunerazione, possano prevedere che essa non venga computata ai fini della determinazione del *bonus cap*²⁵.

Inoltre, le EBA Guidelines prevedono che, pur essendo la remunerazione variabile garantita di norma soggetta a tutte le regole in materia di componente variabile della remunerazione, le singole imprese bancarie, nelle loro politiche di remunerazione, possano comunque decidere di non applicare i meccanismi di *malus* e *claw-back* e pagare l'intero ammontare in danaro, senza alcun differimento²⁶.

Le Disposizioni di Banca d'Italia sembrano essere in linea con quanto previsto dalle nuove linee guida²⁷, fatta eccezione per un parziale scostamento rispetto a quanto previsto ai paragrafi 140 e 141 delle EBA Guidelines, con riguardo alla possibilità di non computare la remunerazione variabile garantita ai fini del *bonus cap* e possibilità di non applicare i meccanismi di correzione *ex post* e di pagamento in strumenti finanziari e differimento. Con riferimento a queste regole, le Disposizioni Banca d'Italia (che prevedono invece che la remunerazione variabile garantita non sia soggetta ad alcuna delle norme sulla struttura della remunerazione variabile, ma concorra alla determinazione del *bonus cap*) dovranno presumibilmente essere modificate.

- **Remunerazione volta a compensare il nuovo personale da contrazioni o azzeramenti di compensi derivanti da precedenti impieghi**

Le EBA Guidelines dispongono che tale categoria di remunerazione sia soggetta a tutte le regole previste dalla CRD IV per la remunerazione variabile, eccetto per il caso in cui una quota parte di tale compenso venga corrisposto a titolo di remunerazione variabile garantita, che seguirà invece le regole di cui al paragrafo precedente²⁸.

Anche se non espressamente precisato, sembra che le regole in tema di strumenti finanziari basati su *performance* future (e.g. LTIPs) debbano applicarsi a tali quote di remunerazione variabile ai fini della determinazione del *bonus cap*.

- **Severance payments**

Le EBA Guidelines confermano che, fatta eccezione per l'indennità di mancato preavviso determinata secondo i criteri stabiliti dalla legge e dalla contrattazione collettiva, tutte le somme erogate in occasione della conclusione anticipata del rapporto di lavoro o per la cessazione anticipata della carica (c.d. *severance payments*), debbano essere considerate come remunerazione variabile ed assoggettate a tutte le regole per essa previste, tant'è che si prevede espressamente

²⁵ Par. 138 e 140 delle EBA Guidelines.

²⁶ Par. 141 delle EBA Guidelines.

²⁷ Sez. II, par. 2.1, punto 5, delle Disposizioni Banca d'Italia.

²⁸ Par. 142-143 delle EBA Guidelines.

(con carattere innovativo rispetto alla disciplina previgente, perlomeno a livello nazionale) che tali pagamenti debbano essere (di regola) inclusi nel calcolo del *bonus cap* tra componente fissa e variabile della remunerazione²⁹.

In ogni caso, le linee guida prevedono che i *severance payments* (e il tutto è rilevante soprattutto in materia di negoziazione dei pacchetti di uscita del *top management*) non debbano essere considerati come componente variabile della remunerazione ai fini del calcolo del *bonus cap* in specifiche circostanze, tra cui quei casi in cui il pagamento di una determinata somma sia obbligatorio in ragione di norme di legge nazionali inderogabili, o quando le tali somme siano state erogate in contropartita di un esubero o per conciliare un (attuale o potenziale) contenzioso - a condizione però che la banca riesca a dimostrare alla competente autorità nazionale le ragioni e l'appropriatezza del pagamento³⁰.

Le EBA Guidelines prevedono, inoltre, che nessuna somma a titolo di *severance payment* possa essere erogata nel caso in cui il rapporto di lavoro o la carica del potenziale beneficiario siano venuti meno in ragione di un licenziamento o di una revoca per giusta causa³¹. Inoltre, le stesse linee guida escludono la possibilità di erogare alcuna somma qualora il potenziale beneficiario si sia dimesso per occupare un'altra posizione presso un'altra società, fatta eccezione per quei pagamenti erogati in occasione della cessazione del rapporto di lavoro o della carica che siano dovuti in esecuzione di un obbligo di legge³².

