

Gennaio 2021

Esponenti bancari: il “fit and proper” dopo il decreto di attuazione dell’art. 26 TUB

Massimo Lembo, Professore a contratto di diritto dei prodotti bancari e assicurativi, Università di Udine

Premessa ed evoluzione del quadro normativo

A distanza di oltre 5 anni dalla modifica apportata da parte del d. lgs. n. 72/2015¹ al testo dell’art. 26 del TUB², norma – peraltro – rimasta priva di applicazione in assenza della necessaria misura attuativa rappresentata da un decreto ministeriale, sulla Gazzetta Ufficiale del 15.12.2020 è finalmente stato pubblicato il tanto atteso decreto del MEF che dà il “via libera” al nuovo quadro normativo.

La decorrenza è fissata nel 30.12.2020 e le relative disposizioni saranno applicabili da tale data per le nomine successive alla stessa³.

Cesseranno, quindi, di trovare applicazione sia il vecchio testo dell’art. 26 del TUB sia i decreti ministeriali risalenti al 1998⁴.

Infine, opportunamente, l’art. 1 comma 2 del decreto precisa che, ove non diversamente disposto, si applicano le definizioni di cui all’art. 1 del TUB⁵.

Non sono state toccate altre fonti di tipo legislativo quali la direttiva 2013/36⁶ e quelle sul divieto di *interlooking*⁷, o di tipo regolamentare – almeno per il momento – contenute nella circolare bankitalia n. 285/2013⁸ e nella precedente circolare n. 229/1999⁹. Peraltro, il 28.12.2020 la banca d’Italia ha posto in consultazione le modifiche alla circolare 283 in materia di governo societario aventi ad oggetto - tra l’altro – la revisione delle categorie

¹ Il quale ha recepito la direttiva 2013/26 ed ha nel contempo abrogato l’art. 27 del TUB (incompatibilità).

² Norma più volte modificata nel tempo.

³ Art. 26 comma 1 del decreto n. 169.

⁴ Art. 27 del decreto n. 169.

⁵ A titolo esemplificativo si pensi alla definizione di Alta dirigenza.

⁶ C.d. CRD IV che, al paragrafo 91, tratta di onorabilità, professionalità, competenza, esperienza, dedizione (disponibilità) di tempo, onestà, integrità ed indipendenza degli esponenti bancari (management body).

⁷ Art. 36 del decreto “Salva Italia” n. 201/2011 convertito nella legge n. 214/2011.

⁸ Si pensi, ad esempio, al processo di autovalutazione degli esponenti aziendali, norma che inevitabilmente si incrocia con le disposizioni ministeriali.

⁹ In particolare, il Titolo II, capitolo 2.

all'interne delle quali sono raggruppate le banche, l'introduzione di una "quota di genere" ed una nuova disciplina degli amministratori indipendenti, temi questi, comuni al decreto ministeriale in commento.

Nel frattempo, in ordine cronologico, erano state emanate le Linee guida della BCE ¹⁰, quelle congiunte dell'EBA/ESMA ¹¹ e gli Orientamenti, pure congiunti, dell'EBA/ESMA ¹²; conseguentemente, le banche e gli altri soggetti destinatari di detta normativa avevano adottato o modificato la documentazione interna specifica (politica o *policy of suitability*).

Successivamente l'EBA e l'ESMA hanno messo in consultazione un documento che, recependo la direttiva 2019/878 (c.d. CRD 5), ridefinisca i citati Orientamenti sulla valutazione dell'idoneità dei componenti l'organo di gestione e del personale che riveste ruoli chiave ¹³.

Ne consegue che lo scenario regolamentare è in continua evoluzione ¹⁴.

In questo contesto di riferimento normativo si ricorda anche la portata generale dell'art. 2387 cc. in tema di requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza che lo statuto sociale può imporre per l'assunzione della carica di amministratore, fatte salve le leggi speciali, quali – ad esempio – il TUB).

Le presenti note non si estendono all'analoga disciplina circa la composizione degli organi sociali per le società quotate contenute nel TUF e nel c.d. Codice di *Corporate Governance* del gennaio 2020 ove pure vengono affrontati e ridisciplinati gli argomenti relativi agli amministratori esecutivi e non, agli amministratori indipendenti, ai requisiti di professionalità, competenza e indipendenza ¹⁵.

La prima sintesi delle novità

Dall'1.8.2017 era in circolazione lo "schema di decreto ministeriale ¹⁶" ed il nuovo decreto del MEF ne ricalca in grandissima parte i contenuti con poche varianti significative.

¹⁰ Guide to fit and proper assessment, cioè Guida alla verifica dei requisiti di professionalità e onorabilità del 15.5.2017, aggiornata nel maggio del 2018.

¹¹ In vigore dal 26.9.2017 integrate dall'Annex II in cui vengono forniti 16 skills minimi ritenuti rilevanti per la valutazione di ciascun esponente aziendale.

¹² In vigore dal 30.6.2018 con abrogazione dei precedenti orientamenti dell'EBA del 27.9.2011.

¹³ Il documento è del 31.7.2020.

¹⁴ Si veda, ad esempio, l'art. 24 comma 1 del decreto n. 169.

¹⁵ L'indipendenza è una "qualificazione in più" che la Commissione europea ha individuato nella libertà da relazioni professionali, familiari o di altro genere con la società, il suo azionista di controllo o con i dirigenti di entrambi, che creino un conflitto di interessi tale da poter influenzare il suo giudizio (Raccomandazione 2005/162 del 15.2.2005) in CHIAPPETTA, *Diritto del governo societario*, 2020, 163, Wolters Kluwer. L'indipendenza sarebbe, però, vana senza la competenza.

¹⁶ Di seguito "bozza".

L'impostazione originaria, quindi, può dirsi confermata ed il lungo lasso di tempo intercorso ha sicuramente dato modo ai destinatari della disciplina di valutarne la portata in ottica sia di approfondimento che di applicazione, fermo restando la non retroattività – in generale – delle nuove disposizioni.

Ad una prima lettura emergono alcuni aspetti particolarmente significativi rispetto al precedente quadro normativo.

