

LUISS GUIDO CARLI
LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI
STUDI SOCIALI

TESI DI DOTTORATO
IN
DIRITTO DEGLI AFFARI
XXIII CICLO

CORPORATE GOVERNANCE BANCARIA

Specificità, crisi e recenti evoluzioni

Tutor: Chiar.mo Prof. Gustavo Visentini

Addottoranda: Avv. Maria Chiara Cieri

a Rodolfo Maria, Patrizia e Filippo in *rigoroso* ordine
alfabetico

INDICE

Introduzione	9
---------------------	---

Capitolo I - Nozione, definizioni, sviluppo ed evoluzioni della *corporate governance*

1.1	Premessa terminologica	14
1.2	Le prime definizioni in ambito economico-giuridico internazionale	16
1.3	Lo sviluppo dello studio della <i>corporate governance</i>	20
1.4	Le evoluzioni in ambito nazionale	28
1.5	La distinzione tra <i>corporate governance</i> e <i>management</i>	30

Capitolo II - *What's different about banks?*

1.	Le banche sono una <i>corporation</i> in senso stretto?	37
2.	Fattori di differenziazione: un criterio distintivo	45
2.1	Imprese ad alto indebitamento e opacità	46
2.2	Peculiarità dell'attività bancaria	50

2.3	Assetti partecipativi, partecipazioni incrociate, <i>interlocking directorates</i> e concorrenza	53
2.3.1	Il caso tutto italiano delle fondazioni bancarie	57
2.4	Ampliamento della categoria degli <i>stakeholders</i> e loro diverso ruolo	66
2.5	<i>Moral hazard</i>	71
2.6	Funzione assicurativa e meccanismo di garanzia dei depositi	74
2.7	Rilevanza sistemica, contagio e il <i>too big to fail principle</i>	76
2.8	Soggezione alla vigilanza	78
2.9	<i>Amakudari, pantouflage</i>	81
3	Specificità nella specificità	82

Capitolo III - *Corporate governance* delle banche, aspetti normativi

1	Alcuni scopi specifici della <i>corporate governance</i> bancaria	84
2	Il quadro normativo di riferimento	89
3	Le Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche e le recenti evoluzioni	94

3.1	Il criterio di proporzionalità	99
3.2	Il progetto di governo societario	103
3.3	Il bilanciamento dei poteri e i comitati	107
3.4	L'organo con funzioni di controllo	114
3.5	La composizione degli organi sociali	121
3.6	I flussi informativi	133
3.7	Politiche di remunerazione e incentivazione	136

Capitolo IV - Aspetti di specifico interesse anche alla prova della crisi finanziaria globale 2007-2009

1	Lo sviluppo della recente crisi finanziaria globale e il sistema bancario italiano	144
1.1	Interventi normativi in risposta alla crisi in Italia	148
1.2	I cosiddetti "Tremonti Bonds"	159
1.3	Apertura del capitale delle banche alle imprese dell'economia reale	162
1.4	Nuove norme sulla procedura di liquidazione delle istituzioni finanziarie: l'amministrazione straordinaria e la gestione provvisoria delle banche	165
2	Le principali criticità della <i>corporate governance</i> bancaria messe in luce dalla crisi	167

3	I <i>Principles for enhancing corporate governance</i> del Comitato di Basilea (ottobre 2010)	172
3.1	Responsabilità dell'organo con funzioni di gestione e degli alti dirigenti: maggiore attenzione al <i>senior management</i>	174
3.2	Ribadita ed estesa attenzione al <i>risk management</i> e al rapporto <i>risk management</i> / controlli interni	177
3.3	I principi del “know-your-structure” e del “understand-your-structure”	180
3.4	L'importanza del contesto in cui operano le banche: un altro aspetto da non sottovalutare	182

Capitolo V – Profili comparativi: il caso della Gran Bretagna

1.	L'evoluzione della crisi nel Regno Unito: il contagio dagli Stati Uniti	185
2	Principali interventi del governo britannico per evitare l'aggravarsi della crisi	192
2.1	Lo <i>Special Liquidity Scheme</i>	193
2.2	Gli interventi di ottobre 2008: il <i>Credit Guarantee Scheme</i>	198
3.	Il <i>Banking (Special Provisions) Act</i> 2008 e il salvataggio di Northern Rock (una nazionalizzazione obbligatoria)	200
4.	Il <i>Banking Act</i> 2009	205

5.	La “Walker Review” propositi di rimedi ai fallimenti della <i>corporate governance</i> bancaria nel Regno Unito	207
6.	Nuovi orientamenti nel Regno Unito e non solo	215
	Bibliografia	219
	Webgrafia	228
	Appendice	230
1.	<i>Principles for enhancing corporate governance</i> , Basel Committee on Banking Supervision, ottobre 2010	
2.	Relazione illustrativa Sistemi di remunerazione nelle banche Documento di consultazione pubblica sulle disposizioni di vigilanza di recepimento della Capital Requirement Directive III – dicembre 2010	
3.	Disposizioni di vigilanza in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche - Documento per la consultazione – dicembre 2010	

INTRODUZIONE E SOMMARIO

Le banche sono tra gli attori più importanti del sistema economico delle maggiori economie avanzate ed emergenti, non solo in quanto forniscono capitali alle imprese, ma anche in quanto operano un controllo esterno sul buon funzionamento delle società in cui partecipano o a cui fanno credito. Il sistema bancario rappresenta un fattore cruciale nello sviluppo economico e sociale di ogni paese del globo: le banche rivestono un ruolo chiave nell'economia in quanto raccolgono il risparmio e lo veicolano alle imprese dell'economia reale. In Italia, paese ancora caratterizzato da un sistema finanziario banco-centrico e da un elevato ricorso all'indebitamento bancario, piuttosto che al mercato dei capitali, come forma di finanziamento necessario allo svolgimento di una determinata attività economica, tutto ciò è ancor più valido.

Nonostante l'elevata rilevanza la *corporate governance* bancaria e la sua regolamentazione non sono stati studiati in maniera sistematica e estensiva, come lamentano alcuni autori¹, e sono stati sottovalutati almeno per il primo anno

¹ R. Levine, *The Corporate Governance of Banks: A concise Discussion of Concepts and Evidence*, Discussion Paper n. 3, presentato al Global Corporate Governance Forum il 21 luglio 2003, www.gcgf.org; lo stesso denunciano J.R Macey e M. O'Hara, *The Corporate Governance of Banks*, "FRBNY Economic Policy Review", aprile 2003.

della recente grave crisi finanziaria internazionale, che ha portato in luce, tra il molto altro, la complessiva inadeguatezza a livello globale dei sistemi di *corporate governance* delle banche, tanto che proprio questo aspetto è stato considerato da diversi analisti una delle cause, ovvero uno dei principali catalizzatori, della crisi.

Il corretto funzionamento dei mercati finanziari poggia primariamente sulla fiducia degli investitori (che sempre più spesso sono intermediari finanziari) nella correttezza dei comportamenti degli intermediari e sulla solidità degli stessi derivante dalla capacità ed adeguatezza dei sistemi di identificazione e gestione dei rischi. Sistemi di *corporate governance* non adeguati e che non garantiscano trasparenza danneggiano gravemente il funzionamento dei mercati finanziari in cui le banche operano.

La specificità dell'impresa bancaria rende necessario uno studio a sé della *corporate governance* di tali imprese che presenta differenze anche strutturali importanti, quali ad esempio quelle che investono il rapporto fiduciario tra amministratori e soci e i relativi conflitti di interessi (il cd. *agency conflict*) in cui si inseriscono attori ulteriori quali le autorità di vigilanza e i depositanti. L'ampliamento della categoria degli *stakeholders* assume in Italia un connotato ulteriormente particolare dovuto alla ancora fortissima presenza nel capitale delle aziende di credito delle fondazioni bancarie, anche se si iniziano a vedere nuovi investitori

istituzionali assumere importanti partecipazioni nelle maggiori banche italiane. Il presente lavoro indaga le nuove frontiere della *corporate governance* bancaria alla luce degli sviluppi conseguenti alla recente crisi finanziaria, in un momento di forte e urgente evoluzione legislativa registrata non solo a livello nazionale (si pensi ai numerosi interventi regolamentari della Banca d'Italia dal 2008 ad oggi, non ultime le Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche). Il legislatore deve introdurre interventi volti a creare ulteriori meccanismi di controllo sul governmento delle banche oppure deve concentrarsi sul creare incentivi a una sana prudente e virtuosa gestione delle stesse che stimolino un “*appropriate market behaviour*”?

Il presente lavoro di tesi si propone di affrontare gli aspetti specifici che investono la *corporate governance* delle banche a livello sia nazionale sia globale, piani che tendono sempre più a confondersi, nella convinzione che oggi (ma forse sin dalla sua origine) il sistema bancario non possa non essere preso in considerazione se non nella complessa molteplicità di rapporti internazionali, ormai divenuti globali, che la realtà socio-economica del nuovo millennio ha reso sempre più cogenti.

Al fine di meglio contestualizzare le recentissime evoluzioni normative, ampio spazio è dedicato alla ricostruzione non solo dell'evoluzione della recente crisi

finanziaria globale (denominata significativamente “intermezzo” e che ha presentato alcune importanti anomalie, fortunatamente positive²) in Italia, ma anche all’origine della crisi con particolare riferimento al caso del Regno Unito (Londra resta la prima piazza finanziaria in Europa, ma prima della crisi era senz’altro la prima piazza finanziaria al mondo), che vede oggi con la proposta di riforma presentata dal Cancelliere G. Osborne il proprio assetto di vigilanza pronto per una rivoluzione che intende ridisegnarne l’intero assetto³.

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione del termine *corporate governance* e al suo lungo processo di definizione in ambito economico e giuridico; nel secondo capitolo si passano in rassegna i principali elementi di differenziazione delle banche rispetto alle altre imprese dell’economia reale, con particolare attenzione agli elementi che hanno impatto sui sistemi di governo societario adottati dalle banche; il terzo capitolo prende in esame il principale riferimento normativo nazionale in materia

² Intermezzo tra lo sviluppo anarchico dell’attività delle grandi banche internazionali (sia con riferimento alla deregulation sia con riferimento all’innovazione finanziaria) e il ritorno ad una realtà normale. Da R. Ruozi, *Intermezzo, Tre anni di crisi bancarie*, Milano, l’alingua, Spirali, 2010.

³ L’attuazione di un’organica revisione del sistema di vigilanza era auspicata dagli operatori economici e il nuovo Governo ha rapidamente presentato il documento di consultazione *A new approach to financial regulation: judgment, focus and stability*, pubblicato dal HM Treasury a luglio 2010. La cd. “riforma Osborne”, dal nome del nuovo Cancelliere dello Scacchiere, prevede l’abolizione dell’architettura tripartita.

rappresentato dalle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario emanate dalla Banca d'Italia nel 2008; il quarto capitolo muovendo dallo sviluppo in Italia della recente crisi globale e dagli interventi che il Governo ha posto in essere illustra le principali criticità messe in luce dalla crisi raccolte nei *Principles for enhancing corporate governance* emanati dal Comitato di Basilea; il quinto capitolo offre un confronto con l'ordinamento giuridico della Gran Bretagna, paese dove molta attenzione si è dedicata alla valutazione degli errori commessi in particolare in tema di *corporate governance*.

Un ringraziamento sentito va alla Prof.ssa Eva Lomnicka, del King's College di Londra, che mi ha permesso con la sua ospitalità presso tale Università, di seguire da vicino l'evolversi della crisi con specifico riferimento agli avvenimenti del 2009; ringrazio inoltre il Prof. Gian Domenico Mosco per le preziose indicazioni che mi ha fornito nel corso del triennio di dottorato.

Un grazie particolare al mio direttore di tesi, Prof. Gustavo Visentini, per avermi pazientemente ascoltato e soprattutto per avermi sapientemente guidato lungo il percorso della mia ricerca.

CAPITOLO I

1. Nozione, definizioni, sviluppo ed evoluzioni della *corporate governance*

1.1 Premessa terminologica

Appare utile una breve premessa terminologica che permetta di ricostruire, se pure sinteticamente, la nozione di *corporate governance* nella sua accezione corrente e più generale per poi individuare quella adeguata ai fini della presente ricerca.

Il termine *governance* è ormai entrato nell'uso del linguaggio comune, tanto da essere registrato nei principali dizionari della lingua italiana, a partire dal *Grande dizionario italiano dell'uso*, di T. De Mauro⁴; nel Dizionario Hoepli si indica il seguente significato: «il complesso delle strutture, delle regole e delle strategie che presiedono alla guida di un'azienda, o anche di uno Stato»⁵. Il termine è in italiano un prestito dalla lingua inglese (anglismo), dove era a sua volta penetrato dal francese.

Le radici etimologiche della parola *governance* ne chiariscono il significato letterale rappresentato dal prodotto del governo o meglio ancora dal *motus* del governare, il governmento

⁴ Torino, UTET, 2000

⁵ *Dizionario della lingua italiana*, Hoepli, 2008. Di recente il suo impiego ha raggiunto anche ambiti prima non coperti quali per esempio quello d'attualità della *governance* universitaria.

appunto (tornando alle radici della parola: il condurre indirizzando) e mostrano come già al tempo dei greci il termine fosse utilizzato in senso metaforico, (Platone scriveva “il governo degli uomini”) e non già solo in senso letterale (*kubernân*: dirigere una nave o un carro, timonare⁶).⁷ Il passaggio principale ai nostri fini è poi avvenuto intorno al XIII secolo: “gouvernance” largamente utilizzato in Francia, come sinonimo di “gouvernement” nell’accezione di arte o maniera di governare, penetra nella lingua inglese nel XIV⁸ secolo per poi ritornare alla lingua italiana già dagli anni ’80 del passato secolo e, sulla spinta del dibattito internazionale, prepotentemente nel linguaggio tecnico-giuridico dagli anni 90.

Nella lingua italiana l’uso del termine *governance* in una accezione distinta da quella di governo appare in due campi di ricerca tra loro distinti: lo studio del governo locale e urbano e quello sulle società commerciali. In ambito economico e giuridico la parola *governance* si accompagna spesso al termine *corporate* (da “*corporation*” ovvero società) in riferimento al processo di indirizzo di una società, non nel

⁶ Cfr. la voce *kubernân* nel Vocabolario Greco – Italiano, L. Rocci, Hoepli, Milano.

⁷ La parola è poi passata dal greco al latino come “gubernare” per poi essere accolta dalle lingue romanze (dal latino al francese “gouvernance”, allo spagnolo “gobernanza”, al portoghese “governança”, all’italiano “governo” o “governoamento”).

⁸ Nella lingua inglese il termine è già presente nei famosissimi Racconti di Canterbury di G. Chaucer (1380 circa), cfr. il Racconto dell’Allodiere (*The tail of the Franklin*).

senso di esercizio dell'attività imprenditoriale (attività di *management*) bensì nella scelta della direzione da intraprendere.

1.2 Le prime definizioni in ambito economico-giuridico internazionale

A partire dagli anni '80 si è registrato un crescente utilizzo della locuzione *corporate governance* da parte di economisti, e politologi anglofoni e da numerose istituzioni internazionali (in particolare ONU, Banca Mondiale e FMI) per designare l'arte o la maniera di governare. In particolare, fu usato inizialmente da un autore inglese già nel 1983⁹. L'uso anche al di fuori dell'area anglosassone è divenuto consueto non solo nella letteratura scientifica del settore a partire dagli anni '90.

Dall'ambito economico la locuzione è entrata a far parte del linguaggio tecnico-giuridico. Tutt'ora è difficile però darne una definizione univoca. Spesso si è finito per far coincidere la definizione di *corporate governance* con i problemi che essa pone e tenta di risolvere. Brillantemente Adam Smith nel *The Wealth of Nations* (del 1776): «The directors of companies, being managers of other people's money than their own, it cannot well be expected that they

⁹ Earl, Michael J., *Perspective on management*, Oxford University Press, 1983.

should watch over it with the same anxious vigilance¹⁰ with which the partners in a private copartnery frequently watch over their own.»¹¹

F. Mayer nel 1997 esprimeva la centralità dell'allineamento degli interessi: «corporate governance is concerned with ways of bringing interests of investors and managers into line and ensuring that firms are for the benefit of investors»¹².

In ambito giuridico internazionale le più significative e sistematiche riflessioni sul tema della *corporate governance* delle società si sono sviluppate, principalmente nei paesi anglosassoni, sin dalla metà degli anni 80. Il primo esito del lavoro di ricerca dell' *American Law Insitute* di Philadelphia, Stati Uniti d'America, "Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations - Discussion Draft" risale al 1985¹³. L'obiettivo di tale ricerca, ancora oggi in corso, è quello di esaminare i doveri e le responsabilità degli amministratori delle società di capitali sia verso la società

¹⁰ Enfasi aggiunta.

¹¹ A. Smith, *An enquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, § V.1.107, 1776. Non sembra, anche alla prova della crisi, come meglio approfondiremo in seguito, che la mano invisibile (dello stesso Smith) sia riuscita a evitare il porsi di rilevanti problemi di *corporate governance* delle società.

¹² F.Mayer, *Corporate governance, competition and performance, in Enterprise and Community: New Directions in Corporate Governance*, a cura di S. Deakin e A. Hughes, Oxford, Blackwell, 1997.

¹³ The American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Tentative Draft No. 11 (April 25 1991), Philadelphia, 1991.

stessa sia verso gli azionisti al fine di non solo di descrivere il quadro legislativo, ma anche di proporre le eventuali opportune modifiche. Luigi Zingales¹⁴ così definiva “Corporate Governance” nel *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*:

«the complex set of constraints that shape the ex-post bargaining over the quasi-rents generated by a firm».¹⁵

Per “complex set of constraints”, come viene chiarito poco dopo si deve intendere:

«allocaton of ownership, capital structure, managerial incentive schemes, takeovers, board of directors, pressure from institutional investors, product market competition, organizational structure, etc. can all be thought as institutions that affect the process through which quasi-rents are distributed.»

Sarà da rilevare come l’Autore avesse precocemente sottolineato che il sistema di *corporate governance* incidesse sia sul livello sia sulla distribuzione del rischio, notazione che alla prova dei fatti sembra essersi rivelata quanto mai corretta come meglio esaminato nel prosieguo alla luce dell’enfasi che il più moderno approccio alla *governance*

¹⁴ L. Zingales, voce *Corporate Governance*, in “The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law”, University of Chicago, 1997.

¹⁵ Ovvero «Corporate governance è l’insieme delle regole che disciplinano la negoziazione ex post dei benefici generati dall’attività economica», cfr. A. Irace, *Il ruolo degli investitori istituzionali nel governo delle società quotate*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, 235, Milano, Giuffrè, 2001, p.15.

delle imprese bancarie pone proprio sul rischio e sulla sua distribuzione.

Sui rapporti fra soggetti quale elemento caratterizzante la *corporate governance* punta anche la definizione offerta più recentemente dall' Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), secondo cui la *corporate governance* è:

«a set of relationships between a company's management, its board, its shareholders, and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined. Good corporate governance should provide proper incentives for the board and management to pursue objectives that are in the interests of the company and its shareholders and should facilitate effective monitoring. The presence of an effective corporate governance system, within an individual company and across an economy as a whole, helps to provide a degree of confidence that is necessary for the proper functioning of a market economy.»

Si noti che nella definizione appena richiamata, non solo, si affronta il tema degli incentivi da offrire ai membri del consiglio di amministrazione e ai *manager*, ma si avverte anche che una *corporate governance* efficace è strumento che aiuta a creare (e mantenere) il grado di fiducia condizione necessaria per il buon funzionamento di una economia di

mercato. Come meglio vedremo in seguito l'elemento della fiducia, nel sistema bancario in particolare, assume rilevanza fondamentale, rendendo ancor più imprescindibile per il buon funzionamento del mercato (non solo bancario) la presenza e l'implementazione di sistemi di *corporate governance* adeguati ed efficaci.¹⁶

1.3 Lo sviluppo dello studio della *corporate governance*

In questo paragrafo ci si propone di offrire, senza pretese di completezza, il quadro dello sviluppo della nozione e dello studio della *corporate governance* in particolare nel Regno Unito e negli Stati Uniti¹⁷, in quanto sono gli studi prodotti in tali paesi che hanno maggiormente influenzato l'evoluzione dello studio e della disciplina della *corporate governance* in Italia e nel mondo.

Lo studio della *governance* societaria, nato come aspetto dello studio del diritto societario, o meglio della *company law* (giacché siamo in ambito anglosassone), è diventato sempre più centrale a partire dall'inizio del ventesimo secolo. Pietra miliare e principale contributo, ancora oggi ritenuto

¹⁶ Tale argomento qui solo accennato è ripreso e approfondito nel Capitolo che segue.

¹⁷ A. Irace, *Il ruolo degli investitori istituzionali nel governo delle società quotate*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, 235, Milano, Giuffrè, 2001, p. da 24 a 52, affronta in particolare il diffondersi degli studi in materia di *corporate governance* nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America.

fondamentale tanto da essere definito “mito”, è il lavoro di Berle e Means (1932) sul tema della separazione tra proprietà e gestione delle imprese,¹⁸ con cui gli autori pongono fondamentali spunti di analisi relativamente alla separazione tra proprietà e controllo e ai problemi che essa pone nelle società commerciali.

Un intenso sviluppo in merito al soggetto in questione si è poi registrato a partire dagli anni '70 sempre negli Stati Uniti d'America, dopo un periodo di relativo silenzio in cui si erano interessate all'argomento più che altro le corti in casi di contenziosi tra soci e amministratori. Nel 1971, M. L. Mace analizzò da vicino il ruolo e le attività degli amministratori, giungendo alle seguenti conclusioni:

«In most companies boards of directors serve as source of advice and counsel, serve as some sort of discipline, and act in crisis situations if the president dies suddenly or is asked to resign because of unsatisfactory management performance. The business literature describing the classical functions of boards of directors typically includes three important roles: (i) establishing basic objectives, corporate strategies, and board policies; (ii) asking discerning questions; and (iii) selecting the president. [Instead] I found that boards of directors of most large and medium sized companies do not establish objectives, strategies, and policies however defined.

¹⁸ A.A. Berle e G.C. Means, “*The modern corporation and Private Property*”, Macmillan, London, 1932.

These role are performed by company management. [...] Board meetings are not regarded as proper forums for discussions arising out of questions asked by board members. [...] In most companies directors do not in fact select the president except in ... crisis situations.»¹⁹

Gli anni '80 vedono un radicale mutamento delle condizioni di mercato, in particolare nel Regno Unito e negli Stati Uniti d'America le politiche della Thatcher e di Regan, orientate alla crescita economica, comportano l'assunzione del modello basato sulla massimizzazione dei profitti, sulla creazione di valore per gli azionisti ²⁰, su maggiori responsabilità agli amministratori anche per difendersi da cambi di controllo. Le prime distorsioni non tardarono ad arrivare tanto che già sul finire degli anni '80 in vari paesi delle economie avanzate grossi scandali svelarono che il modello di *corporate governance* basato sulla massimizzazione dei profitti e grande libertà d'azione agli amministratori presentava difetti non indifferenti. Si pensi, solo per ricordarne uno negli Stati Uniti agli scandali di Ivan Boesky e Michael Levin, che misero in atto una acquisizione finanziata da titoli spazzatura (*junk bonds*) attraverso a pratiche di *insider dealing*, e nel Regno Unito, dove non

¹⁹ M.L. Mace, “*Directors: Myth and Reality*”, Boston, 1971.

²⁰ Tale modello si è poi fatto strada anche nella dottrina nazionale. Cfr. in particolare P.G. Jaeger, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in “Giur. Comm.”, 2000, I, pp.795-812.

andava molto meglio, si pensi allo scandalo Guinness Peat Group P.L.C.²¹.

L'esigenza di trovare sistemi di verifiche e di creare situazioni di equilibrio cominciò a farsi forte e già a metà degli anni '80 nella dottrina americana si nota un aumento significativo dei contributi volti ad analizzare questo argomento²². Gli anni '90 sono segnati, innanzitutto, dall'emergere e dal radicarsi degli investitori istituzionali che, soprattutto negli Stati Uniti, assunsero un ruolo che si fa oggi giorno sempre più decisivo anche in materia di *corporate governance* delle società nelle quali detti investitori assumono partecipazioni. I consigli di amministrazione si trovano di fronte a nuovi e potenti azionisti in grado, fra l'altro, di raccogliere attraverso il sistema delle deleghe di voto, molto potere e decidere le sorti di amministratori che non abbiano raggiunto i risultati previsti. Nel tempo è

²¹ Il caso Guinness, noto come il caso dei "Guinnes Four" è la prima delle cd. "high profile fraud" inglesi degli anni '80, e consistette in una serie di frodi finanziarie poste in essere da alcuni *manager* della Guinness per sostenere il prezzo delle azioni della società in occasione della scalata alla concorrente Distillers Company (i prezzi erano aumentati del 25%) basata su un concambio di azioni. In tal modo l'offerta della Guinness poté battere l'offerta della rivale Argyll. Per i retroscena e i legami con il mondo bancario internazionale cfr. La Repubblica, Leu, la banca dei tre scandali, 17 luglio 1987, p. 7, Sezione: Affari & Finanza.

²² M.J. Earl, "*Perspectives on Management*", Oxford University Press, 1983; B.D. Baysinger and H.N Butler *Corporate Governance and the Board of Directors: Performance Effects of Changes in Board Composition*, "Journal of Law, Economics and Organization", 1, 101-24; H. Mintzberg, *Who should Control the Corporation?*, in California Management Review, XXVII, 90-115.

aumentata dunque esponenzialmente la pressione sugli amministratori per il raggiungimento di *performance* sempre migliori e allo stesso tempo è divenuta usuale la presenza di figure all'interno del consiglio stesso che rappresentano gli interessi di tali attori.²³

Nel 1992 la pubblicazione di quello che viene comunemente chiamato Cadbury Report, il primo rapporto avente ad oggetto la *corporate governance* ed in particolare i suoi aspetti finanziari (il titolo esatto del rapporto è infatti “The Financial Aspects of Corporate Governance”), inaugura la stagione dei codici di *corporate governance* nel Regno Unito. Come spesso accade nella storia della regolamentazione finanziaria non solo italiana, anche in questo caso lo stimolo era provenuto dai fallimenti di alcune importanti società inglesi.

Solo nel Regno Unito si contano a partire dal Cadbury Report almeno dieci codici successivi di *corporate governance*: Greenbury (luglio 1995); Hampel (gennaio 1998); UK Combined Code (1998); Turnbull (1999, aggiornato con una nuova versione nel 2005); Higgs (gennaio 2003); Smith (luglio 2003); Tyson (giugno 2003); Revised UK Combined Code (luglio 2003); Myners (dicembre 2004); Revised UK Combined Code (giugno 2006). Il Cadbury Report denunciava, in particolare, la necessità di ampliare il

²³ Cfr. la cd. “Walker Review”, analizzata nel Capitolo V, in cui grande attenzione è dedicata proprio agli investitori istituzionali.

ruolo degli amministratori indipendenti, anche attraverso l'introduzione di un comitato di controllo sul consiglio di amministrazione composto da una maggioranza di amministratori indipendenti, nonché l'introduzione di un comitato per la remunerazione degli amministratori che deliberasse sui premi da accordare agli amministratori esecutivi. Alcuni di questi elementi, come si avrà modo di indicare nel prosieguo, sono ancora oggi sotto i riflettori e in cerca di risposte efficaci nella disciplina positiva.

Il tema della *corporate governance* richiamava ormai l'attenzione delle principali economie avanzate, tanto che altri paesi produssero i loro rapporti sulla *corporate governance*: il report prodotto dall'Australian Committee on corporate governance del 1993 chiamato Strictly Boardroom, il Viènot Report francese del 1995, dello stesso anno il King Report sudafricano; e sempre dello stesso anno le Recommendations on Canadian Board Practices del Toronto Stock Exchange. Tali rapporti sono accomunati dall'attenzione che dedicano al tema dell'abuso da parte degli amministratori dei loro poteri di direzione dell'impresa, da prevenirsi –questo il principale suggerimento– attraverso l'ampio utilizzo di figure indipendenti e della separazione delle funzioni esecutive da quelle di indirizzo. In alcuni casi si sottolinea però anche la necessità che l'attività di governo societario perché sia “buona” debba essere anche efficace e perché ciò sia possibile è necessaria anche una attenta valutazione dei rischi. Non solo quindi protezione degli

azionisti nel senso di massimizzazione del valore del loro investimento ma anche protezione delle società verso l'assunzione di rischi.²⁴

La convinzione che si trattasse di un argomento che doveva essere guardato e disciplinato globalmente ispirò nel 1998 il lavoro della Organisation for Economic Co-operation and Development che elaborò la prima proposta di linee guida sulla *corporate governance* societaria a livello internazionale. Ed è proprio il processo di globalizzazione²⁵ divenuto evidente e velocissimo negli anni '90 a segnare il punto di maggiore evoluzione anche delle *corporate governance* societaria: le imprese uscivano da una dimensione locale per divenire multi-nazionali così si stabilivano forti relazioni di partecipazioni incrociate internazionali, si costituivano filiali all'estero, si apriva il capitale a investitori stranieri e si reperiva finanza attraverso nuovi canali non più esclusivamente locali.²⁶

²⁴ Si veda in particolare F. G. Hilmer, *Strictly Boardroom: Improving Governance to Enhance Company Performance*, Melbourne, 1998.

²⁵ Per una interessante panoramica di come la globalizzazione abbia trasformato l'economia mondiale si veda, P. Dicken, *Global Shift, transforming the World Economy*, third edition, Londra, Paul Chapman Publishing Ltd, 1998.

²⁶ Sul processo di globalizzazione della *corporate governance* si veda A. J. Dignam e M. Galanis, *The globalization of corporate governance*, MPG Books Limited, UK, 2009 che offre oltre ad un inquadramento teorico sul processo di globalizzazione della *corporate governance* anche una analisi più in dettaglio dei modelli di *corporate governance* adottati nel Regno Unito, in Germania e negli Stati Uniti.

Il XXI secolo si apriva con la consapevolezza della importanza di una buona *corporate governance* e con una quantità di codici di *best practice* pubblicati sia da società di gestione dei mercati sia dalle stesse imprese quotate. La *corporate governance* era percepita ancora come uno strumento utile e tipico delle grandi società di capitali con azioni quotate che puntavano ad avere una *performance* soddisfacente da parte dei propri amministratori grazie a codici di *corporate governance* in cui principalmente si fissavano requisiti di professionalità e obblighi di trasparenza e grazie al conferimento ad appositi soggetti di obblighi di verifica e controllo dell'operato degli amministratori.

Il quadro appena descritto si scontrò miseramente con una serie di scandali originati da dubbie pratiche di *corporate governance* che non risparmiarono né il mondo anglosassone (solo per citare alcuni tra i più clamorosi: Enron (una delle più grandi società americane poco prima dello scandalo²⁷), Waste Management, Worldcom, Tyco, Marconi, British Rail, Independent Insurance e Tomkins (nel Regno Unito), HIH Insurance in Australia) né paesi con sistemi assai diversi (Vodafone Mannesmann in Germania, e Parmalat in Italia).

²⁷ La risposta da parte del governo degli Stati Uniti non si fece attendere il Sarbanes-Oxley Act nel 2002 era già legge. Non si fece attendere nemmeno la risposta della società di gestione della borsa di New York: il New York Stock Exchange e il Nasdaq modificarono le regole di accesso alla quotazione e ampliarono il ruolo degli amministratori indipendenti.

1.4 Le evoluzioni in ambito nazionale

Proprio agli inizi degli anni 90 la contaminazione con le riflessioni sviluppatesi su queste tematiche negli USA²⁸ ha contribuito a sollecitare la dottrina italiana e il legislatore²⁹ a ripensare al modello di *corporate governance* delle società di capitali.

In ambito giuridico nazionale il tema della *corporate governance* ha iniziato ad interessare in maniera sempre più rilevante a partire dagli ultimi anni '90; si segnalano in particolare i lavori di ricerca dell'Associazione Disiano Preite e quello del Progetto CERADI³⁰, che ha offerto un significativo contributo al progetto di riforma del governo societario delle società di capitali. La dottrina nazionale,

²⁸ M. A. Eisenberg, “*Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*”, in “Giurisprudenza Commerciale”, (1992), p. 617 e ss. Eisenberg tenne alcune lezioni sia presso l'Università statale di Milano sia nell'ambito delle iniziative del Laboratorio torinese di Diritto Commerciale, sui problemi della *corporate governance* negli Stati Uniti; da tali lezioni è stato tratto un articolo pubblicato in “Giurisprudenza Commerciale”, di M. A. Eisenberg, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, p. 617 e ss. 1992.

²⁹ Si pensi alla L. 6 febbraio 1996, n. 52 con cui il legislatore delegò il governo a modificare la disciplina societaria disponendo in particolare che “in sede di riordinamento normativo della materie concernenti gli intermediari, i mercati finanziari e mobiliari e gli altri aspetti comunque connessi potrà essere altresì modificata la disciplina relativa alle società emittenti con particolare riferimento al collegio sindacale, ai poteri delle minoranze, ai sindacati di voto e ai rapporti di gruppo, secondo criteri che rafforzino la tutela del risparmio e degli azionisti di minoranza”.

³⁰ G. Visentini, “*La società per azioni nella prospettiva della corporate governance*”, Milano, 1997.

nello sforzo di definire la nozione di *corporate governante*, ha sin da subito messo in guardia sul fatto che il termine non era di facile traduzione³¹ né indicava un concetto univoco³², accompagnando, almeno inizialmente, le definizioni di tale concetto quasi sempre alla realtà delle società quotate o delle grandi società per azioni, come se la *corporate governance* non attenesse al mondo delle imprese in generale: «in prima approssimazione, si può dire che per *Corporate Governance* si intende la definizione di un sistema (*lato sensu*) di gestione dell'impresa società per azioni (il riferimento è alle società di grandi dimensioni, dotate di un azionariato largamente diffuso, con particolare riguardo a quelle che si rivolgono al pubblico risparmio); risultante da un complesso di regole di natura diversa: norme legislative, statutarie, decisioni giurisprudenziali, precetti consuetudinari e anche etica degli affari.»³³

Già i primi commenti chiarivano, inoltre, che gli obiettivi di un sistema di *corporate governance* non si esauriscono solo nel comporre o prevenire conflitti di interessi interni alle imprese, ma si collocano anche sul piano macroeconomico.

³¹ Vedi P.G. Jaeger e P. Marchetti, *Corporate Governance*, in “Giurisprudenza Commerciale”, (1997), 05, p. 625 e ss..

³² Così P. Montalenti, in *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in “Riv. Soc.”, (1997), 04, p. 713 e ss..

³³ Jaeger e P. Marchetti, *Corporate Governance*, cit.

La più attenta e recente dottrina ha enucleato quale aspetto essenziale della *corporate governance* la “*internal governance*”³⁴, ovvero il sistema di controlli³⁵ interni che le imprese sono chiamate a porre in essere, data la convinzione comune che il rafforzamento dei controlli interni costituisca un presidio indispensabile per difendere le società da scandali e abusi.³⁶

1.5 La distinzione tra *corporate governance* e *management*

È poi necessario, al fine di circoscrivere ulteriormente che cosa si debba intendere per *corporate governance*, precisare la distinzione tra governo societario e “management” ossia gestione della società, che ancor oggi non sempre appare chiaramente intesa. Nella classica struttura di *governance* l’amministratore delegato (sempre più spesso

³⁴ G.D. Mosco, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella MIFID*, in “La nuova disciplina degli intermediari dopo la MIFID, prime valutazioni e tendenza applicative”, M. de Mari, a cura di, Wolters Kluwer Italia, 2009, p.31-46 pone particolare attenzione alla *internal governance* di cui i controlli interni costituiscono parte essenziale.

³⁵ Già A. Irace, definiva nel 2001 *governance* come sinonimo di «autorità, direzione e controllo» introducendo quindi il controllo tra gli elementi fondanti della *governance* in quanto «il mercato non riesce ad auto-regolamentarsi in mancanza di un adeguato sistema di controlli». Cfr. A. Irace, *Il ruolo degli investitori istituzionali nel governo delle società quotate*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, 235, Milano, Giuffrè, 2001, p. 13 e 14.

³⁶ G.D. Mosco e S. Lopreato, *Lo scudo e la lancia nella guerra dei “subprime”*: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli.

chiamato “CEO”, “*Chief Executive Officer*”) è al vertice di una struttura gerarchica composta da *manager* che rispondono in ultimo all’amministratore delegato, in modo che autorità decisionali e responsabilità gestionali sono delegate dall’alto verso il basso con l’aspettativa di una inversa tendenza quanto a ritorno di affidabilità. In tale quadro il consiglio di amministrazione, ovvero l’organo a cui è affidata la *governance* della società comunque lo si voglia chiamare, non è compreso. Il consiglio di amministrazione opera infatti in modo non gerarchico, nel senso che gli amministratori non debbono rispondere ad un capo.

La figura che meglio rappresenta il consiglio di amministrazione è in effetti un cerchio nel quale si inserisce la piramide gerarchica dei *manager* con il proprio vertice: l’amministratore delegato (vedi figura 1).

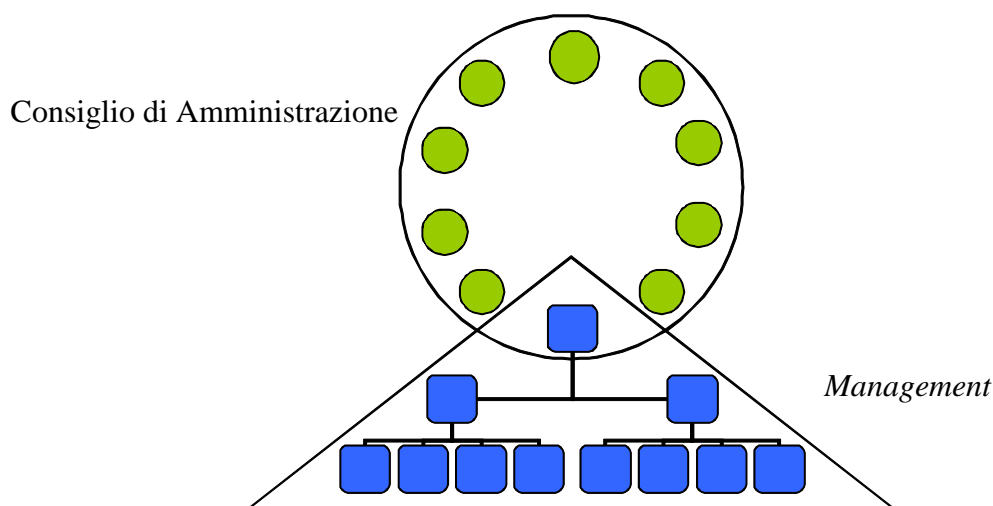


Figura 1

Il lavoro di *governance*, ovvero di “condurre indirizzando” è dunque affidato al consiglio di amministrazione mentre il lavoro a maggiore componente esecutiva è affidato appunto al *management*, ai dirigenti e via giù per la scala gerarchica. In altre parole «*management runs the business; the board ensures that it is being well run and run in the right direction*»³⁷.

Nello sforzo definitorio sin qui effettuato preme ora aggiungere, per sottolineare, un elemento spesso non evidenziato quale elemento certo della *corporate governance* ovvero la crisi dell'impresa. Il governo societario, o meglio lo studio del governo societario non può infatti attendere ed arrestarsi alla fase fisiologica dell'attività di

³⁷ B. Tricker, *Corporate Governance, Principles, Policies, and Practices*, Oxford University Press, 2009. Il primo libro ad usare il titolo Corporate Governance nel 1984.

esercizio di una impresa, dovendosi sempre confrontare, invece, con l'altrettanto rilevante fase patologica, la crisi d'impresa, ancor più poi se si tratta di una impresa che *non dovrebbe fallire*³⁸ come accade per le banche³⁹.

La presente disamina terminologica non sarebbe completa se non si richiamasse qui brevissimamente l'origine della parola banca, definita nel 1665 da L. Lippi come «impresa avente funzione intermediaria tra risparmiatori e produttori», che deriva da banco, dal franco “bank” che indicava la panca che correva tutto intorno alla stanza ed era strettamente combinata con la parete in legno, che faceva così da spalliera. La specializzazione del termine con l'accezione di azienda di credito è sorta in Italia e dall'italiano si è diffusa nelle altre lingue.⁴⁰

Si ritiene inoltre necessario precisare che la presente indagine è limitata alle imprese che esercitano attività bancaria ai sensi della definizione normativa offerta dall'art. 10 del Testo Unico Bancario. Le banche nel nostro paese al 31 dicembre 2009 erano 789, di cui 248 costituite in società

³⁸ Si pensi agli effetti drammatici del collasso della Lehman Brothers, cfr. l'audizione del Governatore Draghi al Senato del 21 ottobre 2008, p. 5.

³⁹ Come si analizzerà meglio in seguito all'inasprirsi dell'ultima crisi finanziaria una delle prime reazioni non solo in ambito internazionale è stata proprio quella relativa alla creazione di sistemi di *governance* ovvero ritocchi ai sistemi di *governance* già presenti per i momenti di crisi.

⁴⁰ Vedi le voci banca e banco in M. Cortellazzo e P. Zolli, “Dizionario etimologico della lingua italiana”, VOL I, Bologna, Zanichelli, 1991.

per azioni, 82 filiali di banche estere, 38 popolari e 421 di credito cooperativo. È utile per completare il quadro dare una classificazione in gruppi dimensionali (al 31.12.2009)⁴¹ delle banche residenti in Italia offerta dall'Autorità di Vigilanza del settore.

Dimensione	Numero	Soggetti
Maggiori	8	Banca Nazionale del Lavoro SpA Banca Monte dei Paschi di Siena SpA Unicredit Banca SpA Unicredit Banca di Roma SpA Intesa Sanpaolo SpA Unicredit SpA Unicredit Corporate Banking SpA Cassa depositi e prestiti SpA
Grandi	12	Banco di Sicilia SpA Dexia Crediop SpA Unione di Banche Italiane società cooperativa per azioni Banca Imi SpA Banca Infrastrutture, Innovazione e Sviluppo SpA Banca Antonveneta SpA

⁴¹ Fonte: voce banche glossario pubblicato in appendice alla Relazione Annuale della Banca d'Italia per il 2009 su www.bancaditalia.it.

		Banca Popolare di Lodi SpA
		Banco Popolare di Verona – S. Geminiano e S. Prospero SpA
		Banca Popolare dell’Emilia Romagna
		Banca Popolare di Bergamo SpA
		Banca Popolare di Milano
		Mediobanca - Banca di Credito Finanziario SpA

Al 31 dicembre 2010 la situazione è già mutata per quanto attiene alle maggiori, oggi dimezzate (in quanto conseguentemente ai vari avvicendamenti occorsi nel 2010) attualmente le varie società del gruppo UniCredit sono confluite in UniCredit S.p.A.; per completezza si indica che le banche di dimensioni medie sono trentacinque⁴², le piccole centoquarantotto e le minori cinquecentoottantasei.

⁴² Banco di Napoli spa; Banco di Sardegna spa; Banca Italease spa; Credito Emiliano spa; Barclays Bank plc; Banca Carime spa; Aletti & C. Banca di Investimento Mobiliare spa; Deutsche Bank spa; Findomestic Banca spa; Banca Agrileasing spa - Banca per il Leasing delle Bcc/Cra; Intesa Sanpaolo Servizi Transazionali spa; Ing Direct nv; Bnp Paribas; Mps Leasing & Factoring spa; Unicredit Family Financing Bank spa; Credito Bergamasco spa; Banco di Brescia S. Paolo Cab spa; Société Générale; Banco Popolare società cooperativa; Banca Popolare Commercio e Industria spa; Banca Popolare di Ancona spa; Banca Popolare di Novara spa; Banca Popolare di Sondrio società cooperativa per azioni; Banca Popolare di Vicenza società cooperativa per azioni; Banca delle Marche; Cassa di Risparmio di Firenze spa; Banca Carige spa – Cassa di Risparmio di Genova e Imperia; Cassa di Risparmio di Lucca Pisa Livorno spa; Cassa di Risparmio del Veneto spa; Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza spa; Cassa di Risparmio in Bologna spa; Banca Regionale Europea - B.R.E. Banca;

Per quanto attiene più specificamente il nostro tema ci pare che meritino una analisi, cui dedichiamo il prossimo capitolo, gli elementi di differenziazione che l'impresa bancaria presenta rispetto alle società dell'economia reale. Tale diversità comporta infatti la necessità di un adattamento della nozione di governo societario alle banche, causato proprio dalle precipue caratteristiche della attività bancaria, come verrà meglio descritto nel prosieguo.

Mediocredito Italiano spa; Monte dei Paschi di Siena Capital Services Banca per le Imprese spa; Mcc - MedioCredito Centrale spa.