Le linee guida dell'autorità bancaria europea facilitano, sul punto, il compito dell'interprete che, fino ad oggi, si è dovuto confrontare con l'assenza di disposizioni di dettaglio (sia europee che nazionali) abbastanza chiare sul punto.

Le Disposizioni Banca d'Italia³³ dovranno dunque essere riviste, soprattutto con riguardo all'incidenza dei *severance payments* sul *bonus cap*, posto che esse prevedono, contrariamente alle EBA Guidelines, che essi non incidano nel calcolo del suddetto limite. Inoltre, essendo le Disposizioni Banca d'Italia di minor dettaglio, è auspicabile che tutta una serie di chiarimenti normativi dettati dalle linee guida (con riferimento, ad esempio, alla disciplina dei *severance payments* in caso di dimissioni, licenziamento o revoca) vengano espressamente recepiti a livello nazionale.

d. Criteri di calcolo del bonus cap

In linea con il principio di proporzionalità, le EBA Guidelines dispongono che il *bonus cap* debba essere determinato prevedendo anche dei limiti differenziati per diverse

²⁹ Par. 144-155 delle EBA Guidelines.

³⁰ Par. 154 e 149 delle EBA Guidelines.

³¹ Par. 147 delle EBA Guidelines.

³² Par. 148 delle EBA Guidelines.

³³ Sez. III, par. 2.2.2, delle Disposizioni Banca d'Italia.

giurisdizioni, *business units*, funzioni aziendali e categorie (ma anche per singoli soggetti afferenti alla medesima categoria) di “personale più rilevante”³⁴.

Inoltre, le linee guida specificano in modo più oggettivo rispetto al passato il metodo di calcolo del valore massimo del *bonus cap* e del valore specifico dello stesso con riferimento alla remunerazione dei singoli beneficiari³⁵.

Tali disposizioni, seppur non risolutive sul punto, limiteranno comunque le (oggi rilevanti) possibilità di arbitraggio sia tra diversi sistemi regolatori nazionali in ambito UE, che tra diverse istituzioni creditizie all’interno della medesima giurisdizione.

e. Remunerazione variabile corrisposta in strumenti finanziari

Con riferimento alla parte di remunerazione variabile corrisposta in strumenti finanziari, le linee guida precisano che essa debba essere computata, ai fini del calcolo del *bonus cap*, facendo riferimento al valore di mercato o al *fair value* dello strumento alla data dell’assegnazione dello strumento³⁶.

Le EBA Guidelines³⁷ confermano, inoltre, che le banche quotate non possano corrispondere la parte di remunerazione variabile da erogare in strumenti finanziari mediante strumenti finanziari (che siano solo) correlati al valore delle azioni dell’ente creditizio e che non riflettano direttamente il valore dell’istituzione di appartenenza³⁸.

Per quanto riguarda invece i (temporanei) divieti di vendita della quota di remunerazione variabile corrisposta in strumenti finanziari, le linee guida prevedono che il periodo di *retention* sia 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 *deferral* sia di almeno cinque anni), con specifico riferimento al personale più rilevante diverso dai componenti degli organi di amministrazione e dal *senior management*³⁹.

Con riferimento a tale ultimo punto, le Disposizioni Banca d’Italia⁴⁰ prevedono che il periodo di *retention* per gli strumenti finanziari pagati *up-front* sia di minimo 2 anni; per quelli differiti, invece, si prevede (più vagamente) che tale periodo possa essere più breve: pertanto, sembra che tale secondo periodo di *deferral* dovrà essere individuato dalle Disposizioni Banca d’Italia in maniera precisa, prevedendo un *floor* di durata pari ad (almeno) sei mesi qualora il periodo di differimento sia di (almeno) cinque anni.

³⁴ Par. 185 e 187 delle EBA Guidelines.