Gli *standard* di idoneità degli esponenti aziendali sono tratteggiati come la sommatoria e la sintesi di alcuni aspetti:

- a. Vengono differenziati i requisiti rispetto ai criteri. I requisiti vengono individuati specificamente dai criteri. I primi assumono una veste di oggettività e tassatività, i secondi, spesso, sono associati ad una certa discrezionalità con ricorso a significative valutazioni effettuate caso per caso. I requisiti sono da esaminare “a monte” e nel durante mentre il processo di autovalutazione opera “a valle” e nel continuo;
- b. L'onorabilità viene ora associata alla correttezza, anche professionale, e la professionalità alla competenza ¹⁷;
- c. E' stato definito il concetto di indipendenza di giudizio ¹⁸;
- d. Si sono introdotti profili di valutazione quali l'indipendenza di giudizio ¹⁹, l'adeguata composizione degli organi sociali ²⁰, la disponibilità di tempo ²¹ ed il limite al cumulo degli incarichi ²²;
- e. Le nomine vanno precedute dalla valutazione delle competenze e dei precedenti del candidato;
- f. Esiste una disciplina specifica di tipo semplificato relativamente ai requisiti di professionalità per amministratori e direttore generale delle BCC ²³.

¹⁷ I requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza erano enunciati e contenuti nel testo dell'art. 26 ante riforma del 2015. La versione precedente, al comma 1, stabiliva “*I soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso banche devono possedere i requisiti di professionalità, onorabilità ed indipendenza stabiliti con regolamento del Ministro dell'economia e delle finanze adottato, sentita la banca d'Italia, ai sensi dell'art. 17 comma e della legge 23.8.1988 n. 400*”.

¹⁸ Artt. 13 e 14. Il requisito dell'indipendenza, rispetto alla formulazione originaria del TUB che prevedeva requisiti di professionalità ed onorabilità, era stato inserito in aggiunta nel corso del 2004.

¹⁹ Art. 15.

²⁰ Artt. 11 e 12.

²¹ Art. 16.

²² Art. 17, per gli esponenti delle banche di maggiore dimensione o complessità operativa tra cui non rientrano le banche di credito cooperativo (art. 1 comma 1 lettera c).

²³ Art. 8.

In tale ottica, la somma di professionalità e competenza, da un lato e di onorabilità e correttezza dall'altro conducono alla adeguata composizione degli organi (condizione necessaria) mentre la indipendenza associata alla disponibilità di tempo determina l'idoneità degli organi (condizione necessaria e sufficiente). L'idoneità dei singoli componenti l'organo determina l'idoneità dello stesso.

I requisiti sommati ai criteri, nel rispetto della procedura di valutazione, conducono ad un migliore governo societario, in modo tale da conseguire, quali mezzi rispetto ad un fine, l'obiettivo della sana e prudente gestione e, conseguentemente, l'assunzione equilibrata e consapevole dei rischi: in ultima analisi, stabilità dell'intermediario (e del sistema) e la difesa dei risparmiatori.

Anticipando una prima sintesi, l'esame della nuova disciplina consente di affermare che si passi da una valutazione individuale dell'esponente di tipo "fotografico" ad una di tipo "allargato" in un'ottica di idoneità a ricoprire la carica, il tutto in un più ampio contesto di adeguatezza dell'organo stesso.

La nuova disciplina che si sta per esaminare più in dettaglio, dovrà necessariamente tradursi nell'aggiornamento delle *policies* in uso presso i soggetti vigilati.

L'articolo 26 del TUB

Il punto di partenza, peraltro, non può che essere l'art. 26 del TUB – ora rubricato "esponenti aziendali" – il quale si articola sostanzialmente in 6 punti:

- a. Gli esponenti aziendali devono essere **idonei** allo svolgimento dell'incarico; l'idoneità, quindi, entra a far parte del quadro normativo come elemento sintetizzante e finalistico dello stesso.
- b. Gli esponenti aziendali, in particolare, devono: **1.** possedere requisiti di professionalità, onorabilità ²⁴, indipendenza ²⁵, **2.** soddisfare criteri di competenza

²⁴ Secondo gli Orientamenti dell'EBA/ESMA, dall'onorabilità si passa al più esteso concetto di "reputazione ed integrità" (CRISCIONE, *Stretta da luglio sui requisiti per i vertici delle banche* in *Plus24*, 12.5.2018, 17).

²⁵ L'art. 2387 comma 1 cc. nomina ma non definisce l'amministratore indipendente mentre se ne tratta nell'art. 147 ter del TUF con riguardo alle società emittenti titoli ammessi alla negoziazione nei mercati regolamentati; analogamente nel codice di autodisciplina della Borsa italiana spa ove, all'art. 3 si fissano i principi su cui valutare l'indipendenza. La citata raccomandazione della Commissione europea n. 2005/162 del 15.2.2005, nel 7° considerando aveva stabilito che l'indipendenza consiste nell'assenza di un conflitto di interessi rilevante mentre nell'art. 13 comma 1 aveva stabilito che "un amministratore dovrebbe essere considerato indipendente soltanto se è libero da relazioni professionali, familiari o di altro genere con la società, il suo azionista di controllo o con i dirigenti di entrambi, che creino un conflitto di interessi tale da poter influenzare il suo giudizio". Il requisito dell'indipendenza, si riferiva essenzialmente all'assenza di vincoli con la società e riguarda un modo di essere dell'amministratore rispetto agli interessi di parte che convergono nell'attività sociale e prescinde dalla provenienza della nomina. Già con il 1° aggiornamento della circolare Bankitalia n. 285/2013 – disposizioni di vigilanza per le banche – che recepiva la direttiva CRD IV – si era tra l'altro stabilito che il consiglio di amministrazione sia composto da almeno un quarto

- e correttezza, 3. dedicare il tempo necessario all'efficace svolgimento dell'incarico in modo da garantire la sana e prudente gestione della banca.
- c. Il MEF con decreto individua:
- i requisiti di onorabilità omogenei per tutti gli esponenti;
 - i requisiti di professionalità²⁶ ed indipendenza²⁷ graduati secondo principi di proporzionalità;
 - i criteri di competenza coerenti con la carica da ricoprire, con le caratteristiche della banca e l'adeguata composizione dell'organo;
 - i criteri di correttezza dell'esponente;
 - i limiti al cumulo di incarichi graduati secondo principi di proporzionalità in relazione alle dimensioni dell'Ente;
 - le cause che comportano la sospensione temporanea dalla carica e la sua durata.
- d. Con il decreto del MEF possono essere applicati i requisiti ed i criteri anche a responsabili delle principali funzioni aziendali nelle banche di maggiore rilevanza.
- e. Gli organi di amministrazione e controllo delle banche valutano in modo formale l'idoneità dei propri componenti e l'adeguatezza complessiva dell'organo, documentando il processo di analisi e motivando opportunamente l'esito della valutazione.
- f. La banca d'Italia valuta l'idoneità degli esponenti ed il rispetto dei limiti al cumulo degli incarichi²⁸. In caso di difetto o di violazione pronuncia la decadenza dalla carica.