CAPITOLO II

*What's different about banks?*⁴³

1. Le banche sono una *corporation* in senso stretto?

Sia lecito prendere in prestito per il titolo del presente capitolo una frase famosa, titolo di un noto articolo risalente al 1985 scritto da un famoso economista americano, Eugene F. Fama, della University of Chicago, studioso di finanza e economia monetaria, che fu precursore nell'indagare le peculiarità delle banche rispetto alle imprese dell'economia reale e degli altri intermediari finanziari. All'impresa bancaria infatti non da sempre è stato riconosciuto, non solo nel nostro ordinamento, un carattere di specialità. Si pensi al diritto anglosassone⁴⁴, in particolare a quello inglese dove,

⁴³ Si prende in prestito per il titolo del presente capitolo il titolo del famoso articolo di Eugene F. Fama, *What's different about banks?*, Journal of Monetary Economics, Volume 15, Issue 1, January 1985, Pages 29-39, University of Chicago, Chicago, IL 60637, USA.

⁴⁴ Tanto è vero che negli Stati Uniti ancora oggi in molti tribunali è applicata la *business judgment rule* indifferentemente per amministratori di imprese dell'economia reale e di imprese bancarie e l'argomentazione a favore di standard di comportamento più severi e stringenti supportata dall'interpretazione secondo cui gli amministratori delle banche assumono doveri fiduciari (cd. *fiduciary duties*) anche nei confronti dei depositanti non trova accoglimento in quanto si ritiene che le banche siano soggetti economici che assumono un rischio di impresa come tutte le altre imprese. Così sembrerebbe essere per tutti gli stati dell'Unione tranne per lo Stato di New York. Parte della dottrina però non concorda, vedi in particolare Joel B. Harris e Charles T. Caliendo, *Who says the Business Judgment Rule does not apply to Directors of New York Banks?*, in "Banking L.J.", 118 (2001), p. 493 e ss.

sino alla recente crisi dell'agosto 2007, le banche erano considerate per molti versi imprese come le altre, imprese di diritto comune, come meglio si dirà in seguito.

Che le banche siano imprese in senso stretto non è, o almeno non è stato, fatto pacifico nemmeno nel nostro ordinamento, nonostante il testo dell'art. 2195 c.c. espressamente le includa tra le imprese ai fini dell'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese. Se dunque dovrebbe darsi per scontato, in particolare ai giorni nostri, che l'attività bancaria abbia carattere di impresa, il nostro legislatore ha ritenuto, ancora nel 1993, di doverlo precisare: l'art. 10, I comma del cd. Testo Unico Bancario (d.lgs. n. 385, 1° settembre 1993, anche TUB) recita infatti: *“La raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere di impresa”*. Ciò in quanto l'elemento dell'interesse pubblico, connaturato all'attività bancaria, è da sempre stato considerato, in alcuni sistemi giuridici, talmente prevalente da far quasi dubitare della natura puramente imprenditoriale dell'attività di raccolta del risparmio ed esercizio del credito nei confronti del pubblico.

Ancora oggi illustri autori nazionali sentono il bisogno di affermare con forza la peculiarità dell'attività bancaria: «È persino intuitivo, quindi, che le banche non possono essere considerate imprese comuni, con gli scopi di economicità e di profitto propri di esse. Esse operano sì sul mercato e in

concorrenza fra loro, perché ciò è fattore di efficienza e di democrazia economica, ma rimane, deve rimanere sullo sfondo la funzione sociale e di interesse generale che giustifica, oltre alla disciplina legislativa speciale (come peraltro ha ribadito la nostra Corte Costituzionale in una importante sentenza del novembre 2004 sulla legittimità dell'art. 136 del Testo Unico Bancario), l'attenzione che lo Stato rivolge, attraverso sistemi di vigilanza e strumenti di intervento, all'andamento delle banche e alla loro situazione, proprio al fine di prevenire o fronteggiare quelle crisi. Il pensiero e purtroppo la pratica di un'attività bancaria volta essenzialmente al maggior profitto dell'impresa, dei *manager* e dei soci e che in tale prospettiva potessero comunque conseguirsi anche gli interessi generali, pensiero e pratica dominanti nell'ultimo decennio negli Stati Uniti e sempre più diffusi anche in Europa, hanno ora mostrato con clamore la loro rischiosa infondatezza. La banca è e deve restare una impresa autonoma che opera verso il pubblico e sui mercati, ma i soci e gli amministratori non possono non essere consapevoli dell'interesse generale, anche oltre quello dei depositanti, che la banca deve pure perseguire»⁴⁵.

Giova ora una assai rapida ricostruzione dell'evoluzione legislativa della definizione della natura imprenditoriale dell'attività bancaria. La prima legge dedicata alla

⁴⁵ M. Cera, “*La crisi e le banche: un po' di chiarezza (e di ordine)*”, destinato ad una pubblicazione dell'Università di Pavia (attualmente disponibile su www.associazionepreite.it).

regolamentazione dell'attività bancaria in Italia risale, come noto al 1936; la cd. Legge Bancaria del '36 assegnava all'attività bancaria in maniera espressa il connotato di funzione pubblica: «La raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico» (art. 1, I co.) e pesanti erano i riflessi di tale impostazione sugli assetti di *corporate governance* previsti per le banche. La legge citata prevedeva infatti un intervento costante e spesso anche diretto dello Stato nell'indirizzo dell'attività bancaria già nell'esercizio della attività nella sua fase fisiologica.

L'evoluzione del dopo guerra ha portato un radicale cambiamento di impostazione, almeno nelle definizioni, tanto che il D.P.R. n. 350 del 27/06/1985: espressamente stabiliva che: «L'attività bancaria ha carattere di impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano». (art. 1, I co.). Oggi non dovrebbero dunque esservi dubbi, tuttavia come innanzi accennato, ancora nel 1993, il legislatore nazionale ha sentito l'esigenza di puntualizzare che l'attività bancaria ha carattere di impresa. Il nesso dunque tra diritto societario e disciplina prudenziale è conseguenza diretta del pieno riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività bancaria, ponendosi

come sbocco del progressivo espandersi delle logiche del mercato anche nel settore finanziario.⁴⁶

L'altro estremo è rappresentato dal modello tradizionalmente in essere nei paesi anglosassoni, dove le banche, come accennato, erano trattate alla stregua di tutte le altre società commerciali⁴⁷ - persino nella gestione delle crisi⁴⁸ - e ciononostante, anche in tale sistema, sono sempre stati soggetti vigilati, se pure inizialmente sottoposti da parte della Bank of England ad una regolamentazione assai limitata e in gran parte basata sulla *moral suasion*. La legislazione si è evoluta nel senso di riconoscere sempre più la specificità delle imprese bancarie rispetto alle altre società commerciali, tanto che nel 2009 è stato adottato il cd. Banking Act 2009 che ha ridisegnato la regolamentazione bancaria in tema di gestione della crisi di tali soggetti, come meglio esaminato nel V Capitolo.

⁴⁶ Cfr. Portolano, Modelli di amministrazione e controllo, regolamentazione di settore e nuovo accordo di Basilea, in Capriglione (a cura di), Nuovo diritto societario ed intermediazione bancaria e finanziaria, Padova, p. 113.

⁴⁷ Per un esaustiva spiegazione delle ragioni di tale approccio si veda R. Cranston, Principles of Banking Law, Oxford, Oxford University Press, 2006 (2nd. ed.) p. 18.

⁴⁸ Si deve osservare che anche il Regno Unito ha abbandonato tale approccio ma solo assai di recente: nel febbraio del 2009 è stato emanato il Banking Act che prevede una completa disciplina della gestione delle crisi delle banche, fino ad allora disciplinata secondo le regole del diritto comune.

Assodato dunque che le banche⁴⁹ sono imprese, *corporation*, è necessario chiedersi se siano imprese in senso stretto ovvero presentino specificità tali da necessitare un diverso atteggiarsi della loro *corporate governance* sia in termini di regolamentazione sia in termini di analisi.

Il tema ha attirato negli ultimi anni sempre maggiore attenzione da parte della dottrina internazionale e soprattutto d'oltreoceano: diversi scritti si concentrano sull'identificazione dei principali tratti distintivi dell'attività bancaria rispetto alle altre attività. Si può senz'altro affermare che le banche sono oggi riconosciute come soggetti che svolgono attività di impresa ma allo stesso tempo è altrettanto riconosciuto che non sono soggetti del tutto assimilabili alle imprese del comparto industriale. Ciò ha determinato dei riflessi anche nello studio della *corporate governance* delle banche tanto da giustificare una diversa definizione della *corporate governance* bancaria rispetto a quella societaria da parte del Comitato di Basilea sulla Supervisione Bancaria⁵⁰ che nel 2006 ha redatto delle linee

⁴⁹ Di qui innanzi nel presente paragrafo utilizzeremo una nozione di banca che prescinde dalle diverse specificità delle legislazioni nazionali e che si arresta al cuore dell'attività bancaria tradizionalmente intesa come attività di raccolta di denari fra il pubblico per la concessione di credito nelle sue diverse forme e durate e ci riferiremo con tale termine sia ad una banca sia alla capogruppo di un gruppo bancario.

⁵⁰ Il Comitato di Basilea sulla Supervisione Bancaria è stato istituito nel 1975 dai governatori delle banche centrali del G10 (cd. Group of Ten) ed è composto da rappresentanti anziani delle autorità di vigilanza del settore e delle banche centrali di Belgio, Canada, Francia, Germania, Italia, Giappone, Lussemburgo, Paesi Bassi,

guida specificamente in tema di *corporate governance* bancaria, intitolate “Enhancing corporate governance for banking organisations”⁵¹ (un aggiornamento delle linee guida precedentemente pubblicate)⁵².

Lo scritto parte dalla definizione di *corporate governance* proposta dai principi di *corporate governance* pubblicati dall’OECD per specificare la diversa nozione di *bank corporate governance*:

«From a bank industry perspective, corporate governance involves the manner in which the business and affairs of banks are governed by the board of directors and senior management which, *inter alia*, affects how they:

- Set corporate objectives;
- Operate the bank’s business on a day-to-day basis;
- Meet the obligation of accountability to their shareholders and take into account the interests of other recognized shareholders;

Spagna, Svezia, Svizzera, Regno Unito, Stati Uniti. Si riunisce solitamente a Basilea, presso la sede della Segreteria Generale della Bank for International Settlement (BIS).

⁵¹ Bank for International Settlement, Basel Committee on Banking Supervision, *Enhancing corporate governance for banking organization*, febbraio 2006, aggiornati nell’ottobre 2010, riportati in Appendice e meglio analizzati nel III Capitolo.

⁵² Ci si riferisce alle linee guida dallo stesso titolo *Enhancing Corporate Governance for Banking Organisation*, pubblicate dal Basel Committee on Banking Supervision nel 1999.

- Align corporate activities and behavior with the expectation that banks will operate in a safe and sound manner, in compliance with applicable laws and regulations; and
- Protect the interest of depositors.»

Si noti come fra gli elementi distintivi che subito appaiono evidenti sono presenti sia l'importanza che nella *corporate governance* bancaria rivestono i *senior manager*, sia la rilevanza attribuita agli azionisti in termini di obbligo di rendicontazione nei loro confronti da parte degli amministratori e dei *senior manager* sia la necessità di allineare l'esercizio delle attività sociali e dei comportamenti delle banche con l'obbligo di operare perseguendo una sana e prudente gestione nonché nel rispetto della legge. Infine preme segnalare da subito l'ultimo aspetto elencato nella definizione appena riportata, ovvero la necessità che la *corporate governance* bancaria abbia sempre riguardo alla protezione degli interessi dei depositanti.

Come messo in luce all'inizio del presente capitolo, gli interessi pubblici connaturati nell'esercizio dell'attività bancaria restano oggetto di specifica considerazione anche da parte del nostro ordinamento: si pensi in particolare alle Nuove disposizioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia nel 2008.⁵³ Tali interessi costituiscono una specificità che si riflette nel governo delle società che intraprendano

⁵³ Cfr. Capitolo III.

l'attività bancaria: in particolare in quanto, come già chiarito dal Comitato sulla Supervisione Bancaria di Basilea, gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche oltre a rispondere agli interessi di impresa devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione. L'attività bancaria oggi è riconosciuta in Italia essere attività pienamente industriale, tuttavia gli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento costituiscono una specificità che si riflette anche nel loro governo, nella loro *governance*: gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche devono essere funzionali non solo dunque a rispondere agli interessi degli azionisti e dell'impresa ma anche, come detto, a condizioni di sana e prudente gestione.

2. Fattori di differenziazione: un criterio distintivo

Appare opportuno, prima di affrontare, senza pretese di completezza, uno per uno quegli elementi che ci sembrano in particolar modo essere caratteristici dell'attività bancaria rispetto alle altre attività industriali e finanziarie, operare uno sforzo di sistematizzazione di tali elementi, e ciò al fine di permettere una analisi più ordinata e comprendere quali siano gli aspetti della *corporate governance* specificamente attinenti le banche e la loro origine.

Quale parametro distintivo tra i vari fattori di diversità che le banche presentano rispetto alle altre imprese si è scelto

quello riguardante la loro origine ovvero se le differenze siano causate dalla natura particolare dell'attività bancaria in quanto tale o se dipendano da elementi esterni, primo fra tutti il fatto che le banche sono oggetto di forte regolamentazione e sono soggetti vigilati. Tratteremo prima quelle caratteristiche che sono connaturate alle imprese che raccolgono risparmio tra il pubblico per esercitare il credito e, a seguire, quelle che trovano la loro prima ragion d'essere o nella normativa di vigilanza cui le banche sono generalmente soggette ovvero nel solo fatto che una normativa esista.

Si è deciso di inserire quelle peculiarità che originano dalla rilevanza decisiva che il sistema bancario assume per i governi sia a livello nazionale sia a livello internazionale nella prima categoria in quanto si ritiene che tale rilevanza non sia dovuta al fatto che le banche siano soggetti vigilati quanto piuttosto al fatto che sono i principali intermediari di denari o titoli (in casi estremi talmente liquidi da essere assimilabili al denaro) ciò trovando origine dal mestiere che svolgono.

2.1 Imprese ad alto indebitamento e opacità

Nelle banche un elevato indebitamento è un fatto del tutto fisiologico connesso ad una delle principali funzioni (o meglio come si diceva innanzi al mestiere) che le banche assolvono che consiste nel raccogliere depositi e (per) fornire

liquidità al sistema economico. Anche le imprese dell'economia reale, soprattutto ai giorni nostri, presentano spesso situazioni di forte indebitamento e di sottocapitalizzazione, tuttavia ciò che in questo specifico ambito rende le banche uniche, anche rispetto agli altri intermediari finanziari, è la composizione del loro capitale che è solitamente in proporzione al debito più basso rispetto a quello delle altre imprese.⁵⁴

Le banche operano attraverso il noto meccanismo della moltiplicazione dei depositi sfruttando il disallineamento delle scadenze dei rapporti di debito / credito che pongono in essere con i loro clienti. Più specificamente le banche sono remunerate per accettare tale disallineamento attraverso i tassi di interesse che i loro creditori corrispondono e che sono più alti di quelli che le banche stesse debbono pagare per rifinanziarsi: *ceteris paribus* i profitti di una banca aumentano in maniera direttamente proporzionale all'aumento del credito dalla stessa offerto.

Direttamente connesso alla natura dell'attività esercitata come appena descritta ed elemento intrinseco all'attività bancaria è l'opacità tipica dell'industria bancaria soprattutto in termini di rappresentazione a bilancio dell'andamento

⁵⁴ J.R.Macey e M. O'Hara, *The corporate governance of banks*, FRBNY Economic Policy review, 2003, New York che indicano che banche tipicamente presentano situazioni in cui più del 90% dei fondi è rappresentato da debiti

dell'impresa.⁵⁵ Sebbene infatti le asimmetrie informative esistano in ogni settore, vi è una significativa evidenza che nel caso delle banche tali asimmetrie siano maggiori⁵⁶. Ciò è determinato da vari fattori tra cui si segnalano i seguenti: innanzitutto l'esercizio del credito è una attività dagli esiti più spesso di quanto si sia portati a credere incerti e, in particolare per quanto attiene l'erogazione dei mutui, inoltre la qualità dei beni iscritti a bilancio delle banche non è sempre rapidamente e correttamente valutabile.

Si noti poi che le banche hanno particolare facilità nell'alterare la composizione di rischiosità dei loro beni e possono porre in essere un diverso numero di operazioni che consentono di nascondere o rimandare eventuali difficoltà (si pensi all'estensione del periodo di rimborso di un mutuo, alle sempre più frequenti operazioni di rifinanziamento e così via).

Le potenziali opacità nella rappresentazione del bilancio sono connaturate all'attività bancaria in quanto la qualità dei prestiti concessi dalle banche nonché altri tipi di prodotti dalle stesse offerti quali tipicamente i derivati (in particolare i *credit default swap*) non sono beni altrettanto facilmente

⁵⁵ Fra i vari Autori che hanno sottolineato la questione si veda in particolare Peter O. Mülbart, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms*, “Law Working Paper”, n. 130/2009, versione dell'aprile 2010, www.ecgi.org.

⁵⁶ Si veda in particolare lo studio di C. H. Furfine, *Banks as monitors of other Banks: Evidence of Overnight Federal Funds Market*, in *Journal of Business*, Vol. 74, n. 1, gennaio 2001, p. 33-57.

valutabili rispetto ai beni tipicamente presenti nei bilanci delle imprese dell'economia industriale (si pensi a macchinari o altri beni tangibili o anche se intangibili più facilmente rappresentabili). Ciò è dovuto non solo alla complessità che tanto spesso tali prodotti, definiti sempre più spesso innovazioni, raggiungono ma anche in quanto il merito creditizio stesso è un fattore assai volatile.

Si noti inoltre che uno degli esercizi in cui gli analisti finanziari hanno maggiore difficoltà a trovarsi d'accordo è la valutazione delle obbligazioni emesse dalle banche rispetto a quelle emesse dalle imprese dell'economia reale.⁵⁷

Il Comitato di Basilea sulla Supervisione Bancaria per dare una risposta a tale problema ha introdotto il cosiddetto Terzo Pilastro in cui sono previsti obblighi a carico delle banche di fornire informazioni sia quantitative sia qualitative relativamente all'adeguatezza patrimoniale e all'allocazione del capitale nonché all'esposizione e alla valutazione dei rischi in modo da consentire ai soggetti del mercato un monitoraggio informato e un controllo più efficiente.⁵⁸

⁵⁷ Cfr. D. Morgan, *Rating Banks: Risk and uncertainty in an opaque industry*, 92 "AER" (2002), p. 874-888 e G. Iannotta, *Testing for Opaqueness in the European Banking Industry: Evidence from Bond Credit Ratings*, "SDA Bocconi Working Paper", n. 122/04 (<http://ssrn.com/abstract=570483>)

⁵⁸ Comitato di Basilea sulla Supervisione Bancaria, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, A revised framework*, updated November 2005 (Basel, BIS 2005), p. 184-200, n. 808 -825.

2.2 Peculiarità dell'attività bancaria

L'attività bancaria ⁵⁹ resta ancorata all'attività che rappresenta la sua prima ragion d'essere⁶⁰ ovvero la raccolta del risparmio a vista dal pubblico (questo il prodotto bancario per eccellenza) e alla più ampia raccolta del risparmio cosiddetto di debito, le cui esigenze giustificano una regolamentazione soggettiva specifica. ⁶¹ Strettamente collegata all'argomento appena esaminato è la differenza che i “prodotti” e i servizi che le banche offrono ai loro “clienti”⁶² presentano rispetto ai prodotti venduti dalle imprese dell'economia reale, dal classico prodotto industriale; la

⁵⁹ Si omette la ricostruzione della nozione di attività bancaria ai sensi degli articoli 10 e 11 del TUB di quella che è stata autorevolmente definita «il risultato di un lungo, travagliato processo non solo normativo, ma anche economico sociale e politico (in senso buono e cattivo)», così da P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di Diritto Bancario*, Giappichelli Editore, Torino, 1995, p.66.

⁶⁰ Il primo dei contratti bancari disciplinati dal codice civile è non a caso il contratto di deposito di denaro, la cui formulazione pur suonando “antica” resta del tutto pregnante rispetto a quello che è il cuore dell'attività che le banche sono chiamate a svolgere. L'art. 1834 del c.c. recita: «Nei depositi di una somma di denaro presso una banca questa ne acquista la proprietà ed è obbligata a restituirla nella stessa specie monetaria alla scadenza del termine convenuto ovvero a richiesta del depositante, con l'osservanza del periodo di preavviso stabilito dalle parti o dagli usi».

⁶¹ Si veda S. Cotterli, voce “Banca” in *Digesto, Aggiornamento*, Torino, 2000, p. 86.

⁶² Ci si pone in questo caso dal punto di vista del consumatore-risparmiatore che dovesse decidere l'acquisto di un bene industriale ovvero di uno strumento di raccolta bancaria. Come noto, infatti, i depositi dal pubblico, le obbligazioni e gli altri titoli emessi costituiscono la provvista (*input*) a fronte della quale le banche possono erogare credito, il quale è il vero e proprio *output* dell'attività bancaria.

differenza origina da vari fattori da un lato per il ruolo che gioca la fiducia dell'acquirente il "prodotto" bancario (il risparmiatore) e per la rilevanza costituzionale della tutela del risparmio, dall'altro per l'evoluzione e l'innovazione continua di cui i "prodotti" bancari sono oggetto, volta soprattutto a identificare meccanismi di traslazione del rischio di credito (si pensi in particolare alle cartolarizzazioni e ai prodotti derivati).⁶³ L'attività bancaria che è principalmente attività di intermediazione consistente nella organizzazione e coordinamento di operazioni di raccolta⁶⁴ ed erogazione di moneta sotto forma di capitale di credito è per sua natura vocata a prestarsi quale ponte di passaggio per la trasformazione, la ripartizione e il collocamento del rischio di credito. Il massiccio fenomeno delle cartolarizzazioni ha in

⁶³ F. Capriglione, *I prodotti di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (riflessione a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in "Banca borsa e titoli di credito", 2008. L'Autore con particolare riferimento alle *collateralized debt obligations* (CDO) legate ai mutui sub-prime, che sono stati individuati tra le principali cause di perdita di fiducia del mercato americano e determinanti l'inizio della crisi nel 2007, sottolinea la struttura complessa di tali strumenti, che vengono suddivisi in *tranches* diverse a seconda della loro affidabilità in *senior* (quelle con un *rating* maggiore), *mezzanine*, *junior*, *subordinated equity* (del tutto prive di *rating* e dunque con componente di rischio difficilmente individuabile). Viene inoltre giustamente sottolineato che assai frequentemente i prospetti relativi alle emissioni delle CDO prevedono il pagamento delle *tranches* con *rating* inferiore subordinatamente al pagamento di quelle con *rating* migliore aggiungendo così una ulteriore componente di rischio.

⁶⁴ E persino il deposito in conto corrente può presentare opacità: si pensi al caso della Banca Popolare di Lodi che distrasse un euro ad ognuno dei propri correntisti, quando il dott. Fiorani era amministratore delegato, senza che molti di loro nemmeno se ne accorgessero pur essendone stati *in qualche modo* informati.

parte privato le banche della loro funzione di intermediazione in quanto somme significative di crediti non sono stati più intermediati dalle banche ma tramite operazioni di cartolarizzazioni attraverso le quali detti crediti venivano incorporati in strumenti finanziari: in tal senso si è sostenuto che le banche siano state «specifically “disintermediated”»⁶⁵ a seguito appunto di prenditori che hanno cartolarizzato i propri debiti con programmi di breve periodo collocando i relativi strumenti finanziari attraverso società appositamente costituite.

In Italia la regolamentazione sembra non aver sempre seguito il passo dell'innovazione degli strumenti finanziari, in generale, e dei prodotti finanziari offerti dalle banche, in particolare, tanto che non si può ancora parlare di “mercato evoluto degli strumenti finanziari”⁶⁶. Uno degli elementi di cui si lamenta la carenza è proprio la regolamentazione dell'informazione sul rischio “generalizzazione e opacizzazione dell'informazione” nel passaggio dai singoli affidamenti alla massa cartolarizzata. Significativo quanto scrive G. Walker, già nel 2007: «Financial risk has then been divided up and distributed across the financial system in a much wider, less transparent and more complex manner than ever before. With these processes of securitisation,

⁶⁵ G. Walker, *The deconstruction of financial risk*, *Journal of Banking Regulation*, in “Journal of Banking Regulation”, 2007, 9, 1–2.

⁶⁶ F. Capriglione, *I prodotti di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (riflessione a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*, in Banca borsa e titoli di credito, 2008.

disintermediation, repacking, privatisation and deconstruction of risk (as well as the associated separation of risk management and risk trading referred to), central banks will now have to act as more general providers of liquidity to the financial system on a more substantial and continuing basis»⁶⁷

Appare dunque sempre più evidente l'evoluzione dal tradizionale modello di intermediazione cosiddetto «buy and hold» a quello chiamato «originate to distribute»: la differenza tra i due consiste nel fatto che secondo il primo modello l'intermediario sopporta nel tempo i rischi dallo stesso assunto mentre, nel secondo il rischio viene trasferito ad altri operatori e al mercato attraverso, come innanzi accennato, derivati e operazioni di cartolarizzazione.

2.3 Assetti partecipativi e partecipazioni incrociate, *interlocking directorates* e concorrenza⁶⁸

Le banche presentano spesso assetti partecipativi differenti rispetto a quelli delle altre industrie: in quanto settore strategico, è stato calcolato che alla fine degli anni

⁶⁷ G. Walker, *The deconstruction of financial risk*, in "Journal of Banking Regulation", (2007) 9, 1–2, www.palgrave-journals.com/jbr.

⁶⁸ Il primo rilevante studio in materia di concorrenza bancaria risale al 1979: A. Patroni Griffi, *La concorrenza nel sistema bancario*, Jovene, Napoli.

'90 il 40% della popolazione mondiale abitava in paesi in cui la maggioranza delle banche era in mano statale.⁶⁹

Per quanto riguarda gli assetti proprietari le banche tendono ad avere azionariato diffuso anche in quanto la regolamentazione in essere in molti paesi richiede apposite procedure autorizzative per acquistare azioni di banche oltre certe soglie. Inoltre la normativa in materia di assetti societari e acquisizioni di partecipazioni di controllo in banche si è dimostrata atta a scoraggiare processi di cambio di controllo attraverso offerte di pubblico acquisto che necessitano per un buon esito procedure snelle e rapide mentre le valutazioni delle autorità del settore in qualche modo rallentano e rendono inefficace il processo. Appare invece che rispetto alle altre industrie la proprietà nel settore bancario sia più frequentemente di tipo familiare. Uno studio dei primi anni del corrente secolo mostrava che nel mondo le banche sono società tipicamente non ad azionariato diffuso e che circa il 75% delle banche presentavano la quota di controllo in unica mano (che deteneva più del 10% dei diritti di voto) e che tale mano in più della metà dei casi era rappresentata da famiglie. La scarsa contendibilità del settore⁷⁰ dovuta come si accennava anche alla pesante

⁶⁹ Banca Mondiale, *Finance Growth: Policy Choices in a Volatile World*, Oxford University Press, New York, 2001.

⁷⁰ L. Enriques, *Corporate governance in banca: quali lezioni dalla crisi?*, su La voce del 26.08.2009 (www.lavoce.info) menziona tra “le tre cose da fare” emerse come urgenti seguito della crisi: «rendere la disciplina delle Opa neutra rispetto alle Opa ostili: alcune Opa sono

regolamentazione ha permesso lo svilupparsi e il mantenersi di simili assetti nel lungo periodo.

La concorrenza tra banche presenta tratti caratteristici e aspetti del peculiari rispetto alla concorrenza negli altri settori industriali che rilevano, come si vedrà in seguito, in particolar modo per quanto attiene al governo societario. Come noto negli ultimi dieci anni il nostro sistema bancario ha cambiato volto, a seguito di una serie di operazioni di fusioni e acquisizioni il mercato si è fortemente concentrato tanto che oggi si contano pochi attori importanti che lo dominano. Distorsioni al libero gioco della concorrenza sono causate dalla regolamentazione cui le banche sono sottoposte in quanto soggetti vigilati: la regolamentazione in materia bancaria pone limitazioni qualitative e quantitative relativamente al possesso di titoli rappresentanti il capitale sociale di banche, riflettendosi tali restrizioni sul mercato del controllo di questi istituti. Inoltre in molti paesi si pongono limitazioni alle attività che le banche possono esercitare sia direttamente sia indirettamente: si pensi al divieto di svolgere attività assicurativa insieme all'attività bancaria ovvero alle restrizioni in tema di acquisto di quote di controllo in imprese industriali.

“buone” (puniscono i gestori incapaci), altre “cattive” (distruggono valore): il legislatore, non potendo distinguere le une dalle altre, non dovrebbe favorirle né ostacolarle, lasciando alle singole società le scelte fondamentali in tema di contendibilità e agli scalatori adeguati margini di manovra, ad esempio non imponendo loro di palesarsi immediatamente.».

L'attività di vigilanza prudenziale può poi incidere anche sulla apertura di nuovi sportelli (i punti vendita delle banche) ovvero in caso di concentrazioni bancarie l'autorità di vigilanza competente può richiedere la dismissione di un certo numero di sportelli quale condizione per l'autorizzazione della concentrazione.

Quelli appena elencati sono i principali fattori che giocano un ruolo sulla concorrenza tra banche operando dall'esterno, è tuttavia necessario segnalare che il mercato bancario è contraddistinto da assetti partecipativi e da moltiplicazioni di ruoli e cariche che meritano una attenta analisi.⁷¹ Il caso italiano si presenta come esemplare per quanto attiene tali caratteristiche in quanto le banche tendono tipicamente a stabilire con i propri clienti relazioni di lungo periodo al fine di costituire un flusso di informazioni efficiente e necessario per valutare e monitorare in maniera efficace il merito creditizio dei soggetti cui prestano fondi. Molti sono i casi in cui le banche detengono partecipazioni importanti in società industriali ovvero esponenti delle stesse siedono nei consigli di amministrazione delle società industriali: il fenomeno è detto "*bank-firm connection*". Si tratta in effetti di un "fenomeno" se si pensa che circa il 62% delle imprese italiane non operanti in attività finanziarie con azioni quotate presentano o partecipazioni incrociate o

⁷¹ Cfr. Per una analisi completa l'Indagine Conoscitiva n. 36 del 2008 "Indagine Conoscitiva La Corporate Governance di Banche e Compagnie di Assicurazioni" dell'AGCM.

interlocking directorates con istituti bancari⁷². Tali rapporti costituiscono delle barriere per la realizzazione di un mercato pienamente concorrenziale e fanno sorgere dubbi sia sulla competitività di un sistema così strutturato sia sull'efficienza dei rapporti tra le banche e le altre imprese del nostro Paese. L'acquisizione da parte delle banche di partecipazioni nelle imprese dell'economia reale e la nomina di propri esponenti nei consigli di amministrazione di tali società è un mezzo volto tra l'altro a ridurre le asimmetrie informative, che nel contesto del rapporto che tipicamente lega le banche alle industrie dell'economia reale (ovvero un rapporto di concessione di credito), hanno cruciale rilevanza. Lo strumento in particolare degli *interlocking directorates* rende possibile un monitoraggio dall'interno dell'andamento della società a cui la banca presta denari creando un possibile canale informativo capace di ridurre drasticamente le asimmetrie informative.⁷³

2.3.1 Il caso tutto italiano delle fondazioni bancarie

«Quanto alle fondazioni, occorre dare atto che il sistema bancario italiano ha attraversato un processo di

⁷² F. di Donato, R. Tiscini, *Cross Ownership and Interlocking Directorates between banks and listed firms: an empirical analysis of the effects on debt leverage and cost of debts in the Italian case*, in "Corporate Ownership & Control", Volume 6, Issue 3, Spring 2009.

⁷³ Il meccanismo è stato studiato già nel lontano 1975 da P. Mariolis, *Interlocking directorates and control of corporations: the theory of bank control*, in *Social Science Quarterly*, 56, p. 435.

cambiamento che non trova uguali in nessun altro paese e in nessun altro settore dell'economia interna, passando, in tempi relativamente brevi, da un sistema di proprietà pubblica a quella privata. In questo contesto, il giudizio sulle fondazioni è misto, in quanto le stesse non hanno ostacolato il processo di consolidamento in corso e sempre più tendono ad agire come un investitore privato. Inoltre, anche se, a livello teorico, le fondazioni possono essere un elemento distorsivo degli assetti proprietari, sul piano pratico occorre rilevare che è difficile, ad oggi, immaginare un soggetto effettivamente alternativo alle fondazioni. Al riguardo, si tenga anche presente che in Italia la penetrazione di soggetti esteri ha oramai raggiunto livelli paragonabili se non più elevati di altri paesi europei. Ad oggi, quindi, il tema centrale non appare tanto quello di ridurre il ruolo delle fondazioni, quanto piuttosto di renderne l'operato sempre più trasparente e simile ad un normale investitore istituzionale.»⁷⁴

La presenza delle fondazioni bancarie risulta ancora oggi molto penetrante ed incisiva nel sistema bancario nazionale. Si riportano di seguito i dati sulla presenza delle fondazioni bancarie al 31/12/2007⁷⁵ raccolti dall'AGCM nel corso della

⁷⁴ Audizione presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di Assogestioni del 18 luglio 2008.

⁷⁵ Tabella 8, p. 52, Indagine conoscitiva sulla *corporate governance* di banche e compagnie di assicurazioni – IC 36.

Indagine conoscitiva sulla *corporate governance* di banche e compagnie di assicurazioni, conclusasi nel dicembre 2008.

Banca	Fondazione	% partecipazione su totale capitale sociale
Intesa Sanpaolo	Compagnia di San Paolo	7,38
	Cariplo*	4,68
	C.R. di Padova e Rovigo	4,60
	Ente Cassa di Risparmio di Firenze*	3,38
	Cassa di Risparmio in Bologna	2,73
	Cariparma*	1,42
	MPS	0,39
	C.R. di Cuneo	0,01
	Tot.	24,59
	Unicredit	Cariverona
Cassa di Risparmio di Torino		3,83
Carimonte Holding SpA*		3,35
Fondazione Roma		1,13
Cassa di Risparmio di Reggio Emilia*		0,92
Cassamarca		0,80
Tot.		14,84
Banca MPS	MPS	58,40
BNL	nessuna	
Banca Carige	Carige	44,09
	Cassa di risparmio di Savona*	0,74
Tot.	44,83	
Credem	nessuna**	
Banca Sella Holding	nessuna	
Banca delle Marche	C.R. Provincia di Macerata	20,94
	Cassa di Risparmio di Pesaro	20,94
	Cassa di Risparmio di Jesi*	10,03
	Tot.	51,91
Deutsche Bank	nessuna	

* Partecipazione detenuta al momento dell'approvazione del bilancio 2007.

** Nessuna fondazione ha una partecipazione superiore al 2%.

Di seguito lo schema aggiornato⁷⁶ in cui si aggiungono UBI Banca e Banco Popolare in quanto indicate da Banca d'Italia fra le più grandi banche italiane e si eliminano CREDEM e Banca Sella Holding e Banca delle Marche in quanto medie o piccole.

Banca	Fondazione	% partecipazione su totale capitale sociale
Intesa Sanpaolo	Compagnia di San Paolo	9,8
	Ente Cassa di Risparmio di Firenze	3,3
	Fondazione Cassa di Risparmio in Bologna	2,7
	Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo	4,1
	Fondazione Cassa di Risparmio delle Province Lombarde (Cariplo)	4,6
UniCredit	Fondazione Cassa di Risparmio di Verona Vicenza Belluno e Ancona	4,9
	Fondazione Cassa di	

⁷⁶ Fonte: sito CONSOB, al 6 gennaio 2011, ove non altrimenti specificato.

	Risparmio di Torino	3,6
	Carimonte Holding S.p.A.	3,1
	Cassamarca	0,8 ⁷⁷
	Cassa di Risparmio di Reggio Emilia (Fondazione Manodori)	0,8 ⁷⁸
Banca MPS	Fondazione Monte dei Paschi di Siena	55.489
BNL	nessuna (BNP Paribas S.A. – Parigi è socio unico della Banca) ⁷⁹	ND
Banca Carige	Fondazione Cassa di Risparmio di Genova e Imperia	43.373
Banco Popolare Società Cooperativa	Nessuna sopra il 2%	-
Unione di Banche Italiane SCPA	Fondazione Banca del Monte di Lombardia	2.254
	Fondazione Cassa di Risparmio di Cuneo	2.278

⁷⁷ Valore della partecipazione al 31/12/2009 come risultante dal bilancio consuntivo e di missione al 31 dicembre 2009.

⁷⁸ Valore della partecipazione al 31/12/2009 come risultante dalla relazione economica e finanziaria al 31 dicembre 2009.

⁷⁹ Fonte: Relazione finanziaria semestrale al 30 giugno 2010 pubblicata sul sito www.bnl.it.

La situazione dal 2007 è restata sostanzialmente invariata: in particolare le partecipazioni detenute in Intesa Sanpaolo dalle fondazioni bancarie sono rimaste le stesse per la maggior parte delle fondazioni tranne Compagnia di San Paolo che ha incrementato la propria partecipazione di oltre 2 punti percentuali (dal 7,38 al 9,88); per Banca MPS si registra un leggero decremento per Fondazione MPS (dal 58,4 al 55,5), anche per Unicredit la situazione è restata sostanzialmente la medesima così come per Banca Carige. Il ruolo delle fondazioni bancarie è emerso con chiarezza durante la recente crisi finanziaria globale, in cui le fondazioni, investitori con un'ottica di medio-lungo periodo, hanno «assicurato una stabilità e una continuità nell'azionariato delle banche»⁸⁰. Inoltre le fondazioni bancarie in quanto azionisti votano nell'elezione dei componenti del consiglio di amministrazione

Casi emblematici sono rappresentati dalle prime tre banche italiane, UniCredit, Intesa Sanpaolo e Banca MPS in cui ancora adesso le partecipazioni detenute dalle fondazioni bancarie sono maggiori di quelle detenute dagli altri azionisti rilevanti. In particolare per quanto attiene Intesa Sanpaolo, ancor oggi sono presenti cinque fondazioni (Compagnia di Sanpaolo, Fondazione Cariplo, Fondazione Cassa di Risparmio di Padova e Rovigo, Ente Cassa di Risparmio di Firenze e Fondazione Cassa di Risparmio di Bologna) che

⁸⁰ Vedi l'Indagine Conoscitiva dell'AGCM, La Corporate governance di banche e compagnie di assicurazione – IC36, p. 53, n.101

hanno rivestito un ruolo preminente in ogni fase di nomina degli organi di *governance* e persino nella decisione in merito alla fusione di Banca Intesa con Sanpaolo IMI. Si riporta di seguito una parte del testo del verbale di una audizione di Intesa Sanpaolo presso l'AGCM in merito al ruolo delle fondazioni nel proprio assetto di *governance*: «il primo Consiglio di Sorveglianza di ISP è stato eletto sulla base della lista presentata dalla Fondazione Cariplo; tale lista ha raccolto anche i voti di altri importanti azionisti privati di ISP quali IFIL e Assicurazioni Generali. Anche nei casi di sostituzione dei consiglieri di sorveglianza finora verificatisi è stata sempre la Fondazione Cariplo a prendere l'iniziativa. Quanto agli aspetti di carattere più gestionale, [ISP] afferma che le fondazioni svolgono ruoli nettamente distinti nella veste di investitori e in quelli di enti erogatori. Dal lato dell'investimento operano come qualunque altro azionista che persegue la massimizzazione del rendimento del proprio patrimonio con la peculiarità di essere investitori tendenzialmente stabili che sono estremamente importanti soprattutto nella realtà italiana. Analogamente, le fondazioni esprimono membri che nell'ambito della *governance* di ISP operano in base a criteri unicamente aziendali. Diversa è l'attività delle fondazioni dal lato dell'utilizzo dei proventi del proprio patrimonio per proprie finalità istituzionali. [ISP]»⁸¹.

⁸¹ *Ibidem.*

In UniCredit le fondazioni bancarie detengono tuttora partecipazioni al capitale per oltre il 10% potendo dunque incidere in maniera significativa sulla vita societaria della banca. In ultimo Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A rappresenta un caso ancora più particolare in quanto, come noto, più del 50% delle capitale votante è in mano alla fondazione Monte dei Paschi di Siena dove manca il comitato per le nomine⁸², decisione confermata ancora recentemente⁸³.

Di fronte a questo immobilismo relativo all'investimento delle fondazioni nelle banche si deve invece porre attenzione ad un segnale relativo all'ingresso nel capitale sociale di tali operatori degli investitori istituzionali, potendosi registrare, almeno in *nuce*, una interessante evoluzione nel mercato bancario italiano: il fondo di investimento statunitense Blackrock Inc.⁸⁴ possiede infatti partecipazioni rilevanti in alcune delle maggiori banche italiane tra cui si segnalano UniCredit (4,024%), Intesa Sanpaolo (3,18%), UBI Banca (2,854%) nonché in altre

⁸² Delibera del consiglio di amministrazione adottata in data 1 marzo 2001.

⁸³ Delibera del consiglio di amministrazione adottata in data 5 aprile 2007.

⁸⁴ Maggiori informazioni si possono trovare sul sito <http://www2.blackrock.com/global/home/index.htm> in cui si legge che le attività del fondo comprendono il *risk management*, la consulenza strategica mentre la struttura azionaria dell'impresa è caratterizzata dalla mancanza di un singolo azionista di maggioranza. Tuttavia Merrill Lynch & Co., Inc., completamente controllata da Bank of America Corporation, The PNC Financial Services Group, Inc. and Barclays PLC detengono interessi economici nella società per circa, rispettivamente, il 7.1%, il 20.3% e il 19.7%.

importanti banche quotate quali, in particolare, Unione di Banche Italiane SCPA (2,85%), Banco Popolare Società Cooperativa (3,53%). Il ruolo degli investitori istituzionali nel panorama bancario italiano, lo ricordiamo, era denunziato ancora sino a pochi anni fa, come «estremamente lacunoso» dovendosi «favorire una maggiore penetrazione di questo tipo di azionista»⁸⁵ con il rischio di «assumere nel nostro sistema una effettiva significatività solo lì dove sia in discussione il passaggio del pacchetto di controllo o al più operazioni di carattere straordinario»⁸⁶.

Inoltre sono entrati in scena anche i fondi sovrani, almeno uno in UniCredit, il cui ingresso ha causato non poco scalpore: il fondo sovrano libico (Libyan Investment Authority) detiene una partecipazione pari al 2.594 % del capitale votante. Gli effetti di tale novità in ambito di *corporate governance* sono stati dirompenti.⁸⁷

⁸⁵ Vedi l'Indagine Conoscitiva dell'AGCM, *La Corporate governance di banche e compagnie di assicurazione* – IC36, p. 53, n.101.

⁸⁶ Cfr. A. Irace, *Il ruolo degli investitori istituzionali nel governo delle società quotate*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, 235, Milano, Giuffrè, 2001, p.264. L'Autrice concludeva la propria analisi indicando il rischio che il sistema normativo nazionale, caratterizzato da restrizioni incidenti sulla concretezza dei diritti concessi alle minoranze e dunque sulla possibilità reale di un loro attivismo, ostacolato di fatto anche dalla presenza di un *management* solitamente espressione di un forte gruppo di controllo (dovuto all'innata propensione alla proprietà concentrata), disincentivasse gli investimenti degli investitori istituzionali nel nostro Paese non consentendo il già allora auspicato ampliamento delle dimensioni del mercato di borsa.

⁸⁷ Ci si intende riferire alla vicenda che ha coinvolto l'allora Amministratore Delegato Alessandro Profumo all'indomani della

2.4 Ampliamento della categoria degli *stakeholders* e loro diverso ruolo

Nel caso delle banche la categoria dei cosiddetti *stakeholders* tradizionalmente identificati nei creditori (clienti, fornitori) e nei lavoratori, appare significativamente più ampia: non solo i depositanti/correntisti/obbligazionisti (creditori), ma anche le autorità di vigilanza, le altre banche e la collettività genericamente intesa sono portatori di interessi nei confronti delle banche, interessi diretti o indiretti degni di attenzione e tutela da parte degli ordinamenti⁸⁸.

Per quanto attiene ai depositanti preme qui sottolineare una principale distinzione di ruolo che deve essere operata tra di essi rispetto ai normali creditori di una impresa non bancaria. I creditori delle industrie dell'economia reale, infatti, in caso di violazione delle obbligazioni contrattuali da parte della società con cui hanno contrattato hanno a disposizione, in ultima istanza, lo strumento della richiesta di fallimento della società inadempiente: tale strumento rappresenta nella fase fisiologica dell'impresa un potere di

notizia dell'aumento della partecipazione del fondo sovrano libico, vicenda da alcuni considerata un *escamotage* utilizzato dalle fondazioni bancarie per sollevarlo dall'incarico (T. Boeri e L. Guiso, *Come affondare l'unica banca multinazionale italiana*, Come affondare l'unica banca multinazionale italiana, di T. Boeri e L. Guiso 24.09.2010, www.lavoce.info).