³⁵ Par. 186 e 189 delle EBA Guidelines.

³⁶ Par. 256 delle EBA Guidelines.

³⁷ Par. 251 delle EBA Guidelines.

³⁸ Tale regola, che specifica quanto già previsto sul punto dalla CRD IV, potrebbe comunque essere abrogata nel caso in cui gli organi legislativi UE decidano di accogliere le proposte di modifica della CRD IV contenute nell’EBA Opinion.

³⁹ Par. 267 delle EBA Guidelines.

⁴⁰ Sez. III, par. 2.1, punto 3, delle Disposizioni Banca d’Italia.

Da ultimo, le EBA Guidelines precisano che le imprese bancarie non possano pagare nessun interesse o dividendo derivante dalla titolarità di strumenti finanziari che siano stati assegnati come remunerazione variabile al “personale più rilevante” e soggetti a differimento. Ciò comporta che gli interessi e i dividendi dovuti con riferimento al periodo di *deferral* non possano essere corrisposti ai titolari degli strumenti anche al termine del periodo di differimento. Pertanto, tutte queste somme dovranno essere incamerate dall’ente creditizio e considerate nella titolarità dello stesso⁴¹.

Le Disposizioni Banca d’Italia non prevedono, in realtà, una disciplina molto diversa sul punto, posto che già dispongono che prima del periodo di differimento non possono essere corrisposti dividendi o interessi (pur ammettendo che sulla parte per cassa possano essere calcolati interessi in linea con i tassi di mercato)⁴². In ogni caso, ci si aspetta che anche tali disposizioni vengano adattate per renderle il più possibile aderenti a quanto previsto dalle linee guida EBA.

f. Malus e claw-back

Le EBA Guidelines espandono le ipotesi in cui i meccanismi di *malus* e *claw-back* debbano essere applicati dalle banche: a differenza di quanto previsto dalla disciplina ad oggi in vigore, tali meccanismi dovranno operare anche nel caso in cui il beneficiario abbia commesso seri errori e qualora la banca o la *business unit* del beneficiario, a prescindere da suoi specifici condotte, abbia sofferto una perdita significativa o un significativo fallimento delle funzioni di *risk management*⁴³. Le linee guida prevedono, dunque, delle ipotesi oggettive di operatività dei meccanismi di correzione *ex post*, mentre in precedenza erano contemplate perlopiù ipotesi di tipo soggettivo, cioè legate a specifici comportamenti del beneficiario.

Anche in tal caso, le Disposizioni Banca d’Italia⁴⁴ dovranno essere modificate, posto che, perlomeno con riferimento al *claw-back*, ne impongono l’operatività solo a fronte di condotte (a diverso titolo) inadempienti del beneficiario della remunerazione variabile soggetta a tale meccanismo di correzione *ex post*.

g. Politiche di remunerazione e incentivazione nei gruppi bancari

Le EBA Guidelines prevedono che le banche debbano assicurarsi che le politiche di remunerazione e incentivazione siano redatte dalle banche controllanti con riguardo a tutte le società da esse controllate e al personale (soprattutto più rilevante) nell’ambito dell’intero gruppo⁴⁵.

⁴¹ Par. 258 delle EBA Guidelines.

⁴² Sez. III, par. 2.1, punto 4, delle Disposizioni Banca d’Italia.

⁴³ Par. 273 delle EBA Guidelines.

⁴⁴ Sez. III, par. 2.1, punto 5, delle Disposizioni Banca d’Italia.

⁴⁵ Par. 65-74 delle EBA Guidelines.

In ragione di tale previsione, le regole in materia di *bonus cap* saranno dunque applicabili anche a quei gestori di OICR soggetti alla regolamentazione UCITS o AIFMD (che prevedono regole diverse in materia di remunerazione che, soprattutto, non impongono alcun *bonus cap*) eventualmente rientranti nel perimetro di un gruppo bancario. Ciò comporterebbe, nei fatti, una significativa disparità di trattamento, con un pregiudizio sul piano concorrenziale non di poco conto, tra la posizione di quei fondi che operino *stand alone* (soggetti, cioè, alla sola regolamentazione UCITS o AIFMD) e quelli che operino nell'ambito di un gruppo bancario (soggetti all'ulteriore regolamentazione CRD IV).