di amministratori indipendenti per un più efficace contributo alla dialettica ed al confronto interno. In particolare, nella delibera consiliare con cui viene valutata l'indipendenza deve, tra l'altro, risultare l'esame di tutti i rapporti creditizi intrattenuti con la banca e riconducibili al consigliere ritenuto indipendente. I Presidenti dei Comitati endo consiliari sono oggetto di una particolare attenzione nell'ottica del fit and proper test. Si veda anche DE ANGELIS, *Sul requisito dell'indipendenza degli "amministratori indipendenti"* in *Banca borsa e titoli di credito*, 2018, I, 583 e ss. Secondo l'Autore, si aveva indipendenza, inoltre, quando l'amministratore non partecipava quotidianamente alla vita aziendale.

²⁶ Estesi anche agli amministratori delle BCC, in precedenza previsti solo per il Presidente ed il Direttore Generale.

²⁷ Viene definito il concetto di amministratore indipendente. Per le società quotate trova applicazione il codice di autoregolamentazione e le Q&A (valide da gennaio 2020).

²⁸ Da correlare con la disciplina sul divieto di interlocking in esecuzione del quale è stato sottoscritto un protocollo di intesa tra Bankitalia, Consob, Isvap e l'autorità Garante della concorrenza e del mercato in data 14 giugno 2012 avente essenzialmente ad oggetto i procedimenti amministrativi di decadenza dalle

Con il parere del Consiglio di Stato n. 1604, giunto il 16.10.2020, oramai non restava che attendere il decreto del MEF ²⁹.

Si aggiunga, per completezza, che il “perimetro” di applicazione del decreto non può che essere quello di operatività del TUB mentre gli “esponenti aziendali”, ai fini del decreto, risultano quelli di cui all’art 136 TUB più i “responsabili delle principali funzioni aziendali” come definiti all’art. 1 comma 1 lettera q) del decreto.

I criteri di valutazione secondo la BCE

Se, come detto, il punto di partenza è l’esame dell’art. 26 del TUF nella versione finalmente in vigore, non si possono tralasciare le indicazioni fornite dalla BCE nelle citate linee guida del 2017/2018.

In base a detto documento, la valutazione degli esponenti concerne:

1. L’esperienza. Vale a dire la sommatoria di conoscenze tecniche ³⁰, competenza ed esperienza ³¹ da cui si desume la professionalità dell’esponente. All’esperienza si applica il principio di proporzionalità. Ogni componente deve avere conoscenze tecniche (requisiti) di base sufficientemente elevate ³² su: **a.** mercati finanziari, **b.** contesto normativo ed obblighi giuridici derivanti, **c.** programmazione e strategie aziendali, **d.** gestione dei rischi, **e.** contabilità e revisione, **f.** valutazione dei meccanismi di governo societario, **g.** interpretazione dei dati finanziari della banca, **h.** conoscenze tecniche in ambito bancario ³³. L’esperienza è valutata sulle posizioni precedentemente occupate applicando, quali criteri di valutazione, una metodologia basata su “soglie” prefigurate dalla BCE; il raggiungimento della soglia fa presumere, salvo prova contraria,

cariche ritenute incompatibili per un presunto conflitto di interessi di particolare gravità. Più in particolare, con la citata norma è stato inibito ai titolari di cariche negli organi gestionali, di sorveglianza e di controllo nonché ai funzionari di vertice (compresi i dirigenti preposti per le società quotate) di imprese o gruppi di imprese operanti nel mercato del credito, assicurativo e finanziario (settori, evidentemente, ritenuti maggiormente sensibili a situazioni di cointeressenza) di assumere o esercitare analoghe cariche in imprese o gruppi di imprese concorrenti (per ciò intendendo le imprese o i gruppi di imprese tra le quali non vi siano rapporti di controllo ai sensi della legge n. 287/1990 e che operino nei medesimi mercati di prodotto e geografici, il tutto avuto riferimento all’attività effettivamente svolta).

²⁹ COLOMBO, *Banche, ok ai criteri di idoneità nelle nomine* in *Il Sole 24 Ore*, 17.10.2020, 18.

³⁰ Knowledge and competence.

³¹ Per esperienza si intende sia l’esperienza professionale pregressa sia l’insieme delle competenze acquisite tramite l’istruzione e la formazione.

³² Fondamentale sarà il ricorso alla formazione per integrare le competenze non integralmente possedute.

³³ Requisito inserito nell’aggiornamento del maggio 2018; Vengono poi auspicata un’esperienza professionale di almeno 10 anni in settori attinenti i servizi bancari e finanziari per il CEO e di almeno 5 anni per i membri del board. Per il Presidente del CdA sono richiesti 10 anni di esperienza professionale specifica maturata “di recente” (L.D. *Niente cda per chi non ha skills bancarie* in *Il Sole 24 Ore*, 6.6.2018, 18). Parallelamente, il regolamento intermediari della Consob, agli artt. 78 e ss., ha introdotto precisi requisiti di conoscenza e competenza per il personale degli intermediari addetti alla prestazione dei servizi di investimento ed il regolamento Ivass n. 40/2018 analogamente ha fatto in tema di distribuzione assicurativa.

l'esperienza; per il mancato raggiungimento di dette soglie si sarebbe potuto ricorrere ad una valutazione integrativa (supportata da adeguate motivazioni) ³⁴.

2. L'onorabilità. L'onorabilità si presume ma la presenza anche di un solo procedimento pendente la mette in discussione, ancorché senza automatismi (anche se non sembra garantito un contraddittorio) ³⁵. L'esponente deve portare a conoscenza la banca e l'autorità di vigilanza dei procedimenti giudiziari in corso o quando dovessero essere avviati, appena ne abbia avuta conoscenza. All'onorabilità non si applica il principio di proporzionalità.