⁸⁸ Si pensi, con particolare riferimento ai depositanti, ai sistemi di garanzia dei depositi.

controllo da parte dei creditori sull'efficienza della società. Per le banche, tuttavia, non è esattamente così: da un lato la mancanza di fiducia comporta un fenomeno del tutto particolare e specifico del settore bancario chiamato “la corsa agli sportelli” ovvero il subitaneo ritiro dei propri risparmi da parte dei correntisti.⁸⁹ Dall'altro lato, però, non vi è a disposizione dei creditori uno strumento di pressione perfettamente assimilabile a quello previsto per le imprese dell'economia reale. Come meglio vedremo in seguito il regime delle banche in crisi è non solo in Italia, ma ormai persino nel Regno Unito, oggetto di specifica disciplina, in cui è lo Stato, spesso attraverso le autorità di settore, “a farla da padrone”. Inoltre si deve tener conto del fatto che le banche tipicamente hanno creditori diffusi tra il pubblico in quanto proprio dal pubblico raccolgono risparmio, ciò rende il potere dei creditori più basso in quanto essi pur potendo essere un gran numero raramente sono organizzati in modo da essere rappresentati da un unico soggetto che possa esercitare pressione sull'organo amministrativo della banca.

Come innanzi accennato, è possibile individuare tra gli *stakeholders* delle banche anche le altre banche. La elevata interconnessione in cui operano le banche tra loro nel

⁸⁹ Le banche sono, dunque, come noto, potenzialmente soggette a crisi di liquidità nel caso in cui i depositanti/creditori si presentino *tutti* agli sportelli per ritirare i loro depositi (di recente la tristemente famosa “*run on the Rock*”) ha dimostrato come la crisi di una sola banca possa avere ripercussioni molto forti sia a livello locale sia a livello nazionali sia a livello globale.

mercato, non solo a livello partecipativo ma anche economico ⁹⁰, per il reperimento della liquidità è da considerarsi «elemento essenziale del sistema»⁹¹ in quanto fa sì infatti che non solo i depositanti o i correntisti possano procedere alla corsa agli sportelli, ma che in qualche modo ciò possa accadere anche ad opera delle altre banche.

Certa dottrina⁹² riconosce e auspica, per l'effetto, che sia affidato alle banche un ruolo di monitoraggio⁹³ le une

⁹⁰ Ci si riferisce, in particolare, al cosiddetto mercato interbancario dei depositi che rappresenta oggi per le banche una fondamentale fonte di liquidità. Per favorire una ripresa delle contrattazioni sui circuiti interbancari e una più ampia articolazione delle scadenze dei contratti, nel momento di massima virulenza della recente crisi finanziaria, la Banca d'Italia, in collaborazione con la società e-Mid e con l'Associazione Bancaria Italiana (ABI), ha messo a punto un'iniziativa per consentire agli operatori di scambiarsi fondi minimizzando i rischi di controparte e di liquidità. L'iniziativa poggia sulla realizzazione di un apposito segmento del mercato nella piattaforma di contrattazione e-Mid, il Mercato Interbancario Collateralizzato (MIC), che assicura il completo anonimato nelle contrattazioni. Esso si è articolato, almeno in una fase iniziale, su scadenze di una settimana e oltre e ha previsto una compartecipazione, entro limiti predeterminati, delle banche alla copertura del rischio. Alla scadenza dell'iniziativa gli operatori hanno deciso di costituire un nuovo mercato collateralizzato totalmente privato che continuasse ad operare come il precedente costituito come detto d'impulso e con l'apporto della Banca d'Italia. Le statistiche di mercato sono disponibili sul sito dell'e-MID (www.e-mid.it).

⁹¹ M. Cera, *“La crisi e le banche: un po' di chiarezza di ordine”*, in corso di pubblicazione reperibile sul sito www.disianopreite.it. È interessante un dato quantitativo: nel primo semestre 2010 il ricorso al prestito interbancario da parte di BNL è aumentato di quasi il 70% (si veda la relazione finanziaria semestrale al 30 giugno 2010).

⁹² C. H. Furfine, *Bank for International Settlements, Banks as Monitors of Other Banks: Evidence from the Overnight Federal FundsMarket*, *Journal of Business*, 2001, vol. 74, no. 1), The University of Chicago; Rochet e Tirole, *Interbank lending and systemic risk*. *Journal of Money, Credit, and Banking* 28, no. 4:733–62, 1996.

sulle altre, che discende non solo dal loro essere portatori di interessi sia a livello sistemico sia in quanto, come si vedrà meglio in seguito le banche sono, ormai globalmente, assai collegate a livello economico e societario le une alle altre, ma anche dal fatto che la complessità che hanno raggiunto le banche oggi sembra essere uno fra gli aspetti peculiari di tale settore: e dunque chi meglio di una banca può identificare i rischi che corre un'altra? tenendo conto del fatto che il mercato interbancario ha assunto e va assumendo sempre più un ruolo determinante nel reperimento di fondi e liquidità per le banche.

È stato empiricamente dimostrato⁹⁴ che il tasso di interesse applicato nel mercato interbancario americano riflette in parte anche il rischio di credito della controparte: in particolare banche prenditrici con maggiore profittabilità, elevata patrimonializzazione e migliore qualità dei crediti pagano tassi di interesse inferiori. Tale studio pertanto suggerisce che le banche identifichino (forse più rapidamente rispetto agli operatori di vigilanza), il rischio di controparte e monitorino efficacemente le altre banche. I rapporti interbancari stabiliti attraverso il mercato interbancario, in

⁹³ L'utilizzazione delle altre banche come soggetti capaci di "aiutare" la vigilanza su tali operatori è un argomento presente a livello internazionale da tempo, si veda fra i primi commentatori Calomiris 1998.

⁹⁴ C. H. Furfine, Bank for International Settlements, *Banks as Monitors of Other Banks: Evidence from the Overnight Federal FundsMarket*, in "Journal of Business", 2001, vol. 74, n. 1, The University of Chicago.

cui una azione di supervisione è affidata alla Banca d'Italia, provocano forti incentivi al monitoraggio le une verso le altre, un impatto significativo su tali incentivi è dovuto alla regolamentazione e ancor di più alla rilevanza sistemica di certe banche che si traduce nel principio del *too big to fail*⁹⁵: le banche di più rilevanti dimensioni possono essere percepite dal mercato come pressoché immuni dal rischio di fallimento di modo che le altre banche vedono il proprio incentivo al monitoraggio ridotto nei confronti di tali soggetti.⁹⁶ Tale ricostruzione non sembra aver del tutto retto alla crisi finanziaria globale, quando banche come la Lehman Brothers, “infallibili”, sono state lasciate al loro destino e tanto che la Banca d'Italia è dovuta intervenire sul mercato interbancario per sedare il nervosismo e la diffidenza che si andava diffondendo.⁹⁷

⁹⁵ L'origine della locuzione *too big to fail* risale al 1984 allorché Todd Conover, il Comptroller of the Currency (una delle autorità di vigilanza bancaria americane) sostenne davanti al Congresso degli Stati Uniti d'America che Continental Illinois Bank insieme ad altre 10 banche del paese erano troppo grandi per fallire, *too big to fail* appunto, a causa degli enormi impatti negativi che il fallimento di ognuna di esse avrebbe determinato.

⁹⁶ Rochet e Tirole, *Interbank lending and systemic risk*, in “Journal of Money, Credit, and Banking” 28, no. 4:733–62, 1996.

⁹⁷ Come già ricordato, E-MID S.I.M. insieme alla Banca d'Italia e all'ABI creò nel 2008 e sino al 31 dicembre 2010, un nuovo segmento di mercato dedicato allo scambio interbancario denominato Mercato Interbancario Collateralizzato – MIC.

2.5 *Moral hazard*

La natura dei rischi assunti dalle banche nell'esercizio della loro attività è in larga parte finanziaria, ovvero come innanzi esplicitato opaca, complessa, mutevole e, in determinati casi, imprevedibile in quanto legata ad un alto numero di fattori non ultimo quello delle fluttuazioni del mercato su cui le banche, da un lato, collocano i propri titoli e le proprie obbligazioni e, dall'altra, investono parte dei loro fondi. Il rischio è parte integrante dell'attività bancaria, sia per quanto concerne la tradizionale attività di concessione di mutui sia per quanto attiene l'operatività delle banche come intermediari nei mercati regolamentati.

Da un lato infatti i contratti di mutuo che si vedono nella prassi sono sempre più orientati a proteggere le banche dal rischio di insolvenza del prenditore sia attraverso una analisi preventiva del merito creditizio, *due diligence* molto approfondite e svolte sia da consulenti tecnici sia legali volte ad accertare il rispetto della normativa di settore di volta in volta applicabile al prenditore per quanto attiene le finalità del finanziamento, sia attraverso un monitoraggio costante da parte della banca dello svolgersi dell'attività del prenditore. Un caso estremo in tal senso è rappresentato dalla tecnica di finanziamento, oggi molto utilizzata nel settore delle energie rinnovabili e detta di *project financing*, in cui le banche operano tipicamente come "consulenti di azienda" redigendo un piano economico finanziario relativo all'andamento della

società finanziata per tutto il periodo del finanziamento compreso il periodo necessario all'integrale rimborso dello stesso (cosiddetto "caso base").⁹⁸ Si prevede una cosiddetta cascata di pagamenti che imbriglia la società finanziata relativamente alla disposizione di ogni somma di denaro e tipicamente la società potrà intrattenere conti correnti unicamente con la banca finanziatrice, il cui saldo sarà dato in pegno alla banca come garanzia del rimborso del finanziamento accordato. Dall'altro lato e ancora più evidentemente, le operazioni di cartolarizzazione e di collocamento di titoli obbligazionari da parte delle banche può essere (come è stato solo per citare un esempio) un modo di mascherare e trasferire il rischio di insolvenza su altri soggetti.⁹⁹

Una peculiarità dell'impresa bancaria è poi la maggiore propensione al rischio, oggetto di analisi raffinata da parte di

⁹⁸ Sulle operazioni di finanziamento secondo la tecnica del *project financing* si veda F. Montani, *Project Financing, Inquadramenti Contrattuali e Profili Applicativi*, Jovene 2009. In tali operazioni il rischio assunto dalla banca viene limitato non solo dalla richiesta di un pacchetto di garanzie particolarmente ampio ma proprio dalla natura del finanziamento stesso in cui è la banca, insieme alla società di progetto, a realizzare il "caso base" e i piani finanziari della società.

⁹⁹ Proprio sui rischi derivanti dalle cartolarizzazioni è recentissimamente intervenuto un provvedimento delle Banca d'Italia (le Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 6° aggiornamento del 27 dicembre 2010) che dispone tecniche di attenuazione del rischio di credito e cartolarizzazione.

studiosi anglosassoni¹⁰⁰. Il *moral hazard* trova la sua radice anche in generale nel fatto che le banche siano soggetti vigilati e in particolare nell'affidamento degli amministratori e degli azionisti nei requisiti di capitale richiesti dalle autorità di vigilanza come sistemi che ne garantiscono l'infallibilità, nei sistemi di garanzia dei depositi, nonché nell'intervento in caso di crisi dello Stato (il cd. *lender of last resort*). Così gli amministratori, per massimizzare i profitti anche nel breve periodo e mantenere l'impegno preso con gli azionisti, sono più propensi a far assumere alla società rischi maggiori potendo sempre contare (o almeno così credevano prima della recente crisi finanziaria globale) su

¹⁰⁰ Precursore in tale ambito è proprio E. Fama che con un articolo del 1980 ben chiariva l'origine della maggiore propensione al rischio nelle banche. Partendo dall'assunto che «If there is a part of the team that has a special interest in its (the firm's) viability, it is not obviously the risk bearers», l'Autore evidenziava che il capitale è più mobile degli amministratori nelle banche e che coloro che investono in azioni di banche hanno verso le società in cui investono una attenzione minore in quanto dividono il rischio dell'investimento con l'autorità che esercita sulle stesse la vigilanza. Perciò gli azionisti delle banche hanno meno incentive a monitorare l'assunzione di rischi eccessivi da parte dei propri amministratori. L'effetto di lasciare le scelte in merito alla *corporate governance* delle banche all'autonomia degli operatori determina come effetto quello di porre gli azionisti in una posizione piuttosto unica: dividono il rischio con il regolatore (e la collettività) ma non i profitti. Tale impostazione che in ambito nazionale si scontra con una posizione sempre molto presente del regolatore pone in ogni caso interessanti spunti di riflessione e ancora una volta sottolinea come la presenza della vigilanza e l'applicazione del principio del *too big to fail* determinino nelle banche ulteriori e importanti peculiarità. Sull'argomento, anche per una ricca rassegna bibliografica, si veda P. Ciancanelli J. A. Reyes Gonzalez, *Corporate Governance in Banking: A Conceptual Framework, Paper* presentato alla "European Financial Management Association Conference", Atene, 2000.

paracaduti esterni. Si ritiene inoltre che la peculiarità dei meccanismi di incentivazione, come meglio si dirà in seguito, sia particolarmente avvertita nelle imprese bancarie rispetto alle altre imprese e che tali meccanismi possano porsi come incentivi ad una maggiore propensione al rischio in quanto riducono la prospettiva dei vertici aziendali ad una ottica di breve periodo inducendoli a scelte più rischiose capaci però di rendere di più nel lasso di tempo concesso per ottenere l'incentivo desiderato.¹⁰¹

2.6 Funzione assicurativa e meccanismo di garanzia dei depositi

Le banche, diversamente dalle società dell'economia reale, svolgono nei confronti dei risparmiatori una funzione assicurativa. A ben riflettere le banche nel momento in cui si obbligano a restituire al risparmiatore le somme dallo stesso ricevute si assumono integralmente il rischio dell'investimento, consentendo al risparmiatore di effettuare un investimento che altrimenti non avrebbe potuto compiere.¹⁰²

Un ulteriore aspetto della normativa che incide sulla natura dell'impresa-banca connotandola in modo del tutto particolare è il meccanismo di garanzia dei depositi,

¹⁰¹ Cfr. Cappiello e Morera, *Del merito e delle ricompense dei vertici dell'impresa bancaria*, in AGE, 2/07, pp. 414 e ssg.

¹⁰² R. Costi, *L'Ordinamento Bancario*, Bologna, Il Mulino, 2007.

recentemente ritoccato a seguito della crisi¹⁰³. Nelle altre imprese, i creditori non hanno tipicamente un sistema di protezione per il loro credito vale a dire che chi ha un credito di qualsivoglia natura nei confronti di una impresa industriale non ha tipicamente anche una assicurazione su tale credito. Non è così per le banche: i depositanti (principali creditori delle banche) sono tutelati nel loro credito da un meccanismo di assicurazione dei loro depositi che consente loro di “dormire sonni tranquilli” (o almeno così doveva essere sino a quando la recente crisi finanziaria ha dimostrato che il sistema non era sufficientemente tutelante quanto meno in termini quantitativi¹⁰⁴). Allo stesso tempo si può ritenere che le banche dal loro canto siano indotte a comportamenti più disinvolti (*moral hazard*) proprio nei confronti di creditori comunque tutelati da meccanismi di assicurazione dei depositi che hanno un minore incentivo al controllo piuttosto che nei confronti di creditori che da tali meccanismi non sono protetti e che quindi dal canto loro hanno motivazioni più forti per esercitare controlli e pressioni.¹⁰⁵

Questo sistema riduce, chiaramente, gli incentivi per i depositanti a svolgere un ruolo di pressione e controllo per la

¹⁰³ Cfr. Capitolo IV.

¹⁰⁴ Cfr. Paragrafo del Capitolo IV relativo alla breve ricostruzione dell'evoluzione della crisi con particolare riferimento all'Italia.

¹⁰⁵ R. Levine, *The Corporate Governance of Banks: a concise discussion of concepts and evidence*, presentato al “Global Corporate Governance Forum”, 2003, reperibile su www.gcgf.org.

efficace gestione delle banche con una ricaduta sui sistemi di *corporate governance* delle stesse.

2.7 Rilevanza sistemica, contagio e il “*too big to fail principle*”

Questo elemento ci sembra uno dei più specifici del settore in quanto non è facile immaginare un altro comparto dell'economia in cui la crisi di una impresa possa così rapidamente come per le banche portare alla crisi delle imprese poste allo stesso livello della filiera nell'intero comparto industriale.¹⁰⁶

La radice della rilevanza sistemica è da ricercarsi nel ruolo principe che la fiducia dei risparmiatori gioca nell'ambito che ci occupa.¹⁰⁷ È interessante notare, inoltre, come la fiducia non sia un elemento che incide solo sul pubblico dei risparmiatori ma anche sulle banche stesse. Il mercato dei prestiti interbancari è oggi assai fiorente e si può

¹⁰⁶ Cfr. J. Devriese et al., *Corporate Governance, regulation and supervision of banks*, in “Financial Stability Review”, 2004, National Bank of Belgium (Bruxelles, National Bank, <http://nbb.be>).

¹⁰⁷ D. Walker nello scritto commissionato dal Governo britannico, meglio illustrato nel V Capitolo del presente lavoro, *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities. Final Recommendations*, 26 novembre 2009, (www.hm-treasury.gov.uk) ben chiarisce tale elemento (vedi punto 1.6 p. 25): «Banks are different from other corporate entities because public confidence is critical to their survival in a way and to an extent that does not arise even in the wake of serious brand damage sustained by a major consumer-oriented non-financial business. When depositor confidence is lost in a bank, its whole survival is put in jeopardy»

ritenere che la *debacle* di Lehman Brothers e il *take-over* di Merrill Lynch siano state determinate da un (imminente) richiamo di fondi da parte delle altre banche nel mercato interbancario¹⁰⁸.

La perdita di fiducia dei risparmiatori di una banca contagia immediatamente altri risparmiatori e il mercato in generale potendo far collassare l'intero sistema (di recente dal *crack* della Lehman Brothers al crollo della borsa dell'autunno 2008, eventi che hanno segnato l'inizio di una crisi così dura da essere paragonata alla crisi del '29 negli Stati Uniti).

Il noto principio del *too big to fail* rappresenta uno degli aspetti più peculiari del settore bancario e, alla luce dell'evoluzione del mercato verso la concentrazione in pochi attori dalle dimensioni internazionali, sempre più cruciale.¹⁰⁹ Le banche sono divenuti attori talmente complessi negli

¹⁰⁸ Così P. O. Muelbert, *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms*, “Law Working Paper”, n. 130/2009, versione dell'aprile 2010, www.ecgi.org.

¹⁰⁹ J. Kay, in un articolo comparso sul Financial Times il 28 ottobre 2009, “To big to fail is to dumb to keep”, sottolinea i perversi effetti del principio qui esaminato, primo tra tutti il sottoporre i contribuenti perdite non controllabili e potenzialmente illimitate, e indica che il crack di Lehman è un trionfo del capitalismo e non un fallimento in quanto «The essential dynamic of the market economy is that good business succeed and bad ones do not».

ultimi anni che meritano gli appellativi di “too complex to manage,” ovvero “too big to save”.¹¹⁰

Tra gli effetti secondari e non desiderabili dell'applicazione del principio del *too big to fail* da parte dei governi è, come innanzi accennato, la maggiore predisposizione al rischio che contraddistingue in generale gli organi dirigenti delle banche, il cd. “*moral hazard*” . Inoltre il venir meno della concreta possibilità di fallire può determinare effetti drammatici per il buon funzionamento del mercato: «Le unità produttive sono in concorrenza solo se [...] l'inefficienza, manifestata dall'insolvenza, è automaticamente sanzionata dalle regola di generale applicazione del fallimento giudiziario. La regola [del fallimento] è condizione della concorrenza»¹¹¹.

2.8 Soggezione alla vigilanza

Il primo fra gli elementi esogeni che rende le banche estremamente differenti rispetto alle altre imprese è la minuziosa disciplina¹¹² e il costante monitoraggio cui le banche sono soggette. Le ragioni di una regolamentazione

¹¹⁰ Così Alan Morrison, Professor of Finance, Saïd Business School, University of Oxford, in occasione del “Discussion forum” presso la European Bank of Reconstruction and Development, 18 marzo 2009.

¹¹¹ G. Visentini, “*Gli obiettivi e le riforme*”, G. Visentini in *Giur. Comm.*, 2007, 06, p. 695.

¹¹² Così acutamente definita da P. Ferro-Luzzi, *Lezioni di Diritto Bancario*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 63.

così intrusiva rispetto alle imprese dell'economia reale specificamente su alcune materie, quali ad esempio i requisiti prudenziali, sono da ricercarsi non solo nell'importanza rivestita dalle banche nei sistemi economici nazionali e transnazionali e nell'interesse generale ad una loro sana e prudente gestione, ma anche nell'importanza che il settore bancario e finanziario in genere riveste per il gettito fiscale.

La regolamentazione di vigilanza incide ormai su ogni aspetto dell'attività di impresa delle banche avendo riguardo in particolare alla limitazione dei rischi che le banche possono assumere rispetto alla composizione del capitale di vigilanza; alla limitazione dell'esposizione nei confronti di un unico creditore o di un unico gruppo di creditori; alla minimizzazione del rischio di carenza di liquidità.

Ciononostante la crisi del 2007-2009 ha dimostrato a livello globale carenze nei sistemi di vigilanza e nella loro applicazione, fallimenti evidenti a tutti anche per la dimensione globale assunta dal mercato bancario. Ma già negli anni '80 il *track-record* della vigilanza era assai lontano dal rappresentare un successo (almeno negli Stati Uniti). Da uno studio della Federal Deposit Insurance Corporation di Washington sui fallimenti delle banche proprio in quegli anni si evince che su 260 banche fallite nessuna era stata identificata come necessitante maggiore attenzione da parte dell'autorità di vigilanza 24 mesi prima del fallimento, di queste ben 141 non erano state identificate dalla vigilanza

come in difficoltà sino a 18 mesi prima di fallire, 57 nell'anno antecedente il fallimento e 9 nei sei mesi antecedenti il fallimento.¹¹³ I recenti sistemi di vigilanza, forse anche per una maggiore consapevolezza dei limiti intrinseci ad un controllo operato dall'esterno¹¹⁴, puntano, sia a livello nazionale sia a livello internazionale, come vedremo nei prossimi capitoli, ad una forte responsabilizzazione degli organi con funzione di gestione e controllo nelle banche e insistono nel ribadire che la gestione, intesa anche come controllo, del rischio spetta alla banca in primo luogo: in questo si riconosce uno dei fattori che ha comportato una crescente attenzione ai sistemi e agli assetti di governo societario delle banche, recepita da Basilea II, e poi a livello nazionale dalle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche del 4 marzo 2008, e poi ancora rafforzata dagli ultimi interventi¹¹⁵. Come a dire che «La supervisione bancaria è efficace solo se nelle

¹¹³ Federal Deposit Insurance Corporation, *Bank Examination and Enforcement, History of the Eighties: lessons for the future*, Vol. I, Washington DC, 1997, p. 433.

¹¹⁴ Il Governatore della Banca d'Italia, M. Draghi, in occasione della vicenda relativa all'insolvenza del Banco Ambrosiano ha scritto in un articolo apparso sul Corriere della Sera il 6 agosto 2009: «i controlli esterni, tra cui quelli di vigilanza, raramente riescono a prevenire situazioni di crisi quando vi è frode da parte degli amministratori. Più in generale solo controlli interni efficaci predisposti da organi aziendali ben regolati e funzionanti possono rilevare tempestivamente i prodromi di situazioni critiche.»

¹¹⁵ Vedi i *Principles for Enhancing Corporate Governance* in Appendice al presente lavoro e analizzati nel IV Capitolo.

banche vigilate è assicurata la funzionalità della loro *governance*». ¹¹⁶

2.9 Amakudari, pantouflage...

Un altro aspetto peculiare dell'impresa-banca è legato alla presenza di forte regolamentazione e di autorità che esercitano la vigilanza e controllano che la regolamentazione sia rispettata, è rappresentato dalla presenza di ex dipendenti dell'autorità di vigilanza in posti chiave nelle banche e viceversa. Il fenomeno è addirittura tipico in paesi quali ad esempio il Giappone dove, almeno fino a pochi anni fa, era d'uopo che gli uomini che avevano servito importanti posizioni nelle principali strutture pubbliche del paese occupassero poi posizioni importanti nelle imprese del settore privato, sedendo nei più importanti consigli di amministrazione. Il fenomeno, istituzionalizzato e determinante, è chiamato "amakudari", traducibile in italiano con "discesa dal paradiso"¹¹⁷, in qualche modo simile a quello che in Francia viene chiamato *pantouflage* con la differenza però che il *pantouflage* investe tipicamente soggetti agli inizi della propria carriera (tra i trenta e i quaranta) e non soggetti al termine della loro carriera, determinando un differente

¹¹⁶ Così il Governatore della Banca d'Italia, M. Draghi, La lezione del crac Ambrosiano, in *Il Corriere della Sera* il 6 agosto 2009.

¹¹⁷ A. Horiuchi e K. Shimizu, *Did Amakudari undermine the effectiveness of regulator monitoring in Japan?*, in "Journal of Banking and Finance", Vol. 25, p. 573, 1998 reperibile su www.e.u-tokyo.ac.jp/cirje/research/dp/98/f10/contents.htm.

posizionamento al momento del cambio di poltrona; inoltre il fatto che in Giappone la struttura sociale sia assai gerarchizzata ha reso possibile una istituzionalizzazione di questa pratica di modo che vi sia ampia corrispondenza di intenti tra i funzionari che lasciano il settore pubblico per importanti posizioni in società private e i principali esponenti politici; il fenomeno è di tale rilevanza da essere ritenuto una delle cause della stagnazione economica che colpisce il Giappone.¹¹⁸

3. Specificità nella specificità

La *corporate governance* nelle banche costituite in forma di società cooperativa non è oggetto dell'analisi del presente lavoro in quanto tali banche costruiscono una realtà a se stante la cui disciplina è in corso di revisione, da un lato, e dall'altro le principali banche popolari (UBI Banca e Banco Popolare) adottano il modello dualistico potendosi, ai fini della presente analisi, così ricondurre ai sistemi di *governance* più tipici delle banche di grandi dimensioni e

¹¹⁸ Vedi per una esaustiva trattazione della questione, anche con confronti internazionali, R. A. Colignon e Chikako Usui nel libro *Amakudari: the hidden fabric of Japan's economy*, Cornell University Press, New York, 2003. Il testo racconta la realtà della società giapponese in cui i burocrati vengono scelti tra gli allievi delle principali università del Paese (in particolare l'Università di Tokyo, Todai) e spesso all'età di circa cinquant'anni si ritirano dal settore pubblico per sedere nei consigli di amministrazione delle principali società private, in particolare banche.

complessa struttura non meritando a tal riguardo una trattazione a se stante.

Per quanto attiene ai gruppi o meglio al gruppo bancario si è ritenuto di non procedere ad una trattazione specifica, in quanto è argomento assai dubbio se si possa individuare un nozione di direzione e coordinamento specifica per il gruppo bancario e dunque se la *governance* delle società del gruppo presenti peculiarità dovute alle caratteristiche precipue dell'impresa bancaria e, dunque, quale sia la posizione che occupa il gruppo bancario nel nostro sistema legislativo,¹¹⁹ un argomento di portata sì ampia da meritare anch'esso un dedicato lavoro di analisi.

¹¹⁹ Cfr. F. Galgano, *Direzione e coordinamento, commento all'art. 2497-ter*, in "Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di F. Galgano, Libro quinto: Lavoro art. 2497-2497 *septies*", Bologna, Zanichelli, 2005. L'Autore solleva la questione con riferimento all'art. 61, IV comma TUB, che prevede che la capogruppo, nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, emana disposizioni alle componenti del gruppo per l'esecuzione delle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. Si segnala che l'argomento, se pure limitatamente ai patti parasociali, è stato recentemente ripreso da A. Rosa, *Patti parasociali e gestione delle banche*, in "Rivista delle Società", Giuffrè, 2010, p. 313- 334.

CAPITOLO III

La corporate governance delle banche, aspetti normativi

1. Alcuni scopi specifici della *corporate governance* bancaria

Dall'analisi delle peculiarità dell'impresa bancaria proposta nel capitolo che precede emergono alcuni elementi, quali in particolare l'elevato indebitamento, un passivo per gran parte a vista, e elevate esternalità, che determinano una maggiore rapidità nei deterioramenti degli equilibri gestionali delle banche rispetto a quelli delle altre imprese e maggiormente complessa la rapida identificazione del grado di difficoltà finanziaria di tali soggetti con conseguente maggiore lentezza nell'adozione di idonee misure correttive da parte del management. Vi è dunque un diverso atteggiarsi della *corporate governance* di tali imprese in quanto le citate differenze sopra analizzate pongono come evidenziato specifici compiti alla *corporate governance* bancaria.

Preme sottolineare che il governo societario delle banche è stato presto identificato come strumento di vigilanza complementare: il noto terzo pilastro di Basilea II indica espressamente che i controlli del mercato sono complementari ai requisiti patrimoniali (I Pilastro) e al processo di controllo

prudenziale (II Pilastro). E dunque il governo societario delle banche oltre ai suoi compiti propri ha il compito di assicurare non una buona gestione ma una sana e prudente gestione¹²⁰ della banca anche ai fini della vigilanza. In questo contesto, come verrà meglio approfondito in seguito, un ruolo rilevante è giocato dall'informazione che rappresenta uno dei fili conduttori su cui il terzo pilastro punta di più soprattutto al fine di monitorare i rischi: «B. Guiding principles. 809. *The Committee aims to encourage market discipline by developing a set of disclosure requirements which will allow market participants to assess key pieces of information on the scope of application, capital, risk exposures, risk assessment processes, and hence the capital adequacy of the institution. The Committee believes that such disclosures have particular relevance under the Framework, where reliance on internal methodologies gives banks more discretion in assessing capital requirements.*» Ed ancora: «A. General disclosure principle - 821. *Banks should have a formal disclosure policy approved by the board of directors that addresses the bank's approach for determining what disclosures it will make and the internal controls over the disclosure process. In addition,*

¹²⁰ Sulla nozione di sana e prudente gestione si veda per tutti A. Patroni Griffi, *Commento all'art.19*, in AA.VV., "Commento al D.Lgs. 1 settembre 1993, n.385, Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", a cura di F.Belli, G.Contento, M.Porzio, V.Santoro, I, Bologna, 2003, ha definito in termini chiari il significato del principio di sana e prudente gestione indicando che può essere riferito ad un criterio di indipendenza tra il fine della gestione bancaria e interessi estranei alla banca. I due aspetti non devono andare in conflitto di interessi.

*banks should implement a process for assessing the appropriateness of their disclosures, including validation and frequency of them. »*¹²¹

La presenza poi nel settore bancario di *stakeholders* così particolari e la rilevanza sistemica tipica di tali imprese¹²² ha posto la questione se l'organo di gestione debba perseguire principalmente la massimizzazione del valore dell'investimento operato dagli azionisti ovvero debba occuparsi anche di tutelare gli interessi di tali *stakeholders*.¹²³

Ulteriore e, forse principale, profilo di differenziazione è la preponderanza che la gestione del rischio (*risk governance*¹²⁴) assume nella impresa bancaria¹²⁵, determinando

¹²¹ Accordo Basilea II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework - Comprehensive Version, Part 3: The Second Pillar – Supervisory Review Process.

¹²² Non vale l'argomento secondo cui le banche piccole o quelle non attive internazionalmente non hanno rilevanza sistemica se si riflette al caso emblematico di Northern Rock nel Regno Unito: era sì una banca di medio-grandi dimensioni, nata a livello regionale ed espansa a quello nazionale, ma era rimasta un operatore strettamente domestico inglese; le immagini dei suoi correntisti in fila davanti agli sportelli sono state in grado di sconvolgere l'intero sistema bancario inglese in poche settimane.

¹²³ Questo l'orientamento che sembra aver prevalso, si veda l'ultima sezione dei *Principles for enhancing corporate governance* emanati dal Comitato di Basilea nell'ottobre 2010.

¹²⁴ Cfr. A. Yip, *Risk governance as part of corporate governance*, in "Journal of International Banking Law and Regulation", 2008.

¹²⁵ «Banking is the management of risk», così B. E. Gup, *Basel II: operational risk and corporate culture*, in "Corporate Governance in Banking, a global perspective", a cura di B. E. Gup, Edward Elgar Publishing Limited, UK/USA, 2007. Nell'articolo a cui ci si riferisce l'Autore si concentra prevalentemente sui rischi operativi che, tra i

riflessi significativi nella strutturazione del governo societario di tali soggetti non solo a fini di vigilanza ma anche al fine di salvaguardare gli interessi dell'impresa e dei suoi azionisti. Tra i rischi diversi da quelli connaturati all'esercizio dell'attività bancaria (rischio di credito, di mercato e di liquidità), l'unico che sembra determinare fisiologicamente perdite significative è il rischio operativo¹²⁶ oggetto di specifica attenzione da parte del Comitato di Basilea già nel 1998¹²⁷.

La *corporate governance* bancaria pone anche per il più tradizionale ambito del conflitto di interessi (detto *agency problem*), definito «endemico all'attività bancaria»¹²⁸ problematiche distinte rispetto a quelle presenti nelle industrie più tradizionali. In tal senso si è evidenziato come uno dei fini della *corporate governance* delle imprese

rischi non tradizionali dell'attività bancaria, sembrano essere quelli fisiologicamente determinanti le perdite maggiori.

¹²⁶ I rischi operativi (*operational risks*) sono definiti dall'Accordo di Basilea II come i rischi direttamente o indirettamente derivanti da procedure di controllo interno inadeguate o da fallimenti di tali procedure come anche da eventi causati da soggetti interni ed esterni alla banca e includono ad esempio le frodi, i danni a beni tangibili delle banche, problemi di natura legale. Tra il 1992 e il 2002 è stato calcolato che le perdite subite dalle prime 11 banche del mondo a causa di rischi operativi hanno determinato una perdita complessiva pari a 9,8 bilioni di dollari (vedi B. E. Gup, *Basel II: operational risk and corporate culture*, in "Corporate Governance in Banking, a global perspective", a cura di B. E. Gup, Edward Elgar Publishing Limited, UK/USA, 2007, p. 135).

¹²⁷ In tale anno il Comitato di Basilea ha pubblicato il *Framework for internal control systems in banking organizations*.

¹²⁸ F. Cesarini, *I conflitti di interesse nelle banche*, in "Bancaria", Vol. 61, n. 2 (feb. 2005), pp. 21.

bancarie sia quello di salvaguardare gli interessi non solo (e non tanto) degli azionisti quanto, come già accennato, anche quelli dei depositanti e dei prenditori (*stakeholders*). Il classico *agency problem* vede aggiungersi un elemento in più dunque: non solo perseguire l'interesse della società, degli azionisti e il proprio interesse ma anche l'interesse dei depositanti e dei prenditori (i clienti della banca): in tal senso si propone ora in dottrina una distinzione tra “equity governance” e “debt holder governance”¹²⁹ auspicando che siano riflessi anche negli assetti di governo della società non solo gli interessi di cui sono portatori gli azionisti ma anche i depositanti che solamente in un settore come quello bancario hanno un potere paragonabile a quello dei soci e cioè possono in linea teorica anch'essi decidere delle sorti dell'impresa.¹³⁰

Nelle specificità appena delineate si coglie «l'assoluta rilevanza delle regole di governo societario nelle banche: esse devono non solo comporre in modo efficace ed efficiente la tipica dialettica endo-societaria, ma devono anche costituire un presidio a garanzia dei depositanti, dei risparmiatori, dei prenditori di fondi, del sistema economico-finanziario nel suo

¹²⁹ P. O. Muelbert, *Corporate Governance of Banks after the financial crisis – Theory, Evidence, Reforms*, “ECGI Working Paper”, n. 130/2009.

¹³⁰ Difficilmente una banca può infatti sopravvivere, come tristemente noto, ad una corsa agli sportelli a meno di aiuti esterni, si pensi nuovamente al caso della Northern Rock salvata in extremis dal Governo Inglese.

complesso.»¹³¹ Come indicato dallo stesso Governatore della Banca d'Italia, Mario Draghi, l'affidabilità del sistema bancario è demandata non solo all'adeguatezza del patrimonio e dell'organizzazione ma insieme a tali elementi alla qualità del governo societario.¹³²

2. Il quadro normativo di riferimento

Le peculiarità presentate dall'impresa bancaria indagata nel capitolo che precede hanno un impatto significativo sulla *corporate governance* delle banche.

La *corporate governance* delle banche è regolata a vari livelli del sistema delle fonti in quanto concorrono alla formazione della normativa di riferimento una pluralità di soggetti e di istituzioni non solo nazionali. Non solo infatti le banche sono soggette in quanto società per azioni alla normativa codicistica relativa ai sistemi di amministrazione e, per quanto attiene alle principali banche italiane, alla normativa dettata in materia dal cosiddetto Testo Unico della Finanza (TUF) per le società quotate. Le banche sono anche oggetto della specifica normativa di settore prevista dal cosiddetto Testo Unico Bancario (TUB), dalle nuove Disposizioni di Vigilanza prudenziale emanate dalla Banca

¹³¹ Così G. Marano, *La Governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in "Le nuove s.p.a.", Cap. XXIV, Le Società bancarie, Sez. IV, Paragrafo 1, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010.

¹³² Cfr. *Considerazioni finali*, 31 maggio 2007, p. 17.

d'Italia recentemente aggiornate con aggiornamento del 22 dicembre 2010 e dalle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche del 4 marzo 2008¹³³, integrate il 19 febbraio 2009 con una nota di chiarimenti di carattere operativo, che recano una disciplina organica della materia. Come innanzi accennato però il sistema normativo è reso assai intricato dalla presenza di altre fonti normative sovranazionali quali innanzitutto la disciplina comunitaria¹³⁴, le norme dettate dal Comitato di Basilea, dal Sistema Europeo delle Banche Centrali, dai Comitati costituiti nell'ambito della procedura regolata dal cd. Rapporto Lamfalussy¹³⁵; a tutto ciò è necessario ancora aggiungere le fonti negoziali generate dall'autodisciplina.¹³⁶ Tale sistema è il frutto del fortissimo processo di internazionalizzazione che ha vissuto il settore bancario e

¹³³ Cfr. anche la Nota di chiarimenti emanata dalla stessa Banca d'Italia in data 19 febbraio 2009, che fornisce delucidazioni e precisazioni di carattere operativo e che non modificano il contenuto precettivo delle Disposizioni, essendo volte unicamente ad agevolarne una corretta ed omogenea applicazione.

¹³⁴ Direttiva 2006/48/CE; 2006/49/CE; 2000/12/CE.

¹³⁵ Il metodo Lamfalussy, inizialmente ideato per la regolamentazione del settore mobiliare è stato esteso nel 2005 anche al settore bancario, a quello assicurativo e ai fondi pensione. La CE lanciò in seguito alla relazione del 14 ottobre 2002 del Comitato economico e finanziario una consultazione sull'eventuale estensione del metodo Lamfalussy alle banche e alle assicurazioni. Il 6 novembre 2003 la Commissione Europea propose di estendere tale metodo anche al settore bancario e dei fondi pensione. Intervenne parere favorevole della Banca Centrale Europea in data 20 febbraio 2004, 2004/C 58/11 (www.ecb.int).

¹³⁶ Per una chiara ricostruzione del quadro normative cfr. M. Brogi, *Il progetto di governo societario: la governance bancaria alla luce delle nuove disposizioni di vigilanza*, in "Banche e Banchieri", n. 1/2009, Figura 1 e Figura 2 p 22.

finanziario in generale, già prepotentemente avvertito negli anni '80.¹³⁷

Nel presente capitolo si intende porre attenzione in particolare alle regole di *corporate governance* specifiche delle banche in quanto tali proseguendo nella ricerca della specificità di tali soggetti rispetto alle imprese dell'economia reale e alle imprese finanziarie non bancarie, tenendo presente che la *corporate governance* nelle banche gioca un fondamentale ruolo ulteriore rispetto alla *corporate governance* delle altre imprese in quanto è essenziale a raggiungere e mantenere la fiducia collettiva nel sistema bancario nel suo complesso¹³⁸, ponendosi dunque come presidio per le crisi sistemiche del settore bancario, che come noto possono avere ed hanno avuto effetti drammatici sull'intero sistema economico, ormai fortemente globalizzato. La globalizzazione del diritto in materia bancaria e finanziaria in generale ha promosso strumenti innovativi per produrre regole al fine di «avvicinare sempre più i tempi della

¹³⁷ A. Hamilton, *The financial revolution*, Penguin Books, 1986: «What is going on now is a revolution: a revolution in the way finance is organized, a revolution in the structure of banks and financial institutions and a revolution in the speed and manner in which money flows around the world».

¹³⁸ Così si legge nei *Principle for enhancing corporate governance*, predisposti dalla Bank for International Settlements e pubblicati nell'ottobre 2010, sezione II, n. 13: «*Effective corporate governance practices are essential to achieving and maintaining public trust and confidence in the banking system, which are critical to the proper functioning of the banking sector and economy as a whole.*» riportati in appendice al presente lavoro.

regolazione a quelli dell'economia»¹³⁹ in una necessaria convivenza tra auto e etero-regolamentazione che si inserisce nel processo di integrazione fra regole pubbliche e regole private. «L'ordinamento bancario è ricco di deviazioni dal diritto societario comune che trovano la propria giustificazione nelle caratteristiche dell'attività o se si vuole nelle ragioni dell'impresa e in particolare nella necessità di arricchire il diritto societario degli strumenti necessari per garantire la sana e prudente gestione dell'impresa bancaria»¹⁴⁰

La riforma del diritto societario ha posto nuovamente il legislatore di fronte alle distinzioni consolidate nel tempo nel nostro ordinamento tra disciplina speciale per le banche e il diritto comune. In effetti alcune scelte, come meglio vedremo in seguito, operate dal legislatore della riforma avendo riguardo al mondo delle imprese non bancarie, mal si attagliano alla impresa bancaria. Preme segnalare che lo stesso legislatore della riforma era ben consapevole dei possibili contrasti: così infatti si legge nella Relazione al d.lgs. del 6 febbraio 2004, n. 37: «[l'impresa bancaria] oltre ad avere storicamente giustificato un trattamento speciale, ha disegnato un sistema di controlli e di garanzie la cui peculiarità e funzionalità va indubbiamente preservata». Nell'agosto dello stesso anno, il Ministro del Tesoro in qualità di Presidente del CICR ha emanato un decreto in cui

¹³⁹ F. Capriglione, *Fonti Normative*, in “L'ordinamento finanziario italiano”, a cura di F. Capriglione, Cedam, Padova, Tomo 1, p.38

¹⁴⁰ R. Costi, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 387.

invita le banche ad «adottare idonee cautele, statutarie regolamentari e organizzative, volte a prevenire i possibili effetti pregiudizievoli per la correttezza e la regolarità della gestione derivanti dalla compresenza nello stesso organo di funzioni gestorie e di controllo» e «ad attribuire espressamente agli organi di controllo i compiti e poteri, anche ulteriori rispetto a quelli previsti in via ordinaria, necessari al pieno ed efficace assolvimento dell'obbligo di rilevare le irregolarità nella gestione della banca e le violazioni delle norme disciplinanti l'attività bancaria». In attuazione di tale decreto, che dettava criteri generali e linee di indirizzo in materia di organizzazione e governo societario delle banche e di altri intermediari finanziari¹⁴¹, il 4 marzo 2008 la Banca d'Italia ha emanato le Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario con riferimento alle banche e alle società capogruppo indicando le caratteristiche essenziali che il governo societario deve presentare ai fini di sana e prudente gestione. Si tratta di un intervento lungamente atteso in quanto le precedenti Istruzioni di vigilanza non avevano recepito le riforme legislative che si erano avvicinate dal 2004 in poi prima fra

¹⁴¹ Il decreto prevedeva nel paragrafo finale quanto segue: «Per gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario e per gli IMEL, la Banca d'Italia può emanare, tenuto conto delle peculiarità delle singole categorie di intermediari, Istruzioni di Vigilanza conformi ai principi generali stabiliti con il presente decreto.»

tutte la riforma societaria e tale carenza di coordinamento aveva generato non pochi dubbi interpretativi¹⁴².