Le EBA Guidelines, inoltre, specificano che, con riferimento alla possibilità per gli azionisti di innalzare il *bonus cap* fino al 200% del valore della componente fissa, dovrà essere l'assemblea degli azionisti della società controllata (e non, quindi, l'assemblea della banca capogruppo) a dover assumere tale decisione, mediante autonoma delibera⁴⁶.

Le Disposizioni Banca d'Italia prevedono già una disciplina che, seppur più generale e sfumata, impone obblighi dello stesso tenore nei confronti dei gruppi bancari italiani⁴⁷: in ogni caso, sembra che la Banca d'Italia dovrà, anche con riferimento a questo punto, precisare la questione relativa ai gestori di OICR soggetti alla regolamentazione UCITS e AIFMD con delle regole di maggior dettaglio, che non lascino adito a dubbi applicativi.

4. Il contenuto dell'EBA Opinion

Come precisato, l'EBA Opinion non ha alcun valore di tipo normativo: essa è solo un documento di natura consultiva destinato alle autorità legislative europee e che suggerisce loro degli emendamenti alla CRD IV che, a parere dell'autorità bancaria europea, si rendono necessari al fine di garantire una maggiore uniformità e - al tempo stesso - flessibilità nell'applicazione delle regole in materia di remunerazione nel settore bancario, seppur in linea con il principio di proporzionalità.

In particolare, secondo l'EBA, la CRD IV dovrebbe essere modificata nel senso di ammettere che:

- le banche di minori dimensioni e quel personale con una remunerazione variabile relativamente bassa (anche in banche di maggiori dimensioni) possano essere esentate (in tutto o in parte) dall'applicazione delle regole in materia di differimento di parte della remunerazione variabile e di pagamento di parte della stessa in strumenti finanziari⁴⁸; e

⁴⁶ Par. 42 delle EBA Guidelines.

⁴⁷ Sez. I, par. 8, e Sez. III, par. 1.2, delle Disposizioni Banca d'Italia.

⁴⁸ Par. 22, 29, 30, 38 and 39 of the EBA Opinion.

- anche le banche quotate possano corrispondere la parte di remunerazione variabile da erogare in strumenti finanziari mediante strumenti finanziari che riflettano (esattamente) il valore delle azioni dell'ente creditizio⁴⁹.

Qualora tali proposte dell'autorità bancaria europea si tramutino in una modifica della CRD IV, le Disposizioni Banca d'Italia dovranno essere modificate in modo da:

- rimodulare, coerentemente con la modifica del testo della direttiva, la possibilità di esenzione per le banche che oggi vengono denominate "di minori dimensioni o complessità operativa" e "intermedie"⁵⁰, sia con riguardo alle regole in materia di differimento di parte della remunerazione variabile e di pagamento di parte della stessa in strumenti finanziari; e
- eliminare il divieto, espressamente previsto per le banche quotate, di corrispondere la parte di remunerazione variabile da erogare in strumenti finanziari mediante strumenti finanziari che riflettano (esattamente) il valore delle azioni dell'ente creditizio⁵¹.

5. Conclusioni

I recenti interventi dell'autorità bancaria europea si pongono, almeno a livello sistematico, in linea con l'evoluzione normativa dal 2010 a oggi: la regolazione *ex ante* della materia della remunerazione nel settore bancario è sempre più pervasiva e i costi di implementazione a livello di *governance* per le imprese rimangono alti, posto che non vi è stato alcun alleggerimento della disciplina, cosa che (in più di) qualcuno forse si aspettava. Anzi, perlomeno nell'*interim period* tra l'entrata in vigore delle EBA Guidelines ed una eventuale modifica della CRD IV in linea con quanto proposto dall'EBA Opinion, il rischio è che i costi amministrativi, perlomeno con riferimento alle istituzioni creditizie minori, crescano rispetto al recente passato.