3. I conflitti di interesse e l'indipendenza di giudizio. L'esame dei potenziali conflitti di interesse va svolto in via preventiva ma la presenza di conflitti potenziali, in sé, non comporta l'inidoneità dell'esponente aziendale. La BCE può, tuttavia, imporre vincoli e decadenze. Era sin da subito più che plausibile ipotizzare una differenziazione tra conflitti di interesse "rilevanti" ³⁶ e "meno rilevanti" con adozione di specifiche misure adottate dall'ente vigilato per prevenire o per gestire il conflitto ³⁷. L'emanando decreto del MEF (quello di cui si tratta nel presente scritto) avrebbe definito un nuovo concetto di amministratore indipendente e avrebbe fissato il limite al numero di incarichi ed alla loro durata complessiva.

4. La disponibilità di tempo. Gli incarichi multipli ³⁸ vengono visti con un certo sospetto per cui se ne determina il numero massimo pur individuando fattispecie che, non perseguendo obiettivi commerciali, vanno scomutate dal cumulo ³⁹. Trova spazio una valutazione qualitativa della disponibilità di tempo che si basa anche su indicazioni fornite dal singolo esponente (informazioni aggiuntive).

5. L'adeguatezza (idoneità) complessiva. Le linee guida in qualche modo rimandano alla disciplina sull'autovalutazione degli organi di cui alla circolare bankitalia n. 285 pur precisando che vanno esaminate, da parte dell'ente vigilato, le carenze che determinino l'inidoneità complessiva dell'organo stesso dandone notizia alla Vigilanza tramite una breve dichiarazione motivata fatta con il coinvolgimento del comitato nomine per la successiva fase di discussione (con il *Joint supervisory team* - JST) ⁴⁰.

³⁴ Si terrà conto della necessità di un sufficiente grado di diversità e di un'ampia gamma di esperienze in seno all'organo di amministrazione.

³⁵ In sostanza, le accuse mosse ai managers possono essere diversamente valutate anche in caso di sentenza di assoluzione.

³⁶ Vengono ipotizzati come rilevanti, conflitti di interesse in tema di sfera personale, professionale, finanziaria, politica (cf. tavola 1, pag.17).

³⁷ Un tema da approfondire è se l'attuale formulazione degli artt. 136 TUB e 2391 cc. soddisfa già i principi delle linee guida. Ad una prima riflessione sembrerebbe di sì.

³⁸ Cf. fig. 1 pag. 19.

³⁹ Incarichi in associazioni sportive, di beneficenza, sindacali ecc.

⁴⁰ Il team internazionale costituito presso la BCE che supervisiona la singola banca significant.

Nel confronto tra quanto emerge dalle linee guida della Bce ed il dettato del nuovo art. 26 del TUB e la sua disciplina attuativa, in dottrina si è acutamente evidenziato come appaia una certa distonia tra le due discipline: la prima orientata verso un approccio autorizzativo *ex ante*, la seconda basata su un approccio di valutazione *ex post* ⁴¹. Tra l'altro, la bozza del decreto prevedeva il richiamo alle linee guida dell'EBA e della BCE ⁴²; nel testo del decreto questo richiamo è venuto meno per cui sembrerebbe plausibile dedurre che i relativi contenuti siano stati trasfusi nel decreto stesso.

Il decreto 169 in dettaglio

L'onorabilità e la correttezza

Ai sensi dell'art. 3, il requisito dell'onorabilità sembra assumere il ruolo di pre requisito; l'interdizione legale, la presenza di cause di ineleggibilità e di decadenza (ai sensi dell'art. 2382 cc.), alcune condanne con sentenza definitiva (anche per patteggiamento), la sottoposizione a misure di prevenzione ai sensi del codice antimafia, l'interdizione risultano preclusivi a ricoprire incarichi.

Ma l'onorabilità deve essere integrata dai criteri di correttezza nelle condotte personali e professionali pregresse secondo quanto dispone l'art. 4. A tal fine rilevano anche sentenze non definitive, sanzioni amministrative irrogate per la violazione di normativa societaria, bancaria, finanziaria, assicurativa, antiriciclaggio e strumenti di pagamento. L'onorabilità e la correttezza sono omogenei per tutti gli esponenti ⁴³ e non sono graduate in rapporto alla carica: la prima si presume esistente, la seconda deve essere documentata in relazione all'incarico specifico.

Rappresenta, inoltre, una fattispecie non prevista nella citata bozza ministeriale il caso di sentenza definitiva di condanna al risarcimento di danni per atti compiuti nello svolgimento di incarichi nelle materie summenzionate o per responsabilità amministrativo-contabile o sanzioni ai sensi del d. lgs. 231/2001 ⁴⁴. Infine, rilevano pure la sospensione o radiazione da albi professionali, l'avvio di indagini e procedimenti penali in corso relativi a determinate fattispecie sino ad una ulteriormente nuova previsione, rispetto alla bozza ministeriale, di (non meglio definite) informazioni negative contenute nella Centrale dei Rischi. Le casistiche di cui all'art. 4 sembrano - stanti le conseguenze che ne possono derivare - da considerare tassative però, questa affermazione deve poi coordinarsi con quanto di seguito evidenziato lasciando, quanti, qualche perplessità.

⁴¹ ROSSANO, *Prime riflessioni sul decreto sui requisiti degli esponenti aziendali* in dirittobancario.it, dicembre 2020.

⁴² L'art. 24 comma 3 della bozza stabiliva "Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano tenendo conto delle linee guida elaborate dall'ABE e dalla Banca centrale europea".

⁴³ CIVALE, *Requisiti e criteri di idoneità degli esponenti aziendali delle banche: prime riflessioni in margine al decreto del MEF* in dirittobancario.it, dicembre 2020.

⁴⁴ C.d. responsabilità penale degli enti.

La correttezza, oggetto di valutazione da parte dell'organo competente ⁴⁵, viene individuata, come detto, sui pregressi comportamenti in base ad una serie di parametri indicati dall'art. 5 comma 2 che non determinano, se del caso, l'automatica inidoneità del singolo soggetto. In sede di primo commento la dottrina ha evidenziato come la valutazione richiesta si scontri con margini di obiettiva incertezza ⁴⁶. Una (opportuna?) norma di chiusura sancisce il fatto che non si riconosce l'esistenza della correttezza ogniqualvolta la presenza di uno o più dei parametri citati all'art. 4 delinei un quadro grave, preciso e concordante su condotte che si pongono in contrasto con i principi di sana e prudente gestione nonché la salvaguardia della buona reputazione della banca e della fiducia del pubblico ⁴⁷. Sorge, quindi, il dubbio che la tassatività suindicata possa essere superata da un giudizio finalistico a meno di ritenere che la tassatività riscontrata possa "sfumare" in un giudizio finalistico?