3. Le Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche e le recenti evoluzioni

Le ragioni dello specifico intervento sul governo societario dell'impresa bancaria da parte della Banca d'Italia debbono ricercarsi in linea generale nell'incidenza della *corporate governance* societaria sui profili di una sana e prudente gestione; la competenza a regolamentare tale settore è prevista dall'art. 53, lettera d) del TUB in cui si disciplinano i compiti di vigilanza regolamentare della Banca d'Italia e si dispone che essa può, in conformità alle deliberazioni del CICR, emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto: «l'organizzazione amministrativa e contabile dei controlli interni» e, se pure a livello mediato e indiretto anche dalla lettera b del medesimo articolo che attribuisce detto potere alla Banca d'Italia anche per emanare disposizioni aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni. Alla luce dei recenti accadimenti relativi alla crisi finanziaria globale intervenuta nel 2007 è stato infatti riconosciuto a livello internazionale come una cattiva *governance* societaria rappresenti in effetti

¹⁴² Per una rassegna di tali dubbi cfr. Lemme, *Le Nuove Disposizioni di Vigilanza sulla Governance delle Banche*, in attesa di pubblicazione reperibile su www.associazionepreite.it.

un rischio da cui le banche e l'intero sistema economico-sociale debbono difendersi: le regole sugli assetti di governo e organizzativi hanno sempre più assunto per la vigilanza un ruolo centrale in quanto imprescindibili per assicurare scelte strategiche consapevoli ed una efficace gestione dei rischi attraverso una corretta articolazione di ruoli e responsabilità dei principali centri decisionali nonché dell'integrità e completezza dei sistemi dei controlli e informativi¹⁴³ Come già accennato, più specificamente, l'intervento, che testimonia la «piena valorizzazione della *corporate governance* nel processo evolutivo della regolamentazione e dei controlli sulle banche»¹⁴⁴, prende dichiaratamente¹⁴⁵ le mosse dalla riforma societaria ed in particolare pone attenzione ad una delle principali novità introdotte da tale riforma, ovvero l'introduzione di nuovi sistemi di amministrazione e controllo delle società per azioni,

¹⁴³ Per una ricognizione si veda anche *Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio – Corporate governance, vigilanza e controlli*, a cura di M. Prosperetti e A. Colavolpe, 2009 e in particolare, I. Panetta, il Capitolo III, *La Corporate Governance nelle banche*, p.37-66.

¹⁴⁴ G. Marano, *La Governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in *Le nuove s.p.a., Cap. XXIV, Le Società bancarie*, Sez. IV, Paragrafo 3, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Zanichelli, Bologna 2010, paragrafo 4.

¹⁴⁵ Nelle premesse delle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche si legge infatti «L'intervento normativo trae origine dalle novità introdotte dalla riforma del diritto societario e dal relativo coordinamento del TUB con particolare riguardo alla possibilità riconosciuta alle banche di adottare sistemi di amministrazione e controllo diversi da quello tradizionale, anche alla luce delle esperienze applicative maturate nel settore bancario».

alternativi al modello tradizionale: il modello monistico ed il modello dualistico. Con particolare riferimento a ciò le Disposizioni sono state percepite come “dedicate” a correggere alcune distonie che l’applicazione delle nuove regole del diritto comune avrebbero potuto creare. Seguendo la traccia già segnata dai principi di Basilea II, con particolare riferimento al secondo pilastro¹⁴⁶, secondo cui i requisiti organizzativi costituiscono insieme con quelli patrimoniali presidi fondamentali per una sana e prudente gestione delle banche capace di produrre reddito e di minimizzare i rischi, la Banca d'Italia, nell'adottare le Disposizioni ha voluto dare più ampio respiro al proprio intervento, non limitandosi alla correzione di alcune distonie che la riforma societaria avrebbe potuto creare nel mondo delle banche¹⁴⁷, ed ha sottolineato l'importanza della *governance* societaria a tutto campo per la gestione sana e prudente dell'impresa bancaria. Nel disciplinare certi aspetti della struttura di comando e gestione, con divergenze rispetto ai modelli legali (come si è visto), l'Autorità di vigilanza ha mostrato di credere fortemente nella relazione fra corretta ed

¹⁴⁶ Anche il terzo pilastro è a ben vedere fortemente connesso alla realizzazione di una buona *governance* societaria delle banche in quanto il processo del rafforzamento degli obblighi di trasparenza e informazione degli investitori è possibile solo qualora vi sia da parte delle banche la predisposizione di strategia di trasparenza informativa capaci di garantire una informazione non sovrabbondante ma chiara ed esaustiva.

¹⁴⁷ Ci si vuol qui in particolare riferire alle “correzioni” apportate al modello dualistico e monistico introdotti con la Riforma del diritto societario.

efficace gestione e *performance* positiva dell'azienda. La portata dell'intervento però è assai più ampia.

Innanzitutto preme riportare e sottolineare l'importanza, ai fini del presente lavoro, di parte della premessa delle Disposizioni: «Efficaci assetti organizzativi e di governo societario costituiscono per tutte le imprese condizione essenziale per il perseguimento degli obiettivi aziendali», sembrerebbe dunque smentita la specialità delle banche ma così non è, infatti, subito a seguire, si legge: «Per le banche essi assumono particolare rilievo in ragione delle caratteristiche che connotano l'attività bancaria e degli interessi pubblici oggetto di specifica considerazione da parte dell'ordinamento. Gli assetti organizzativi e di governo societario delle banche oltre a rispondere agli interessi dell'impresa, devono assicurare condizioni di sana e prudente gestione, obiettivo essenziale della regolamentazione e dei controlli di vigilanza». I soggetti destinatari dell'intervento, diversamente da quanto indicato nel Decreto del Ministro del Tesoro in qualità di Presidente del CICR nel 2004, sono le banche e le società capogruppo di gruppi bancari, alle quali si affida la responsabilità di assicurare attraverso l'attività di direzione e coordinamento la coerenza complessiva del gruppo da perseguirsi stabilendo adeguate modalità di raccordo tra i diversi organi societari con particolare riferimento alle funzioni aziendali che esercitano attività di controllo.

Le Disposizioni sono strutturate secondo la tecnica della *better regulation*¹⁴⁸ ovvero secondo principi generali e linee applicative¹⁴⁹: i principi generali fissano gli obiettivi della disciplina, restando poi in capo alle banche la concreta individuazione delle soluzioni più idonee per realizzarli, mentre le linee applicative offrono soluzioni attuative delle norme generali per specifici aspetti senza tuttavia esaurire il contenuto precettivo delle stesse. La forza di una tale scelta risiede «nello stretto rapporto stretto rapporto di reciprocità tra l'*accountability* del regolatore pubblico nel motivare [...] le proprie scelte, e l'*accountability* delle fonti di autodisciplina privata, nell'aderire ai principi generali

¹⁴⁸ Tale tecnica è basata sulla *principle based regulation* ed è propria del metodo legislativo applicato storicamente nel Regno Unito alla *corporate governance* e preferito alla tecnica cd. *rules-based*, tipicamente statunitense, in quanto più flessibile poiché l'assunto di partenza è che tutto ciò che non è espressamente proibito è permesso dal momento che il legislatore detta delle linee guida alle quali le società debbono a seguito di un processo di autovalutazione conformarsi. Cfr. A. Dabbs Garrett, *A Comparison of United Kingdom and United States Approaches to Board Structure*, in "The Corporate Governance Law Review" (2007) Vol 3. n. 2.

¹⁴⁹ Per un commento relativamente alla tecnica legislativa prescelta si rimanda a R. Costi, F. Vella, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, in "Quaderni di ricerca giuridica", Banca d'Italia, n. 62 in cui in particolare F. Vella (p.22-24) si concentra sull'analisi di tale tecnica legislativa tipica nella sua impostazione della cd. *principle based regulation*. L'Autore sottolinea che «Una simile impostazione riflette le esperienze più avanzate in materia, fondate su un corpo di standard generali accompagnati, però, da regole dettagliate, nella consapevolezza che "*There will also be a range of scenarios in which detailed rules will be the most appropriate way for us to secure the regulatory outcome we require*"». La citazione in corsivo è ripresa da Financial Services Authority, *Principles-based regulation. Focusing on the outcomes that matter*, aprile 2007, p. 10.

condivisi in un ambiente regolamentare realmente cooperativo.»¹⁵⁰.

L'obiettivo dichiarato delle disposizioni è quello di rafforzare gli standard minimi di organizzazione e governo societario con specifico riguardo a: (i) chiara distinzione dei ruoli e delle responsabilità, (ii) appropriato bilanciamento dei poteri; (iii) equilibrata composizione degli organi; (iv) efficacia dei controlli (ritenuti "il presidio di tutti i rischi aziendali"); (v) l'adeguatezza dei flussi informativi.

3.1 Il criterio di proporzionalità

L'Autorità pone particolare accento sul criterio di proporzionalità¹⁵¹ che deve ispirare gli operatori nell'applicazione delle Disposizioni, e questo giustifica anche la scelta della tecnica legislativa adottata: in sede applicativa i singoli operatori dovranno motivare le scelte di governo societario in funzione delle caratteristiche dimensionali, organizzative ed operative dell'azienda. L'Autorità mira infatti non a limitare la discrezionalità nella scelta delle diverse opzioni di governo societario ma a promuovere scelte

¹⁵⁰ R. Costi, F. Vella, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, cit., p. 24.

¹⁵¹ Tale criterio è già richiamato dal Comitato di Basilea nei *Principles for Enhancing Corporate Governance* del 2006 e ribadito in quelli pubblicati nell'ottobre del 2010 in cui si legge al punto 8 dell'Introduzione p. 12: «The implementation of the principles set forth in this document should be proportionate to the size, complexity, structure, economic significance and risk profile of the bank».

coerenti con un'articolazione delle funzioni di governo che garantiscano la sana e prudente gestione.

Nella nota di chiarimenti pubblicata in data 19 febbraio 2009, una intera sezione è dedicata proprio alla specificazione di tale criterio: l'Autorità risponde così alla richiesta di chiarire quali siano gli indici di complessità da un punto di vista dimensionale, operativo e organizzativo in modo da agevolare l'applicazione delle Disposizioni in conformità a quanto dalla stessa auspicato e dunque con rigorosa attenzione al criterio di proporzionalità. Tra gli indici individuati nella Nota di chiarimenti si ha riguardo non solo a elementi economici quale la dimensione degli attivi e il tipo di operatività¹⁵², ma anche e soprattutto ad altri elementi, attinenti soprattutto alla struttura, quali: la struttura proprietaria¹⁵³, la eventuale quotazione su mercati regolamentati¹⁵⁴, la eventuale

¹⁵² Si suggerisce ad esempio che banche operanti nei settori di gestione del risparmio o della negoziazione per conto proprio o in conto terzi potrebbero proprio a causa dell'attività svolta configurare ipotesi di complessità operativa/organizzativa

¹⁵³ Il controllo totalitario da parte di un intermediario estero potrebbe, in talune circostanze, configurare condizioni di limitata complessità operativa/organizzativa mentre strutture proprietarie caratterizzate dalla presenza di rilevanti interessi di minoranza potrebbero richiedere l'adozione di assetti di *governance* complessi dal punto di vista operativo/ organizzativo.

¹⁵⁴ La quotazione, avuto presente il vaglio esercitato dagli investitori e anche dalla autorità di vigilanza del settore, appare elemento utile ad indurre all'adozione di assetti di *governance* tali da configurare condizioni di complessità operativa/organizzativa

appartenenza ad un gruppo bancario¹⁵⁵ o ad un *network* operativo¹⁵⁶.

Le Disposizioni si articolano dunque, coerentemente con gli obiettivi di regolamentazione innanzi illustrati, in cinque sezioni dedicate rispettivamente a: (i) sistemi di amministrazione e controllo e progetto di governo societario; (ii) compiti e poteri degli organi sociali; (iii) composizione degli organi sociali; (iv) meccanismi di remunerazione e incentivazione; (v) flussi informativi. La crisi era già in atto ma non si intese dedicare un'intera sezione ai controlli interni e alla individuazione e gestione dei rischi, materie richiamate nella premessa delle Disposizioni con l'indicazione che sono oggetto di un più ampio sistema normativo che viene solo integrato dalle disposizioni. Si intende di seguito offrire un commento relativamente ad alcuni di quelli che sembrano gli aspetti di maggior rilievo, anche alla luce delle recenti evoluzioni, ed in particolare non si ripercorrerà, se non assai

¹⁵⁵ Le banche facenti parte di gruppi (tipicamente operative in comparti finanziari tradizionali e che ricorrono ai servizi offerti dalla capogruppo o da altre componenti il gruppo) potrebbero essere caratterizzate da un limitato grado di complessità operativa/organizzativa.

¹⁵⁶ L'utilizzo di servizi e infrastrutture offerte da organismi di categoria potrebbe configurare condizioni di limitata complessità operativa/organizzativa. Si pensi al caso le banche di credito cooperativo non sono tenute alla predisposizione del progetto di governo societario qualora adottino lo statuto tipo predisposto dall'associazione di categoria, vagliato dalla Banca d'Italia (Sezione 1, Linee Applicative, lettera f) delle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche).

brevemente, la ricca disquisizione dottrinarica¹⁵⁷ in merito alla scelte delle Disposizioni relativamente ad alcune deroghe alle disposizioni codicistiche in tema di modello dualistico, anche perché, diversamente dalle attese del momento, tale modello non ha poi riscosso il grande successo che ci si attendeva¹⁵⁸. In merito giova ricordare che oggi tra le maggiori¹⁵⁹ banche italiane il modello dualistico¹⁶⁰ è adottato unicamente da Intesa Sanpaolo (identificata come banca maggiore) mentre tra le grandi¹⁶¹ banche italiane tale modello è adottato da

¹⁵⁷ Cfr. per tutti M. Cera e G. Pesti, a cura di, *Banche e Sistema Dualistico, Forme, funzioni, finzioni*, in “Analisi Giuridica dell’Economia”, 2/2007, Bologna, Il Mulino, e P. Abbadessa e F. Cesarini, a cura di, *Sistema dualistico e governance bancaria*, Torino, Giappichelli, 2009 e *Sistema dualistico e governance bancaria*, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, Giappichelli, 2009.

¹⁵⁸ Alcuni autori autorevoli, in particolare R. Lener, The new rules on the corporate governance of banks issued by the Bank of Italy and the Milan Stock Exchange, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2008, si attendevano l’adozione del modello dualistico anche da parte di UniCredit ed è anche necessario ricordare che Mediobanca, dopo averlo adottato lo ha rapidamente lasciato.

¹⁵⁹ Si utilizza la definizione di maggiori banche contenuta nel glossario allegato alla Relazione Annuale al 2009 della Banca d’Italia che elenca come meglio descritto nel primo capitolo del presente lavoro tra le maggiori banche residenti in Italia le seguenti (aggiornate a seguito degli accadimenti occorsi tra il 2009 ed il 2010): Intesa Sanpaolo S.p.A., UniCredit S.p.A., Banca MPS S.p.A. e Cassa Depositi e Prestiti.

¹⁶⁰ V. Carriello, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria* (Milano Giuffrè, 2007), p.34.

¹⁶¹ Ricordiamo che secondo la definizione di grandi banche offerta dal Glossario allegato alla Relazione Annuale della Banca d’Italia per il 2009 per grandi banche come già indicato nel primo capitolo del presente lavoro debbono intendersi: Banco di Sicilia spa; Dexia Crediop spa; Unione di Banche Italiane società cooperativa per azioni; Banca Imi spa; Banca Infrastrutture, Innovazione e Sviluppo spa; Banca Antonveneta spa; Banca Popolare di Lodi spa e Banco Popolare

Unione di Banche Italiane S.c.p.A. (UBI Banca), Banco Popolare Società Cooperativa (nato dalla fusione di Banca Popolare di Lodi S.p.A. e Banco Popolare di Verona – S. Geminiano e S. Prospero S.p.A.).¹⁶²

3.2 Il progetto di governo societario

Proprio con riferimento alla scelta del sistema di amministrazione e controllo le Disposizioni hanno richiesto alle banche di compiere una approfondita autovalutazione (chiamata anche autodiagnosi) per effettuare, anche avuto riguardo al criterio di proporzionalità innanzi illustrato, una scelta di *governance* realmente funzionale alle proprie esigenze ed in concreto più idoneo a «assicurare l'efficienza della gestione e l'efficacia dei controlli, avendo presenti anche i costi connessi con l'adozione e il funzionamento del sistema prescelto. Le Disposizioni, con specifico riferimento al criterio di proporzionalità, arrivano a suggerire quando possa essere opportuno adottare i modelli monistico o dualistico ovvero nel caso di «banche che operano in misura

di Verona – S. Geminiano e S. Prospero spa (oggi Banco Popolare); Banca Popolare dell'Emilia Romagna; Banca Popolare di Bergamo spa; Banca Popolare di Milano; Mediobanca - Banca di Credito Finanziario spa.

¹⁶² Se in termini di numero assoluto di banche arriviamo a solamente a tre, è necessario però rilevare che alla data del 11 gennaio 2008 tali banche rappresentavano circa il 42% del mercato italiano in termini di capitalizzazione di borsa come indicato da C. Faissola, *Attuazione delle normative di governance delle banche*, in “Sistema dualistico e governance bancaria”, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, Giappichelli, 2009.

rilevante sui mercati internazionali in cui tali modelli sono maggiormente conosciuti¹⁶³ ovvero facenti parte di gruppi in cui sono prevalenti tali forme organizzative»¹⁶⁴ o che attraversano particolari momenti di discontinuità nella vita della società («ferma restando la necessità che il modello adottato sia coerente con le strategie di lungo periodo»). Per le banche di minore dimensione si rimanda invece all'ausilio delle associazioni di categoria. La scelta del modello societario adottato deve essere presentata alla Banca d'Italia nell'ambito del cd. progetto di governo societario che ogni banca¹⁶⁵ ha dovuto redigere e presentare, ove richiesto, all'Autorità entro il 30 giugno del 2009. Destinataria di tale documento è dunque ai sensi delle Disposizioni la Banca d'Italia mentre resta alla autonoma valutazione delle banche la valutazione circa l'opportunità di rendere pubblico il

¹⁶³ Sembra che al di fuori eventualmente di Intesa Sanpaolo e UniCredit non vi siano in Italia altre banche che possano ricadere in tale categoria.

¹⁶⁴ Cfr. Disposizioni di Vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche, emanate dalla Banca d'Italia il 4 marzo 2008.

¹⁶⁵ Sono state esentate unicamente le banche di credito cooperativo che abbiano adottato lo statuto tipo predisposto dall'associazione di categoria, vagliato dalla Banca d'Italia (vedi lettera f), sezione 1 delle Disposizioni. A tal riguardo si segnala che la stessa Banca d'Italia nel Resoconto sulla consultazione sulla disciplina in materia di organizzazione e governo societario delle banche ha indicato le ragioni di tale esenzione, che si giustifica unicamente in quanto esiste per tali banche uno statuto tipo validato dalla stessa Banca d'Italia. Si noti che è stata promossa anche l'esenzione per le banche di limitate dimensioni: tale richiesta non è stata accolta dall'Autorità che ha ritenuto non giustificabile una esenzione generalizzata per le banche di piccole dimensioni per le quali non esiste uno statuto tipo validato dalla Banca d'Italia.

progetto di governo societario in tutto o in parte.¹⁶⁶ Il contenuto del progetto di governo societario, già espressamente richiamato dal Decreto del Ministro dell'Economia in qualità di Presidente del CICR del 5 agosto 2004¹⁶⁷, è ben specificato dalle disposizioni che richiedono non solo di specificare, come innanzi ricordato, le ragioni che rendono il modello prescelto più idoneo ad assicurare l'efficienza della gestione e dei controlli, ma anche di fornire la descrizione delle scelte attinenti alla struttura organizzativa, ai diritti degli azionisti, alla struttura finanziaria e alle modalità di gestione dei conflitti di interesse. Per quanto poi attiene per le società capogruppo di gruppi bancari è anche richiesto di fornire una adeguata rappresentazione e motivazione delle modalità di raccordo tra gli organi e le funzioni aziendali. Non è chiarita però la valenza del progetto di governo societario ovvero se abbia una valenza meramente programmatica o se invece sia da ritenersi vincolante per gli organi che lo approvano né è stabilito quale sia il ruolo dell'assemblea nell'*iter* di approvazione del progetto. A tale ultimo riguardo la Banca

¹⁶⁶ Tale precisazione si deve all'esigenza prospettata nel corso della consultazione, e contenuta nel citato documento Resoconto della consultazione sulla disciplina in materia di organizzazione e governo societario delle banche, di rendere pubblico il progetto di governo societario anche per valorizzare la trasparenza degli assetti di governo. La Banca d'Italia non ha inteso raccogliere tale suggerimento se non nei limiti della specificazione sopra riportata.

¹⁶⁷ La Banca d'Italia emana istruzioni per l'attuazione del presente decreto, prevedendo, tra l'altro, che le banche e le società capogruppo di gruppi bancari predispongano un progetto concernente il proprio assetto complessivo di governo societario.

d'Italia con la nota di chiarimenti del 19 febbraio 2009 ha precisato che: «Le Disposizioni non richiedono che il progetto di governo sia approvato dall'assemblea dei soci. In caso di cambiamento di modello di amministrazione e controllo o di altre modifiche statutarie di particolare rilevanza può comunque essere opportuno che l'organo competente porti il progetto o i suoi contenuti salienti a conoscenza dell'assemblea, al fine di renderla pienamente edotta della portata delle delibere che è chiamata a valutare ed approvare.» Altro aspetto sul tema che ha necessitato una precisazione è stato quello relativo contenuti del progetto di governo societario di una società capogruppo di un gruppo bancario che, come precisato nella citata nota di chiarimenti, deve fornire un'adeguata rappresentazione e motivazione delle modalità di raccordo tra gli organi e le funzioni aziendali delle diverse componenti del gruppo, con specifica attenzione ai profili relativi al sistema di governo e controllo (poteri degli organi, flussi informativi, gestione dei rischi, etc.). In particolare, nel redigere il progetto di governo a livello consolidato la capogruppo deve dare conto degli assetti organizzativi adottati da tutte le società controllate, ivi incluse quelle estere, graduando la profondità dell'analisi secondo criteri di proporzionalità (es. significatività della controllata per rischiosità o profili dimensionali).» Oggi sui siti delle maggiori banche italiane sono reperibili corposi documenti che rappresentano il progetto di governo societario delle stesse; la decisione di rendere pubblico in tutto o in

parte il documento resta infatti affidata all'operatore, anche se a ben vedere si tratta di un documento assai importante anche per il pubblico in quanto rappresenta un tassello per comprendere, attraverso una valutazione delle scelte operate dalla banca rispetto alla propria organizzazione di *governance*, quali siano gli accorgimenti che la stessa ha adottato per la gestione del rischio.¹⁶⁸ Per le banche quotate si è posta, inoltre, la questione del rapporto tra progetto di governo societario e relazione sulla *corporate governance* che ai sensi del Testo Unico della Finanza esse sono tenute, in quanto società quotate, a redigere annualmente: si tratta, come precisato nella nota di chiarimenti, di documenti che hanno finalità diverse in quanto nel progetto di governo societario è richiesta una informativa in maggior dettaglio sull'organizzazione interna della banca.

3.3 Il bilanciamento dei poteri e i comitati

Per quanto attiene ai compiti e poteri degli organi sociali disciplinati nelle Disposizioni preme rilevare ai fini della presente analisi alcuni aspetti peculiari delle banche. Uno dei primi obiettivi in tale ambito è quello di promuovere assetti che ostacolino fortemente la eccessiva concentrazione di poteri in capo ai singoli esponenti aziendali: a tale fine oltre ad una estensione delle materie non delegabili, al divieto

¹⁶⁸ Cfr. M. Brogi, *Il progetto di governo societario: la governance bancaria alla luce delle nuove disposizioni di vigilanza*, in "Banche e Banchieri", n. 1/2009, p. 24.

di riservare in via esclusiva il potere di proposta delle delibere consiliari all'amministratore delegato ruolo cruciale di bilanciamento attribuito al presidente dell'organo con funzione di gestione, si legge un generale favore per la costituzione di comitati¹⁶⁹ nell'ambito delle diverse funzioni. È poi sottolineato il ruolo sempre più fondamentale riconosciuto all'organo con funzioni di controllo e particolare attenzione è dedicata ai requisiti di professionalità, indipendenza¹⁷⁰ ed esecutività dei componenti degli organi sociali.

Come noto le Disposizioni hanno suddiviso, nettamente, gli organi sociali per funzioni: funzione di supervisione strategica e funzione di gestione (che devono essere in base al principio del bilanciamento dei poteri ben distinte nel caso in

¹⁶⁹ Già sottolineata da Lemme, *Le Nuove Disposizioni di Vigilanza sulla Governance delle Banche*, in attesa di pubblicazione, reperibile su www.associazionepreite.it.

¹⁷⁰ Relativamente all'effettiva indipendenza G.D. Mosco ancora nel 2008 confermava che «nelle società a capitale concentrato [e come descritto in precedenza alcune delle più importanti banche italiane lo sono ancora], come sono praticamente tutte le nostre società quotate, gli amministratori indipendenti scelti dagli stessi soci di maggioranza che nominano gli esecutivi possono risultare comunque a questi collegati, al di là di ogni previsione di legge, e in ogni caso incontrano obiettive difficoltà a svolgere il proprio ruolo». Come infatti indicato dall'Autore, l'indipendenza deve essere esercitata nei confronti non soltanto degli esecutivi ma anche degli azionisti, soprattutto degli azionisti di controllo. Cfr. G. D. Mosco, *Le regole di governance per le quotate: una risorsa o un peso?*, in "Quaderni di Giurisprudenza Commerciale - Imprese e Investitori, Crescita, tutele, interessi", n.318, Milano, Giuffrè, 2008, p. 49.

cui siano attribuite a organi diversi) e funzione di controllo¹⁷¹. Resta sullo sfondo la figura del direttore generale¹⁷² che rappresenta il vertice della struttura interna e come tale partecipa alla funzione di gestione, la cui nomina non può essere delegata e la cui centralità è richiamata dalle stesse Disposizioni in particolare per le banche di minori dimensioni e limitata complessità operativa, in cui va evitata la nomina di un amministratore delegato e di un direttore generale. La presenza di più direttori generali è poi possibile solo in casi eccezionali e purché sia in ogni caso garantita l'unitarietà della conduzione operativa. Traspone infatti dalle Disposizioni la ferma volontà di mantenere, anche nelle strutture più complesse e per quanto possibile, proprio l'unitarietà della conduzione operativa, che sembra poter essere assicurata al meglio attraverso l'individuazione di un soggetto al vertice della struttura interna, fermo restando il forte disfavore nei confronti di situazioni di accentramento del potere.¹⁷³

¹⁷¹ Il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo sulla gestione sono, nei diversi modelli, gli organi con funzione di controllo (o organi di controllo).

¹⁷² Sulla centralità della figura del direttore generale nelle banche vedi R. Costi, *L'Ordinamento Bancario*, cit., p. 600.

¹⁷³ Con particolare riferimento alle funzioni di supervisione strategica e gestione le Disposizioni hanno il dichiarato obiettivo di prevedere assetti che consentano una adeguata dialettica: proprio a tal fine le regole di *governance* sono volte a evitare una eccessiva concentrazione di poteri in capo ai singoli esponenti aziendali.

Allo stesso tempo si riscontra, come innanzi accennato, il favore delle Disposizioni verso i comitati¹⁷⁴ specializzati (quelli a cui vengono affidati ad esempio compiti istruttori, consultivi, propositivi)¹⁷⁵ la cui costituzione all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica sembra essere prescritta per le banche di maggiori dimensioni o connotate da un'elevata complessità operativa. A tali comitati, composti -anche se non in prevalenza- da indipendenti, è affidato il compito di agevolare l'assunzione di decisioni soprattutto con riferimento ai settori di attività in cui è più facile che si configurino situazioni di conflitto di interessi. In particolare le Disposizioni stabiliscono che nelle banche di maggiori dimensioni o connotate da un'elevata complessità operativa siano costituiti all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica comitati specializzati quali ad esempio il comitato per il controllo interno, quello per la remunerazione, quello per le nomine. È anche stabilito che il numero dei componenti di tali comitati non superi le cinque unità e sia sempre conforme ad un criterio di proporzionalità. Per salvaguardare l'unità di indirizzo innanzi richiamata è comunque chiarito che «l'istituzione dei comitati non deve comportare una limitazione dei poteri decisionali e

¹⁷⁴ Per una analisi sui comitati nelle società di diritto comune si veda M. Stella Richter, *I comitati interni all'organo amministrativo*, in *Riv. soc.*, (2007), p.273.

¹⁷⁵ Diversamente i comitati interorganici sono ritenute strutture da evitare in quanto si tratta di strutture organizzative che possono limitare le prerogative degli organi stessi (Cfr. sezione 2 delle Disposizioni).

della responsabilità degli organi aziendali al cui interno essi siano costituiti.». Infine, la costituzione di un apposito comitato è prevista all'interno dell'organo che stabilisce i compensi dei consiglieri investiti di particolari cariche: tale comitato deve essere composto in maggioranza da soggetti indipendenti ed ha affidati compiti consultivi e di proposta in materia di compensi degli esponenti aziendali nonché compiti consultivi in materia di determinazione dei criteri per la remunerazione del *management* della banca.

I modelli per comitati, largamente presenti nelle società quotate¹⁷⁶, vengono importati nelle banche a struttura maggiormente complessa: l'obiettivo sembrerebbe appunto quello di chiarire esattamente i compiti e le responsabilità di ogni funzione con il rischio però di deresponsabilizzazione dei deleganti.¹⁷⁷ Le maggiori banche italiane costituite in società per azioni presentano strutture di *governance* in cui svariati sono i comitati costituiti.

¹⁷⁶ Cfr. Lo Preiato-Pucci, *L'adeguamento del consiglio di amministrazione al codice Preda nelle società quotate*, in "AGE", (2003), p.223; Borsa Italiana, *La corporate governance nelle società dell'indice S&P/MIB, Analysis of compliance with the corporate governance code*, settembre 2006; Ferri G. jr, *Ripartizione delle funzioni gestorie e nuova disciplina della responsabilità degli amministratori*, in "Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società", a cura di G. Scognamiglio, (Milano Giuffrè, 2003), p.39.

¹⁷⁷ Così Lemme, cit.; cfr. anche Desario, *La gestione delegata nelle società di capitali. La nuova disciplina* (Bari, Cacucci, 2007), p.36.

Di seguito una tabella che sintetizza i principali comitati presenti nell'ambito dei consigli di amministrazione delle maggiori banche italiane.

Banca	UniCredit	Intesa Sanpaolo	Banca MPS
Comitati	Comitato Permanente Strategico (10 membri) Comitato per il Controllo Interno & Rischi (7 membri) Comitato Corporate Governance, HR and Nomination (7 membri) Comitato Remunerazione (7 membri)	Comitato per il Controllo Comitato Nomine Comitato Remunerazioni Comitato per le Strategie Comitato per il Bilancio Comitato per le operazioni con parti correlate ¹⁷⁸	Comitato per la Remunerazione Comitato per il Controllo interno Comitato per la Responsabilità Sociale d'Impresa Comitato per la comunicazione
Totale	4	6	4

¹⁷⁸ Costituito dal Consiglio di Sorveglianza al proprio interno assai recentemente (26 novembre 2010).

Non deve sorprendere la costituzione in senso a Banca MPS di un Comitato per la Comunicazione: come sottolineato anche dalle Disposizioni il rischio reputazionale, se pur non espressamente coperto dalla regolamentazione prudenziale del primo pilastro, ha particolare rilevanza in un mercato dove la fiducia del pubblico e l'effetto contagioso, che comunicazioni inopportune possono determinare, giocano un ruolo cruciale. Tale comitato, come si legge sul sito della banca, ha il compito di predisporre le strategie ed i budget di comunicazione a livello di Gruppo da proporre al Consiglio, monitorandone successivamente l'attuazione. È affidata a tale comitato la definizione delle iniziative di comunicazione da intraprendere in situazioni di crisi o a fronte di eventi straordinari, garantendone l'integrazione e l'organicità, rispetto alle iniziative in essere.

In dottrina ci si è interrogati sulla struttura dei comitati interni nonché, nel caso di banche che abbiano adottato il modello dualistico, se tali comitati debbano essere costituiti in senso al consiglio di sorveglianza ovvero a quello di gestione. Con riferimento a Intesa Sanpaolo (ma lo stesso vale per Banco Popolare e Unione di Banche Italiane) si rileva che i comitati presenti sono costituiti nell'ambito del consiglio di sorveglianza e sono tutti interamente composti da amministratori indipendenti secondo quanto indicati nei rispettivi statuti.¹⁷⁹ Uno degli elementi che permane è la

¹⁷⁹ Si noti che così non era per Mediobanca nel periodo in cui aveva adottato il sistema dualistico: l'art. 12 dello statuto allora vigente

presenza significativa del presidente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza in molti comitati ciò comportando una concentrazione di potere che si scontra con il principio del bilanciamento dei poteri, criterio ispiratore delle Disposizioni.¹⁸⁰ Si parla in tal senso di una sorta di primazia¹⁸¹ di cui gode il presidente del Consiglio di Sorveglianza nelle banche con modello dualistico, dove le prerogative di tale figura sono state aumentate rispetto a quanto previsto per le società di diritto comune (art. 2409 – duodecies, comma 9, c.c.)¹⁸²

3.4 L'organo con funzioni di controllo

All'organo con funzioni di controllo viene affidato dalle Disposizioni il compito di vigilare sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie, sulla corretta

stabiliva che almeno 4 membri del consiglio di sorveglianza dovessero essere indipendenti senza però specificare che solo tali membri potevano essere nominati nei comitati.

¹⁸⁰ R. Lener, *The new rules on the corporate governance of banks issued by the Bank of Italy and the Milan stock exchange*, *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2008, «*It cannot be a good idea for the same person to have such a concentration of powers and counter powers. Of course, it is a good thing for there to be a strong chairman of the supervisory board, but it would be appropriate to keep the chairman out of the committees.*»

¹⁸¹ Secondo lo statuto adottato da Mediobanca nel periodo in cui la banca applicava il modello dualistico, ad esempio, il presidente del consiglio di sorveglianza automaticamente sedeva nel comitato nomine e nel comitato remunerazione.

¹⁸² V. Carriello, *Il sistema dualistico. Vincoli tipologici e autonomia statutaria* (Milano Giuffrè, 2007), p.34.

amministrazione, sull'adeguatezza degli assetti organizzativi e contabili della banca ed è, come noto, stabilito un collegamento funzionale con la Banca d'Italia. L'art. 52 del Testo Unico Bancario stabilisce, infatti, che il collegio sindacale ha l'obbligo di informare (cd. vigilanza informativa) tempestivamente la Banca d'Italia di tutti gli atti o i fatti di cui venga a conoscenza nell'esercizio dei propri compiti che possano costituire una irregolarità nella gestione delle banche o una violazione delle norme disciplinanti l'attività bancaria, lo stesso obbligo è imposto al revisore esterno. Il collegio sindacale assolve nelle banche la duplice funzione di referente dell'autorità di vigilanza e di punto di raccolta e riferimento di tutte le unità di controllo interno al fine di valutare l'efficienza e l'adeguatezza dei sistemi di controllo interno e la regolarità e legittimità della gestione dell'impresa. Le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia in materia di controlli interni inoltre, in attuazione dell'art. 53 del Testo Unico Bancario prevedono che le banche adottino un insieme di regole, procedure e strutture organizzative volte ad assicurare il rispetto delle strategie aziendali, l'efficacia e l'efficienza dei processi, la protezione dai rischi, l'affidabilità e l'integrità delle informazioni. La conformità delle operazioni con il quadro normativo (*compliance*).¹⁸³

¹⁸³ Cfr. G. Marano, *La Governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in *Le nuove s.p.a.*, Cap. XXIV, *Le Società bancarie*, Sez. IV, Paragrafo 3, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Zanichelli, Bologna 2010.

Indipendentemente dal modello di amministrazione e controllo adottato lo statuto di ogni banca deve assegnare all'organo che svolge la funzione di controllo i relativi compiti e poteri. Le Disposizioni in linea con l'evoluzione storica della rilevanza assegnata a tale organo¹⁸⁴, aggiungono e specificano i compiti affidati all'organo che svolge funzione di controllo: tale organo deve infatti vigilare anche sull'adeguatezza del sistema di gestione e controllo dei rischi ma non solo: vigila anche sull'adeguatezza e la rispondenza del processo di determinazione del capitale interno ai requisiti stabiliti dalla normativa nonché esercita la verifica e l'approfondimento delle cause e dei rimedi di eventuali «irregolarità gestionali, anomalie mandamentali, lacune degli assetti organizzativi e contabili». Si parla di «tracimazione dal controllo sui controlli alla co-gestione dei controlli»¹⁸⁵ proprio per indicare l'ampliamento nel tempo operato dall'Autorità relativamente alle competenze affidate all'organo di controllo che non solo vede aggiungersi nuove competenze divenendo presidio di tutto il sistema dei controlli interni ma dovendo assumere anche il compito di

¹⁸⁴ Vedi anche P. Ferro-Luzzi, *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel T.U. delle leggi sulle Casse di Risparmio e sui Monti di Credito di prima categoria*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 1985, I, p. 38 e ss.

¹⁸⁵ Così F. D'Angelo, *Il collegio sindacale nelle società bancarie*, in Il collegio sindacale, le nuove regole, a cura di R. Alessi, N. Abriani e U. Morera, Milano, 2007, p. 568.

coordinare adeguatamente tale sistema.¹⁸⁶ Le prerogative dell'organo di controllo sono ampliate al punto da poter integrare fenomeni di gestione (o co-gestione) sociale da parte di tale organo, ciò per lo meno nei casi di irregolarità in cui non è previsto infatti unicamente l'obbligo di segnalazione all'autorità di vigilanza ma anche l'obbligo di identificare e indicare le misure da adottarsi in concreto per rimuovere dette irregolarità. Ove poi gli amministratori pongano immediatamente in essere le misure suggerite dall'organo di controllo e così rimuovano le irregolarità verrebbe meno l'obbligo di segnalazione alla Banca d'Italia.¹⁸⁷

Con particolare riferimento all'organo di controllo delle banche che abbiano adottato il modello dualistico le Disposizioni stabiliscono per le banche, tra gli altri, l'obbligo di inserire in statuto alcune specifiche previsioni volte in particolare a garantire il potere di ispezione, il potere di richiedere informazioni ai consiglieri di gestione relativamente all'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, partecipazione (di almeno un componente di tale organo) alle riunioni del consiglio di gestione, l'obbligo di debita motivazione in caso di revoca di un

¹⁸⁶ R. Costi, F. Vella, *“Banche, governo societario e funzioni di vigilanza”*, in Quaderni di ricerca giuridica, Banca d'Italia, n. 62.

¹⁸⁷ Così Scotti Camuzzi, *Specificità dei compiti di controllo dei sindaci delle banche*, in AA.VV., *“I controlli del collegio sindacale nelle banche”*, Roma, 1996, p. 138 e ss.

membro del consiglio di sorveglianza.¹⁸⁸ Con particolare riferimento invece alle banche che adottano il modello monistico, in cui il rischio di commistione tra la funzione di gestione e quella di controllo è strutturale data l'attribuzione di entrambe ad un unico organo¹⁸⁹, si segnala che, a ulteriore rafforzamento del ruolo di interlocutore principale della vigilanza, gli statuti di tali banche devono espressamente attribuire al comitato per il controllo sulla gestione il compito di vigilare sull'osservanza delle norme di legge, regolamentari e statutarie. Inoltre il compito di nominare e

¹⁸⁸ Il modello dualistico previsto per le società di diritto comune presenta alcune caratteristiche che hanno reso necessari gli adattamenti oggetto dell'analisi (adattamenti operati sia con modifiche al Testo Unico Bancario, sia, più diffusamente, con le Disposizioni). In particolare ci si riferisce: all'assenza di poteri di ispezione e controllo per il consiglio di sorveglianza, determinata dalla mancanza nell'art. 2409 *quaterdecies*, I co. di un richiamo al 2403 *bis* c.c.; alla possibilità concessa dall'art. 2409 – *terdecies*, I co., f-*bis*, c.c. di attribuire in statuto poteri deliberativi al consiglio di sorveglianza in merito alle operazioni strategiche e ai piani industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, ferma in ogni caso la responsabilità di quest'ultimo negli atti di gestione (tale possibilità si scontra con la necessità di una *rigida* attribuzione e distinzione delle competenze attribuite ai vari organi requisito necessario per l'efficacia dei controlli, interni ed esterni); la mancata previsione di una disciplina sul conflitto di interessi e operazioni con parti correlate al consiglio di sorveglianza quando sia chiamato a deliberare su operazioni strategiche; la facoltà ma non l'obbligo per i componenti del consiglio di sorveglianza di partecipare alle riunioni del consiglio di gestione. Altro elemento di particolare rilevanza nelle banche è quello relativo alla minore intensità dei requisiti di indipendenza previsti per i membri del consiglio di sorveglianza.

¹⁸⁹ Si noti inoltre che nella disciplina di diritto comune le materie oggetto dei controlli da esercitarsi da parte del comitato per il controllo sulla gestione non includono, espressamente, la vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto e sulla corretta amministrazione.

revocare i membri del comitato per il controllo deve essere attribuito all'assemblea restando anche in questo caso fermo l'obbligo di debita motivazione in caso di revoca. Tale previsione rappresenta una deviazione non di poco conto in quanto, come noto, nel diritto comune la nomina dei membri del comitato per il controllo sulla gestione spetta ai sensi della'art. 2409-*octiesdecies* al consiglio di amministrazione. In applicazione del bilanciamento dei poteri dunque la Banca d'Italia ha con tale disposizione di molto limitato l'autonomia delle banche, snaturando almeno in parte il modello monistico, che appare in ogni caso scarsamente compatibile con le peculiarità in tema di controllo sulla gestione proprie delle banche, e creando una sorta di sistema di amministrazione e controllo ibrido.¹⁹⁰

Le Disposizioni son dunque volte a valorizzare ulteriormente l'organo che svolge funzioni di controllo «con l'Autorità di vigilanza, prefigurando anche una possibile soluzione ai problemi legati alla presenza di una pluralità di organi che, pur agendo con diverse funzioni (il comitato *audit*, l'organo di vigilanza ex d.lgs. 231/2001) tra loro non certo sovrapponibili, finiscono spesso con il porre in essere attività dai confini oggettivamente comuni, con rischi di duplicazioni e costi organizzativi rilevanti»¹⁹¹. Lo stesso Autore chiarisce che «in contesto come quello bancario dove

¹⁹⁰ Così Lemme, op.cit.

¹⁹¹ R. Costi, F. Vella, *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*, cit, p. 32.

la misurazione e la gestione di rischio coinvolgono strutture e attività molteplici, il controllo interno deve necessariamente fondarsi su coordinamento dei diversi livelli, e, laddove possibile, semplificazione e chiarezza nei diversi ruoli». ¹⁹²

Tale impostazione ribadisce l'impostazione delle Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche¹⁹³ arrivate al 5° aggiornamento del 22 dicembre 2010 in cui si legge «Per il conseguimento di un efficace ed efficiente sistema di gestione e controllo del rischio di credito, un ruolo fondamentale è attribuito agli organi aziendali. Gli organi con funzioni di supervisione strategica, gestione e controllo, ciascuno secondo le rispettive competenze e responsabilità, definiscono le politiche generali del sistema, sono responsabili della sua realizzazione, vigilano sul suo concreto funzionamento, verificano la sua complessiva funzionalità e rispondenza ai requisiti previsti dalla normativa.»¹⁹⁴

¹⁹² R. Costi, F. Vella, cit., *ibidem*.

¹⁹³ Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006.

¹⁹⁴ Articolo 1 delle *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, titolo II - Capitolo 4 *Sezione II* Requisiti Organizzativi. Le Nuove Disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche emanate al termine del 2010 e in vigore dal 31 dicembre hanno introdotto rilevanti modifiche in più punti e in particolare per quanto attiene la presente analisi al Titolo II - Capitolo 4: Rischi di Mercato, Parte III, Metodologia dei modelli interni, Sezione II, Requisiti Organizzativi.

3.5 La composizione degli organi sociali

Le disposizioni appaiono preoccuparsi prevalentemente di due aspetti: il sovraffollamento dell'organo di gestione e dall'altro dei requisiti qualitativi¹⁹⁵ dei membri degli organi di gestione e di controllo delle banche.

Per quanto attiene il primo aspetto, ancora una volta, il più volte richiamato principio di proporzionalità dovrebbe ispirare la scelta relativa al numero di componenti dell'organo che svolge funzioni di gestione nelle banche. Con riferimento alla realtà nazionale si segnala che l'Italia ha ottenuto il primato per numero di amministratori in uno studio fatto sulle prime 100 banche del mondo di cui 7 italiane (vedi tabella che segue)¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Particolare rilevanza è attribuita, conformemente all'evoluzione in materia (cfr. la *Walker Review* di cui al Capitolo V e i *Principles of Enhancing Corporate Governance* di cui al Capitolo IV), al requisito di indipendenza: esponenti indipendenti devono essere presenti nella compagine dell'organo con funzioni di supervisione strategica al fine di promuovere il dibattito tra i consiglieri e in particolare con i consiglieri con incarichi esecutivi.

¹⁹⁶ La tabella rielaborata dalla tabella 9.4 di R. Trayler, *A survey of corporate governance in banking: characteristics of the top 100 world banks*, p. 193, in B. E. Gup, *Corporate Governance in Banking, a global perspective*, Elgar, UK/USA, 2007.