Dal punto di vista della certezza del diritto e dell'uniformità dell'applicazione della disciplina, in ogni caso, le linee guida dovrebbero dare un contributo importante al miglioramento dell'applicazione della CRD IV a livello europeo, limitando le possibilità di arbitraggio regolatorio tra imprese bancarie basate in diversi Stati membri (derivante dall'applicazione di norme di dettaglio diverse e, a seconda dei casi, più o meno stringenti) e enti creditizi appartenenti alla medesima giurisdizione (derivante da applicazioni non sempre univoche delle medesime disposizioni nazionali, in ragione delle ampie zone grigie non coperte né dal legislatore europeo, né conseguentemente da quelli dei singoli Stati membri, e dunque nella piena disposizione delle politiche di remunerazione del singolo istituto creditizio).

⁴⁹ Par. 23, 35 e 40 of the EBA Opinion.

⁵⁰ Sez. I, par. 7, delle Disposizioni Banca d'Italia.

⁵¹ Sez. II, par. 2.1 (3)(i), delle Disposizioni Banca d'Italia.

Da un punto di vista prettamente giuslavoristico, invece, sono di assoluta rilevanza pratica i chiarimenti in merito a come possano (o debbano) essere strutturati i pacchetti di uscita del *management*. Spesso, infatti, si sono manifestate delle difficoltà nel giustificare, senza che il tutto comportasse una violazione della CRD IV o delle Disposizioni Banca d'Italia, il motivo per cui delle somme (a volte molto alte) venivano pattuite nella necessità di gestire un esubero o di evitare un contenzioso (attuale o potenziale) del *manager* nei confronti della banca, soprattutto nel caso in cui i criteri fissati dall'assemblea dei soci sul punto non fossero stati stabiliti in modo chiaro⁵². Da un lato, le linee guida EBA rendono tale disciplina più stringente, posto che anche tali pagamenti - cosa che prima non avveniva - rileveranno ai fini del calcolo del *bonus cap*. Dall'altro, le eccezioni previste a tal proposito dalle EBA Guidelines - che precisa che tali pagamenti non rilevino ai fini del computo del suddetto limite, a condizione che l'impresa bancaria riesca a dimostrare alla competente autorità nazionale le ragioni e l'appropriatezza del pagamento - garantiranno maggiore libertà alle parti, seppur vincolata alla sussistenza e alla prova di criteri oggettivi, nella determinazione dell'ammontare del pacchetto di uscita, perlomeno quando le linee guida dell'autorità bancaria europea verranno recepite e saranno direttamente vincolanti per gli istituti di credito italiani, cioè non prima del 1 gennaio 2017.

Concludendo, val la pena notare, da un punto di vista più generale di analisi della materia delle remunerazioni nel settore bancario (ma anche in quello assicurativo, finanziario e delle società quotate in generale), che non sono praticamente pervenuti⁵³, a livello dottrinale, commenti sulla portata di tali disposizioni e sulle loro possibili conseguenze pratiche e sistematiche sull'apparato normativo giuslavoristico nazionale. È dunque auspicabile, sul punto, che qualcuno (finalmente) inizi ad occuparsene, in modo da capire se, come e perché tali disposizioni in materia di remunerazione possano (eventualmente) essere in contrasto con i principi del diritto del lavoro italiano: cosa che, come precisato dalle stesse linee guida EBA, potrebbe portare alla parziale disapplicazione di parte della disciplina per contrasto con i principi giuslavoristici nazionali⁵⁴.

⁵² Sez. III, par. 2.2.2, delle Disposizioni Banca d'Italia.

⁵³ Fatta eccezione per il contributo di L. NOGLER, *La direttiva "CRD III" e i "paracadute d'oro"*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 2, pp. 143-155.

⁵⁴ Soprattutto in materia di meccanismi di correzioni *ex post* e disciplina della *severance*, così come più volte precisato ai par. 18, 51, 53, 148, 154, 244 e 269 delle EBA Guidelines.