Ove il giudizio neghi l'esistenza del criterio della correttezza, scatta - cautelativamente - la sospensione temporanea dagli incarichi, dichiarata senza indugio dall'organo competente il quale ne dà notizia all'Autorità di Vigilanza competente. Segue la fase di merito che può sfociare o nella decadenza o nella reintegra del soggetto sospeso.

La professionalità e la competenza

L'art. 7 effettua una chiara distinzione tra esponenti con ed esponenti senza incarichi esecutivi ⁴⁸: i requisiti sono gli stessi ma è previsto che per i secondi possano valere anche situazioni meno cogenti sostituite dallo svolgimento di attività o assunzione di ruoli meno stringenti: in sostanza, i requisiti di professionalità vengono graduati in relazione al tipo di incarico e questa è una novità rispetto al regime precedente. Inoltre, si è vista in dottrina, una sorte di possibile progressione di carriera (o di ruolo) partendo da amministratore non esecutivo per poi poter divenire esecutivo dopo un triennio nel ruolo ⁴⁹. Per il Presidente del Consiglio di Amministrazione – per definizione, oramai da tempo, non esecutivo – è richiesta una durata aggiuntiva di 2 anni rispetto a quelli dei Consiglieri. Per l'eventuale Amministratore Delegato e per il Direttore Generale ⁵⁰, invece, in considerazione del loro ruolo tipicamente esecutivo, sono necessarie competenze ed esperienze in ambito creditizio, finanziario, mobiliare o assicurativo, o in società quotate o, se non quotate, aventi dimensioni e complessità non inferiori a quelle della banca presso la quale l'incarico deve essere ricoperto, per almeno 5 anni.

⁴⁵ Così come definito all'art. 1 comma 1 lettera o).

⁴⁶ CIVALE, op. cit., 9.

⁴⁷ Il rapporto tra il criterio della correttezza dell'esponente e l'effetto sulla reputazione della banca non risulta del tutto chiarito lasciando adito a qualche dubbio in relazione al fatto se il giudizio di idoneità complessiva abbia luogo a monte o a valle di tale apprezzamento.

⁴⁸ Gli esponenti con incarichi esecutivi sono definiti all'art. 1 comma 1 lettera f).

⁴⁹ CIVALE, op. cit., 11.

⁵⁰ E, probabilmente, anche se non espressamente previsto, per il Condirettore generale ed il vice direttore vicario, ove presenti.

Nell'ambito della professionalità sono indicate norme specifiche per gli amministratori ed il direttore delle BCC nonché per i componenti del collegio sindacale (per ogni tipologia di banca).

Relativamente alle BCC, i requisiti non cambiano sostanzialmente rispetto a quelli di cui al precedente art. 7 ma viene richiesto un periodo inferiore. Innovando rispetto alla bozza ministeriale già citata, si impone – poi - alle BCC di dotarsi di una quota minima di esponenti non esecutivi, non inferiore alla metà di quelli esecutivi (art.8) senza parlare di quote di genere ⁵¹.

Tra i componenti dei collegi sindacali di ogni tipo di banca (art. 9), almeno un effettivo ed un supplente devono non solo essere iscritti nel registro dei revisori contabili, come in passato ma anche che abbiano esercitato per almeno un triennio. Al Presidente del Collegio viene richiesta una esperienza professionale maggiore di quella degli altri membri.

L'art. 10, per ogni tipologia di banche, detta i criteri di competenza individuale ed il processo di valutazione degli esponenti. I requisiti di professionalità citati associati ai criteri di competenza, articolati in 9 settori, sono finalizzati ad attribuire il giudizio di idoneità degli esponenti aziendali. In dettaglio, si avrà – da parte dell'organo competente – un doppio livello di analisi: il primo di tipo qualitativo, con apprezzamento delle conoscenze a livello teorico e dell'esperienza pratica al fine di accertare l'idoneità rispetto al ruolo ricoperto ed alle caratteristiche della banca, il secondo, di tipo casistico, riferito a 9 macro materie di tipo specialistico: mercati finanziari, regolamentazione bancaria e finanziaria, indirizzi e programmazione strategica, assetti organizzativi e di governo societario, gestione dei rischi, sistemi di controllo interno, attività e prodotti bancari e finanziari, informativa contabile e finanziaria, tecnologia informatica (comma 2) ⁵².

Ancorché si richieda una conoscenza teorica in almeno due delle citate macro materie, la previsione, come appare facilmente, pur condivisibile, è quantomeno ambiziosa e creerà non pochi problemi in sede applicativa (anche in relazione ai limiti al cumulo degli incarichi).

Per il Presidente del Consiglio di Amministrazione, in quanto regista *super partes*, vanno considerate anche l'esperienza maturata nel coordinamento, indirizzo e gestione delle risorse umane al fine di assicurare il coordinamento e l'indirizzo dei lavori consiliari favorendo la dialettica interna (comma 3).

Il comma 4 stabilisce una deroga circa la valutazione della competenza qualora l'esponente abbia maturato i requisiti di professionalità per una durata almeno pari a quella indicata in un allegato ove si differenziano le durate tra due tipologie: banche, da

⁵¹ Argomento che si trova nell'art. 11 comma 2.

⁵² Quest'ultima rappresenta una novità rispetto alla più volte citata bozza ministeriale.

un lato, e BCC minori ed altri intermediari finanziari, dall'altro. Per i sindaci non vi è – peraltro – differenziazione.

Anche in questo caso, non è soddisfatto il criterio di competenza se dalle informazioni acquisite si delineasse un quadro grave, preciso e concordante circa l'inidoneità dell'esponente a ricoprire l'incarico.

Ove, peraltro, emergessero specifiche e limitate carenze, l'organo competente può adottare le misure (formative) necessarie a colmarle (art. 10 comma 5). In questa disposizione si annida una non semplice componente di discrezionalità che probabilmente una (auspicabile) disposizione di chiarimento da parte della Vigilanza potrebbe aiutare a ridurre in confini meno nebulosi.