Paese / Area	Medi a	Au s	Ca n	EU	F R	IT	JA P	SudE st Asia	UK	US A
Banche	100	5	6	32	5	7	8	8	8	26
Amministratori	14,6	10,6	16,8	17	18	19,6	9	12,3	15,5	15
Riunioni	10,2	10,6	12,8	10,1	7,6	16,2	-	9,2	11,2	8,7

Emerge dunque chiaramente la tendenza nazionale ad una composizione pletorica dei consigli di amministrazione: l'Italia (nel 2007) era il primo paese per numero di componenti dell'organo amministrativo. Le Disposizioni in tal senso ribadiscono innanzitutto che la composizione degli organi sociali ha importanza centrale per l'efficace assolvimento dei compiti loro affidati¹⁹⁷ dalla legge, dalle disposizioni di vigilanza e dallo statuto (si badi in ultima posizione) e, in secondo luogo, che «il numero dei componenti degli organi sociali deve essere adeguato alle dimensioni e alla complessità dell'assetto organizzativo della

¹⁹⁷ Anche i *Principles for enhancing corporate governance* pubblicati dal Comitato di Basilea nell'ottobre del 2010 (cfr. ultimo paragrafo del presente Capitolo III) e D. Walker nello scritto commissionato dal Governo britannico, meglio illustrato nel V Capitolo del presente lavoro, *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities. Final Recommendations*, 26 novembre 2009, (www.hm-treasury.gov.uk) insistono entrambe sulla centralità della strutturazione dell'organo con funzioni di gestione e controllo e sul fatto che non si debba eccedere nel numero dei componenti.

banca al fine di presidiare efficacemente l'intera operatività aziendale, per quanto concerne la gestione e i controlli». E ancora «la composizione degli organi non deve risultare pletorica: una compagine eccessivamente numerosa può ridurre l'incentivo di ciascun componente ad attivarsi per lo svolgimento dei propri compiti e può ostacolare la funzionalità dell'organo stesso». ¹⁹⁸ Se dunque la regolamentazione è alla ricerca di incentivi, vedi anche l'attenzione riversata sui sistemi di remunerazione, per gli amministratori, l'affollamento dell'organo di gestione non solo può comportare inefficienze, difficoltà nella suddivisione dei compiti e delle relative deleghe¹⁹⁹ ma può rappresentare anche un vero e proprio disincentivo al costante e attento

¹⁹⁸ Studi comportamentali hanno dimostrato sia a livello teorico-scientifico sia empirico che consigli di amministrazione con meno componenti operano più efficacemente di quelli con molti componenti, attestandosi il numero di componenti ideale a 12. Cfr. P. Turquet: *Threats to Identity in the Large Group*. In: Kreeger, I., *The Large Group*, Karnac Books, 1994. In consigli di amministrazione troppo numerosi si producono dinamiche cd. di "groupthinking" secondo le quali non vi è da parte di ogni componente piena attenzione alle proprie competenze quanto piuttosto una tendenza a seguire gli altri con una evidente riduzione dell'attività di verifica e monitoraggio. Ciò è dovuto anche al fatto che quando il numero dei componenti superi i 12 diventa assai più complesso mantenere relazioni sociali stabili con tutti i membri. Cfr. I.L. Janis, *Victims of groupthinking*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1972.

¹⁹⁹ Il tema è stato ampiamente affrontato in sede di riforma delle società di capitali. Cfr. per esempio A. De Nicola, *Commenti all'art. 2381 c.c.*, in "Commentario della riforma delle società", diretto da P. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, p.99-130, Giuffrè, in cui chiaramente si indica che Una eccessiva flessibilità nella definizione dei compiti porta ad una opacità della cd. *accountability* (individuazione del soggetto responsabile al fine di verificarne l'operato) e dunque delle linee di attribuzione di responsabilità.

svolgimento dei compiti di gestione in capo a ciascun amministratore e un elemento di deresponsabilizzazione.

Di seguito una tabella che pone a confronto il numero di componenti dell'organo con funzioni di gestione delle prime tre banche per totale attivo nel 2009 in Italia, Francia, Spagna, Germania, Regno Unito e USA.²⁰⁰

Banca	Paese	Totale attivo 2009 (\$ mld)	n° amministratori
BNP Paribas	Francia	2965	17
Credit Agricole Group	Francia	2441	21
Groupe BPCE	Francia	1482	5
RBS	GB	2750	11
HSBC Holdings	GB	2365	17
Barclays	GB	2235	13
Deutsche Bank	Germania	2162	7

²⁰⁰ Il numero di amministratori è stato raccolto sui siti internet di ognuna delle banche citate nel dicembre 2010 e il totale attivo di ogni banca è stato ripreso da The Banker Database, una pubblicazione del Financial Times Group (www.thebankerdatabase.com).

Commerzbank	Germania	1216	10
Landesbank Baden-Wuerttemberg	Germania	602	7
Unicredit	Italia	1338	23
Intesa Sanpaolo	Italia	914	9
Banca Monte dei Paschi di Siena	Italia	329	12
Banco Santander	Spagna	1600	20
BBVA	Spagna	783	12
Caja de Ahorros y Pen de Barcelona-la Caixa	Spagna	397	21
BofA Corp.	USA	2223	13
JPMorgan Chase & Co	USA	2032	11
Citigroup	USA	1857	15

Nella tabella che segue si riportano i risultati di una semplice elaborazione statistica consistente nel considerare i valori medi per ogni Paese delle sopracitate banche in modo da calcolare il numero di amministratori per unità di attivo

(ovvero quanti amministratori in media ogni banca ha, in ciascun paese, per migliaia di miliardi di dollari di attivo).

Paese	Totale attivo 2009 (\$000 mld)	n° amministratori	amministratori/ attivo
Spagna	0,93	18	19
Italia	0,86	15	17
USA	2,04	13	6
Francia	2,30	14	6
Germania	1,33	8	6
GB	2,45	14	6

A ben vedere dunque le preoccupazioni della Banca d'Italia rispetto alla composizione pletorica dei consigli di amministrazione delle banche italiane rispondono ad una situazione in cui se una banca italiana avesse lo stesso attivo una banca americana avrebbe un numero di componenti del consiglio di amministrazione (diciassette) di quasi tre volte superiore a quello della banca americana (sei).

Le Disposizioni, nonostante il tenore letterale possa creare qualche incertezza, non aggiungono nuovi requisiti rispetto a quelli previsti dal D.M. emanato ai sensi di quanto previsto dall'art. 26 del TUB: le Note di Chiarimento espressamente indicano infatti che «sono da considerarsi vincolanti esclusivamente i requisiti stabiliti ai sensi dell'art. 26 TUB». Il valore delle indicazioni in proposito dettate dalle Disposizioni, stando a quanto si legge nella nota di chiarimenti è invece quello di parametri per il processo di autovalutazione, nel continuo, da parte degli organi aziendali relativamente alle esigenze di professionalità, da intendersi non solo come competenza in uno specifico settore ma come tipologia e varietà di competenze ed esperienza, necessarie per il perseguimento delle strategie e rispondenti al contesto in cui opera la banca.²⁰¹ Nulla vieta dunque che siano le banche stesse nell'ambito di tale processo di autovalutazione ad inserire nei propri statuti specificazioni e ampliamenti²⁰² relativamente a detti requisiti.²⁰³

²⁰¹ Vedi punto 5, risposta 1, della Nota di Chiarimenti del 19 febbraio 2009 della Banca d'Italia.

²⁰² L'incremento della qualificazione professionale degli organi di governo delle banche è da tempo auspicato dalla dottrina, vedi in particolare C. Brescia Morra, *Gli amministratori di banche nella disciplina di vigilanza*, AGE, *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1/2004, p. 111.

²⁰³ L'art 2387 c.c. stabilisce che gli statuti possono subordinare l'assunzione della carica di amministratore al possesso di specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, con decadenza dello stesso in caso di perdita dei requisiti così disposti.

Chiarita la valenza delle Disposizioni a tal riguardo, di seguito una breve disamina delle linee applicative dalle stesse dettate in merito ai requisiti di professionalità, indipendenza²⁰⁴ e a quello cd. di disponibilità e alla nozione di esecutività. Per quanto attiene ai requisiti le linee applicative oltre alla professionalità richiamano la necessità che gli esponenti abbiano anche la disponibilità di tempo²⁰⁵ (da leggersi anche in combinato disposto con lo sfavore per il cumulo di cariche²⁰⁶) necessaria per svolgere i compiti affidati. Le Disposizioni richiedono poi rispetto alla normativa codicistica e a quella prevista per le società quotate²⁰⁷ un ulteriore sforzo proprio con riferimento al

²⁰⁴ Cfr. P. Ferro-Luzzi, *Onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti nell'esercizio dell'impresa bancaria nel sistema dualistico*, in "Sistema dualistico e governance bancaria", a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, Giappichelli, 2009.p.145-156.

²⁰⁵ Proprio in tema di disponibilità di tempo la prima raccomandazione della *A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities. Final Recommendations*, 26 novembre 2009, (www.hm-treasury.gov.uk) riguarda lo stabilire al momento della nomina dei componenti dell'organo con funzioni di gestione e controllo il tempo minimo che dovrà essere dedicato per le riunioni del relativo organo.

²⁰⁶ Già anni fa P. Marchetti e L. Bianchi, *Composizione e funzionamento del consiglio di amministrazione delle banche*, in Il governo delle banche in Italia, Fondazione Roselli, quarto rapporto, Roma, 1999, p. 302 avevano sottolineato la necessità di un intervento regolamentare in tema di cumuli di cariche per gli amministratori.

²⁰⁷ L'art. 148-*bis* del Testo Unico sulla Finanza stabilisce che con regolamento della CONSOB sono stabiliti limiti al cumulo degli incarichi di amministrazione e controllo che i componenti degli organi di controllo di società italiane con azioni quotate nei mercati regolamentati italiani o di altri paesi dell'Unione europea, e società emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico in misura rilevante possono assumere presso tutte le società di cui al libro V, Titolo V, capi V (S.p.A.), VI (S.a.p.A), e VII (S.r.l.) del codice civile,

cumulo di incarichi: le banche debbono non solo accertare e valutare in occasione della nomina degli esponenti aziendali eventuali incarichi di analoga natura ma inserire specifiche previsioni a tal riguardo negli statuti o nei regolamenti interni. In merito alla questione del cumulo degli incarichi si è anche espressa in termini severi l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato: “[il] cumulo di incarichi appare di rilievo nell’analisi dei potenziali effetti restrittivi della concorrenza in considerazione del fatto che i soggetti aventi tali incarichi non possono, agendo nell’interesse degli azionisti dai quali hanno ricevuto i diversi mandati, non tener conto dell’intero set informativo a loro disposizione nel momento in cui operano nei vari organi di gestione e controllo. Alternativamente, ed in contraddizione con quanto sopra affermato, si dovrebbe presumere che tali soggetti agiscano volontariamente in maniera sub-ottimale per gli azionisti che rappresentano. La situazione appena descritta dà quindi la ragionevole certezza agli azionisti di entrambe che egli, agendo correttamente nell’interesse di cui sono portatori: (i) opererà perseguendo l’obiettivo di massimizzare i profitti di ogni banca, ma godendo di un

e aggiunge che la Consob stabilisce tali limiti avendo riguardo all’onerosità e alla complessità di ciascun incarico, anche in rapporto alla dimensione della società, al numero e alla dimensione delle imprese incluse nel consolidamento nonché all’estensione e all’articolazione della struttura. La materia è stata poi oggetto di un apposito regolamento Consob, cfr. le modifiche apportate al Regolamento Consob n. 11971 (il c.d. regolamento Emittenti), introdotte nel giugno 2007.

insieme informativo, legittimamente acquisito nei vari ruoli assunti, che attenua quel margine di incertezza tipico dell'agire tra concorrenti; (ii) individuerà le soluzioni che evitano di avvantaggiare una banca penalizzando l'altra."²⁰⁸

Il fenomeno secondo le indagini condotte dall'Autorità Antitrust ha dimensioni significative, come indicato nella tabella che segue (fonte: *La corporate governance* di banche e compagnie di assicurazioni).²⁰⁹

Gruppi/imprese che presentano nei propri organi di *governance* più di 10 soggetti con cumuli di incarichi in concorrenti.

Gruppo	N° di soggetti che hanno incarichi in concorrenti	N° totale di soggetti presenti nella <i>governance</i>	% di soggetti con più di incarico sul totale di soggetti presenti nella <i>governance</i>
GENERALI	16	113	14,2
PREMAFIN	15	94	16,0
INTESA SANPAOLO	14	69	20,3
MEDIOBANCA	14	27	51,9
UBI	14	106	13,2
CASSA DI RISP. DI SAN MINIATO	13	34	38,2
UNICREDIT	13	89	14,6
REALE MUTUA	10	18	55,6
BPM	10	87	11,5

²⁰⁸ C8277 Banche Popolari Unite/Banca Lombarda e Piemontese.

²⁰⁹ Ampio spazio è dedicato all'argomento in tale indagine conoscitiva per la rilevanza degli *interlocking directorates* a fini antitrust. La tabella qui riportata insieme ad altri interessanti dati si torva a pagina 87.

Per quanto infine attiene il delicato requisito dell'indipendenza²¹⁰, definito «un nuovo mito collegato al mito del conflitto di interessi»²¹¹, la nota di chiarimenti si è arrestata nell'indicare, agli operatori che chiedevano maggiori ragguagli, che sino all'adozione del regolamento del Ministro dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'art. 26 TUB, le banche²¹² sono tenute ad indicare nel proprio statuto la definizione di indipendenza che intendono applicare, mutuandola eventualmente dalla definizione contenuta nel codice di autodisciplina, nonché il numero di componenti ai quali essa debba essere riferita²¹³. Ai sensi del codice di

²¹⁰ La necessità di favorire l'indipendenza degli organi amministrativi rispetto alla proprietà della banca era stata oggetto di attenzione già prima della riforma del diritto societario. Cfr. in particolare C. Brescia Morra e U. Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il Contratto*, Roma – Napoli, pp. 24-26, 2006; C. Brescia Morra, *Gli amministratori di banche nella disciplina di vigilanza*, in “A.G.E.”, 2004, Vol.1, p.101 e ss.

²¹¹ P. Ferro-Luzzi, *Onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti nell'esercizio dell'impresa bancaria nel sistema dualistico*, in “Sistema dualistico e governance bancaria”, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, Giappichelli, 2009.p.151 in cui l'Autore continua indicando che data la rilevanza e i riflessi operativi è un tema che «meriterebbe un convegno a sé» e suggerisce allo stesso tempo una nozione in positivo di indipendenza basata sul valore di reputazione proprio del soggetto che deve essere superiore al valore dell'incarico e fondato su una onorata carriera.

²¹² Ferme restando le altre disposizioni di legge applicabili in materia di requisiti di indipendenza.

²¹³ Si rimanda a M. Perassi, *Consiglieri indipendenti e di minoranza*, in “A.G.E.2/2007, Banche e sistema dualistico, forme, funzioni, finzioni”, che sottolinea il ruolo centrale che i membri indipendenti possono rivestire al fine di assicurare l'efficacia dei controlli interni, presidio indispensabile per il rispetto delle regole di sana e prudente gestione e offre un'interessante analisi delle norme statutarie di alcune delle principali banche italiane con specifico riferimento ai membri

autodisciplina sono indipendenti gli amministratori che «non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l'emittente o con soggetti legati all'emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l'autonomia di giudizio». Gli statuti delle maggiori banche italiane (Intesa SanPaolo, UniCredit e MPS) fanno esplicito riferimento alla definizione di “indipendenza” offerta dal codice di autodisciplina²¹⁴ delle società quotate rinunciando alla facoltà di proporre una “propria” definizione²¹⁵ tagliata sulla realtà dell'impresa bancaria.

indipendenti e da cui emerge la valenza di tali norme a porsi come base per un apporto costruttivo di tali membri.

²¹⁴ Il requisito di indipendenza è definito dal Codice di autodisciplina emanato nel 2006 a cura di Borsa Italiana S.p.A. indica che sono indipendenti gli amministratori «che non intrattengono, né hanno di recente intrattenuto, neppure indirettamente, con l'emittente o con soggetti legati all'emittente, relazioni tali da condizionarne attualmente l'autonomia di giudizio.». Si noti l'unico aggiornamento dalla sua emanazione è del 3 marzo 2010 e relativo solamente ai sistemi di remunerazione e dei dirigenti con responsabilità strategiche –art. 7, dunque nonostante la crisi Borsa Italiana non ha ritenuto di dover aggiornare uno dei principali strumenti relativi alla *corporate governance* delle società quotate. Ciò è da confrontarsi con l'emanazione da parte della Banca d'Italia non solo delle Disposizioni di vigilanza in materia di governo societario ma anche con le recenti Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale che pure coinvolgono i sistemi di *governance* a conferma della peculiarità che il governo societario delle banche presenta anche rispetto alle altre società quotate.

²¹⁵ Cfr. l'art. 20, co. 3, dello statuto di Unicredit, l'art. 22.1 dello statuto di Intesa SanPaolo e l'art. 15. co. 1. alinea 1.1 dello statuto di MPS.

3.6 I flussi informativi

Le Disposizioni dedicano nell'ultima sezione pochi capoversi alla circolazione delle informazioni tra gli organi sociali e all'interno degli stessi; ha sorpreso tale approccio definito minimalista²¹⁶ rispetto ad una questione che le Disposizioni stesse indicano come «imprescindibile affinché siano effettivamente realizzati gli obiettivi di efficienza della gestione e di efficacia dei controlli»; l'adeguatezza e l'efficienza dei flussi informativi rappresenta infatti una condizione necessaria all'efficienza della gestione e dei controlli.²¹⁷ Vengono presi in considerazione dalle Disposizioni in particolare i flussi informativi tra gli organi sociali e all'interno degli stessi, dunque i flussi informativi endo-societari²¹⁸, mancando un richiamo espresso sia a quelli verso l'esterno (autorità di vigilanza ma anche verso il pubblico) sia quelli intra-gruppo ed infatti i principi generali accentuano e puntano proprio nel richiedere che le banche

²¹⁶ Cfr. Lemme, cit.

²¹⁷ *La Governance delle banche tra disciplina civilistica e di vigilanza*, in "Le nuove s.p.a.", Cap. XXIV, Le Società bancarie, Sez. IV, Paragrafo 5, opera diretta da O. Cagnasso e L. Panzani, Bologna, Zanichelli, 2010

²¹⁸ In seno al consiglio di amministrazione è attribuito al presidente il ruolo di "garante" della corretta circolazione endoconsiliare dei flussi informativi. I poteri di convocazione, redazione dell'ordine del giorno e procedurali di direzione e coordinamento dei lavori dell'organo collegiale non sono formali e procedurali ma in presenza di assetti proprietari complessi o di minoranze significative possono assumere grande rilevanza per il buon funzionamento del sistema di governo societario della banca, come sottolineato da C. Brescia Morra, *I "flussi informativi" nella corporate governance bancaria*, in "Banche e Banchieri", n. 6/2008.

pongano specifica cura nello strutturare forme di comunicazione e scambio di informazioni complete, tempestive e accurate tra gli organi con funzioni di supervisione strategica, di gestione e di controllo, in relazione alle competenze di ciascuno di essi, nonché all'interno di ciascun organo. Le Disposizioni indicano anche la necessità di approntare “presidi organizzativi” per evitare il rischio di divulgazione impropria di notizie riservate, ben si comprende in un settore dove l'elemento della fiducia diffusa sia così rilevante l'importanza attribuita non solo a sistemi che consentano l'adeguato fluire delle informazioni ma anche a sistemi che, ove si tratti di notizie riservate, lo blocchino. Le Disposizioni fanno specifico riferimento alla norma del codice civile (art. 2381, comma 6) che impone agli amministratori l'obbligo di agire in modo informato: nella *governance* bancaria sembra però che tale principio debba essere esteso con forza a tutti gli esponenti bancari e non solo agli amministratori o all'organo con funzioni di gestione che, come si è avuto modo di vedere, non sempre è l'unico organo che agisce (nel senso di gestisce) per la banca.

Le Linee Applicative richiedono alle banche di emanare appositi regolamenti il cui contenuto essenziale è individuato dalle stesse in elementi che attengono non solo la tempistica, le forme e i contenuti della documentazione da trasmettere ai singoli componenti degli organi necessaria ai fini della gestione ordinaria dell'azienda, ma anche alla definizione delle competenze e dei doveri attribuiti ai presidenti degli

organi stessi relativamente «alla formazione dell'ordine del giorno; informazione preventiva ai componenti degli organi in relazione agli argomenti all'ordine del giorno; documentazione e verbalizzazione del processo decisionale; disponibilità ex post di detta documentazione; trasmissione delle delibere all'Autorità di vigilanza, quando previsto dalla normativa». Dal punto di vista dei contenuti si richiede poi di determinare in tali regolamenti il contenuto minimo dei flussi informativi; non sorprende che venga incluso nel contenuto minimo il monitoraggio del rischio della banca individuato non solo nell'esposizione della banca ma anche, attraverso un riferimento generico a tutte le tipologie di rischio rilevanti, quali in particolare il rischio di credito, il rischio di mercato, il rischio operativo e il rischio reputazionale, nonché e non in ultimo alle tipologie di operazioni innovative e i rispettivi rischi.

Per quanto infine attiene alla competenza ad emanare tali regolamenti, rispetto alla versione offerta in consultazione è stato eliminato il riferimento alla competenza dell'organo con funzione di supervisione in accoglimento dell'osservazione secondo la quale detto regolamento deve essere approvato dal consiglio di sorveglianza in caso di adozione del sistema dualistico nella parte che contempla i rapporti tra gli organi ma essere rimesso al consiglio di gestione per i flussi informativi all'interno dell'organo stesso. Era anche stata richiesta in forza del principio di proporzionalità di esentare le banche di limitate dimensioni

dall'obbligo di redazione del regolamento, tuttavia la Banca d'Italia, sottolineando la centralità del corretto andamento dei flussi informativi, ha indicato che l'adozione di appositi regolamenti si ponga anche per le banche di limitate dimensioni.²¹⁹

3.7 Politiche di remunerazione e incentivazione

Le politiche di remunerazione rappresentano uno dei punti più - poi rivelatosi - più delicato del provvedimento, come vedremo nel prossimo capitolo soprattutto alla luce dell'esperienza della crisi²²⁰, e sono al momento oggetto di un profondo ripensamento: al presente lavoro è allegato in appendice il Documento di Consultazione Pubblica sulle Disposizioni di Vigilanza di recepimento della Capital Requirements Directive – Disposizioni di vigilanza in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche, la cui emanazione è prevista entro la primavera del 2011.

Preme qui rilevare, con specifico riferimento alle Disposizioni, che esse, ponendosi all'avanguardia rispetto all'assetto regolamentare previsto a livello internazionale in

²¹⁹ Vedi il Resoconto della Consultazione sulla disciplina in materia di organizzazione e governo societario delle banche, p. 86.

²²⁰ Vedi per una analisi comparativa G. Ferrarini, N. Moloney e Maria Crisitina Ungureanu, *Understanding Director's Pay in Europe, a Comparative and Empirical Analysis*, "ECGI Law Series", Working Paper No. 126/2009, agosto 2009.

materia ²²¹, sottolineano la necessità di adottare politiche retributive e incentivanti atte ad assicurare da un lato l'elevato *standing* del personale e dall'altro ad indirizzare il comportamento e le scelte al perseguimento degli obiettivi aziendali in linea con una gestione sana e prudente e ciò avendo riguardo non solamente a top management ma a tutto il personale della banca e delle reti di vendita. Le Disposizioni prevedono la necessità di un equilibrio tra componente fissa e componente variabile della remunerazione, potendo sì la componente variabile essere basata su strumenti finanziari (per es. *stock option*) o collegata alla *performance* della banca, ma dovendo essere sempre posta a confronto con la quantificazione al rischio assunto dalla banca e strutturata in modo da incoraggiare l'adozione di una ottica di lungo periodo (così da scoraggiare pratiche che potrebbero ricadere nel cd. *moral hazard*). In ogni caso i compensi aventi ad oggetto strumenti finanziari o legati alla *performance* dell'impresa sono da escludersi per i membri degli organi di controllo. L'approvazione dei meccanismi di remunerazione e incentivazione è affidata all'assemblea ²²². Le Disposizioni dettano specifiche linee

²²¹ A livello internazionale un ruolo chiave in tema di meccanismi di remunerazione è stato svolto dal Financial Stability Board che nel corso del 2009 ha emanato i Principles for Sound Compensation Practices e i relativi Implementation Standards.

²²² L'obiettivo che si vuole raggiungere è quello di accrescere il grado di consapevolezza e il monitoraggio degli azionisti in merito ai costi complessivi, ai benefici e ai rischi del sistema di remunerazione e incentivazione prescelto.

applicative anche in merito al contenuto dell'informativa che deve essere data ai soci: non solo l'informativa deve essere suddivisa in modo disaggregato per ruoli e funzioni ma deve anche chiaramente indicare distintamente la rilevanza della componente fissa e di quella variabile nonché la ripartizione tra compensi basati su strumenti finanziari e premi monetari collegati alle *performance*, in ultimo va indicato anche il trattamento previsto in caso di scioglimento del rapporto.²²³

Le Disposizioni specificano che l'informativa deve essere idonea a fornire all'organo assembleare una chiara ed efficace rappresentazione dei seguenti elementi: i) ragioni e finalità che la banca persegue con la politica retributiva; ii) criteri prescelti nella definizione delle politiche remunerative, con particolare riguardo all'equilibrio tra componente fissa e variabile nonché al collegamento del compenso con il livello di rischio e l'effettività e stabilità dei risultati; iii) parametri utilizzati per il calcolo delle componenti variabili, elementi essenziali che li compongono e eventuali fonti di reperimento dei medesimi; iv) *iter* seguito nell'elaborazione delle politiche di remunerazione; v) tipologia e impatto delle eventuali modificazioni rispetto alle politiche già approvate.

²²⁴ Ci si chiede se una informativa così ricca e dettagliata sia

²²³ Che come dimostrano il recente caso nazionale dell'ex amministratore delegato di UniCredit S.p.A., Alessandro Profumo, possono raggiungere cifre assai elevate nell'ordine di milioni di Euro.

²²⁴ In tal senso le disposizioni incoraggiano le banche a fornire informazioni di tipo statistico sull'evoluzione delle dinamiche retributive, anche rispetto al trend del settore. Vedi la Nota di Chiarimenti del 19 febbraio 2009, p.8.

davvero lo strumento idoneo a consentire agli azionisti di avere una chiara rappresentazione complessiva delle politiche di remunerazione e a permettere loro un monitoraggio efficace.

Gli strumenti di remunerazione e incentivazione nel corso del 2009 e del 2010 hanno assunto una rilevanza particolare nell'ambito delle nuove scelte operate in tema di *corporate governance* delle banche e sono state oggetto di grande attenzione a livello internazionale²²⁵: la stessa Banca d'Italia con comunicazione del 28 ottobre 2009²²⁶ ha sottolineato l'importanza di un pronto allineamento ai nuovi principi e standard elaborati dal Financial Stability Board nel corso dl 2009 con particolare riferimento alla componente

²²⁵ Non solo, come si indica nel prosieguo a livello comunitario e del Financial Stability Board, ma anche del Comitato di Basilea sulla supervisione bancaria che ha pubblicato solo nel 2010 due documenti *Compensation Principles and Standards Assessment Methodology* (gennaio 2010) e *Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration* (ottobre 2010), documento di consultazione. Quanto a recenti studi in materia si segnalano: L. Renneboog e G. Trojanowski, *Managerial remuneration and disciplining in the UK: a tale of two governance regimes*, in "ECGI Finance Working Paper", n. 301/2010, dicembre 2010; J.G. Hill, *New trends in the regulation of the executive remuneration*, in R.P. Austin e A. I Bilski, a cura di, *Directors in troubled times*, Ross Parsons Centre of Commercial Corporate and Taxation Law, 2009, p. 100-123; G. Ferrarini e M.C. Ungureanu, *Economics, politics and the international principles for sound compensation practices. An analysis of executive pay at European Banks*, in "ECGI Law Working Paper", N. 169/2010, novembre 2010, L.A. Bebchuk, A. Cohen, H. Spamann, *The wages of failure: executive compensation at Bear Stearns and Lehman 2000-2008*, Harvard Law School Discussion Paper No. 657, febbraio 2010.

²²⁶ Comunicazione N. 0321560/09 reperibile sul sito della Banca d'Italia, www.bancaditalia.it.

variabile della remunerazione; al rapporto tra ammontare complessivo delle retribuzioni variabili e capacità della banca di raggiungere o mantenere un livello di patrimonializzazione adeguato ai rischi assunti; alla quantificazione del compenso in caso di conclusione anticipata del rapporto di lavoro²²⁷ e nel dicembre 2010 ha pubblicato il documento per la consultazione contenente Disposizioni di vigilanza in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche²²⁸. Tale ultimo intervento, adottato sulla base degli art. 53 e 67 del Testo Unico Bancario e dei decreti del Ministro dell'Economia e delle Finanze, in qualità di presidente del CICR, del 5 agosto 2004 e del 27 dicembre 2006, è stato reso necessario dalla pubblicazione della Capital Requirement Directive III (direttiva 2010/76/UE del 14 dicembre 2010), di modifica delle direttive 2006/48 e 2006/49, che prevede regole di armonizzazione in ambito UE sui sistemi di remunerazione e incentivazione per banche e imprese di investimento e che ha non solo introdotto alcune novità rispetto a quanto già previsto nelle Disposizioni di vigilanza sulla *corporate governance* bancaria del 2008 ma anche affrontato la questione con grado di maggior dettaglio. Data la natura del provvedimento, si tratta come detto di un documento di consultazione e trattandosi di una evoluzione

²²⁷ Nella seconda parte della comunicazione, indirizzata solo ad alcune banche, si richiede di condurre una specifica verifica della coerenza delle proprie politiche di remunerazione con i criteri e gli standard delle Disposizioni come integrati dalla comunicazione.

²²⁸ Vedi in appendice al presente lavoro.

recentissima e ancora in atto, si offre di seguito una breve sintesi di quelli che allo stato sembrano i punti principali su cui di intende agire.

L'obiettivo dichiarato del provvedimento è quello di «pervenire – nell'interesse di tutti gli *stakeholders* – a sistemi di remunerazione, in linea con le strategie e gli obiettivi aziendali di lungo periodo, opportunamente corretti per tener conto di tutti i rischi, coerenti con livelli di capitale e di liquidità necessari a fronteggiare le attività intraprese e, in ogni caso, tali da evitare incentivi distorti che possano indurre a violazioni normative o ad una eccessiva assunzione di rischi per la banca e il sistema nel suo complesso»²²⁹: ancora una volta il principio di base è l'allineamento degli interessi dei manager alle strategie e agli obiettivi aziendali di lungo periodo. Il provvedimento, una volta adottato, abrogherà l'intera disciplina sui sistemi di remunerazione sino ad ora emanata, confermando però i vincoli alla remunerazione dei componenti degli organi di controllo (per cui è previsto il divieto di remunerazione variabile), i presidi previsti per i responsabili delle funzioni di controllo interno (consistenti in un maggior peso della parte fissa e un riferimento per la parte variabile a indicatori qualitativi coerenti con le funzioni svolte), l'approvazione delle politiche di remunerazione da parte dell'assemblea

²²⁹ Cfr. Disposizioni di vigilanza in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche, Documento per la consultazione, Premessa, p.1., reperibile sul sito della Banca d'Italia (www.bancaditalia.it).

(nonostante ciò non sia espressamente previsto dalla CRD III). Il principale elemento di novità è rappresentato dal grado di maggior dettaglio rispetto alla disciplina sino ad ora vigente e dall'ambito di applicazione, anch'esso specificato: ci si riferisce in particolare alla individuazione²³⁰ del personale più rilevante (cd. *risk takers*, definiti nella proposta attuale come quei «soggetti la cui attività ha o può avere un impatto rilevante sul profilo di rischio della banca») e ai criteri sul rapporto tra componente fissa e componente variabile della remunerazione di tali soggetti. Diversamente alla tendenza della prassi attuale, le nuove norme dispongono la necessità di aumentare la parte fissa in modo da consentire alla parte variabile di contrarsi sensibilmente e anche azzerarsi in relazione ai risultati, corretti per i rischi, effettivamente conseguiti. Per tali soggetti è inoltre previsto che almeno il 50% della remunerazione variabile sia in strumenti finanziari e che di essa una parte sostanziale (che per gli amministratori con incarichi esecutivi può arrivare al 60%) sia differita per un periodo di tempo non inferiore a 3-5 anni ciò in modo da tener conto nella remunerazione dell'andamento dei rischi

²³⁰ Si noti che secondo l'impostazione attuale è stabilita una previsione, salvo prova contraria, per amministratori con incarichi esecutivi, direttore generale e responsabile delle principali linee di business, funzioni aziendali o aree geografiche nonché coloro che riportano direttamente agli organi con funzione di supervisione strategica, gestione e controllo, responsabile e personale di livello più elevato delle funzioni di controllo interno, altri soggetti che individualmente o collettivamente assumono rischi in modo significativo, circa la loro identificazione quale "personale più rilevante". Cfr. Appendice, Documento di consultazione pubblica sulle disposizioni di vigilanza di recepimento della CRD III, Articolo 3.2.

assunti dalla banca. Interessante notare, ad una prima lettura, la sottoposizione della remunerazione variabile a meccanismi di correzione *ex post* (detti anche *malus* o *claw back*) atti a, tra l'altro, riflettere la performance al netto dei rischi di fatto assunti o conseguiti.

Come accennato, le nuove disposizioni indicano con tutta evidenza la volontà non solo di allineare gli interessi dei *risk takers* a quelli degli *stakeholders*, ma anche e soprattutto di renderli interessi di lungo periodo e legati più che alla *performance* alla corretta gestione dei rischi.

CAPITOLO IV

Aspetti di specifico interesse anche alla prova della crisi finanziaria globale 2007-2009

1. Lo sviluppo della recente crisi finanziaria globale e il sistema bancario italiano

Si intende di seguito dar conto, analizzare e descrivere, senza pretesa di esaustività nei confronti della crisi che è stata assomigliata per magnitudo alla grande crisi del '29, lo sviluppo della crisi con specifico riferimento al suo impatto sul sistema bancario italiano. La crisi finanziaria internazionale, che ha visto il suo inizio nella crisi dei mutui cd. *sub-prime* negli Stati Uniti, ha rapidamente contaminato, con estrema violenza, le principali economie avanzate del mondo, determinando una recessione a livello globale delle economie dei principali paesi industrializzati e, nelle economie emergenti, quali ad esempio Repubblica Popolare Cinese ed India, un significativo rallentamento nella crescita.

La crisi si è abbattuta sul sistema bancario italiano nella fase di completamento del profondo processo di trasformazione che lo aveva interessato negli ultimi anni e che, a seguito dell'accresciuta concorrenza, aveva visto ridisegnarsi gli equilibri tra le principali banche del paese e la creazione di nuovi grandi gruppi bancari, con il

conseguente aumento della dimensione media degli operatori²³¹. All'arrivo della crisi in Italia, nel settembre 2008, nel sistema bancario italiano era ancora in atto tale processo: i grandi gruppi bancari, quali UniCredit e Intesa Sanpaolo, da poco creatisi, si stavano con successo internazionalizzando e le nuove soluzioni di *governance* offerte dalla riforma del diritto societario²³² erano al vaglio delle prime sperimentazioni.

L'Italia è tecnicamente entrata in recessione nel secondo trimestre del 2008²³³. La crisi finanziaria, iniziata nell'estate del 2007²³⁴, ha raggiunto il suo picco immediatamente dopo il *crack* della Lehman Brothers, ed ha avuto il suo impatto più

²³¹ Riportare esempi quali le grandi concentrazioni UCB, Sanpaolo Intesa nonché i numeri relativi alla presenza di banche ed alla loro concentrazione tra gli anni 1990/2000/2008.

²³² Si pensi in particolare all'introduzione dei nuovi sistemi di amministrazione e controllo che proprio per Intesa Sanpaolo è risultato il sistema di governo ancora oggi adottato, mentre per altri istituti (Mediobanca) ha rappresentato solo la una scelta momentanea.

²³³ Secondo la tradizionale definizione economica di recessione, un Paese entra in recessione se il Prodotto Interno Lordo diminuisce per due trimestri consecutivi. Il Prodotto Interno Lordo in Italia è aumentato del 0.3% nel primo trimestre del 2008 ma è poi diminuito del 0.6% e dello 0.7% nel secondo e terzo trimestre 2008. Nell'ultimo trimestre del 2008 è ancora diminuito dello 1.9% (vedi ISTAT, comunicato stampa sul PIL del 12 marzo 2009, <http://www.istat.it>, p. 5, tavola 6).

²³⁴ Cfr. l'audizione del Governatore Draghi al Senato del 21 ottobre 2008, p. 5, in cui si indica come momento iniziale della crisi in Italia l'estate del 2007. La seconda fase della crisi (la più severa che ha avuto i suoi effetti in Europa ed in Italia) è iniziata subito dopo il fallimento della Lehman Brothers Holdings (la società a capo del gruppo Lehman Brothers) dichiarato in data 15 settembre 2008 (il giorno in cui Lehman Brothers ha fatto richiesta di essere assoggettata alla procedura prevista dal Chapter 11).

forte sui gruppi bancari nazionali di maggiori dimensioni (innanzitutto in quanto globalizzati e dunque più direttamente esposti a perdite del valore di mercato dei loro titoli). Le azioni dei principali gruppi bancari italiani nella terza e quarta settimana di settembre hanno subito perdite significative e costanti principalmente a causa della spaventosa perdita di fiducia degli investitori. Tuttavia nessuna banca, diversamente da quanto accaduto in altri paesi dell'Unione Europea²³⁵, è stata nazionalizzata. Il sistema bancario italiano si è dimostrato particolarmente solido²³⁶ e ciò, come suggerito anche dal Governatore della Banca d'Italia (vedi audizione del Governatore avanti alla sesta commissione della Camera)²³⁷, soprattutto grazie alla struttura fondamentalmente tradizionale del sistema bancario italiano, storicamente caratterizzato dalla netta prevalenza dell'attività di intermediazione creditizia a favore di famiglie e imprese, da un forte radicamento territoriale e da una struttura di bilancio nel complesso equilibrata²³⁸. L'accrescimento delle dimensioni medie degli operatori, una internazionalizzazione

²³⁵ Il panorama della situazione delle banche in altri paesi europei è offerto alla sezione 1.3 del presente capitolo.

²³⁶ Durante la riunione del G20 di Londra del 2 aprile 2009 il Governatore Draghi è stato nominato Presidente del Financial Stability Board (prima Financial Stability Forum).

²³⁷ Cfr. *“Indagine conoscitiva sulla crisi finanziaria e sui suoi effetti sull'economia italiana – audizione del Governatore della Banca d'Italia.”*.

²³⁸ Banca d'Italia, Considerazioni finali Assemblea Ordinaria dei Partecipanti Roma, 29 maggio 2009 anno 2008 - centoquindicesimo esercizio (<http://www.bancaditalia.it>).

ancora non grandemente diffusa, corredati da una esposizione contenuta verso i prodotti della finanza strutturata²³⁹ e una relativamente modesta dipendenza dalla raccolta all'ingrosso²⁴⁰, da un lato, e un quadro regolamentare e una vigilanza particolarmente prudenti, dall'altro, hanno determinato un impatto meno grave della crisi sul sistema bancario nazionale. Le banche italiane si trovavano dunque meno esposte a possibili effetti sistemici di una crisi finanziaria globale.

Il fallimento della Lehman Brothers ha determinato anche in Italia un profondo disorientamento tra gli investitori che si è tradotto in una diminuzione, anche grave, dei titoli dei principali gruppi bancari quotati in borsa. A tal riguardo si segnala che le banche che hanno maggiormente sofferto sono le più globalizzate - in particolare verso i paesi dell'est Europa - del Paese, ovvero Intesa Sanpaolo ed UniCredit. Mentre Intesa Sanpaolo non ha dovuto ricorrere ad operazioni di ricapitalizzazione, UniCredit al fine di rafforzare la propria base patrimoniale in un mercato fortemente influenzato da volatilità ed incertezza ha proceduto ad un aumento di capitale importante.²⁴¹ Inoltre nel 2008 i profitti delle banche

²³⁹ Alla fine del 2008 gli strumenti di credito strutturati rappresentavano poco meno del 2 per cento dell'attivo dei principali gruppi bancari.

²⁴⁰ Il rapporto tra raccolta all'ingrosso e provvista complessiva era per il nostro sistema del 29 per cento, contro una media del 41 nell'area dell'euro.

²⁴¹ L'aumento di capitale di circa 3 miliardi di Euro è stato deciso con assemblea del 14 novembre 2008 e completato con successo nel

italiane si sono fortemente contratti: il rendimento del capitale e delle riserve dei maggiori gruppi è sceso di cinque punti²⁴². Per quanto attiene infine alle *banche popolari* è significativo il minor grado in cui hanno sofferto la crisi, almeno in un primo momento, anche in paragone alle corrispondenti entità in altri paesi dell'Unione Europea, quali ad esempio le *building societies* nel Regno Unito o le *banques populaires* in Francia²⁴³ dove Banque Populaire è stata fusa in Caisse d'Epargne.

1.1 Interventi normativi in risposta alla crisi in Italia

La prima risposta alla crisi finanziaria che ha preso piede in Italia da settembre 2008, sono stati due decreti emanati tra ottobre e novembre 2008 al fine di fornire al sistema gli strumenti necessari per reagire prontamente alla crisi evitandone il peggioramento e garantendo la tenuta del sistema bancario. In particolare entrambi i decreti miravano innanzitutto a ristabilire un clima di fiducia, onde evitare la corsa agli sportelli da parte degli investitori, ed ha riportare stabilità nel sistema finanziario nazionale proteggendo i

febbraio 2009. Si confrontino al riguardo i comunicati stampa del 14 novembre e del 28 febbraio 2009, (www.unicredit.eu).

²⁴² Banca d'Italia, Considerazioni finali Assemblea Ordinaria dei Partecipanti Roma, 29 maggio 2009 anno 2008 - centoquindicesimo esercizio(<http://www.bancaditalia.it>)

²⁴³ Nell'aprile 2009, in applicazione del Banking Act 2009, la banca centrale inglese ha dichiarato che le principali divisioni della Dunfermline Building Society sarebbero state trasferite alla Nationwide Building Society.

risparmiatori e mantenendo adeguati livelli di liquidità e capitalizzazione nelle banche. Il primo di tali decreti è il Decreto-legge 9 ottobre 2008, n. 155²⁴⁴ convertito nella legge n. 190 del 4 dicembre 2008. Il secondo intervento è il Decreto-legge 29 novembre 2008²⁴⁵, n. 185, convertito nella legge n. 2 del 28 gennaio 2009.

Le misure previste dalla Legge 190/2008 rappresentano, da un lato, una risposta al compito imposto dalla Costituzione alla Repubblica Italiana di incoraggiare e tutelare il risparmio in tutte le sue forme, nonché di disciplinare, coordinare e controllare l'esercizio del credito, e, dall'altro, anche a livello comunitario, ha dato pronta risposta alle conclusioni finali raggiunte dall'Ecofin del 7 ottobre 2008²⁴⁶. La Legge 190/2008 ha inteso per contrastare la crisi ed evitarne l'aggravarsi predisporre una serie di strumenti di natura precauzionale²⁴⁷ volti a preservare la stabilità del sistema

²⁴⁴ "Misure urgenti per garantire la stabilità del sistema creditizio e la continuità nell'erogazione del credito alle imprese e ai consumatori, nell'attuale situazione di crisi dei mercati finanziari internazionali", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 237 del 9 ottobre 2008.

²⁴⁵ "Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale "pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 280 del 29 novembre 2008 - Suppl. Ordinario n. 263/L.

²⁴⁶ Cfr. il comunicato stampa 13930/08 (Presse 284) del Consiglio dell'Unione Europea tenutosi in Lussemburgo il 7 ottobre 2008, "*Immediate responses to financial turmoil*" (<http://www.consilium.europa.eu>).

²⁴⁷ Tali strumenti possono essere utilizzati anche a favore di banche sottoposte ad amministrazione straordinaria come stabilito dall'articolo 2, comma 2, della Legge 190/2008.

bancario nazionale. In particolare si tratta di strumenti posti al servizio della ricapitalizzazione delle banche che incorressero in grave crisi di liquidità²⁴⁸. La particolare concentrazione delle misure poste dall'Eurosistema proprio sulle banche è dovuta al fatto che nell'area dell'euro il credito bancario ha un'importanza assai pregnante in quanto ha un peso sul prodotto pari a circa il 140%²⁴⁹.

La Legge 190/2008 (articolo 4) istituisce una garanzia prestata dallo Stato, tale per cui il Ministero dell'Economia e

²⁴⁸ L'articolo 3 della Legge 190/2008 intende facilitare l'intervento in supporto della liquidità delle banche, e ciò incentivando e semplificando le modalità per la prestazione di finanziamenti da parte della Banca d'Italia a banche per esigenze di liquidità. Il primo comma dell'articolo citato si riferisce all'ipotesi in cui la Banca d'Italia, per soddisfare esigenze di liquidità, eroghi finanziamenti garantiti da pegno o cessione di credito. In questo caso la norma deroga ai requisiti di opponibilità della garanzia nei confronti del debitore e dei terzi – stabiliti dal codice civile (artt. 1264, 1265, 2800) e dalla disciplina relativa ai contratti di garanzia finanziaria (artt. 1, lett. q, e 2, lett. b, d.lgs. n. 170/2004) – e considera piuttosto sufficiente la sottoscrizione del contratto di garanzia. La garanzia prestata è sottratta a revocatoria fallimentare, in applicazione dell'art. 67, comma 4, r.d. n. 267/1942, che già esclude la revocatoria stessa nei confronti dell'istituto di emissione. Il secondo comma consente poi al Ministero dell'Economia e delle Finanze di rilasciare la garanzie statale su finanziamenti erogati dalla Banca d'Italia a banche italiane e succursali in Italia di banche estere per fronteggiare gravi crisi di liquidità (operazioni c.d. di ELA – emergency liquidity assistance). Secondo quanto indicato nella Relazione Illustrativa alla citata legge pubblicata dal Ministero del Tesoro *“La norma allinea la situazione italiana a quella di altri paesi europei, che definiscono il quadro normativo per il rilascio della garanzia statale per gli interventi della banca centrale quale prestatore di ultima istanza, superando l'esigenza di una disciplina ad hoc in presenza di esigenze di intervento immediato per salvaguardare la stabilità finanziaria.”*

²⁴⁹ Si consideri che negli Stati Uniti il rapporto è del 60%, così come indicato dal Governatore della Banca d'Italia nelle Considerazioni Finali per il 2009 (www.bancaditalia.it).

delle Finanze è autorizzato ad emettere garanzia statale a favore dei depositanti delle banche italiane per un periodo di 36 mesi dall'entrata in vigore del decreto legge. La garanzia è integrativa ed aggiuntiva rispetto ai sistemi di garanzia dei depositanti di natura privatistica, istituiti dal TUB (artt. 96 ss.)²⁵⁰, alimentati con fondi delle stesse banche aderenti (per poter esercitare la loro attività le banche sono tenute all'adesione ai sistemi).²⁵¹

La norma italiana ha autorizzato il Ministero dell'Economia e delle Finanze ad adottare una soluzione di massima garanzia in aggiunta e integrazione a quella attualmente esistente, riguarda tutte le banche ed è prestata a favore dei depositanti. Come nei due paesi sopra citati la garanzia può essere rilasciata fino a una determinata scadenza, fissata nel decreto legge a 36 mesi. La garanzia, a prescindere dalla sua effettiva necessità alla luce della

²⁵⁰ L'art. 4 della legge 190/2008 relativo alla protezione dei depositi, autorizza il Ministero dell'Economia e delle Finanze a emettere un garanzia statale in favore dei depositanti per un periodo di 36 mesi a partire dal 7 dicembre 2008. Detta garanzia è addizionale rispetto al Sistema di tutela dei depositi previsto dall'art. 96bis segg. del TUB, che è di natura private e prende origine dalla direttiva 1994/19/CE. L'art. 96-bis, co. 5, del TUB stabilisce una soglia massima di garanzia pari a € 103.000 (una delle più alte nella UE; va notato che il Consiglio Ecofin del 7 ottobre 2008 ha innalzato la soglia minima della garanzia sui depositi dal € 20.000 a € 50.000).

²⁵¹ La disciplina sui sistemi di garanzia ha origine comunitaria (direttiva 1994/19/CE) e prevede una soglia minima di garanzia pari a € 20.000. Numerosi Stati europei hanno nei primi mesi del 2009 innalzato l'importo della soglia di garanzia; e all'Ecofin tenutosi il 7 ottobre si è stabilito di innalzare la soglia comunitaria a € 50.000. In Italia è già previsto un importo di oltre il doppio (come detto, tra i più alti al mondo), pari a circa € 103.000 (art. 96-bis, comma 5, TUB).

situazione patrimoniale delle banche italiane, può concorrere a ristabilire la fiducia dei risparmiatori e ad evitare svantaggi concorrenziali rispetto ai paesi che l'abbiano introdotta. Con specifico riferimento agli strumenti di ricapitalizzazione delle banche, la Legge 190/2008 affida al Ministero dell'Economia e delle Finanze il potere di sottoscrivere o di garantire aumenti di capitale deliberate da banche italiane a condizione che la Banca d'Italia giudichi il loro capitale inadeguato. In tal rispetto la Legge 190/2008 ha fornito con rapidità, subito dopo il crack della Lehman Brothers, alcuni strumenti di ricapitalizzazione delle banche per fronteggiare i primi gravi momenti della crisi e per evitare che la situazione potesse deteriorarsi ulteriormente. La Legge 2/2009 ha poi completato ed ampliato tale risposta, fornendo soluzioni specifiche per le ristrutturazioni e le ricapitalizzazioni delle banche.

Si intende ora prendere in esame lo strumento offerto dall'articolo 1-*bis* della Legge 190/2008 la cui disciplina è stata di seguito completata dal comunicato²⁵² del Ministero dell'Economia e delle Finanze pubblicato il 26 marzo 2009. Tale comunicato prevede che sino alla fine del 2009 le banche italiane possano, *inter alia*²⁵³, richiedere al Ministero

²⁵² Comunicato stampa del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 46 del 23 marzo 2009, relative all'inizio delle operazioni ai sensi della legge 190/2008.

²⁵³ Altri strumenti rilevanti introdotti con la legge 190/2008 sono la garanzia statale sulle passività, emesse da banche italiane, con durata inferiore a 5 anni e la garanzia statale sulle transazioni di banche italiane miranti a ottenere la temporanea disponibilità di attività

dell'Economia e delle Finanze di eseguire scambi temporanei ²⁵⁴ di certificati emessi dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (ovvero *Certificati di Scambio del Tesoro*, "CST") contro certificati di deposito emessi dalla banca richiedente i CST per lo stesso ammontare nominale (i *Certificati di Deposito*)²⁵⁵. La data di scadenza dei CST è il 30 giugno 2010. Questo strumento, comunque, viene concesso a fronte di una commissione che viene corrisposta dalla banche fa richiesta solamente al termine di massimi sei mesi rinnovabile una sola volta. La valutazione sull'adeguatezza patrimoniale della banca richiedente è affidata alla Banca d'Italia.

La Legge 2/2009 prevede una varietà di strumenti volti a combattere la crisi finanziaria che vanno dal supporto alle famiglie, a benefici fiscali per imprese, a normativa in materia contabile e d anche stimoli di natura fiscale. La stessa prevede inoltre alcuni strumenti che hanno un impatto diretto sulle istituzioni finanziarie, volti a contrastare la crisi dei mercati e che operano sulla ricapitalizzazione delle banche, sulla disciplina della difesa dalle acquisizioni, sull'accesso dei partner industriali al capitale delle banche, e sulla disciplina dei fondi speculativi (*hedge*). Gli strumenti citati,

finanziarie stanziabili presso l'Eurosistema nelle operazioni di rifinanziamento.

²⁵⁴ Articolo 1-*bis*, Legge 190/2008.

²⁵⁵ Cfr. Banca d'Italia, Bollettino economico n. 50, ottobre 2008, p. 21 (<http://www.bancaditalia.it>).

che, tra le disposizioni della legge 2 / 2009, appaiono i più rilevanti ai fini della presente discussione, sono analizzati nei paragrafi seguenti.

Oltre alle leggi ed alla regolamentazione citata vi sono altri interventi che meritano di essere accennati per completare il quadro della risposta del legislatore alla crisi finanziaria. In particolare ci si vuole riferire agli interventi della Consob, della Banca d'Italia, di E-MID SIM²⁵⁶ e dell'ISVAP²⁵⁷. La Consob ha partecipato al regime di divieto temporaneo di vendita allo scoperto, che ciascuno Stato ha autonomamente messo in atto in tutta Europa e nel mondo durante l'autunno del 2008, dopo gli annunci del 18 settembre 2008 dalla *Securities and Exchange Commission* (SEC) negli Stati Uniti e la *Financial Services Authority* (FSA) nel Regno Unito.²⁵⁸ A questo proposito la Consob ha emesso una serie di

²⁵⁶ E-MID SIM S.p.A. è la società (avente natura di una SIM), partecipata da 29 banche e dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), che gestisce il mercato interbancario elettronico dei depositi (E-MID). Per maggiori dettagli cfr. <http://www.e-mid.it>.

²⁵⁷ ISVAP ha emesso un documento congiunto con la Banca d'Italia e la Consob che contiene alcune disposizioni in materia contabile relative, *inter alia*, ai rischi finanziari, svalutazioni delle attività and incertezza delle valutazioni.

²⁵⁸ È interessante ricordare che una ricerca della CASS Business School (Londra) ha trovato che le restrizioni sulle vendite allo scoperto non avrebbero avuto nessun impatto significativo sul rendimento delle azioni britanniche (cfr. <http://www.cass.city.ac.uk>). D'altra parte vale la pena osservare che *Autorité des Marchés Financiers* (AMF) francese non solo ha esteso il regime di proibizione delle vendite allo scoperto ma non ha neanche specificato un nuovo termine del divieto stesso. Un gruppo di lavoro presso l'AMF ha anche analizzato l'opportunità di un regime permanente di divieto delle vendite allo scoperto. (<http://www.amf-france.org>).

provvedimenti consecutivi, l'ultimo dei quali vieta vendite allo scoperto delle azioni di alcune banche e compagnie di assicurazione fino al 31 maggio 2009. Il divieto, come è ora regolamentato, proibisce la vendita allo scoperto di azioni quotate sui mercati regolamentati italiani e prevede un regime differenziato e più restrittivo per le azioni emesse da banche e compagnie di assicurazione o loro partecipate. In particolare, la vendita di azioni quotate emesse da alcune banche e compagnie di assicurazione o dalle loro partecipate²⁵⁹ deve essere sostenuta, dal momento dell'ordine e fino alla data di regolamento dell'operazione, sia dalla disponibilità sia dalla proprietà dei relativi titoli da parte dell'ordinante.

Per affrontare la necessità di iniziative per ricostruire la fiducia e rivitalizzare gli scambi, e-MID SIM insieme con la Banca d'Italia, e l'Associazione Bancaria Italiana (ABI), ha creato un nuovo segmento dedicato del mercato interbancario, denominato Mercato Interbancario Collateralizzato (MIC). La creazione di tale segmento di mercato era volta a contrastare la contrazione dei volumi e l'aumento dei premi a rischio sul mercato interbancario della liquidità, causati dalla crisi finanziaria.²⁶⁰ La negoziazione sul Mercato Interbancario Collateralizzato è iniziata ai primi di febbraio 2009. La caratteristica principale di questo nuovo segmento di mercato

²⁵⁹ Una lista di tali banche e compagnie di assicurazioni è riportata in appendice alla decisione della Consob n. 16813 del 26 Febbraio 2009.

²⁶⁰ Questo segmento collateralizzato cesserà di operare il 31 dicembre 2010.

è di offrire alle banche la possibilità di utilizzare uno schema di negoziazione, che permette loro lo scambio di fondi in forma anonima e con la protezione dal rischio di credito della controparte.²⁶¹ Da un lato, tale protezione è offerta dalla presenza di un collaterale posto a garanzia degli scambi, che viene valutato dalla Banca d'Italia e depositato da tutte le banche che intendono negoziare. La Banca d'Italia assicura anche un rapido regolamento delle operazioni in caso di fallimento di un partecipante al mercato. Dall'altro, la protezione è offerta dal carattere mutualistico di questo sistema di scambio, nel quale le banche in parte condividono un rischio residuo di default.²⁶² In prospettiva l'accesso al MIC sarebbe stato concesso non solo alle banche italiane, ma anche alle altre banche della UE che soddisfino gli stessi requisiti, previo accordo con la loro banca centrale. Va ulteriormente sottolineato che, al fine di consentire alle banche di sfruttare appieno questo nuovo mercato, una vasta gamma di collateralizzati è stata ammessa. In particolare, le banche potevano utilizzare anche le loro passività se coperte dalla garanzia di Stato stabilita ai sensi della legge 190/2008 (vedi sopra). In una fase successiva sarebbe stato anche

²⁶¹ Cfr. Indagine conoscitiva sulle tematiche relative al sistema bancario e finanziario, Audizione del Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi presso la Commissione VI della Camera dei Deputati (Finanze), tenuta il 17 marzo 2009.

²⁶² Se il collaterale depositato si fosse rivelato insufficiente, infatti, le altre banche partecipanti avrebbero collettivamente coperto la differenza, ciascuna nel limite del 10 per cento delle proprie garanzie contribuite all'ingresso nel MIC.

possibile utilizzare prestiti bancari come garanzia.²⁶³ Questo mercato collateralizzato è rimasto aperto fino al 31 dicembre 2010.²⁶⁴ Si sottolinea che gli strumenti appena descritti hanno avuto principalmente lo scopo di facilitare il funzionamento dei mercati bancari e finanziari, piuttosto che costituire un sostegno d'emergenza al capitale di banche in collasso.

La Legge 190/2008 e la Legge 2/2009 hanno disciplinato dei nuovi strumenti per permettere la ristrutturazione e la liquidazione delle istituzioni finanziarie in generale e delle banche in particolare. I programmi di stabilizzazione e rafforzamento sono stati introdotti dall'articolo 1 della Legge 190/2008 a beneficio delle banche che si trovino in difficoltà causate da inadeguatezza patrimoniale. Tale articolo autorizza il Ministero dell'Economia e delle Finanze a sottoscrivere o a garantire sino al 31 dicembre 2009 gli aumenti di capitale delle banche il cui patrimonio risulti inadeguato secondo quanto certificato dalla Banca d'Italia. L'aumento di capitale della banca richiedente deve rientrare in un programma, dalla durata minima di 36 mesi, volto a stabilizzare e rafforzare la situazione finanziaria della banca. Alla Banca d'Italia è

²⁶³ Cfr. Banca d'Italia, Bollettino economico, n. 51, gennaio 2009. (<http://www.bancaditalia.it>).

²⁶⁴ Nel corso del 2010, approssimandosi la scadenza del MIC, gli operatori hanno scelto di dar vita al New MIC, che differisce dal precursore soprattutto per l'assegnazione della gestione dello schema di garanzia alla Cassa di compensazione e garanzia e non più alla Banca d'Italia. Il New MIC differisce dal MIC anche per alcuni altri aspetti tecnici. Cfr. Banca d'Italia, Rapporto sulla stabilità finanziaria, n. 1, dicembre 2010, pagg. 57-58.

affidato non solo il compito di valutare l'adeguatezza del programma di stabilizzazione e rafforzamento con riferimento all'aumento di capitale e alla politica di distribuzione dei dividendi durante il periodo di esecuzione del programma, ma anche il monitoraggio dell'esecuzione stessa del programma. Inoltre ogni modifica di rilievo non potrà essere apportata al programma di stabilizzazione e rafforzamento a meno che non sia preventivamente autorizzata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Banca d'Italia. Le azioni sottoscritte dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, emesse ai fini dell'aumento di capitale, sono prive del diritto di voto ma sono preferite nella distribuzione dei dividendi. La banca emittente ha sempre il diritto di riacquistare queste azioni, a condizione che Banca d'Italia affermi tale riacquisto non metta in pericolo la situazione finanziaria e la stabilità della banca emittente o del suo gruppo. Il Ministero dell'Economia e delle finanze è autorizzato ad attuare le misure sopra descritte anche nei confronti di banche italiane o gruppi bancari italiani che si trovino in situazione di crisi, ivi compresa quella di natura liquidità, e che siano soggetti a procedure concorsuali.²⁶⁵

²⁶⁵ Le procedure d'insolvenza per le banche sono contenute nel Titolo IV del TUB.

1.2 I cosiddetti “Tremonti Bonds”

L'art. 12 della legge 2/2009 stabilisce i termini e le condizioni per il l'emissione dei cosiddetti "Tremonti bond". Trattasi di strumenti ibridi (convertibili in azioni, se vengono soddisfatte determinate condizioni) che possono essere emessi soltanto da banche italiane o da aziende appartenenti a gruppi bancari italiani, le cui azioni sono quotate nel mercato azionario italiano, e che possono essere sottoscritti dallo Stato sotto determinati termini e condizioni. L'articolo 12 della legge 2 / 2009 stabiliva l'emanazione di regolamentazione attuativa da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Banca d'Italia. Tra queste ulteriori norme, la più rilevante, è il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze,²⁶⁶ che disciplina il principale strumento di cui per ricapitalizzazione delle banche: i Tremonti Bond. L'obiettivo di questo strumento era quello di accrescere le opportunità di finanziamento all'economia grazie all'incremento dei livelli di patrimonializzazione delle banche; l'intervento previsto dall'articolo 12 della legge 2 / 2009 cessa i suoi effetti nel gennaio del 2019.²⁶⁷ L'articolo citato autorizzava il Ministero dell'economia e delle finanze a sottoscrivere, su richiesta di una banca italiana quotata e se alcuni prerequisiti sono

²⁶⁶ Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 febbraio 2009.

²⁶⁷ La Commissione europea ha stabilito che tale strumento è compatibile con le normative comunitarie in materia di aiuti di Stato (decisione del 20 febbraio 2009).

accertati dalla Banca d'Italia, strumenti ibridi di partecipazione ²⁶⁸ emessi dalla banca stessa, che non concedono i diritti di voto e che possono essere inclusi in il calcolo del patrimonio di vigilanza dell'azienda di credito emittente, aumentando così il suo *core tier 1 capital ratio*.²⁶⁹ Tali strumenti possono essere convertiti in azioni ordinarie con diritto di voto, su richiesta della banca emittente. Inoltre, alla banca emittente può essere accordato il diritto di rimborsare o riacquistare detti strumenti di partecipazione, a condizione che la Banca d'Italia valuti che l'operazione non pregiudica le condizioni finanziarie o di solvibilità della banca o del gruppo.

Di seguito una breve panoramica dei principali aspetti dell'emissione dei Tremonti Bond. In cambio dei Tremonti Bond, le banche emittenti: i) pagheranno una cedola annuale compresa tra il 7,5% e 8,5% per i primi anni, che in seguito aumenta gradualmente; ii) si impegnano a favorire l'erogazione di credito alle imprese, in particolare alle piccole e medie imprese (di seguito "PMI"), e dalle famiglie. Il Ministero dell'Economia e delle Finanze prevede i seguenti

²⁶⁸ Alcuni autori hanno già iniziato la discussione circa la natura di questi strumenti partecipativi e l'efficacia di tale misura. Cfr. in particolare A. A. Dolmetta, *“L'intervento dello Stato per salvare le banche: la scelta degli “ibridi””* e, dello stesso autore, *“Stabilità delle banche e misure governative”*, rispettivamente Documenti n. 141 e 139, sezione II – *Dottrina, opinioni e interventi*, su www.ilcaso.it.

²⁶⁹ I “Tremonti Bonds” soddisfacevano a tutti i requisiti individuati dalla Banca d'Italia, come stabilito dal Comitato di Basilea e dalla direttiva 2006/48/EC.

impegni per le banche emittenti: a) un contributo finanziario per rafforzare la dotazione del fondo di garanzia per le PMI, b) un aumento delle risorse da mettere a disposizione per il credito alle piccole e medie imprese; c) la sospensione del pagamento delle rate del mutuo per un periodo di almeno 12 mesi in favore dei lavoratori dipendenti e dei lavoratori in disoccupazione o in cassa integrazione guadagni; d) la promozione di accordi per il pagamento anticipato di fondi alle imprese per l'integrazione salariale a seguito licenziamenti; e) l'adozione di un codice etico che, tra l'altro, includa specifiche disposizioni sui regimi di remunerazione del *top management* e del personale della banca, quali, ad esempio, i *traders*.²⁷⁰ Un attento monitoraggio sullo sviluppo dell'attuazione dei Tremonti Bond è stato affidato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, con il supporto della Banca d'Italia, producendo un'informativa trimestrale al Senato e alla Camera dei Deputati.

Va notato che Tremonti Bond sono stati generalmente accolti in prima battuta da banche italiane non senza qualche tensione.²⁷¹ I principali gruppi bancari italiani, dopo aver annunciato la loro intenzione di beneficiare di questo

²⁷⁰ Cfr. anche il comunicato stampa n. 32 del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 25 febbraio 2009 (<http://www.tesoro.it>).

²⁷¹ È stato, in particolare, il caso della banche non quotate cui non era stato concesso l'eccesso a questo strumento di ricapitalizzazione. Ci furono anche notevoli discussioni circa le disposizioni previste dall'art. 12 della legge 2/2009 che stabilivano osservatori regionale sul credito presso le Prefetture e non assegnavano tale competenza Banca d'Italia, che mantiene filiali in ogni regione.

strumento di ricapitalizzazione²⁷² si sono poi decisi a non sfruttare tale strumento utilizzato alla fine solamente Banco Popolare ha presentato al Ministero dell'Economia e delle Finanze e alla Banca d'Italia formale istanza per l'emissione di tali strumenti finanziari di patrimonializzazione, per un ammontare di 1,45 miliardi di euro.²⁷³

1.3 Apertura del capitale delle banche alle imprese dell'economia reale

Nel quadro giuridico italiano la separazione tradizionale (“separatezza”) tra industria e finanza è stata formalmente istituita solo nel 1990²⁷⁴ ed è stata mantenuta fino alla promulgazione della legge 2/2009; detta separazione ha rappresentato una delle peculiarità del regime giuridico bancario italiano.²⁷⁵ Rigidi confini sono stati creati per

²⁷² Nel comunicato stampa pubblicato da Intesa Sanpaolo il 20 marzo 2009 (<http://group.intesasanpaolo.com>) è dichiarato che la banca inizierà la procedura per l'emissione di 4 miliardi di euro di obbligazioni speciali riservate al Ministero dell'Economia e delle Finanze (“Tremonti Bonds”).

²⁷³ Cfr. Comunicato apparso sul sito del Sole 24 ore (<http://www.ilsole24ore.com>).

²⁷⁴ Cfr. art. 27, co. 6 della legge 287/1990 e, precedentemente, la decisione del CICR del 20 marzo 1987.

²⁷⁵ La separazione tra banca e industria dai primi anni '30 fino alla fine degli anni '80 era operativa di fatto, poiché la maggior parte delle banche italiane aveva la natura di ente pubblico (“ente pubblico fondazionale”) o di cooperative e le industrie non avevano le capacità finanziarie per entrare in maniera significativa nel capitale delle banche. Per una panoramica breve, ma completa, della evoluzione storica e per una rassegna bibliografica cfr. R. Costi, “L'ordinamento Bancario”, Il Mulino, 2007, p. 332-336, vedi sul punto anche F.

limitare la partecipazione di partner industriali nel capitale della banca.²⁷⁶ Con l'entrata in vigore della legge 2/2009 il legislatore ha colto l'occasione per attuare la direttiva 2007/44/CE,²⁷⁷ che disciplina le regole procedurali e i criteri della valutazione prudenziale delle acquisizioni e degli incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, non imponendo alcuna soglia all'accesso di soggetti industriali nel capitale delle banche. L'attuazione della citata direttiva ha portato l'ordinamento giuridico bancario italiano in linea con quello degli altri paesi dell'Unione, la maggioranza dei quali non riconoscono il principio cosiddetto di separazione dei

Capriglione, Costituzione di banche e rapporto banca-industria, in Banca Borsa e Titoli di Credito, 1988, I, p. 703 e ss e anche G. F Campobasso, Le partecipazioni al capitale delle banche, 1995,.

²⁷⁶ L'art. 19 del TUB, co. 6 e 7, ora abrogato dall'art 14 della legge 2/2009, stabiliva che: (comma 6) relativamente ai soggetti che esercitano un'attività imprenditoriale prevalente nel settore non bancario o non finanziario, la Banca d'Italia potrebbe non concedere l'autorizzazione ad acquisire, anche attraverso una società controllata, una partecipazione al capitale di una banca se tale entità già detiene oltre il 15 per cento dei diritti di voto o se assumerebbe il controllo della banca tramite tale acquisto di azioni; e (comma 7) la Banca d'Italia non dovrebbero concedere o dovrebbero revocare tale autorizzazione qualora constati la presenza di accordi tra soggetti che esercitano un'attività imprenditoriale prevalente nel settore non bancario o non finanziario, determinanti una concentrazione stabile di poteri mirante alla nomina o alla revoca della maggioranza dei amministratori o dei membri del consiglio di sorveglianza della banca, in grado di pregiudicare la gestione sana e prudente della banca.

²⁷⁷ Valutazione delle acquisizioni nel settore finanziario, la direttiva 2007/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007, che modifica la direttiva 92/49/CEE, e le direttive 2002/83/CE, 2004/39/CE, 2005 / 68/EC e 2006/48/CE.

settori bancario e industriale²⁷⁸ e che in alcuni casi, come la Germania, invece hanno un certo grado di integrazione.

Il nuovo regime stabilito dalla legge 2 / 2009 prevede che i partner industriali abbiano libero accesso al capitale della banca, entro i termini già previsti nel regime attuale.²⁷⁹

Tuttavia, si deve anche osservare che la Banca d'Italia, nel concedere l'autorizzazione all'acquisizione di una partecipazione rilevante a soggetti non operanti prevalentemente nel settore finanziario, deve valutare oltre ai requisiti già previsti dalla legge²⁸⁰ per garantire una sana e prudente gestione della banca, anche che il partner industriale, che sta assumendo la partecipazione, abbia una competenza professionale generale nella gestione delle partecipazioni ovvero, vista l'influenza che questo eserciterebbe sulla banca attraverso la partecipazione in via di acquisizione, abbia competenze specifiche nel settore della finanza. Inoltre, Banca d'Italia è legittimata a chiedere al richiedente tutte le informazioni utili per condurre la valutazione dei presupposti sopra descritti. Norme

²⁷⁸ Per uno studio comparative delle differenti applicazioni di tale principio, cfr. *"The separation of industry and finance and the specialization of financial institutions"* A. Porta (ed.), Milano, Egea, 1990.

²⁷⁹ Ogni acquisizione di oltre il 5% del capitale di una banca rappresentato da azioni o altri titoli partecipativi con diritto di voto deve essere preventivamente autorizzato dalla Banca d'Italia (art. 19, co. 1 del TUB).

²⁸⁰ L'art. 19 del Testo Unico Bancario stabilisce alcuni requisiti che devono essere soddisfatti al fine di ottenere la detta autorizzazione dalla Banca d'Italia.

disciplinanti le modalità di applicazione per tale iter valutativo saranno emanate dalla Banca d'Italia.

Infine, occorre rilevare che l'attuazione della direttiva 2007/44/CE non possa essere direttamente collegata al pacchetto anti-crisi, in quanto sarebbe in ogni caso stata dovuta entro il 21 marzo 2009.²⁸¹ Ciò nonostante, è significativo che il legislatore ha recepito la direttiva includendo le relative disposizioni nella legge emanata per far fronte alla crisi finanziaria ed evitare la stretta creditizia. Inoltre, alla luce dell'importanza della ricapitalizzazione delle banche per reagire alla crisi, questa facoltà può essere annoverata come un altro strumento che aprendo il capitale delle banche al settore industriale, contribuisce a far reperire alle banche nuove fonti di capitale.

1.4 Nuove norme sulla procedura di liquidazione delle istituzioni finanziarie: l'amministrazione straordinaria e gestione provvisoria delle banche

A differenza del modello tradizionale anglosassone,²⁸² nel quale l'approccio è stato quello di trattare le banche come

²⁸¹ Cfr. l'art. 7 della direttiva 2007/44/EC del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 settembre 2007.

²⁸² Occorre osservare che persino il Regno Unito ha abbandonato tale approccio: nel febbraio 2009 è entrato in vigore il *Banking Act 2009* che introduce una disciplina complessiva delle crisi bancarie.

tutte le altre società,²⁸³ il quadro giuridico italiano prevede tradizionalmente²⁸⁴ un regime speciale per le crisi delle banche,²⁸⁵ che comprende amministrazione straordinaria e gestione provvisoria, così come la liquidazione coatta amministrativa. L'amministrazione straordinaria e la gestione provvisoria delle banche è sostanzialmente una procedura di liquidazione con cui lo Stato, attraverso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Banca d'Italia, prende il controllo sulla gestione di una banca al fine di recuperare da una situazione in cui siano stati commessi abusi di gestione o gravi violazioni delle leggi sull'attività bancaria o dove sono attese forti perdite.

Quando la procedura di cui sopra è stata introdotta, non è stata progettata per operare in caso di una crisi di liquidità. Tuttavia, alla luce della necessità di evitare una stretta creditizia, di salvaguardare la stabilità del sistema bancario italiano ed a causa della tipica esposizione del settore bancario al rischio sistemico, il legislatore, con il primo intervento anti-crisi (legge 190/2008), ha esteso l'ambito di applicazione della procedura di amministrazione straordinaria e gestione provvisoria delle banche per i casi di crisi gravi, tra cui espressamente crisi di liquidità, che potrebbero

²⁸³ Per una chiara esposizione di questo approccio, cfr. R. Cranston, 2007, *Principle of Banking Law*, second edition, Oxford, p. 18.

²⁸⁴ L'amministrazione straordinaria e gestione provvisoria delle banche fu introdotta dal Legislatore italiano con la cosiddetta "Legge Bancaria del 1936 – 1938".

²⁸⁵ Ora contenuto nell'art. 70 e segg. del TUB.

compromettere la stabilità del sistema finanziario. Questa estensione, che è stata aggiunta dall'articolo 2 della legge 190/2008, dovrebbe concedere maggiore flessibilità per l'accesso alla procedura. Ciò perché, invece di dover mostrare che sono attese perdite, ora è sufficiente solamente dichiarare di essere in una crisi di liquidità perché il Ministero dell'Economia e delle Finanze possa avviare la procedura di amministrazione straordinaria e gestione provvisoria.

2. Le principali criticità della *corporate governance* bancaria messe in luce dalla crisi

Se dunque, come indicato dal Governatore della Banca d'Italia nelle Considerazioni Finali per il 2009, le banche italiane nel confronto internazionale hanno retto tanto che la Banca d'Italia ha accertato la capacità del nostro sistema bancario di resistere anche a scenari più sfavorevoli, la prima lezione che si è appresa dalla crisi è la necessità di rivedere i requisiti patrimoniali delle banche, anche se ancora una volta le banche italiane sembrano godere di una posizione solida: «Ma ho già avvertito in più occasioni che il rafforzamento del patrimonio è una priorità essenziale per il sistema bancario». ²⁸⁶ Tuttavia non si tratta dell'unico aspetto da prendere in considerazione.

²⁸⁶ Queste le parole del Governatore: «Nel confronto internazionale, la leva finanziaria, misurata dal rapporto tra attività totali e patrimonio di base, è in Italia più contenuta. Il peso degli strumenti di minore

Fra le cause (o fra i catalizzatori) della recente crisi è stata autorevolmente ²⁸⁷ individuata anche l'inadeguatezza nella *corporate governance* delle banche: «banks corporate governance is one of the most important failures in the present crisis»²⁸⁸, e ancora «is clear that governance failures contributed materially to excessive risk taking in the lead up to the financial crisis»²⁸⁹. In particolare si sono individuati i seguenti elementi di inadeguatezza dei sistemi di *corporate governance*: errori significativi nell'assunzione dei rischi complessivi da parte delle istituzioni bancarie (nonostante si siano registrati avanzamenti nell'analisi del rischio) dovuti principalmente alla carenza nei modelli di *corporate governance* delle banche con specifico riferimento al rapporto fra gestione dei rischi e loro controllo collegato al non sempre efficace fluire delle informazioni; alle conseguenze

qualità sul patrimonio di base dei primi 5 gruppi bancari italiani è del 13 per cento, contro il 22 dei primi 15 gruppi bancari dell'area dell'euro. Nonostante il peggioramento della redditività, le banche hanno mantenuto il patrimonio al di sopra degli standard minimi. Alla fine dello scorso anno il coefficiente di patrimonializzazione dei maggiori gruppi, dato dal rapporto tra il patrimonio e le attività ponderate per il rischio, si collocava in media al 10,4 per cento. I coefficienti più elevati osservati all'estero riflettono sovente massicce iniezioni di capitale pubblico. (vedi <http://www.bancaditalia.it>).»

²⁸⁷ L. Enriques ha chiaramente individuato quale fattore determinante del fallimento del sistema il connubio nel settore bancario il connubio tra applicazione dei principi di *corporate governance* e intervento pubblico. Vedi Corporate Governance in Banca: quali lezioni dalla crisi, in La Voce (www.lavoce.it) del 26.08.2009.

²⁸⁸ Cd. Rapporto La Rosiere, febbraio 2009.

²⁸⁹ Sir David Walker, luglio 2009, *Consultation Paper, A review of corporate governance in UK banks and other financial industry entities. Final Recommendations*, (www.hm-treasury.gov.uk).

del cd. principio del “*too big to fail*”, che ha comportato, come meglio accennato in precedenza, una maggiore predisposizione del *management* ad assumere rischi sempre crescenti (*moral hazard*) collegato alla prevalenza dello *short-terminism*²⁹⁰, ovvero dell’ottica di breve periodo; e, non ultimo, un disallineamento tra interessi degli amministratori e degli *stakeholders*.

L’inadeguatezza dei sistemi di *corporate governance* è emerso riguardare innanzitutto: gli schemi di retribuzione con *bonus* che ha incentivato l’assunzione di maggiori rischi per ottenere migliori guadagni nel breve termine e di conseguenza *bonus* più alti²⁹¹. Anche la gestione dei flussi informativi ha giocato un ruolo importante in particolare sul controllo del rischio: dall’analisi dell’impatto della crisi dei mutui *subprime* risulta che sono state meno colpite le banche italiane in cui il sistema informativo sul controllo del rischio funziona meglio²⁹².

La corretta gestione dei flussi informativi è ritenuta da alcuni Autori uno dei principali strumenti di controllo dei rischi: «dall’analisi dell’impatto della crisi dei mutui *subprime* risulta che sono state meno colpite le banche

²⁹⁰ «The reason why banks increasingly invested in securitization making use of as much funding liquidity as they had access to is realization of short-term profits, which could be shown to stockholders.» , così A. Paces, Uncertainty and the Financial Crisis, in ECGI Law Working Paper n. 159/2010 (giugno 2010), p.18.

²⁹¹ Cfr. anche Comunicazione del 28 ottobre 2009 della Banca d’Italia.

²⁹² A. M. Tarantola, *Il sistema dei controlli interni nella governance bancaria*, 6 giugno 2008.

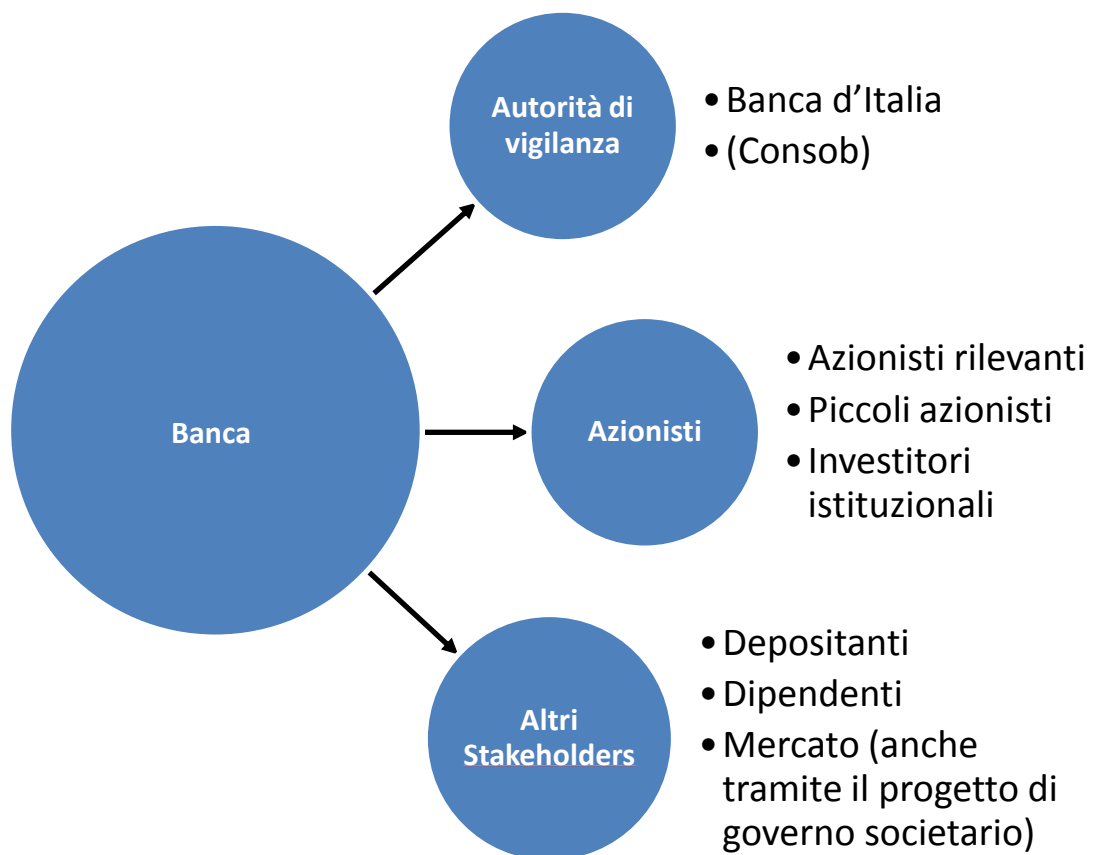
italiane in cui il sistema informativo sul controllo del rischio funziona meglio (in particolare i flussi informativi sono risultati tempestivi, completi e diretti agli organi di amministrazione e controllo).»²⁹³

Tuttavia i sistemi di *corporate governance* relativamente alla gestione dei flussi informativi presentano ancora elementi di scarsa efficienza. Ci si riferisce in particolare alla gestione delle asimmetrie informative: le informazioni sul livello di rischio dei prodotti finanziari risultano opache e i controlli del mercato in tale ambito inefficienti. Una informazione eccessiva scade facilmente nella disinformazione creando un mercato disinformato per eccesso di informazione²⁹⁴ e ciò vale tanto per le informazioni rivolte al mercato quanto per i flussi informativi all'interno degli organi sociali.

La figura qui sotto riportata evidenzia quali siano i principali destinatari esterni alla banca.

²⁹³ Cfr. Cappiello S. e Tarantola A. M., *La governance delle banche vincoli e opportunità*, in AA. VV. "Banche e sistema finanziario vecchie questioni e problematiche attuali", Il Mulino, Bologna, 2009.

²⁹⁴ Così P. Montalenti, *I Gruppi piramidali tra libertà di iniziativa economica e asimmetrie del mercato*, in "Proprietà e controllo dell'impresa: il modello italiano stabilità o contendibilità?", Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Giuffrè 2008, p. 57



Per quanto concerne invece l'andamento dei flussi informativi tra i diversi organi sociali e all'interno di questi costituisce un ulteriore rilevante architrave di assetti organizzativi e di controllo ben funzionanti, in quanto come chiarito dalle Disposizioni di Vigilanza sulla *corporate governance* bancaria del 2008, in mancanza di informazioni complete, tempestive e accurate non può essere assicurata la piena valorizzazione dei diversi livelli di responsabilità né è possibile una verifica della adeguatezza e regolarità della gestione.

3. *I Principles for enhancing corporate governance*

In risposta alle debolezze che la *corporate governance* bancaria ha rivelato, come abbiamo visto soprattutto a livello internazionale, tra il 2007 e il 2009, ha prontamente reagito il Comitato di Basilea che, nell'ottobre del 2010, ha pubblicato il documento definitivo contenente i nuovi *Principles for enhancing corporate governance*, che rappresentano un aggiornamento, anche appunto sulla base delle lezioni apprese durante la crisi finanziaria²⁹⁵, delle precedenti versioni.²⁹⁶ I nuovi *Principles for enhancing corporate governance* sono indirizzati sia alle autorità di vigilanza sia alle banche e mirano a promuovere l'adozione di un governo societario sano e prudente da parte delle banche ponendosi come punto di riferimento e riprendono, in parte, elementi su

²⁹⁵Paragrafo 1, punto 6, *Principle for enhancing corporate governance*: «Subsequent to the publication of the Committee's 2006 guidance, there have been a number of corporate governance failures and lapses, many of which came to light during the financial crisis that began in mid-2007». Proprio a seguito dei fallimenti e delle mancanze del governo societario delle banche che la crisi ha messo in luce, il Comitato ha deciso di rivedere i principi emanati nel 2006 ritenendo che si tratti di principi la cui adozione da parte delle banche e delle autorità di vigilanza sia di fondamentale importanza.

²⁹⁶ Il Comitato di Basilea si è formalmente occupato della questione per la prima volta nel settembre 1999 e nuovamente nel febbraio 2006 attraverso l'emanazione di linee guida in cui vengono indicate le *best practice* da adottare, da parte degli intermediari finanziari, in materia di organizzazione e governo societario. I principi emanati nel 2006 riflettevano in buona parte i risultati raggiunti dall'Organizzazione per la Co-operazione e lo Sviluppo nel 2004 (*OECD Principles of Corporate Governance*, aprile 2004, www.oecd.org), particolarmente rilevanti per le banche in quanto costituiscono uno dei 12 Key Standard for Sound Financial Systems individuati dal Financial Stability Board (già Financial Stability Forum).

cui il Comitato aveva posto attenzione già nel 2006²⁹⁷ nella convinzione che un governmento societario efficiente è elemento essenziale per raggiungere e mantenere la fiducia collettiva nel sistema bancario, a sua volta elemento cruciale per il corretto funzionamento del settore bancario e dell'economia interamente intesa²⁹⁸.

Di seguito prenderemo in esame quelli che appaiono essere gli elementi essenziali o più innovativi dei Principi, che forse porteranno ad un aggiornamento delle in materia di organizzazione e governo societario emanate dalla Banca d'Italia nel 2008, e che possono essere così sintetizzati: responsabilità dell'organo con funzioni di gestione e degli alti dirigenti, ribadita ed estesa attenzione al *risk management* e al rapporto *risk management* / controlli interni, i nuovi principi del “know your structure” e del “understand your structure”, per finire con l'ultima sezione in cui si richiama

²⁹⁷ Ci si riferisce in particolare a: coinvolgimento dell'organo con funzioni di gestione nel processo di valutazione e approvazione delle strategie di lungo periodo della banca; chiara suddivisione dei compiti e delle responsabilità in ogni livello dell'organizzazione bancaria; politiche di remunerazione in linea con gli obiettivi di lungo periodo della banca; adeguata gestione dei rischi generati da operazioni non trasparenti. (Cfr. punto 5, Paragrafo 1, p. 2 dei *Principles for enhancing corporate governance*).

²⁹⁸ Cfr. *Principles for enhancing corporate governance*, Sezione II, *Overview of bank corporate governance*, n. 13: «Effective corporate governance practices are essential to achieving and maintaining public trust and confidence in the banking system, which are critical to the proper functioning of the banking sector and economy as a whole.»

l'attenzione sulla promozione di un contesto che sia di supporto ad un corretto (virtuoso) governo societario.²⁹⁹

3.1 Responsabilità dell'organo con funzioni di gestione e degli alti dirigenti: maggiore attenzione al *senior management*

Uno degli aspetti innovativi dei principi e in particolare del primo principio³⁰⁰ relativo alla responsabilità dell'organo con funzioni di gestione e di controllo attiene all'individuazione della responsabilità sulla supervisione dell'operato del *senior management*. Tra le linee fondamentali di intervento dei Principi si può infatti segnalare che essi prendono in considerazione con forza non solo i componenti dell'organo con funzioni di gestione ma anche il cd. *senior management* delle banche, ovvero gli alti dirigenti, chiarendo dunque che il governo societario delle banche, soprattutto per le banche di più rilevanti dimensioni, non è competenza esclusiva dei componenti dell'organo con funzioni di gestione ma anzi per un aspetto assai rilevante, quello della effettiva gestione dei rischi, resta in capo al

²⁹⁹ Si tralasciano in particolare gli aspetti relativi alle politiche di remunerazione oggetto di emananda regolamentazione da parte della Banca d'Italia già discussa al Capitolo 3 del presente lavoro.

³⁰⁰ «The board has overall responsibility for the bank, including approving and overseeing the implementation of the bank's strategic objectives, risk strategy, corporate governance and corporate values. The board is also responsible for providing oversight of senior management.»

senior management.³⁰¹ Uno dei compiti principali dell'alta direzione secondo i Principi è proprio quello, in conformità alle indicazioni ricevute dall'organo con funzioni di gestione di far sì che le attività della banca siano conformi alle strategie di *business* e di rischio approvate dai competenti organi della banca.