L'adeguata composizione collettiva degli organi

Due disposizioni (artt. 11 e 12), sempre in tema di professionalità e competenza, spostano la prospettiva dai singoli esponenti all'organo inteso nella sua composizione complessiva.

Tanto gli organi amministrativi che di controllo (per ogni tipologia di banca) devono avere una composizione diversificata secondo diverse linee direttrici di tipo qualitativo: **a.** alimentare la dialettica interna degli organi, **b.** analizzare “ad ampio spettro” le tematiche oggetto di decisione, **c.** supportare i processi aziendali maggiormente significativi (strategie, gestione dei rischi, controllo sull'operato dell'alta dirigenza).

La dottrina già aveva rilevato come il numero, la competenza, l'autorevolezza e la disponibilità di tempo degli amministratori non esecutivi siano necessari per garantire che il loro contributo abbia un peso significativo nell'assunzione delle decisioni consiliari⁵³.

Quindi, come detto, vanno valutate, a livello individuale, l'età, il genere, la durata di permanenza nell'incarico⁵⁴ e, collettivamente, le competenze complessive.

Infine, gli organi aziendali devono essere numericamente composti in modo tale da poter agire funzionalmente senza - tuttavia – risultare pletorici.

Ogni organo, quindi, identifica la sua composizione quali-quantitativa ottimale e la verifica nel durante; in caso di carenze che emergessero, l'organo si attiva in due direzioni: **a.** modifica dei compiti, dei ruoli, e delle deleghe assegnate, **b.** adotta adeguati piani di formazione mirati (art. 12).

Come facilmente rilevabile, questa disciplina va ad impattare con quella di Vigilanza già esistente in tema di processo di autovalutazione degli organi, da compiersi almeno una volta l'anno⁵⁵.

⁵³ CHIAPPETTA, op. cit.,150-151.

⁵⁴ Senza, peraltro, che venga fissato un limite massimo alla durata degli incarichi, elettivi o meno.

⁵⁵ Senza distinzione tra banche quotate e non quotate.

I requisiti di indipendenza

I requisiti di indipendenza vengono declinati secondo due prospettive: **a.** quelli applicabili ad alcuni consiglieri di amministrazione e **b.** per tutti i componenti del collegio sindacale. Nel primo caso, va considerato “indipendente” il consigliere non esecutivo - cioè non dotato individualmente o collegialmente di poteri esecutivi - purché non ricorrano una serie di situazioni che ne potrebbero condizionare le decisioni all’interno del Consiglio di Amministrazione (art. 13 comma 1) ⁵⁶. Per i consiglieri delle BCC – in via di eccezione ed alternativamente a quanto detto – possono trovare applicazione i requisiti di indipendenza previsti dallo statuto, qualora questo sia lo “statuto tipo” approvato dalla Capogruppo ⁵⁷. Con una previsione che non era stata inserita nella bozza, ora è stabilito che il difetto dei requisiti comporti la decadenza (sembra automatica) dall’incarico del Consigliere indipendente, il quale – peraltro – resta in carica come non indipendente se il numero residuo minimo degli indipendenti fosse fatto salvo.

Per i sindaci (art. 14), dopo l’individuazione delle situazioni di incompatibilità (in parte mutate dall’articolo 13), è precisato che è possibile assumere contemporaneamente l’incarico nella in più società appartenenti allo stesso Gruppo. Anche in questo caso, per i sindaci di una BCC vale il criterio alternativo sopra citato per i consiglieri indipendenti.

L’indipendenza di giudizio e la sua valutazione

L’indipendenza di giudizio da parte di amministratori e sindaci è richiamata come principio cardine su cui si basa il sistema descritto; non solo, l’indipendenza deve essere associata alla consapevolezza di quanto sia connesso all’incarico, nel rispetto di ogni normativa applicabile al fine ultimo di garantire il rispetto del principio di sana e prudente gestione della banca.

L’indipendenza di giudizio sembra essere un “*quid pluris*” rispetto all’indipendenza dell’esponente, traducendosi in un dover essere finalistico, non solo inteso in senso etico.

La dissociazione tra interesse personale ed interesse dell’ente trova qui perfetta conferma. Quindi, piena trasparenza verso la banca di ogni situazione che potrebbe pregiudicare l’indipendenza al punto tale da dover essere fornite anche le spiegazioni del perché una fattispecie astrattamente tale da comprometterla, in concreto, non lo sia.

Si ha, pertanto, un doppio obbligo verso l’organo di cui si fa parte: quello di comunicare e quello di spiegare ⁵⁸.

⁵⁶ E l’indipendenza deve esistere anche in relazione agli altri esponenti.

⁵⁷ Già in precedenza, l’indipendenza per questi Consiglieri era delineata all’interno dello Statuto sociale ma, prima della riforma del credito cooperativo, non esistevano le Capogruppo del Gruppo bancario cooperativo (GBC).

⁵⁸ In dottrina si è parlato di “immediata disclosure”, CIVALE, op. cit., 16.

Sulla scorta di tutte le informazioni così acquisite, l'organo: a. valuta l'indipendenza di giudizio del singolo componente, b. verifica se i presidi aziendali ⁵⁹ siano o meno efficaci a fronteggiare il rischio di indipendenza, tanto individuale che collegiale. Ove i presidi risultino non sufficienti, l'organo interviene su due piani: secondo il primo, individua ulteriori presidi maggiormente efficaci e/o modifica i compiti o i ruoli dell'esponente; ove questi interventi vengano ritenuti non sufficienti ad ottenere il risultato richiesto, dichiara la decadenza del singolo esponente.

Ancorché riferibile alle società quotate, non sembra inutile segnalare quanto riportato dal Presidente del Comitato per la *corporate governance* nella sua lettera del 22.12.2020 in cui si invitano i Consigli di amministrazione a “giustificare sempre su base individuale l'eventuale disapplicazione di uno o più criteri di indipendenza e definire ex ante i criteri quantitativi e/o qualitativi da utilizzare per la valutazione della significatività dei rapporti oggetto di esame”.