Un altro compito affidato dai Principi all'organo con funzioni di gestione è quello di ispirare l'intera struttura a comportamenti virtuosi e corretti³⁰², dimostrando attenzione verso quella che viene chiamata la "corporate culture"³⁰³: un

³⁰¹ Se infatti i componenti dell'organo con funzioni di gestione determinano le strategie di gestione del rischio della banca e i componenti dell'organo con funzione di controllo ne verificano la corretta implementazione, chi però ne ha in mano la effettiva gestione è appunto il *senior management*. I Principi non offrono una definizione di *senior management* rimandando alle regolamentazioni dei singoli paesi, specificando che si tratta della funzione di gestione (che forse però non va limitata ai soli componenti del consiglio di amministrazione). Nello stesso senso le politiche di remunerazione (vedi anche la Relazione Illustrativa della Banca d'Italia al Documento di consultazione pubblica sulle disposizioni di vigilanza di recepimento della Capital Requirement Directive III – Sistemi di remunerazione nelle banche) individua, quali soggetti la cui attività può avere un impatto rilevante sul profilo di rischio della banca, proprio gli alti dirigenti.

³⁰² È il cd. *top management* di una società a determinare gli standard di professionalità e di correttezza per l'intera struttura: se il *top management* non insiste in un agire sempre corretto invia messaggi sbagliati ai dipendenti che assumeranno quei comportamenti a valore di riferimento da applicare nel proprio agire. Cfr. B.E. Gup, *Basel II: operational risk and corporate culture*, in "Corporate Governance in Banking, A global perspective", Edward Elgar Publishing Limited UK / USA, p. 136.

³⁰³ La "corporate culture" è oggetto di analisi nei paesi anglosassoni già da tempo, uno degli studi ancora oggi tenuto in considerazione al riguardo è di T. E. Deal e A.A. Kennedy, *Corporate Culture: The Rites and Rituals of Corporate Life*, Reading, MA: Addison-Wesley

comportamento professionale e responsabile è essenziale per un governo societario virtuoso (“good”: dunque non si richiede più una sana e prudente gestione ma una gestione virtuosa?). Lo strumento applicativo individuato dai principi è il codice di condotta che deve individuare chiaramente quali siano i comportamenti accettati e quelli ritenuti inaccettabili³⁰⁴ e scoraggiare (con quali strumenti? ancora una volta entrano in gioco i meccanismi di remunerazione...) l’assunzione di rischi eccessivi. Anche in questo ambito i flussi informativi all’interno della società giocano un ruolo importante, tanto che i Principi si soffermano nel sostenere che a tutti i soggetti della struttura deve essere consentito di accedere direttamente o indirettamente ma in ogni caso indipendentemente dalla “catena del comando” all’organo con funzioni di gestione per denunciare legittime preoccupazioni in merito a fatti illeciti o non etici o addirittura sospetti.

All’organo con funzioni di gestione e di controllo, e al *senior management*, è richiesto di possedere e mantenere³⁰⁵ un

Publishing Co., 1982, in cui viene riportata (p.4) una semplice ma chiara definizione di cosa si debba intendere con tale locuzione: «[corporate culture] is how we do things here».

³⁰⁴ A tal riguardo si segnala che molte banche hanno ormai adottato il sistema previsto dalla legge 231/2001 che anche alla luce dei Principi sta divenendo sempre più rilevante nel settore.

³⁰⁵ Il punto 37 dei Principi indica la necessità di prevedere dei corsi di “training” per i membri dell’organo con funzione di gestione in modo che restino aggiornati relativamente alle questioni di maggiore rilevanza.

grado di diligenza davvero elevato³⁰⁶, non solo a livello individuale ma anche, e questo è un elemento nuovo, collettivo: ovvero non solo ognuno dei componenti l'organo con funzioni di gestione deve possedere i requisiti di professionalità e integrità personale, ma l'organo stesso, collettivamente inteso, deve possedere tali requisiti³⁰⁷.

3.2 Ribadita ed estesa attenzione al *risk management* e al rapporto *risk management* / controlli interni

Come già più volte indicato la gestione del rischio è parte caratterizzante l'attività di una impresa bancaria, tuttavia la regolamentazione in essere ante-crisi non ha retto la prova in particolare su questo punto e ciò spiega la ragione della particolare attenzione che i Principi riservano alla gestione del rischio nelle banche: quasi un terzo dei Principi sono infatti dedicati all'argomento³⁰⁸. Le linee di azione dei Principi su tale argomento appaiono assai pregnanti e partono dalla distinzione tra funzione di gestione del rischio e

³⁰⁶ Che sembra poter andare oltre i confini i confini della natura dell'incarico di cui all'art. 1176, II comma, c.c. come suggerito anche da M.Perassi, *Consiglieri indipendenti e di minoranza*, in "A.G.E.2/2007, Banche e sistema dualistico, forme, funzioni, finzioni", p. 346: «il ruolo dell'amministratore di società bancaria sembrerebbe allora colorarsi di un particolare grado di doverosità, rivolta alla prevenzione dei rischi cui è tipicamente esposta una banca; si potrebbe allora ipotizzare un regime speciale per i loro compiti, cui corrisponderebbe un altrettanto specifico grado di responsabilità».

³⁰⁷ Proprio come indica il noto brocardo latino attribuito a Cicerone: "Senatores boni viri, senatus mala bestia".

³⁰⁸ Cfr. Appendice, *Principles for Enhancing Corporate Governance*, Basel Committee on Banking Supervision, (ottobre 2010), principi da 6 a 9.

controlli interni (*risk management vs. internal controls*): per gestione del rischio si deve intendere l'attività che comprende l'identificazione dei principali rischi che corre la banca, la valutazione di tali rischi e la misurazione dell'esposizione della banca nei confronti di essi, il monitoraggio di tale esposizione e la determinazione dei corrispondenti requisiti di capitale su base continuativa (se il rischio aumenta nel tempo anche la corrispondente riserva deve aumentare), il monitoraggio e la valutazione in caso di rischi particolari per cui è necessario prevedere anche degli strumenti di mitigazione e in ogni caso verificare che siano in linea con la strategia della banca per quanto attiene il rischio (cd. *risk tolerance or appetite*), in ultimo l'informazione costante in merito a tale attività agli organi con funzioni di gestione e controllo. I controlli interni attengono ad una fase logicamente successiva, e sono lo strumento atto ad assicurare che la banca abbia determinato, per ogni rischio principale, una specifica strategia e che tale strategia sia correttamente applicata. I controlli interni non si sostituiscono alla gestione del rischio ma offrono un aiuto e un conforto sulla procedura di gestione del rischio adottata, consistendo però anche in ragionevoli verifiche sulle scelte operate dai manager e dagli impiegati nonché sul rispetto da parte della banca delle strategie e procedure dalla stessa adottate nonché del rispetto delle leggi applicabili con particolare riferimento a quelle specificamente previste per il settore.

Il ruolo di attore principale è riservato ad un unico soggetto denominato *chief risk officer* (“CRO”), il cui compito (unico) consiste nella gestione del rischio della banca; i Principi dettano anche le caratteristiche che tale soggetto deve possedere: si deve trattare di qualcuno che abbia statura, autorevolezza e una certa anzianità di servizio nella banca, in quanto si ritiene che solo un soggetto con tali caratteristiche è in grado di influenzare le decisioni sulle strategie di rischio della banca e avere un rapporto costante con l’organo con funzioni di gestione e controllo.

Ancora una volta viene data grande importanza al *senior management*: tali soggetti non devono infatti affidarsi eccessivamente a consulenti esterni per l’identificazione e la valutazione critica dei rischi, che rappresentano un valido aiuto ma non un sostituto in quanto «the ultimate responsibility for assessing risk lies solely with the bank. For example, in the case of a purchased credit or market risk model, the bank should take the steps necessary to validate the model and calibrate it to the bank’s individual circumstances to ensure accurate and comprehensive capture and analysis of risk.»³⁰⁹. Anche l’aspetto dell’innovazione finanziaria è stato oggetto di valutazione tanto che i Principi richiedono alle banche di dotarsi di specifici processi interni per l’approvazione dei nuovi prodotti o di modifiche

³⁰⁹ Cfr. Appendice, *Principles for Enhancing Corporate Governance*, Basel Committee on Banking Supervision, (ottobre 2010), n. 84 p. 20.

significative ai prodotti già offerti o l'entrata in nuovi mercati.

Nel complesso dunque lo sforzo che si richiede all'impresa bancaria appare significativo sia in termini economici, in quanto i costi le strutture necessarie per fare fronte alle attività di gestione del rischio sono non indifferenti, sia in termini di qualificata diligenza nel generale compito di governo dell'impresa richiesta a, praticamente, tutti i livelli della scala gerarchica specialmente per quanto attiene alla gestione dei rischi³¹⁰.

3.3 I principi del “know-your-structure” e del “understand-your-structure”

Il Principio n. 12³¹¹ punta i fari sulle strutture operative e sulle società veicolo³¹²: l'elemento di novità è rappresentato non solo dal generale disfavore che si intravede nei Principi per le strutture societarie complesse o opache ma anche dalle linee applicative che si dettano per combattere i rischi che tali

³¹⁰ In merito: «Although the risk management function has a key leadership and coordinating role on risks, the operational responsibility for making operational decisions on risks and managing risk rests with management and ultimately extends to other employees of the bank.». Cfr. Appendice, *Principles for Enhancing Corporate Governance*, Basel Committee on Banking Supervision, (ottobre 2010), n. 91, p. 21.

³¹¹ Appendice, *Principles for Enhancing Corporate Governance*, Basel Committee on Banking Supervision, (ottobre 2010), «The board and senior management should know and understand the bank's operational structure and the risks that it poses (ie “know-your-structure”).»

³¹² Tipicamente le società di cartolarizzazione, che tanto ruolo hanno avuto nella crisi (cfr. capitolo IV) sono società veicolo.

strutture pongono. Nell'ottica della sempre maggiore responsabilizzazione dell'organo con funzione di gestione e di controllo si indica che esso, e il *senior management*, devono conoscere (*know*) la struttura societaria della propria azienda per poter verificare che tale struttura sia giustificata e non presenti elementi di complessità inadeguati. Il *senior management* in particolare deve comprendere il fine di ogni elemento della struttura che impedisca trasparenza e i rischi specifici che tale elemento può comportare. Secondo il Comitato, dunque, lo strumento principe che deve essere usato per un buon governo dell'impresa bancaria nel suo complesso è la conoscenza della struttura, necessaria a consentire l'individuazione dei rischi legali e operativi che essa pone.

I Principi non richiedono solo la conoscenza della struttura operativa della banca ma anche la consapevolezza degli specifici e peculiari rischi posti dalla costituzione di società veicolo o simili strutture³¹³ ovvero ancora dall'operare in altre giurisdizioni che impediscano la trasparenza o non siano rispondenti agli "International banking standards"³¹⁴.

³¹³ Si pensi ad esempio agli obblighi di finanziamento delle banche strutturanti nei confronti dei veicoli *off balance-sheet* durante la recente crisi (in particolare in Germania e Stati Uniti d'America).

³¹⁴ I noti centri *off-shore*, quali ad esempio le Isole Cayman o le Isole Vergini Britanniche, cfr. www.bis.org.

3.4 L'importanza del contesto in cui operano le banche: un altro aspetto da non sottovalutare.

Un aspetto, l'ultimo, preso in esame dai principi è quello relativo all'importanza che riveste il contesto, anche culturale³¹⁵, in cui operano le banche, non secondario soprattutto anche avuto riguardo al peso che i rischi operativi hanno nelle banche³¹⁶. Se la responsabilità primaria di una buona *corporate governance* resta in capo all'organo con funzioni di gestione (supportato dall'organo con funzioni di controllo) e al *senior management*, non restando escluse le autorità di vigilanza che hanno un ruolo importante, non solo nel monitoraggio, ma anche nell'individuazione di quelle che sono buone pratiche di governo societario; vi sono molti altri soggetti che possono promuovere il buon governo delle banche con conseguente abbattimento di alcuni rischi primi fra tutti quelli operativi.

I principi individuano chiaramente tali soggetti: gli azionisti, i correntisti e gli altri clienti, le associazioni

³¹⁵ A. Young, *Rethinking the fundamentals of corporate governance: the relevance of culture in the global age*, in "Company Lawyer", 2008, 168, in cui l'Autore indica che la cultura è parte e elemento fondante della *corporate governance* e proprio per questo deve essere oggetto di analisi e incorporata nella futura regolamentazione della materia. «Governance, law and management are closely interrelated issues, and cultural factors cut across all three topics.»

³¹⁶ B. E. Gup in *Basel II: operational risk and corporate culture*, in *Corporate Governance in Banking, a global perspective*, a cura di B. E. Gup, Edward Elgar Publishing Limited, UK/USA, 2007, ha dato evidenza che tra il 1992 ed il 2002 le 11 più rilevanti perdite subite dalle banche derivanti da rischi operativi ammontano complessivamente a 9,8 miliardi di dollari.

dell'industria bancaria (si pensi alla nostra ABI), gli studi di consulenza che assistono le banche, le agenzie di *rating*, gli stessi dipendenti della banca. Ognuno di essi può infatti concorrere alla creazione e al mantenimento di un contesto operativo improntato alla correttezza e alla rettitudine: agli azionisti delle banche si richiede di esercitare il diritto di voto con consapevolezza ed essere soggetti attivi anche nel valutare le informazioni relative all'andamento della società per poter esercitare i propri diritti in modo informato; ai correntisti si chiede di non depositare i loro soldi presso banche che siano gestite in modo non sano o non prudente; alle associazioni industriali del settore di promuovere l'adozione di principi di sana e prudente gestione; ai consulenti (in particolare alle società che offrono consulenza professionale in materia di rischi) si richiede di porre quale obiettivo finale della consulenza l'applicazione di pratiche di governo societario virtuose e alle agenzie di *rating* si suggerisce di dare maggiore peso nella loro attività di valutazione proprio alle pratiche di *corporate governance*.

L'obiettivo generale che percorre i Principi è dunque quello di creare le condizioni sia all'interno dell'impresa bancaria³¹⁷ sia all'esterno³¹⁸ affinché non vi sia spazio per

³¹⁷ Cfr. i precedenti riferimenti in tema di *corporate culture* al paragrafo 3.1 del presente capitolo.

³¹⁸ La cultura dell'arroganza ha trovato terreno fertile inizialmente tra i cd. *trader* o agenti di borsa o di cambio, emblematico il caso delle perdite per oltre 191 milioni di dollari americani subite da Australia National Bank Group (la più grande banca australiana) nei primi anni

comportamenti scorretti ma nemmeno inefficienti o comunque non improntati ad un governo societario che punti prima di ogni altra cosa alla sana e prudente gestione della banca, stigmatizzando a tutti i livelli ogni diversa attitudine.

del nuovo secolo a causa di frodi poste in essere dai propri agenti di cambio. L'Autorità di vigilanza bancaria australiana (Australia Prudential Regulatory Authority), interessatasi della questione nel 2004, riscontrò che l'arroganza, la grande aggressività nelle reazioni a obiezioni sollevate relativamente al lavoro svolto non riguardava solamente i agenti di cambio ma era prassi diffusa nella banca. In una serie di incontri tra i principali esponenti della banca e l'autorità di vigilanza la frase più volte ripetuta e più significativa fu: «Cultural issues are the heart of this failings». Cfr. *Report into Irregular Currency Trading at National Australia Bank* (2004) p. 6.

CAPITOLO V

Profili comparativi: il caso della Gran Bretagna

1 L'evoluzione della crisi nel Regno Unito: il contagio dagli Stati Uniti

Si intende di seguito offrire una sintesi cronologicamente ordinata³¹⁹ dei principali eventi che hanno scandito l'evolversi in Gran Bretagna della crisi del sistema finanziario internazionale, nata nell'estate del 2007 e aggravatasi più e più sino a travolgere, nel corso del 2009, le principali economie del mondo, autorevolmente definita la crisi finanziaria più seria e distruttiva dal 1929³²⁰. Le dimensioni devastanti della crisi finanziaria a livello internazionale sono confermate tra l'altro dal dato relativo alle perdite di valore delle società quotate subite a causa cadute nei mercati azionari pari, solo nel periodo intercorrente tra la primavera 2007 ed il febbraio 2009, a più

³¹⁹ “*Timeline of crisis events*”, Bank of England, Financial Stability Report, June 2009, pp. 58 e ss., (www.bankofengland.co.uk).

³²⁰ Così nello “*The high-level group of financial supervision in the EU, Report*”, anche detto “*Rapporto Larosière*”, del 25 febbraio 2009, p.6. Il rapporto, steso da un gruppo di 8 esperti presieduti da Jacques de Larosière, stabilisce inoltre il momento di inizio della crisi a livello internazionale nel luglio 2007 e si stabilisce sin dalle prime righe la principale causa della crisi finanziaria in questione: “*Financial markets depend on trust. But much of this trust has evaporated*”.

di 16 mila miliardi di Euro, equivalenti a circa una volta e mezza il prodotto interno lordo dell'Unione Europea.

La crisi affonda le sue radici nel declino del mercato immobiliare americano i cui primi segnali risalgono alla fine del 2006 a seguito di due anni in cui erano stati consecutivamente innalzati i tassi di interesse. Iniziarono ad aumentare i casi di mancato rimborso dei mutui cui seguirono i primi casi di insolvenza delle società che li avevano concessi (cd. *subprime lenders*).³²¹.

Come appena accennato, il primo comparto del settore finanziario a dare segnali di crisi è stato quello dei mutui immobiliari cosiddetti *subprime*, ovvero mutui concessi a soggetti “a rischio”, dunque non così meritevoli, al fine di acquistare immobili e garantiti da ipoteca sull'immobile acquistato. Tali operazioni erano divenute in qualche modo tipiche principalmente nel mercato degli Stati Uniti. La crisi di questo settore ha innescato un processo a catena nel sistema bancario prima americano e poi, se non quasi in

³²¹ «As a result, interest rate spreads on asset backed securities containing sub-prime mortgage debt began to widen sharply in December and January 2007. In January, the United Kingdom's Financial Services Authority (FSA) alerted market participants to the need for robust stress testing. It highlighted the risks for banks that relied heavily on the securitisation markets if investors reappraised risk in this markets» così chiarisce il meccanismo Michael McKee, *Financial markets turmoil and the biggest banks: lessons to be learned*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, Vol 404, 2008.

contemporanea, sul mercato finanziario inglese e mondiale.³²² Il contagio della crisi del mercato dei mutui immobiliari all'intero sistema finanziario è stato reso possibile, se non agevolato, principalmente dalle operazioni di cartolarizzazione tramite le quali i mutui *subprime* sono stati "rimpacchettati" e collocati dalle banche ad altre banche e/o a privati. Si noti che, pur rappresentando una piccola fetta delle operazioni finanziarie, i mutui *subprime* hanno rivestito un ruolo decisivo nel contagio e ciò in quanto una volta cartolarizzati avevano circolato nei mercati finanziari sotto varie forme, sempre più opache e lontane dal prodotto iniziale. In tal senso un ruolo non indifferente se non altrettanto rilevante nella diffusione del contagio è stato giocato dai derivati, e in particolare dai *credit default swap* attraverso i quali il rischio di insolvenza è stato trasferito, più e più volte ad una moltitudine di soggetti, non solo investitori istituzionali.

In Europa il mercato dei mutui *subprime* era florido nel Regno Unito, ed in effetti tra i primi segnali del grave disequilibrio venutosi a creare nel mercato dei mutui immobiliari si deve ricordare la sottoposizione, in data 10 settembre 2007, a procedura fallimentare (cd.

³²² Per una completa e accurata disamina si rinvia "*Financial markets turmoil and the biggest banks: lessons to be learned*", Michael McKee, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, Vol. 404, 2008.

*administration*³²³) della Victoria Mortgage Funding Limited, una piccola³²⁴ società con sede a Londra attiva nella concessione di mutui.³²⁵ Solo pochi giorni dopo seguì l’annuncio da parte della Bank of England di aver concesso un finanziamento alla Northern Rock, in quanto la banca presentava una situazione di crisi di liquidità. La Northern Rock era allora una delle più importanti banche commerciali del Paese prevalentemente attiva nella concessione di credito ed in particolare di mutui immobiliari.

Dopo i primi segnali dell’autunno 2007, l’evento che ha segnato l’inizio di quello che è stato gergalmente definito “*credit crunch*”³²⁶, nel Regno Unito è la nazionalizzazione della Northern Rock, avvenuta il 17 febbraio 2008. I mesi tra il 17 febbraio 2008 ed il 18 settembre 2008³²⁷, data dell’annuncio della fusione tra HBOS e Lloyds TSB, sono stati contrassegnati, da un lato, dalla presentazione della prima misura strutturale per combattere la crisi predisposta dal governo britannico in soccorso della liquidità bancaria, ovvero il cosiddetto *Special Liquidity Scheme* (meglio

³²³ Vennero nominati amministratori i signori Christine Laverty e Michael McLoughlin di KPMG.

³²⁴ La quota della Victoria Mortgage Funding Limited era pari a circa lo 0,064% del mercato del *mortgage lending market*.

³²⁵ Cfr. l’annuncio della FSA del 10 settembre 2007, www.fsa.gov.uk.

³²⁶ Che si traduce con stretta creditizia ma letteralmente significa “accartocciamento del credito”. *Crunch* indica l’atto di fare pressione stringendo e generando rumore, in senso figurativo appunto una grave situazione economica “*a severe economic squeeze (as on credit)*” (da www.merriam-webster.com).

³²⁷ Solo tre giorni prima era fallita oltreoceano Lehman Brothers.

descritto *infra*) e, dall'altro, da un susseguirsi di annunci di perdite attese e di ricorso allo *Special Liquidity Scheme* da parte di alcune delle principali banche del paese, tra cui Royal Bank of Scotland, HBOS e Bradford & Bingley.

HBOS, che era allora la terza banca del Regno Unito per totale attivo, nonostante l'ampio ricorso allo *Special Liquidity Scheme*³²⁸ non riuscì a mantenere la propria operatività e il 18 settembre 2008 annunciò la fusione o meglio la sua acquisizione da parte di Lloyds TSB, allora la quinta banca del Paese. Un'altra banca importante, Bradford & Bingley, pur avendo usufruito dello *Special Liquidity Scheme*, non resse l'impatto della crisi e il 29 settembre 2008 fu nazionalizzata con contestuale trasferimento del ramo di azienda dedicato alla raccolta del risparmio alla Abbey National plc. Il mese di ottobre dello stesso anno iniziò con la *debacle* del sistema bancario islandese, fortemente legato a quello britannico: il 7 ottobre 2008 il governo islandese assunse il controllo di due tra le principali banche del paese (Glitnir e Landsbanki) e lo stesso giorno il governo inglese annunciò l'adozione del pacchetto di norme in supporto al sistema finanziario in cui si prevedeva anche una estensione in termini sia quantitativi sia temporali dello SLS.

Il mese successivo, il 21 novembre 2008, fu evidente il dilagare della crisi anche nel settore delle *building societies*,

³²⁸ Ribattezzato nell'ambiente bancario inglese "*HBOS liquidity scheme*".

in quanto una importante *building society* inglese, la Derbyshire Building Society, venne fusa nella Nationwide Building Society, il più grande tra gli intermediari di questa tipologia. Derbyshire Building Society aveva registrato nel corso del primo semestre dell'anno perdite ³²⁹ tali da pregiudicarne, nel contesto della crisi, l'operatività. Poche settimane dopo, il 5 dicembre 2008, un'altra importante *building society*, la Cheshire Building Society venne anch'essa fusa nella Nationwide Building Society. Entrambe le operazioni di fusione appena ricordate ebbero un percorso deliberativo particolare in quanto la FSA in esercizio della facoltà prevista nel Building Society Act 1986, stabilì che le operazioni di aggregazione fossero approvate unicamente dai rispettivi consigli di amministrazione, e non dalle assemblee dei soci, contestualmente autorizzando tali fusioni. La ragione di tale scelta risiederebbe nella urgenza di concludere le dette operazioni data la complessiva estrema difficoltà che il settore attraversava in quelle settimane con particolare riguardo alle *building societies*, che sono risultati tra gli intermediari britannici, quelli ad aver più severamente sofferto le generali condizioni di scarsa liquidità interbancaria.

I rivolgimenti nel mercato del *building societies* non erano tuttavia finiti, nel mese di dicembre del 2008 infatti altre due *building society* dovettero ricorrere alla fusione con

³²⁹ Pari a circa £17 mln, ovvero € 21 mln circa.

altre società dello stesso tipo per affrontare la crisi finanziaria. L'ultimo evento in senso cronologico della crisi finanziaria che appare utile segnalare in questa sede riguarda proprio una *building society*, la Dunfermline Building Society, che, in applicazione della legislazione appositamente emanata dal Regno Unito ³³⁰, subì, per scongiurarne il fallimento con gli annessi rischi sistemici, la cessione di parte dei propri beni alla Nationwide Building Society, come meglio descritto in seguito.

Per meglio comprendere le implicazioni della crisi nel Regno Unito appare utile segnalare inoltre che il settore bancario contribuiva in maniera molto significativa all'economia del Paese. Le cifre indicate di seguito offrono un immediata percezione di cosa si debba con ciò intendere: nel Regno Unito i dipendenti delle banche nel maggio 2007 erano circa 500.000 persone, nell'industria finanziaria intesa in senso ampio erano impiegate oltre 1 milione di persone e insieme alle attività connesse (*accountancy, business, computer and legal services, etc.*), si raggiungevano oltre i 3 milioni di persone occupate nel settore finanziario. Le banche e gli intermediari finanziari apportavano circa 70 bilioni di sterline al *national output* del regno Unito (che rappresentava

³³⁰ Trattasi del Banking Act 2009, emanato in data 21 febbraio 2009, di cui meglio nel prosieguo.

circa il 6.8% del PIL e fornivano circa il 25% del gettito fiscale su imprese dell'intero paese.³³¹

2 Principali interventi del governo britannico per evitare l'aggravarsi della crisi

L'intervento, complessivamente considerato, posto in atto dal governo britannico si presenta particolarmente articolato in quanto ha inteso operare su più fronti tra i quali principalmente: nazionalizzazioni, interventi di modifica dell'assetto legislativo per la gestione delle crisi bancarie, strumenti di ricapitalizzazione, strumenti di agevolazione del reperimento di liquidità, e, in ultimo, riallocazione degli assetti di vigilanza sul sistema finanziario.

In ordine cronologico si deve iniziare dal salvataggio, il primo attraverso una nazionalizzazione, di banche in crisi (vedi il caso Northern Rock, primo intervento anticrisi del governo britannico posto in atto nel febbraio 2008), il successivo intervento intese operare sul fronte della liquidità, attraverso l'introduzione di un cosiddetto schema, lo *Special Liquidity Scheme* (aprile 2008), volto ad agevolare gli istituti bancari, nel reperimento di fondi liquidi, seguì l'adozione di un piano generale, il *Credit Scheme* (ottobre 2008), che puntava sia alla ricapitalizzazione degli istituti bancari,

³³¹ British Bankers Association, *Top 10 facts*, 04/05/2007, www.bba.org.uk.

attraverso vari strumenti tra cui, ad esempio, la sottoscrizione da parte dello stato di azioni privilegiate e titoli a rendimento fisso (*permanent interest bearing shares*, gergalmente chiamate PIBS³³²) emessi dagli intermediari per un ammontare complessivo di 25 miliardi di sterline ovvero il finanziamento di operazioni di aumento di capitale tramite la sottoscrizione di azioni ordinarie³³³, sia alla formulazione di uno specifico sistema per la gestione delle crisi. ultimo significativo intervento in tal senso si può segnalare il salvataggio della Dunfermline, avvenuto in applicazione delle previsioni (*Special Resolution Regime*, anche detto SSR) nel frattempo emanate con il Banking Act 2009.

Di seguito si darà brevemente conto dei principali interventi posti in essere nel Regno Unito per combattere la crisi.

2.1 Lo *Special Liquidity Scheme*

L'introduzione dello *Special Liquidity Scheme*, i cui dettagli si devono alla stretta collaborazione tra le sei banche più

³³² Ovvero *permanent interest bearing shares*, azioni emesse tipicamente da istituti bancari, che si occupano prevalentemente di concedere mutui immobiliari, che danno diritto al percepire un tasso di interessi fisso. Non possono essere riacquistate dall'emittente ma possono essere negoziate sul mercato secondario.

³³³ L'intervento britannico si presenta leggermente più articolato rispetto al resto d'Europa, anche in ragione della maggiore importanza di quella piazza finanziaria e della particolare severità con cui è stata colpita dalla crisi.

grandi del paese e la Bank of England³³⁴, può considerarsi il primo intervento dello Stato posto in atto nel Regno Unito per evitare l'aggravarsi della crisi: il 21 aprile 2008 la Bank of England annunciava³³⁵ il lancio di un piano, per almeno 50 miliardi di sterline, fruibile sia dagli istituti bancari sia dalle *building societies* inglesi che venivano autorizzate temporaneamente³³⁶ a richiedere – in prestito – alla Bank of England buoni del tesoro inglese (*Treasury bills*), liquidi, contro titoli, illiquidi, la cui valutazione restava affidata alla Bank of England³³⁷, di qualità ritenuta sufficiente dalla banca centrale inglese³³⁸ e dietro pagamento di un tasso di interesse³³⁹. In particolare i titoli per i quali era consentito

³³⁴ Così il Governatore della Bank of England nel discorso tenuto avanti alla British Bankers' Association il 10 giugno 2008, Quarterly Bulletin della Bank of England, 2008, Q 3, p.310-313.

³³⁵ Cfr. il Market Notice della Bank of England del 21 aprile 2008 (www.bankofengland.co.uk).

³³⁶ Lo SLS ha introdotto un piano fruibile per un termine di 3 anni, entro ottobre 2011 tutti i titoli scambiati dovranno essere restituiti e tutti i Treasury Bills dovranno essere restituiti alla Bank of England e il piano sarà chiuso.

³³⁷ Vedi il punto 12 del Market Notice della Bank of England del 21 aprile 2008 (www.bankofengland.co.uk).

³³⁸ Nel Market Notice della Bank of England del 21 aprile 2008 (www.bankofengland.co.uk) si indica al punto 12 che ogni partecipante allo schema potrà richiedere buoni del Tesoro unicamente dietro presentazione e scambio di titoli già appostati nel bilancio al 31 dicembre 2007 nonché contrassegnati da specifiche caratteristiche comprovanti la loro qualità (restano ad esempio esclusi i derivati).

³³⁹ Secondo quanto indicato nel comunicato stampa del 21 aprile 2008 che accompagna l'introduzione dello SLS fornendo le prime informazioni sul funzionamento dello schema il tasso di interesse da pagare sui titoli del tesoro ottenuti in prestito è stato fissato in un importo pari allo *spread* tra il Libor (*London Interbank offered rate*) a

richiedere lo scambio erano unicamente quelli emessi a seguito di operazioni aventi ad oggetto mutui concessi per l'acquisto di immobili ad uso abitativo, rimanendo esclusi, come chiarito in una nota di chiarimento della Bank of England del 14 agosto 2008, i titoli emessi a seguito di operazioni aventi ad oggetto "mutui commerciali", con essi intendendo mutui concessi alle piccole e medie imprese ivi inclusi i mutui ad essi concessi a fronte di prestazione di garanzia ipotecaria su terreni o immobili. I titoli "eleggibili" per lo scambio erano unicamente quelli originati da operazioni di mutuo per consentire l'acquisto (al fine della successiva locazione) di immobili ad uso abitativo a soggetti privati.

Nel comunicato, che precede l'annuncio relativo alla introduzione dello strumento, si indica la ragione della sua creazione: gli istituti bancari inglesi, a causa della chiusura della contrattazione su una larga gamma di titoli, si trovavano nella condizione di aver un surplus di tali titoli che tuttavia né potevano vendere né cedere in garanzia per ottenere nuovi fondi; il dilungarsi di tale situazione aveva reso difficoltosa la situazione finanziaria di molte banche che avevano reagito concedendo meno credito anche a livello interbancario. Lo *Special Liquidity Scheme* (SLS) era volto quindi a permettere alle banche di "disfarsi" di questi titoli e disegnato, come

tre mesi e il tasso di interesse a tre mesi applicato per il prestito di buoni del tesoro soggetto ad una soglia minima di venti punti base.

chiarito³⁴⁰ dal governatore della Bank of England, Mervin King, per migliorare la liquidità del sistema bancario e ristorare la sicurezza dei risparmiatori. La possibilità di aderire allo SLS è stata prorogata sino al 30 gennaio 2009 e secondo quanto indicato dalla Bank of England circa £185 miliardi sono stati impiegati attraverso l'adesione allo schema da 32 diversi istituti bancari; i titoli idonei allo scambio secondo quanto indicato dalla Bank of England sono *residential mortgage-backed securities*, (anche detti RMBS, titoli assistiti da mutui ipotecari su immobili ad uso abitativo originati da operazioni di cartolarizzazione di mutui garantiti da ipoteca su immobili destinati ad uso abitativo, con *rating* dalla AAA alla singola B³⁴¹), e *residential mortgage covered bonds*³⁴² (titoli di debito emessi da banche che beneficiano di una doppia garanzia: da un lato rappresentata dal patrimonio dell'emittente dall'altro da un patrimonio separato composto da beni di primaria qualità e destinati a soddisfare unicamente gli obbligazionisti) e titoli di cartolarizzazioni aventi come

³⁴⁰ Cfr. comunicato stampa del 21 aprile 2008, (www.bankofengland.co.uk).

³⁴¹ Anche i mutui residenziali concessi negli Stati Uniti a soggetti ad alto rischio, cosiddetti mutui *subprime* sono stati tipicamente cartolarizzati con strutture RMBS.

³⁴² Come noto, in Italia il quadro giuridico di riferimento nel quale si collocano le emissioni di obbligazioni bancarie garantite è costituito dalla legge n.80/2005, dal Regolamento Ministeriale n.310/2006 e dalle Disposizioni di Vigilanza della Banca d'Italia del 2007. Nel Regno Unito invece le prime emissioni di *covered bond* sono state effettuate già nel 2003 e pur in assenza di specifica normativa. Nel luglio 2008, quando la crisi era già in atto, con l'emanazione del Regulated Covered Bonds Regulation n. 386 si è inteso fornire una disciplina specifica.

sottostante crediti al consumo originati in particolare da carte di credito.³⁴³

Giova sottolineare che il piano contenuto nello SLS è stato interamente finanziato dal Tesoro inglese con ciò però non intendendosi trasferire il rischio insito nei mutui sottostanti le operazioni di cartolarizzazione cui seguiva l'emissione dei titoli scambiabili con la Bank of England. Il governatore della banca centrale inglese ha infatti sottolineato che “il rischio rimane in capo alle banche” e non è trasferito al settore pubblico. In effetti lo schema previsto dallo SLS stabilisce i buoni del tesoro concessi dalla banca centrale inglese a fronte dei titoli dati in garanzia dalle banche richiedenti dovranno essere restituiti entro tre anni con contestuale restituzione da parte della Bank of England dei titoli scambiati. Inoltre la valutazione sugli “*elegible assets*” rimane affidata all'insindacabile giudizio della Bank of England.

In particolare nel comunicato stampa informativo che accompagna l'introduzione dello SLS si legge che “*le banche devono fornire titoli alla Bank of England che valgano in ogni momento significativamente di più dei buoni del Tesoro che hanno ricevuto in cambio*”³⁴⁴. Le principali banche del

³⁴³ Cfr. comunicato stampa del 3 febbraio 2009, (www.bankofengland.co.uk).

³⁴⁴ Cfr. punto (ii) *Credit risk stays with the banks* del comunicato stampa informativo del 21 aprile 2008, (www.bankofengland.co.uk). Per esempio una banca che dia *residential mortgage-backed securities* inglesi quotati AAA, per £ 100, riceverà, a seconda delle specifiche caratteristiche dei titoli, buoni del Tesoro per un valore compreso tra £ 70 e £ 90.

paese hanno tutte largamente approfittato dello SLS e secondo una analisi della banca d'affari Merrill Lynch, HBOS è stata la banca ad aver maggiormente usufruito dello schema seguita da Royal Bank of Scotland, Nationwide Building Society e Lloyds TSB ³⁴⁵. Al momento dell'introduzione dello SLS, come si legge nel comunicato al mercato che fornisce le prime informazioni relative allo SLS ed alla sua ragion d'essere³⁴⁶, la Bank of England aveva incrementato del 42% l'ammontare di denaro messo a disposizione degli istituti finanziari rispetto all'agosto 2007 (solo 8 mesi prima).

2.2 Gli interventi di ottobre 2008: il *Credit Guarantee Scheme*

L'intervento organico posto in essere dal Governo nell'ottobre 2008 fu, come anticipato, il *Credit Guarantee Scheme* che rappresenta però solo una parte delle misure annunciate dal governo all'atto della sua adozione ai primi di ottobre. Obiettivo primario del *Credit Guarantee Scheme* era assicurare la stabilità del sistema finanziario e proteggere i piccoli risparmiatori (*ordinary savers*) i correntisti, le imprese e coloro che avevano contratto mutui. In sintesi tale misura si proponeva di garantire sufficiente liquidità al sistema nel breve termine, rendere disponibile nuovo capitale

³⁴⁵ Cfr. articolo di Philip Aldrick del 26 gennaio 2009 su www.telegraph.co.uk.

³⁴⁶ Vedi il comunicato della Bank of England intitolato "*Special Liquidity Scheme information*", (www.bankofengland.co.uk).

per le banche inglesi e per le *building societies* così da rafforzare le loro risorse e permettere loro di ristrutturare i propri debiti pur restando di supporto all'economia reale. Ulteriore finalità del piano era quella di assicurare che il sistema bancario avesse i fondi necessari per continuare a concedere credito nel medio termine. Nell'ambito di tali finalità una delle misure più rilevanti è apparsa essere la ricapitalizzazione delle banche con denaro pubblico attraverso il *Bank Reconstruction Fund*. Per migliorare il livello di capitale Tier 1 il governo britannico mise a disposizione di soggetti idonei (“*eligible institutions*”) £ 50 mld (€ 60 mld circa), da concedersi sotto forma di azioni privilegiate (*preference shares* o PIBS). I soggetti idonei erano unicamente banche di diritto britannico, incluse le sussidiarie di istituzioni straniere, che svolgessero un'attività significativa (“*substantial business*”) nel Regno Unito, e le *building societies*.³⁴⁷

RBS, Lloyds TSB e HBOS richiesero l'assistenza pubblica: in particolare, nel caso di Lloyds TSB e HBOS, il governo britannico ha acquistato azioni ordinarie e privilegiate di nuova emissione una volta portata a termine la fusione tra questi intermediari. In virtù della partecipazione pubblica, pari a circa il 44% del capitale, il Tesoro sarà rappresentato

³⁴⁷ Gli intermediari creditizi che usufruirono della ricapitalizzazione tramite tale piano parteciparono furono: Barclays, Royal Bank of Scotland (RBS), HBOS, HSBC Bank plc, Lloyds TSB, Abbey, Standard Chartered e Nationwide (unica *building society*)

in Consiglio da due amministratori. Inoltre, sono stati annullati tutti bonus per gli amministratori durante crisi di HBOS e quelli di Lloyds TSB sono stati obbligati a riceverli in azioni della banca.

3 Il Banking (Special Provisions) Act 2008 e il salvataggio di Northern Rock (una nazionalizzazione obbligata)

Il Banking (Special Provisions) Act, emanato il 21 febbraio 2008 ed entrato in vigore il giorno stesso³⁴⁸, era una legge composta di poco meno di una ventina di articoli, anticipatoria, almeno in parte, del successivo Banking Act 2009 e avente la finalità principale di dotare il Tesoro, immediatamente anche se provvisoriamente³⁴⁹, di due prerogative che erano divenute fondamentali per la gestione dell'emergenza della crisi bancaria in quel momento in atto. In primo luogo il Banking (Special Provisions) Act consentiva l'emanazione di provvedimenti attraverso i quali il Tesoro poteva ordinare cessioni di titoli di un intermediario bancario

³⁴⁸ L'art. 17 (2) del Banking (Special Provisions) Act stabilisce che: "La presente legge entra in vigore lo stesso giorno in cui è approvata".

³⁴⁹ L'articolo 2, (8) stabilisce che i poteri di cui agli articoli 3 e 6 della stessa legge, ovvero il potere di ordinare il trasferimento di titoli emessi da un *UK authorised deposit taker* e il potere di ordinare il trasferimento della proprietà, dei diritti e delle passività di un *UK authorised deposit taker*, erano concessi al Tesoro per il periodo di un anno a partire dalla data di emanazione della legge (21 febbraio 2008).

autorizzato nel Regno Unito ³⁵⁰ (“*UK authorised deposit taker*”) alternativamente alla Bank of England, a un soggetto nominato dal Tesoro, ovvero, a una società le cui azioni fossero interamente possedute dal Tesoro o dalla Bank of England, ovvero altra società³⁵¹. In secondo luogo al Tesoro era affidato il potere di emettere un ordine avente ad oggetto il trasferimento di proprietà, diritti e passività di un intermediario bancario britannico autorizzato a una società completamente posseduta dalla Bank of England o dal Tesoro ovvero un qualsiasi altro soggetto (e anche ad entrambi in caso di trasferimenti parziali)³⁵².

La prima applicazione del Banking (Special Provisions) Act non si fece attendere in quanto solo 24 ore dopo la sua

³⁵⁰ La legge definisce all’art. 1 (1) un intermediario britannico autorizzato (*authorised UK deposit-taker*) stabilendo che si tratta di una impresa del Regno Unito che è stata autorizzata a svolgere attività di accettazione di depositi ai sensi di quanto stabilito nella sezione IV del FSMA 2000 (la legge che nel 2000 ha riordinato gli assetti di vigilanza nel Regno Unito e definito le funzioni della Financial Service Authority)

³⁵¹ Così stabilisce l’articolo 3, (1), rubricato *Transfer of Securities*, che recita come segue: “*The Treasury may, in relation to all or any securities of a specified description that have been issued by an authorised UK deposit-taker, by order make provision for or in connection with, or in consequence of, the transfer of the securities to any of the following— (a) the Bank of England; (b) a nominee of the Treasury; (c) a company wholly owned by the Bank of England or the Treasury; (d) any body corporate not within paragraph (c)*”.

³⁵² L’articolo 6 rubricato “*Transfer of property etc.*” recita al numero (1): “*The Treasury may by order make provision for or in connection with, or in consequence of, the transfer of property, rights and liabilities of an authorised UK deposit-taker to either (or each) of the following— (a) a company wholly owned by the Bank of England or the Treasury; (b) a body corporate not within paragraph (a).*”

emanazione, il Tesoro, emise, in forza di tale legge, il suo primo Transfer Order per *salvare* la Northern Rock plc³⁵³ dal fallimento attraverso la sua completa nazionalizzazione. Come affermato nelle stesse note esplicative alla legge³⁵⁴, il Banking (Special Provisions) Act era una misura temporanea, tuttavia necessaria, per conferire al governo i poteri occorrenti ad assicurare la stabilità del sistema finanziario del Regno Unito e proteggere il pubblico interesse qualora fosse stata data assistenza finanziaria ad un istituto bancario (*UK deposit-taker*) di diritto britannico.

La legge in questione si inseriva nel più ampio progetto di riforma di lungo periodo, che era già stato avviato dal governo inglese insieme alla Financial Services Authority ed alla Bank of England, avente la finalità di rafforzare la stabilità finanziaria del paese e meglio proteggere gli interessi dei risparmiatori. Il progetto di riforma sottoposto

³⁵³ Northern Rock plc, una realtà forte nel nord della Gran Bretagna (come dice il nome la roccia del nord), nasce come una *building societies*, la Northern Rock Building Society, costituita il 1 luglio 1965 tramite fusione di due building society di lungo corso, la Northern Counties Permanent Building Society, costituita nel 1850, e la Rock Building Society, costituita nel 1865. La Northern Rock Building Society perfezionò in seguito una serie di operazioni di fusione con circa 53 piccole *building societies* locali. Il primo ottobre 1997 fu trasformata in una *public limited company*, autorizzata ai sensi del Banking Act 1987, perdendo la propria natura di banca popolare e affrontando la quotazione sul London Stock Exchange. Nell'operazione di trasformazione venne costituita la The Northern Rock Foundation, un soggetto indipendente (*charitable body*) che esercitava attività di beneficenza i cui principali obiettivi oggi sono di migliorare le condizioni di vita nelle regioni del North East e della Cumbria.