La disponibilità di tempo nello svolgimento degli incarichi

Già le disposizioni di Vigilanza del 4.3.2008 prevedevano che “*i componenti degli organi devono assicurare un livello di professionalità adeguato alla complessità operativa e dimensionale della banca....e dedicare tempo e risorse idonei per l'assolvimento dell'incarico*”.

Sul punto, il decreto n. 169 pone un principio fondamentale: ogni esponente deve dedicare un tempo adeguato allo svolgimento dell'incarico. A corollario, si aggiunge che la banca assicura che l'esponente sia a conoscenza del tempo (minimo) che essa ha stimato come necessario per l'efficace svolgimento dell'incarico.

Per rendere coerenti il disposto del principio e del corollario, l'esponente deve comunicare all'organo gli incarichi ricoperti presso altri soggetti giuridici ⁶⁰, le sue attività lavorative e professionali ed ogni altra situazione in grado di incidere sulla sua disponibilità di tempo ⁶¹ specificando il tempo che queste attività e questi incarichi richiedono ⁶².

Su questo contesto informativo a doppia via (la Banca riceve informazioni e fornisce informazioni), l'organo competente valuta, a monte, se il tempo che l'esponente può concretamente dedicare è idoneo all'efficace svolgimento dell'incarico e, a valle, l'effettiva presenza alle riunioni.

Una norma molto significativa è contenuta nell'art. 16 comma 5: la valutazione circa la disponibilità di tempo non ha rilevanza autonoma ai fini della decadenza ma concorre alla

⁵⁹ Tanto quelli previsti da disposizione di legge o di Vigilanza regolamentare, quanto le altre misure organizzative adottate ad integrazione dei predetti.

⁶⁰ Società, imprese o Enti.

⁶¹ L'avverbio significativamente presente nella bozza è stato soppresso nel testo definitivo.

⁶² Questa ultima specificazione è stata aggiunta nel testo definitivo.

valutazione dell'idoneità e della conseguente pronuncia di decadenza ove questa non possa configurarsi.

Il limite al cumulo degli incarichi

Vengono stabiliti, all'art. 17, i limiti massimi numerici degli incarichi presso altre banche e società commerciali che un esponente di una banca di maggiori dimensioni o complessità operativa può assumere⁶³, distinguendo tra incarichi esecutivi e non esecutivi⁶⁴, precisando che nel computo entra l'incarico presso la banca.

Ove l'esponente superasse tali soglie e non rinunciasse all'incarico o altri incarichi (presso soggetti terzi) per il numero che comporta il superamento della soglia consentita (entro il termine di 30 giorni dalla nomina o dalla conoscenza da parte dell'organo⁶⁵), l'organo competente pronuncia la decadenza. Questa disciplina va coordinata con quanto disposto dalla legge sul divieto di *interlooking*.

L'art. 18 prevede le esenzioni e le modalità di calcolo degli incarichi. In particolare, il comma 3 si occupa di quegli incarichi che vengono considerati come unico incarico ma, al verificarsi di più di uno di questi, gli incarichi si cumulano in sommatoria (comma 4)⁶⁶.

L'assunzione di un incarico non esecutivo aggiuntivo

L'art. 19 (interamente nuovo rispetto alla bozza) prevede l'assunzione di un incarico "aggiuntivo" rispetto ai limiti citati all'art. 17 così come determinati dall'art. 18; detta assunzione, in deroga parziale – quindi – al disposto dell'art. 17 è consentita se l'esponente comunque possa dedicare all'incarico presso la banca un tempo idoneo tale da non pregiudicare l'efficacia delle proprie funzioni. La deroga opera, in modo negativo. Si parla di deroga parziale perché il comma 3 disciplina puntualmente quando un incarico non esecutivo aggiuntivo non possa essere assunto dall'esponente. In caso di superamento della soglia massima consentita, nel contesto esaminato, viene pronunciata la decadenza dell'esponente con le modalità già illustrate all'art. 17 comma 3.

I Responsabili delle principali funzioni aziendali delle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa

L'art. 20, fortemente rivisto rispetto alla versione contenuta nella bozza, rende applicabili ai responsabili delle principali funzioni di controllo delle sole banche di maggiori

⁶³ Così come definite all'art.1 comma 1 lettera c) del decreto 169.

⁶⁴ Il Codice di Corporate governance (cioè il codice delle società quotate) prevede che gli amministratori non esecutivi, per numero e competenze, debbano essere tali da assicurare loro un peso significativo nell'assunzione delle delibere consiliari in modo da garantire un efficace monitoraggio della gestione (AMATO, PIEROTTI, MACRI, *La composizione degli organi sociali e il sistema dei controlli interni nel nuovo codice di Corporate Governance* in dirittobancario.it, 22.12.2020).

⁶⁵ Questa specificazione non era presente nella bozza.

⁶⁶ Entrambi i commi non erano presenti nella bozza.

dimensioni o complessità operativa, gli artt. 3, 4 e 5, cioè il requisito di onorabilità, il criterio di correttezza e la sua valutazione.

Per quanto concerne la competenza, la valutazione può essere omessa se il soggetto abbia maturato una esperienza nel medesimo incarico per almeno 3 anni in una banca di analoghe caratteristiche dimensionali e operative.

Le Banche che adottano il sistema dualistico o monistico

Per non appesantire il testo, stante il limitato numero di banche che hanno adottato questi modelli organizzativi, ci si limita a ricordare che gli artt. 21 e 22 disciplinano il caso delle banche che adottano un sistema diverso da quello tradizionale incentrato sul Consiglio di Amministrazione e sul Collegio Sindacale.

Si trovano, quindi, disposizioni circa il Consiglio di sorveglianza ed il Consiglio di gestione per il modello dualistico (di cui agli artt. 2409 *octies* e ss. cc.) e circa il Consiglio di amministrazione ed il Comitato di controllo sulla gestione per il modello monistico (di cui agli artt. 2409 *sexiesdecies* e ss. cc.).

La valutazione dell'idoneità e la pronuncia di decadenza

L'art. 23 disciplina il processo di valutazione: dell'idoneità dei singoli esponenti, ivi compresi i responsabili delle principali funzioni aziendali, all'adeguatezza della composizione collettiva dell'organo sino al rispetto dei limiti al cumulo delle cariche tanto al momento della nomina che successivamente.

Si tratta, quindi, di una valutazione a tutto tondo della idoneità, quale sintesi di professionalità e competenza, di onorabilità e correttezza nonché di indipendenza e disponibilità di tempo.

Detta valutazione, di norma, viene svolta dall'organo antecedentemente la nomina salvo il caso che la stessa discenda da una delibera assembleare; in quest'ultimo caso, la valutazione ha luogo entro 30 giorni dalla nomina stessa (comma 7).

Qualora venga accertata l'inidoneità, l'organo delibera la decadenza con l'astensione dell'interessato e, qualora si tratti di esponenti eletti dalle minoranze⁶⁷ o amministratori indipendenti, la decisione viene assunta con il preventivo parere motivato dell'organo di controllo o del Comitato nomine oppure - ove non presente- dagli altri amministratori indipendenti.

La decisione avviene a maggioranza con l'astensione dell'interessato. Questo è il processo per la fase della prima nomina. In caso di rinnovo, la verifica è stata resa

⁶⁷ Nel caso del meccanismo del voto di lista, tipico delle società quotate e disciplinato nel TUF (art. 147 ter).

necessaria solo ove ricorrano elementi sopravvenuti che possano incidere sull'idoneità dell'esponente (comma 3).

La valutazione avviene sulla base delle informazioni fornite all'organo dall'interessato e da ogni altra informazione disponibile; il tutto deve trovare formalizzazione in un verbale che documenti puntualmente le valutazioni effettuate e la motivazione della riconosciuta idoneità: dal verbale devono risultare anche eventuali carenze ove queste possano essere sanate attraverso specifiche misure, ove questa eventualità sia prevista dal decreto ⁶⁸.

La decadenza dichiarata di un lavoratore dipendente comporta la rimozione dall'ufficio ricoperto ma non determina, ipso facto, la risoluzione del rapporto di lavoro presso la banca ⁶⁹.

Infine, della dichiarata decadenza viene data notizia motivata nel corso della prima assemblea utile.

Richiamando quanto riportato dal Presidente del Comitato per la *corporate governance* nella sua citata lettera del 22.12.2020 si sono invitati i Consigli di amministrazione a “valutare il contributo del *board* alla definizione dei piani strategici e a sovrintendere al processo di *board review*” con ciò dimostrando quanto ampio sia da considerare l'ambito del processo di autovalutazione degli organi (in particolare quello degli amministratori).

La verifica dell'autorità di vigilanza competente

Le Autorità di Vigilanza competenti citate nell'art. 24 sono la banca d'Italia e la Banca centrale europea in base alla distinzione tra banche *significant* e banche *less significant institutions*. Ricevuta la notizia e la documentazione di supporto, la banca d'Italia, secondo modalità e tempi da questa stabiliti ⁷⁰, effettua una successiva valutazione di idoneità individuale e di adeguatezza degli organi nonché il rispetto del cumulo degli incarichi.

Alla banca d'Italia, fermi i poteri che le spettano in base al TUF e disposizioni attuative, è riconosciuto il potere di pronunciare la decadenza ma, in questo caso, secondo i criteri previsti dal decreto (comma 2) ⁷¹.

I poteri della Banca centrale europea sono (e restano) quelli previsti dal Regolamento UE 1024/2013 ⁷² (Regolamento sul meccanismo di vigilanza unico – SSMR).

⁶⁸ Art. 10 comma 5 in tema di competenza.

⁶⁹ Con qualche possibile problema riconducibile ad un inevitabile demansionamento e/o al livello retributivo.

⁷⁰ Disposizione che solleva, in sé, alcune perplessità, perplessità che potranno essere superate alla lettura della disciplina che verrà emanata.

⁷¹ La disposizione risulta modificata rispetto a quella della bozza.

⁷² Si tratta del Regolamento che fornisce alla BCE specifici compiti in merito alle politiche di Vigilanza prudenziale delle banche. Il d. lgs. n. 223/2016 ha adeguato la disciplina nazionale al Regolamento 1024.

Il decreto non si occupa del potere di rimozione (*removal*) degli esponenti verosimilmente perché la rimozione dei membri dell'organo di amministrazione già avviene in conformità all'art. 16.2 lettera m. del regolamento sull'MVU ma anche ex art. 53 *bis* comma 1 lettera e. del TUB (ove non ricorrano le condizioni per la decadenza di cui all'art. 26 del TUB stesso).

Disposizioni finali e di coordinamento

L'art. 25 del decreto dispone, tra l'altro, che gli statuti possano prevedere requisiti, criteri e limiti al cumulo degli incarichi più restrittivi di quelli stabiliti, come già si è visto in sede di commento dell'art. 13 comma 2 relativamente ai requisiti di indipendenza di alcuni Consiglieri di amministrazione delle BCC.

Conclusione

Allo stato della normativa, e salvo future modifiche o integrazioni quasi certe come si è già accennato, ancorché probabilmente di mero dettaglio, i “compiti a casa” per le banche si possono sintetizzare nel riesame completo del processo di *fit and proper* cui dovrà essere inserita – ove già non fatto – una dettagliata ed aggiornata *policy* di tipo “robusto” relativa ai requisiti degli esponenti aziendali senza - tuttavia - dimenticare che, per scelta del regolatore, non si è ritenuto di uniformare la materia per le banche quotate o emittenti strumenti finanziari quotati in riferimento alla Vigilanza della Consob.

In particolare, a livello di norma primaria - TUF - si ricordano gli artt. 147 *ter*, *quater* e *quinquies* in tema di requisiti di onorabilità ⁷³, professionalità ed indipendenza per gli amministratori e gli artt. 148 e 148 *bis* per i sindaci, in tema di requisiti di onorabilità e professionalità ⁷⁴ oltre ai limiti al cumulo degli incarichi ⁷⁵; a livello di normativa secondaria, si segnala il regolamento emittenti che prevede norme specifiche in tema di equilibrio tra generi (art. 144 *undecies*), limiti al cumulo di incarichi (art. 144 *terdecies*), incompatibilità (art. 149 *bis*), cariche sociali (art. 149 *octies* e *novies*), comunicazione delle situazioni di incompatibilità (art. 149 *undecies*).

⁷³ La cui individuazione è di competenza di un decreto del Ministro della Giustizia.

⁷⁴ La cui individuazione è di competenza di un decreto interministeriale sentiti la Consob. La banca d'Italia e l'Ivass.

⁷⁵ Questi ultimi possono essere determinati con regolamento dalla Consob.