³⁵⁴ Banking (Special Provisions) Bill, Explanatory Notes, punto 5, p.2.

alla consultazione fra i tre attori appena citati riguardava in particolare la predisposizione di misure di rafforzamento del sistema finanziario al fine di ridurre la probabilità di fallimento degli istituti bancari e ridurre le conseguenze di eventuali fallimenti, specialmente in caso di rischi sistemici. Gli strumenti al vaglio erano tutti volti a conferire specifiche prerogative alle autorità competenti (Tesoro, FSA and Bank of England detta anche BoE) per dirigere ed accelerare il processo di trasferimento di istituti bancari a terzi nonché di consentire che dette autorità potessero esse stesse prendere il controllo, anche solo di parte, di istituti bancari soggetti a fallimento (ovvero dei loro beni o delle loro passività) attraverso la costituzione di una “banca ponte” (“*bridge bank*”); ultimo punto soggetto alla consultazione era la possibilità di consentire temporanee nazionalizzazioni (anche parziali) di istituti bancari.

Con il Banking (Special Provisions) Act, in seguito al precipitare degli eventi ed in uno dei momenti peggiori della crisi, si era deciso di accelerare il processo di riforma ed introdurre intanto, almeno temporaneamente, almeno uno degli strumenti in quel momento in discussione, ed in particolare l’ultimo di quelli citati: la nazionalizzazione di banche in crisi. Lo strumento principale introdotto dal Banking (Special Provisions) Act infatti era proprio quello di permettere che istituti bancari costituiti in Gran Bretagna (*UK-incorporated banks and building societies*), *building societies* comprese, potessero essere nazionalizzati. Come

anticipato innanzi si trattava di un provvedimento temporaneo, soppiantato nel giro di meno di 12 mesi: nel febbraio 2009 è stato emanato il Banking Act 2009 che contiene una organica riforma della disciplina delle crisi bancarie *in primis* ed in generale degli strumenti volti a garantire le stabilità finanziaria del paese.

Ulteriore possibilità concessa dal Banking (Special Provisions) Act era quella di ordinare il trasferimento delle azioni (anche solo una parte di esse o i beni o parte dei beni) di un istituto non in grado di procedere con la propria operatività ad un soggetto privato, il Tesoro poteva cioè emettere un ordine di trasferimento delle azioni emesse ovvero della proprietà, dei diritti e/o delle passività, di un “*authorised deposit-taker*” ovvero per i fini del Banking (Special Provisions) Act un istituto bancario o una building society costituita in Gran Bretagna (*incorporated in UK*)³⁵⁵. Tale prerogativa era precedentemente esclusa specificamente nel caso delle *building societies*.

Il provvedimento, nonostante sia stato emanato solo 24 ore prima dell’emissione dell’ordine di trasferimento delle azioni della Northern Rock al Treasury Solicitor, fu

³⁵⁵ Come chiarito al punto 6, p. 2 delle Explanatory Notes al Banking (Special Provisions) Act. Si noti infatti che le *credit unions* (soggetti corrispondenti in qualche misura alle Banche di Credito Cooperativo) pur incluse nella definizione di “*UK deposit-taker*” sembrano essere soggetti cui assai difficilmente potrà destinarsi un ordine di trasferimento (come chiarito al punto 10, *Clause 1*, p.4 delle *Explanatory Notes al Banking (Special Provisions) Bill*).

presentato ³⁵⁶ per la prima lettura dal Cancelliere dello Scacchiere, Alistair Darling, alla House of Commons come non deliberatamente “Northern-Rock specific”, tuttavia indicando che il Governo non aveva intenzione di applicare la prerogativa di disporre la nazionalizzazione di istituti bancari secondo quanto previsto dall’emananda legge se non nello specifico caso di Northern Rock, come in effetti poi fece.

4 Il Banking Act 2009

Il Banking Act 2009 rappresenta l’evoluzione del Banking (special) provision Act 2008. Il provvedimento serviva a consentire al paese di rispondere energicamente e prontamente alle sfide che la crisi avrebbe potuto ancora riservare. Secondo quanto stabilito nella legge la possibilità di procedere ad una nazionalizzazione era tuttavia consentita solo in particolari circostanze, trattandosi di uno strumento del tutto residuale e dovendosi prima considerare ogni altra via. Gli azionisti, diversamente da quanto poi sembra essere accaduto almeno nel caso Northern Rock (vedi meglio *supra*), avrebbero dovuto ottenere un compenso “appropriato” (“*appropriate compensation*”) per le azioni cedute allo Stato, garanzia dell’appropriatezza del compenso era l’affidamento della valutazione ad un esperto indipendente.

³⁵⁶ Il 18 febbraio 2008.

Preme rilevare subito che con il Banking Act 2009 cambia il già analizzato aspetto tipico del sistema britannico e cioè quello di trattare il fallimento di una banca alla stessa stregua del fallimento delle altre società dell'economia reale. La legge prevede tre alternative possibili in caso di crisi di una banca: trasferimento della banca in crisi ad (i) un acquirente privato, oppure (ii) ad una "banca ponte" o ancora, ma solo temporaneamente, (iii) allo Stato. Il testo legislativo è suddiviso in otto parti nelle quali vengono disciplinati lo *Special Resolution Regime* (SRR), le insolvenze bancarie, l'amministrazione straordinaria, il Financial Services Compensation Scheme (FSCS), il sistema interbancario dei pagamenti e l'emissione di banconote e sono introdotte una serie di disposizioni varie concernenti, tra l'altro, la Bank of England e la FSA.

Come innanzi si accennava l'elemento più innovativo è senz'altro lo *Special Resolution Regime*, che non è infine altro se non una conferma e una specificazione degli strumenti temporaneamente introdotti dal Banking (Special Provisions) Act 2008. Attenzione particolare è posta dal provvedimento per quanto attiene la *governance* della banca qualora il Tesoro divenga azionista: sin da quel momento e per il periodo iniziale di "stabilizzazione" il Tesoro avrà un ruolo diretto nella gestione della banca, ma, superata tale fase, la gestione della società dovrà essere ispirata alle migliori pratiche di *governance*, avuto riguardo anche alle

prospettive temporali dell'intervento.³⁵⁷ Qualora poi si ritenga che la stabilizzazione della banca richieda tempi lunghi, il Tesoro ha l'obbligo di individuare le strategie e gli obiettivi aziendali sulla base dei quali gli amministratori dovranno redigere il piano strategico della banca. A sua volta, il piano dovrà essere presentato al Tesoro, che manterrà un ruolo di verifica e monitoraggio.

5 La “Walker Review” proposti di rimedi ai fallimenti della *corporate governance* bancaria nel Regno Unito

Nel Regno Unito tra il 2008 e il 2009 si è fatta spazio sempre più, anche nel Governo, la consapevolezza dei limiti del sistema bancario e della sua regolamentazione ed è

³⁵⁷ La Bank of England ha applicato per la prima volta le disposizioni sullo Special Resolution Regime (SRR) del Banking Act 2009 nel caso della Dunfermline Building Society. Nel fine settimana tra il 28 e il 29 marzo 2009, la Bank of England ha portato a termine un'operazione in asta per talune attività e passività della Dunfermline. L'aggiudicatario, la Nationwide, ha acquisito i depositi, le filiali, l'ufficio centrale e i mutui residenziali. Il portafoglio dell'edilizia popolare è stato temporaneamente trasferito alla DBS Bridge Bank Ltd per il tempo necessario a raggiungere una soluzione definitiva. Il 17 giugno è stato dato l'annuncio che la Nationwide è stata selezionata quale acquirente anche per quest'ultimo segmento. Il resto delle attività della Dunfermline, compreso i prestiti commerciali e i debiti subordinati, è stato sottoposto a Special Administration. Bank of England, FSA (e Tesoro) - sulla base di questa esperienza - hanno posto attenzione a come implementare il flusso segnalitico delle banche per l'acquisizione dei dati rilevanti per la gestione delle crisi, migliorare gli accordi di reciproca condivisione delle informazioni tra Bank of England e FSA e rivedere il protocollo di reciproco coordinamento alla luce delle innovazioni introdotte dal Banking Act 2009.

iniziato un processo di ricerca dei responsabili e delle cause nonché delle possibili risposte che il Governo poteva dare non solo per fermare la caduta ma anche per evitare il ripetersi di una crisi di tali dimensioni. Lord Turner, il presidente dell'autorità di vigilanza britannica sulle banche (Financial Service Authority) è stato incaricato dal Cancelliere dello Scacchiere di procedere all'analisi delle cause e di indicare modifiche alla regolamentazione e all'approccio alla vigilanza per creare un sistema bancario più robusto per il futuro. Il richiamo appare utile in questa sede per offrire una sintesi di quelle che sono state autorevolmente ritenute le cause e i fattori amplificativi della crisi a livello globale e in particolare in Gran Bretagna; alle origini della crisi Turner pone tre fattori: il contagio (ovvero l'interrelazione tra i macro squilibri globali), la riduzione dei tassi di interesse reali e lo sviluppo dell'innovazione finanziaria, che complessivamente hanno causato una rapida espansione del credito³⁵⁸; l'affidamento eccessivo su strumenti matematici di valutazione e gestione del rischio; un utilizzo sempre più ampio della trasformazione delle scadenze, sull'assunto che attività a lungo termine potessero essere finanziate da passività a breve termine, in quanto le prime potevano essere facilmente e velocemente vendute in mercati liquidi

³⁵⁸ Lo strumento principale è stato quello delle operazioni di cartolarizzazione, che hanno assunto forme sempre più complesse e in cui titoli rappresentativi di crediti cartolarizzati venivano accumulati nei bilanci delle banche inglesi e non distribuiti, con il beneficio della diversificazione del rischio, tra differenti investitori finali.

(“*liquidity through marketability*”); un aumento dell’indebitamento ³⁵⁹ e il radicamento della prociclicità nel sistema; la mancanza di adeguati “cuscinetti” di capitale per combattere la prociclicità ed evitare la perdita di fiducia nel sistema bancario. Per quanto attiene specificamente il Regno Unito, Turner individua tra le principali cause della crisi l’aumento rapido di credito finanziato da flussi di capitale privato provenienti dall’estero, che hanno assunto in parte la forma di acquisti di *mortgage backed securities* del Regno Unito, in parte la forma di finanziamenti; i rischi derivanti da tali operazioni sono stati fortemente sottovalutati dall’organo con funzioni di gestione e controllo delle banche, in tal senso «improvements in the effectiveness of internal risk management and firm governance are also essential [...] there were many cases where internal risk management was ineffective and where boards failed adequately to identify and contrast excessive risk taking»³⁶⁰.

La Turner Review ha dunque evidenziato alcune difficoltà della vigilanza per far fronte alle quali il Governo

³⁵⁹ L’aumento dell’indebitamento delle banche inglesi è avvenuto prevalentemente attraverso lo sviluppo di veicoli fuori bilancio (*Special Investment Vehicles* e *conduits*). In questo modo il rischio è aumentato sia a livello di singola banca a causa degli obblighi di fornire liquidità previsti a carico di tali veicoli e a favore delle banche che li avevano creati, sia a livello sistemico in quanto con tali operazioni è aumentato il livello complessivo di indebitamento del sistema.

³⁶⁰ Cfr. The Turner Review, Chapter Two: What to do?, paragrafo 2.8 p. 92 (reperibile su www.fsa.gov.uk).

ha ritenuto necessario affidare un ulteriore approfondimento, ma con specifico riferimento alla *corporate governance* a persona di esperienza non solo in campo pubblico ma anche privato. La cosiddetta Walker Review, che prende il nome dal suo redattore Sir David Walker³⁶¹, rappresenta senz'altro il documento più ponderoso e significativo in materia di *corporate governance* bancaria e suoi fallimenti alla prova della crisi finanziaria globale 2007-2009 per quanto attiene il Regno Unito. Come si è avuto occasione di accennare, la crisi ha determinato, e continua a determinare, un terremoto nel sistema bancario britannico: non solo infatti alcune importanti banche come indicato nei paragrafi che precedono sono state nazionalizzate, il sistema di vigilanza è risultato manchevole ed è prossimo ad una complessa rivisitazione (vedi la proposta di riforma presentata da nuovo Cancelliere dello Scacchiere, Osborne, che prevede la fine dell'architettura tripartita con abolizione della FSA (l'autorità che esercita la vigilanza sulle banche) e trasferimento alla Bank of England della responsabilità di vigilanza microprudenziale e istituzione all'interno della Bank of England del Financial Policy Committee (FPC) con responsabilità di vigilanza macroprudenziale³⁶²), ma anche il sistema di *corporate*

³⁶¹ Sir David Walker, tra l'altro, oltre a posizioni di rilievo in banche internazionali ha ricoperto anche l'incarico di *chairman* del Securities and Investment board (una delle autorità inglobate nella Financial Services Authority (FSA)) e posizioni chiave alla Bank of England (nel 1981 ne è divenuto uno dei 4 *executive directors*).

³⁶² È prevista inoltre l'istituzione della Consumer Protection and Market Authority (CPMA) per regolamentare la condotta degli

governance non è rimasto esente da ripensamenti³⁶³ a cui ha molto contribuito la cd. Walker Review.

I rimedi proposti da Sir David Walker sotto forma di 39 raccomandazioni fanno capo fondamentalmente a due principi generali ritenuti dall'Autore fondamentali: il primo riguarda la necessità di modificare i comportamenti e la cultura formatasi nelle istituzioni bancarie³⁶⁴ che ha portato ad un conformismo generalizzato nel ridurre il rispetto delle leggi e dei regolamenti del settore, specificamente per quanto attiene ai rischi, a un processo quasi meccanico e per lo più formale di “box –ticking”³⁶⁵; il secondo attiene alla necessità di

operatori del mercato finanziario, esercitare le funzioni di *consumer protection* e la vigilanza sui mercati.

³⁶³ Alcune delle “recommendations” contenute nella Walker Review sono state attuate attraverso la revisione del codice di autodisciplina per le società quotate inglese (il cui nome è stato modificato da Combined Code in UK Corporate Governance Code) il cui nuovo testo è entrato in vigore il 29 giugno 2010. Altre saranno implementate attraverso modifiche alla *Financial Reporting Counsel Guidance* (si tratta della cd. Turnbull guidance, che contiene una guida all'applicazione delle sezioni del codice relative al *risk management* e ai controlli interni) (<http://www.frc.org.uk/corporate/ukcgcode.cfm>).

³⁶⁴ La stretta dipendenza della qualità complessiva della *corporate governance* da questioni comportamentali ha suggerito che l'imposizione di ulteriori e sempre più stringenti requisiti di capitale o simili potrebbe determinare un piccolo ovvero nessun vantaggio se non combinato a regole comportamentali percepite come vigenti nel settore. Cfr. Walker Review 1.20, p.29. L'assunto dell'intero rapporto è che sia preferibile operare per modificare il comportamento nella “boardroom” incoraggiando comportamenti improntati alla *best practice* piuttosto che emanare nuova regolamentazione.

³⁶⁵ Sir Walker imputa le principali inefficienze delle banche a problemi di tipo comportamentale piuttosto che di tipo organizzativo. Cfr. Walker Review, p.12 dove si legge anche «The most critical need is for an environment in which effective challenge of the executive is

allineare da un punto di vista temporale gli interessi degli azionisti, del mercato (ivi inclusi i risparmiatori) e dei *manager* delle banche perseguendo ottiche di lungo periodo. La Walker Review è indirizzata, principalmente, alle maggiori banche che hanno rilevanza sistemica significativa (in particolare a quelle quotate al London Stock Exchange), tuttavia nel rapporto si indica a chiare lettere che le raccomandazioni ivi contenute sono suscettibili di applicazione anche da parte di società di assicurazioni, *building societies* e banche non quotate.

Come innanzi accennato il rapporto contiene 39 raccomandazioni che ricadono nelle seguenti 5 categorie: qualità e composizione dell'organo con funzione di gestione; funzionamento di tale organo e valutazione della relativa performance; il ruolo degli investitori istituzionali e la necessità di un loro maggiore coinvolgimento; l'identificazione, la valutazione e la gestione dei rischi; i sistemi di remunerazione; di seguito porremo ad attenzione ad alcune delle raccomandazioni chiave. Oltre ad una serie di raccomandazioni volte a rafforzare la qualità e il ruolo degli amministratori non esecutivi, rilevanti raccomandazioni relative all'organo di gestione attengono sia alla necessità di evitare composizioni pletoriche sia alla possibile introduzione di regole che prevedano termini annuali per l'elezione dei membri dell'organo con funzioni di gestione (per il presidente

expected and achieved in the boardroom before decisions are taken on major risk and strategic issues».

invece è prevista la espressa raccomandazione di termine di carica annuale³⁶⁶) sia alla previsione dell'obbligo da parte delle prime 100 banche quotate sulla borsa di Londra e da parte dei soggetti non quotati alle stesse comparabili della rivelazione su base anonima e per fasce³⁶⁷ della remunerazione degli "*high end*" employees³⁶⁸.

Per quanto attiene il ruolo degli investitori istituzionali Sir Walker introduce una serie di raccomandazioni volte ad implementare un maggiore e più efficace coinvolgimento degli investitori istituzionali nella gestione delle banche in cui detengono partecipazioni³⁶⁹, in quanto investitori che dovrebbero per loro natura essere portati ad investimenti di lungo-termine e quindi, teoricamente, più reattivi nel caso vi siano situazioni di difficoltà. L'analisi di Sir Walker prende le mosse da un dato interessante emerso durante la crisi: alcuni fondi di investimento proprio poco prima della crisi o ai suoi inizi decisero di dismettere le partecipazioni detenute nelle banche. La raccomandazione che colpisce di più è

³⁶⁶ Cfr. Recommendation 10, Walker Report p. 16.

³⁶⁷ Le fasce sono le seguenti: da 1 milione di sterline a 2,5 milioni di sterline; da 2,5 milioni di sterline a 5 milioni di sterline e da 5 milioni di sterline in poi.

³⁶⁸ Per tali dovendosi intendere i soggetti che svolgono una funzioni di significativa influenza per la banca o la cui attività ha o potrebbe avere un impatto significativo sul profilo di rischio della banca. Cfr. Walker Review, p.11.

³⁶⁹ Sir Walker sceglie il termine *engagement*, utilizzato nella lingua inglese anche in caso di fidanzamento ufficiale tra due persone, per definire il rapporto che deve crearsi tra gli investitori istituzionali e l'organo con funzioni di gestione della banca in cui il fondo è azionista.

quella relativa alla *disclosure* delle votazioni in assemblea da parte degli investitori istituzionali³⁷⁰ con pubblicazioni delle politiche di voto sul loro sito internet o in altra forma accessibile al pubblico. Tale *disclosure* è ritenuta necessaria in quanto parte integrante del buon governo delle banche a cui gli investitori istituzionali sono chiamati a prendere parte.³⁷¹ Il cuore delle raccomandazioni attiene, ancora una volta, alla gestione dei rischi che rappresenta «the core strategic objectives of the entity»³⁷² e che nel passato è stata percepita come una funzione di *compliance* necessaria prevalentemente a rispettare i vincoli imposti sul capitale con il minimo impatto possibile sull'utilizzazione dell'indebitamento. Si sostiene innanzitutto la necessità costituire un comitato apposito, distinto da quello a cui è affidata la funzione di controllo interno, a cui affidare il compito di supervisione sull'esposizione al rischio della banca (con specifico riferimento al rischio liquidità, al rischio

³⁷⁰ Recommendation 22, p. 89, Walker Review.

³⁷¹ Tra le cause della reticenza degli investitori istituzionali a tale “engagement”, e in particolare all’obbligo di pubblicità sul voto, si possono individuare la preoccupazione per possibili effetti sul prezzo delle azioni della banca in cui l’investitore istituzionale è azionista, scetticismo sulle possibilità di successo di un simile coinvolgimento degli investitori istituzionali, la generale tendenza di tali investitori a investire tempo e denaro unicamente in caso di ritorni pressoché immediati.

³⁷² Paragrafo 6.3, p. 91, Walker Review. Mentre nelle altre imprese i principali rischi sono di tipo non finanziario, nelle banche i rischi sono tipicamente rischi finanziari e la strategia di una banca inevitabilmente include una certa forma di arbitraggio sul rischio finanziario: il successo dipende dalla efficace utilizzazione della corretta quantità di debito.

operativo, al rischio controparte e al rischio mercato da un lato e al rischio reputazionale dall'altro) e sulla strategia nonché di consulenza all'organo con funzioni di gestione sulla predisposizione al rischio che la banca deve mantenere e, data la rilevanza delle politiche di remunerazione, tale comitato dovrà anche fornire il proprio supporto al comitato per le remunerazioni. Utili indicazioni vengono anche date con riguardo alle linee applicative da seguire: i rischi devono essere valutati sia nel contingente e anche con riguardo alla storia passata della banca e alle generali previsioni sul futuro della stessa, inoltre il rischio non deve mai essere valutato isolatamente dal resto delle operazioni poste in essere ma costituire parte essenziale della valutazione della loro opportunità e della loro strutturazione. Un ruolo centralità è assegnato al Chief Risk Officer ("CRO") che deve partecipare alla gestione del rischio al più alto grado decisionale della scala gerarchica della banca e la cui rimozione dall'incarico deve essere preventivamente approvata dal *board*.

6. Nuovi orientamenti nel Regno Unito e non solo

A ben vedere si assiste ad un fenomeno di sempre maggiore convergenza tra gli ordinamenti (nonostante le immanenti differenze nei sistemi di amministrazione e di *governance*) rispetto, in particolare, all'individuazione degli elementi necessari ad un buon governo delle banche:

notevoli sono difatti i punti di contatto tra le Disposizioni della Banca d'Italia del 2008, i Principles for Enhancing Corporate Governance del 2010 e la Walker Review del 2009. In particolare ciò che colpisce è la “stretta” che si è proposta, assunta consapevolezza dei fallimenti del sistema (come emerge specialmente negli ultimi due documenti), sui controlli interni, ancora più cruciali di prima, e sull'organo con funzioni di gestione. Grande importanza, di là dai requisiti di patrimonializzazione (che restano un elemento imprescindibile di garanzia di stabilità del sistema), è attribuita al fattore socio-culturale: la reazione degli ordinamenti è stata volta principalmente creare condizioni che possano assicurare comportamenti sani e prudenti da parte dei gestori (e dei controllori interni) delle banche, nel mirino. In tal senso fondamentali appaiono nei documenti citati gli strumenti volti ad allineare gli interessi dell'impresa bancaria con quelli dei suoi *managers* ma anche dei suoi *stake-holders*.

L'allineamento degli interessi dei *managers* si è ritenuto si possa ottenere principalmente attraverso la ristrutturazione degli schemi di remunerazione (su cui puntano sia la Walker Review sia i Principi, meno le Disposizioni ma, come anticipato, un documento a ciò interamente dedicato è stato appena offerto in consultazione dalla Banca d'Italia e si prevede verrà adottato entro la primavera – cfr. Appendice); meno sembra si sia indagato sugli strumenti atti ad promuovere un'ottica di lungo periodo negli *stake-holders*. O

meglio tale ultimo aspetto fa parte delle indicazioni più innovative di ripensamento dei principi della *corporate governance*, sempre più vicina agli interessi degli *stakeholder*³⁷³; innovazioni che si possono cogliere segnatamente nei Principles³⁷⁴ ma pure nella Walker Review³⁷⁵: fondamentale appare sempre più l'importanza del contesto economico, sociale e giuridico in cui le banche operano, la promozione di una cultura (della *corporate culture*³⁷⁶ ma anche della “stake-holder culture”³⁷⁷) di coloro

³⁷³ Gli interessi degli *stakeholder* sono espressamente posti a base della recentissima normativa in tema di sistemi di remunerazione. Tali soggetti sono citati in premessa alle Disposizioni di vigilanza di recepimento della CRD III, Documento di Consultazione, vedi in Appendice.

³⁷⁴ Cfr. l'ultima sezione dei Principi, trattata al Capitolo IV.

³⁷⁵ Vedi in particolare la parte relativa alla composizione e all'organo con funzioni di gestione della Walker Review qui esaminata.

³⁷⁶ La convergenza tra gli ordinamenti sembra orientata alla produzione di regole sulla *corporate governance* delle banche che, in accoglimento dell'auspicio di G. D. Mosco, relativamente in particolare alle società quotate, contribuiscano «a una cultura aziendale più moderna, che del resto molti nostri emittenti stanno dimostrando di sentire come propria, che va sviluppata e generalizzata». Cfr. G. D. Mosco, *Le regole di governance per le quotate: una risorsa o un peso?*, in “Quaderni di Giurisprudenza Commerciale - Imprese e Investitori, Crescita, tutele, interessi”, n.318, Milano, Giuffrè, 2008, p. 57, ribadito in G. D. Mosco, *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella MIFID*, in “La nuova disciplina degli intermediari dopo la MIFID, prime valutazioni e tendenza applicative”, M. de Mari, a cura di, Wolters Kluwer Italia, 2009, p.42, «... un livello avanzato del governo societario e dei controlli interni è determinante, prima ancora [che per la creazione di valore e della tutela di interessi pubblici], per la formazione di una cultura aziendale moderna, che abbia come capisaldi condivisione e rispetto delle regole quali presupposti di efficienza e sviluppo dell'impresa».

che gestiscono³⁷⁸, controllano, possiedono, “usano” le banche volta ad incoraggiare comportamenti sani e dunque prudenti, professionali, improntati ad integrità e a ottiche di medio-lungo periodo³⁷⁹, così da contrastare in radice i molteplici e multiformi rischi insiti nell’attività bancaria.

³⁷⁷ Significativamente Bebchuk e Spamann osservano la necessità di collegare la remunerazione dei *bankers* al benessere generato per gli *stakeholders*, solo così potendosi gestire efficacemente il problema dell’eccessiva propensione al rischio degli amministratori delle banche. La responsabilità limitata di cui beneficiano gli azionisti fa sì, infatti, che vi sia in ogni caso una certa indifferenza sugli effetti dell’indebitamento sui creditori e sui contribuenti. Cfr. L.A. Bebchuk e H. Spamann, *Regulating Bankers’ Pay*, Harvard Law and Economics Discussion Paper n. 641, ottobre 2009.

³⁷⁸ R.B. Adams, A.N. Licht, L. Sagiv, *Shareholders and Stakeholders: how do directors decide?*, in “ECGI Finance Working Paper” n. 276/2010 (marzo 2010) hanno esaminato il processo decisionale dei *managers* in decisioni che coinvolgono gli azionisti e gli altri *stakeholders* e hanno analizzato la loro propensione a favorire o meno gli azionisti (denominato *shareholderism*) rispetto agli altri *stakeholders*. Il risultato dell’elaborazione è emerso essere molto influenzato dai valori personali e culturali dei *managers*, che sono più propensi a decisioni favorevoli agli azionisti e alla massimizzazione del valore del loro investimento più hanno assimilato valori imprenditoriali quali potere, raggiungimento di risultati sempre maggiori, e autodeterminazione.

³⁷⁹ In una recente indagine sulle cause della crisi così A. Paces, *Uncertainty and the Financial Crisis*, in ECGI Law Working Paper n. 159/2010 (giugno 2010), p.18 suggerisce che un’ottica di breve periodo nelle banche, in una situazione di incertezza, può portare al fallimento in quanto è essa stessa fonte di esternalità sistemiche e instabilità in quanto, da un lato, può generare negli azionisti aspettative eccessivamente ottimistiche sulle prospettive di guadagno derivanti dall’innovazione finanziaria e spingere gli amministratori a imbarcarsi nel processo di innovazione, anche in vista della monetizzazione della remunerazione prima che gli effetti negativi di tali scelte si riverberino sugli azionisti.

BIBLIOGRAFIA

BEBCHUK L.A. e SPAMANN H. (2009), *Regulating Bankers' Pay*, in "Harvard Law and Economics Discussion Paper", n. 641.

BEBCHUK L.A., COHEN A., SPAMANN H., (2010), *The wages of failure: executive compensation at Bear Stearns and Lehman 2000-2008*, in "Harvard Law School Discussion Paper" No. 657.

BERLE, ADOLF A. e MEANS, GARDINER C. (1932), *The modern corporation and Private Property*, London, Macmillan.

BAYSINGER, BARRY. D. e BUTLER, HENRY. N. (1985), *Corporate Governance and the Board of Directors: Performance Effects of Changes in Board Composition*, in "Journal of Law, Economics and Organization", 1, pp. 101-24.

BRESCIA MORRA CONCETTA e MORERA UMBERTO, (2006), *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il Contratto*, Roma – Napoli, pp. 24-26;

BRESCIA MORRA C., (2008) *I "flussi informativi" nella corporate governance bancaria*, in "Banche e Banchieri", n. 6/2008.

CAPPIELLO, STEFANO e MORERA, UMBERTO (2007), *Del merito e delle ricompense dei vertici dell'impresa bancaria*, in "A.G.E.", 2, pp. 414 e ssg.

CAPRIGLIONE, FRANCESCO (2010), *Fonti Normative*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, Cedam, Tomo 1.

CAPRIGLIONE, FRANCESCO “*I «prodotti» di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? (Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui sub-prime)*”, in “*Banca borsa e titoli di credito*”, 2008

CERA, MARIO (in stampa), *La crisi e le banche: un po' di chiarezza (e di ordine)*, ora in www.associazionepreite.it

CESARINI, FRANCESCO, *I conflitti di interesse nelle banche*, in “*Bancaria*”, Vol. 61, n. 2 (feb. 2005), pp. 21-25.

CIANCANELLI, PENNY e REYES GONZALEZ, JOSE A. (2000), *Corporate Governance in Banking: A Conceptual Framework*, Paper submitted for presentation at the “European Financial Management Association Conference”, Atene, 2000.

COLIGNON, RICHARD A. e CHIKAKO, USUI (2003), *Amakudari: the hidden fabric of Japan's economy*, New York, Cornell University Press.

CORTELLAZZO, MANLIO E ZOLLI, PAOLO (1991), *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli.

COSTI, RENZO (2007), *L'ordinamento bancario*, Bologna, Il Mulino.

COSTI, RENZO e VELLA, FRANCESCO (2008), *Banche, governo societario e funzioni di vigilanza*”, in “*Quaderni di ricerca giuridica*”, Banca d'Italia, n. 62, pp. 24 e ssg.

- COTTERLI, SIMONETTA (2000), *Banca*, in *Digesto, Aggiornamento*, Torino, UTET, p. 86
- CRANSTON, ROSS (2006), *Principles of Banking Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006 (2nd. ed.)
- DE MAURO, TULLIO (2000), *Grande dizionario dell'uso*, Torino, UTET.
- DEVRIESE, J., DEWATRIPONT, H., HEREMANS, D., NGUYEN, G. (2004), *Corporate Governance, regulation and supervision of banks*”, in “Financial Stability Review”, pp. 95-117.
- DICKEN, PETER (1998), *Global Shit, transforming the World Economy*, third edition, Londra, Paul Chapman Publishing Ltd. (SAGE).
- DI DONATO, FRANCESCA e TISCINI, RICCARDO (2009), *Cross Ownership and Interlocking Directorates between banks and listed firms: an empirical analysis of the effects on debt leverage and cost of debts in the Italian case*, in “Corporate Ownership & Control”, Vol. 6, Is. 3, Spring 2009 – Continued – 4.
- DIGNAM, ALAN J. e GALANIS MICHAEL (2009), *The globalization of corporate governance*, Ashgate, Farnham England – Burlington USA.
- EARL, MICHAEL J. (1983), *Perspective on management*, New York, Oxford University Press.
- EISEMBERG, MELVIN. A. (1992), *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto*

americano, in “Giurisprudenza Commerciale”, I., pp. 617 e ssg.

ENRIQUES, LUCA (2009), *Corporate governance in banca: quali lezioni dalla crisi*, in “La Voce” 26/08/2009.

FAMA, EUGENE F. (1985), *What’s different about banks?*, in “Journal of Monetary Economics”, Vol. 15, Is. 1, gennaio 1985, pp. 29-39, Chicago, University of Chicago.

FERRARINI G. E UNGUREANU M.C. (2010), *Economics, politics and the international principles for sound compensation practices. An analysis of executive pay at European Banks*, in “ECGI Law Working Paper”, n. 169/2010.

FERRO-LUZZI PAOLO, (1985), *La funzione dei sindaci nel codice civile, nella legge bancaria e nel T.U. delle leggi sulle Casse di Risparmio e sui Monti di Credito di prima categoria*, in Banca Borsa e Titoli di Credito, I, p. 38 e ss.

FERRO-LUZZI PAOLO, (1995), *Lezioni di Diritto Bancario*, Giappichelli Editore, Torino.

FERRO-LUZZI PAOLO, (2009), *Requisiti degli esponenti*, in Sistema dualistico e *governance* bancaria, a cura di P. Abbadessa e F. Cesarini, Torino, Giappichelli, p. 145-156.

FURFINE, CRAIG. H. (2001), *Bank for International Settlements, Banks as monitors of other Banks: Evidence of Overnight Federal Funds Market*, in “Journal of Business”, vol. 74, n. 1, pp. 33-57.

HARRIS, JOEL B. e CALIENDO, CHARLES T. (2001), *Who says the Business Judgment Rule does not apply to Directors of New York Banks?*, in “Banking L.J.” 118, pp. 493 e ssg.

HILL J.G. (2009), *New trends in the regulation of the executive remuneration*, in R.P. Austin e A. I Bilski, a cura di, *Directors in troubled times*, Ross Parsons Centre of Commercial Corporate and Taxation Law, p. 100-123.

HILMER, FREDERICK G., (1998), *Strictly Boardroom: Improving Governance to Enhance Company Performance*, Melbourne, Information Australia.

HORIUCHI, AKIYOSHI e SHIMIZU, KATSUTOSHI (1998), *Did Amakudari undermine the effectiveness of regulator monitoring in Japan?*, in “Journal of Banking and Finance”, vol. 25, pp. 573 e ssg, reperibile su www.e.u-tokyo.ac.jp/cirje/research/dp/98/f10/contents.htm.

IANNOTTA, GIULIANO ORLANDO (2006), *Testing for Opaqueness in the European Banking Industry: Evidence from Bond Credit Ratings*, in “Journal of Financial Services Research”.

IRACE, ANTONIA, *Il ruolo degli investitori istituzionali nel governo delle società quotate*, in Quaderni di giurisprudenza commerciale, 235, Milano, Giuffrè, 2001.

JAEGER, PIER GIUSTO e MARCHETTI, PIERGAETANO (1997), *Corporate Governance*, in “Giurisprudenza Commerciale”, 5, pp. 625 e ssg.

LEVINE, ROSS (2003), *The Corporate Governance of Banks: A concise Discussion of Concepts and Evidence*, Discussion Paper n. 3, Global Corporate Governance Forum, 21 luglio 2003, www.gcgf.org

MACE, MYLES L. (1971), *Directors: Myth and Reality*, Cambridge Mass, Harvard University Press.

MACEY, JONATHAN R. e O'HARA, MAUREEN (2003), *The Corporate Governance of Banks*, FRBNY Economic Policy Review, aprile 2003 vol. 9, num.1, pp. 91-104.

MAYER, F. (1997), *Corporate governance, competition and performance*, in S. Deakin e A. Hughes, *Enterprise and Community: New Directions in Corporate Governance*, Oxford, Blackwell.

MARIOLIS, PETER (1975), *Interlocking directorates and control of corporations: the theory of bank control*, in "Social Science Quarterly", 56, pp. 425-39.

MINTZBERG, HENRY (1984), *Who should Control the Corporation?*, in "California Management Review", XXVII, pp. 90-115.

MONTALENTI, PAOLO (1997), *Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma*, in "Rivista delle Società", 4, pp. 713 e ssg.

MONTANI, FABIO (2009), *Inquadramenti Contrattuali e Profili Applicativi*, Napoli, Jovene.

MORGAN, DONALD P. (2002), *Rating Banks: Risk and uncertainty in an opaque industry*, 92 *American Economic Review*, pp. 874-888, consultabile su <http://www.aeaweb.org/articles>

MOSCO, GIAN DOMENICO, (2008), *Le regole di governance per le quotate una risorsa o un peso?*, in “Imprese e Investitori, crescita, tutele, interessi, quaderni di giurisprudenza commerciale”, Milano, Giuffrè, p. 41-59.

MOSCO, GIAN DOMENICO, (2006), *Rafforzamento dei controlli interni e indebolimenti sistematici degli organi di sorveglianza*, in “A.G.E.”, 2006, I, 33 e ss.

MOSCO, GIAN DOMENICO e LOPREIATO, SALVATORE (2009), *Lo scudo e la lancia nella guerra dei subprimes: ipertrofia e perforabilità del sistema dei controlli*, in “Analisi giuridica dell’economia”, 1, pp. 89 e ssg.

MOSCO, GIAN DOMENICO, (2009), *Funzioni aziendali di controllo, principio di proporzionalità e ruolo degli organi sociali nella MIFID*, in “La nuova disciplina degli intermediari dopo la MIFID, prime valutazioni e tendenza applicative”, M. de Mari, a cura di, Wolters Kluwer Italia, 2009, p.31-46.

MÜLBERT, PETER O. (2010), *Corporate Governance of Banks after the Financial Crisis – Theory, Evidence, Reforms*, Law Working Paper, No. 130/2009, www.ecgi.org.

PACCES A. (2010), *Uncertainty and the Financial Crisis*, in “ECGI Law Working Paper”, n. 159/2010.

PATRONI GRIFFI, ANTONIO (1979), *La concorrenza nel sistema bancario*, Napoli, Jovene,

PROSPERETTI, MARCO e COLAVOLPE ALESSANDRO a cura di (2009), *Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio – Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, IPSOA.

L. RENNEBOOG E G. TROJANOWSKI, (2010) *Managerial remuneration and disciplining in the UK: a tale of two governance regimes*, in “ECGI Finance Working Paper”, n. 301/2010.

ROCCI, LORENZO (1998), *Vocabolario Greco-Italiano*, Milano, Dante Alighieri.

ROCHET, JEAN-CHARLES e TIROLE, JEAN (1996), *Interbank lending and systemic risk*, *Journal of Money, Credit and Banking*, in “*Journal of Money, Credit, and Banking*”, 28, no. 4:733–62.

RUOZZI, ROBERTO (2010), *Intermezzo, Tre anni di crisi bancarie*, Milano, Spirali Edizioni, 2010.

SMITH, ADAM (1776), *An enquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations*, consultabile su Adam Smith Reference Archive (marxists.org), 2000.

TRICKER, BOB (2009), *Corporate Governance, Principles, Policies, and Practices*, New York, Oxford University Press.

VISENTINI, GUSTAVO (1997), *La società per azioni nella prospettiva della corporate governance*, Milano, Giuffré.

VISENTINI, GUSTAVO (2007), *Gli obiettivi e le riforme*, in “Giurisprudenza Commerciale”, 6, pp. 695 e ssg.

VISENTINI, GUSTAVO con la collaborazione di TONELLI, ENRICO (2006), *Principi di Diritto Commerciale. Introduzione, imprenditore, società di persone, per azioni, a responsabilità limitata, cooperative, bilancio e revisione*, Padova, CEDAM.

VISENTINI, GUSTAVO e MUSOLINO, MIRTA (2008), *Lectures PALLAS LL.M.*, in “European Business Law”, maggio/giugno.

WALKER, GEORGE (2007), *The deconstruction of financial risk*, in “Journal of Banking Regulation”, 2008, 9, 1–2.

ZINGALES, LUIGI (1997), *Corporate Governance*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Chicago, University of Chicago.

WEBGRAFIA

www.egci.org

Europea Corporate Governance Institute

www.corpgov.net

Il sito originale in materia.

www.thecorporatelibrary.com

The Corporate Library

www.blacwellpublishing

Corporate Governance: an International Review. The first academic corporate governance journal.

www.encycogov.com

L'enciclopedia della corporate *governance* su internet

www.worldbank.org/themes/corporategovernance

La *corporate governance* della Banca Mondiale

www.bis.org/bcsb

Basel Committee on Banking Supervision

www.bancaditalia.it

Banca d'Italia

www.associazionepreite.it

Associazioni Preite

www.hm-treasury.gov.uk

Ministero del Tesoro del Regno Unito

www.lavoce.info

La Voce

www.oecd.org

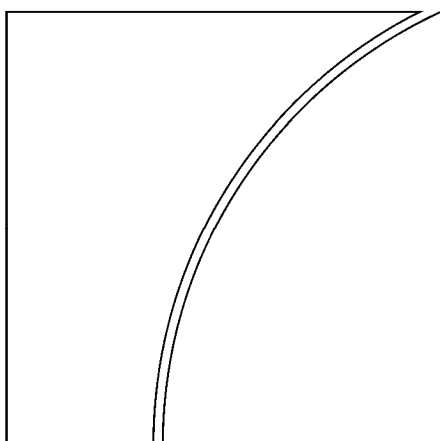
Organisation for Economic Cooperation and Development

www.economist.com

The Economist

APPENDICE

Basel Committee
on Banking Supervision



Principles for enhancing corporate governance

October 2010



BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS

Copies of publications are available from:

Bank for International Settlements
Communications
CH-4002 Basel, Switzerland

E-mail: publications@bis.org

Fax: +41 61 280 9100 and +41 61 280 8100

This publication is available on the BIS website (www.bis.org).

© *Bank for International Settlements 2010. All rights reserved. Brief excerpts may be reproduced or translated provided the source is cited.*

ISBN 92-9131-844-2 (print)

ISBN 92-9197-844-2 (online)

Contents

I.	Introduction.....	1
II.	Overview of bank corporate governance.....	5
III.	Sound corporate governance principles.....	7
	A. Board practices	7
	B. Senior management.....	16
	C. Risk management and internal controls.....	17
	D. Compensation	24
	E. Complex or opaque corporate structures.....	26
	F. Disclosure and transparency.....	29
IV.	The role of supervisors.....	30
V.	Promoting an environment supportive of sound corporate governance.....	33

Working Group on Corporate Governance of the Basel Committee on Banking Supervision

Chairwoman: Mme Danièle Nouy, French Prudential Supervisory Authority

Banking, Finance and Insurance Commission, Belgium	Mr Hein Lannoy
China Banking Regulatory Commission	Mr Liao Min
French Prudential Supervisory Authority	Mr Jean-Christophe Cabotte Mr Fabrice Macé
Deutsche Bundesbank, Germany	Ms Kathrin Schulte-Südhoff
Federal Financial Supervisory Authority (BaFin), Germany	Ms Heike Berger-Kerkhoff
Bank of Italy	Ms Diana Capone
Bank of Japan	Mr Jun Iwasaki
Financial Services Agency, Japan	Mr Hideaki Kamei
Surveillance Commission for the Financial Sector, Luxembourg	Ms Nadia Manzari
Netherlands Bank	Ms Annick Teubner
Central Bank of the Russian Federation	Mr Oleg Letyagin
Saudi Arabian Monetary Agency	Mr Abdullah Alsoyan
Bank of Spain	Mr Francisco Ovelar
Finansinspektionen, Sweden	Ms Cecilia Wennerholm
Swiss Financial Market Supervisory Authority	Mr Gabe Shawn Varges
Financial Services Authority, United Kingdom	Mr Chris Hibben
Federal Deposit Insurance Corporation, United States	Ms Melinda West
Federal Reserve Bank of New York, United States	Ms Kristin Malcarney
Board of Governors of the Federal Reserve System, United States	Mr Kirk Odegard
Office of the Comptroller of the Currency, United States	Ms Karen Kwilosz
European Commission	Mr Elies Messaoudi
Organisation for Economic Co-operation and Development	Mr Grant Kirkpatrick
World Bank	Ms Laura Ard Ms Katia D'Hulster
Financial Stability Institute	Mr Denis Sicotte
Secretariat of the Basel Committee on Banking Supervision, Bank for International Settlements	Mr Toshio Tsuiki

Principles for Enhancing Corporate Governance

I. Introduction

1. Given the important financial intermediation role of banks in an economy, the public and the market have a high degree of sensitivity to any difficulties potentially arising from any corporate governance shortcomings in banks. Corporate governance is thus of great relevance both to individual banking organisations and to the international financial system as a whole, and merits targeted supervisory guidance.

2. The Basel Committee on Banking Supervision¹ (the Committee) has had a longstanding commitment to promoting sound corporate governance practices for banking organisations. It published initial guidance in 1999, with revised principles in 2006.² The Committee's guidance assists banking supervisors and provides a reference point for promoting the adoption of sound corporate governance practices by banking organisations in their countries. The principles also serve as a reference point for the banks' own corporate governance efforts.

3. The Committee's 2006 guidance drew from principles of corporate governance that were published in 2004 by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).³ The OECD's widely accepted and long-established principles aim to assist governments in their efforts to evaluate and improve their frameworks for corporate governance and to provide guidance for participants and regulators of financial markets.⁴

4. The OECD principles define corporate governance as involving "a set of relationships between a company's management, its board, its shareholders, and other stakeholders. Corporate governance also provides the structure through which the objectives of the company are set, and the means of attaining those objectives and monitoring performance are determined. Good corporate governance should provide proper incentives for the board and management to pursue objectives that are in the interests of the company and its shareholders and should facilitate effective monitoring. The presence of an effective corporate governance system, within an individual company or group and across an economy as a whole, helps to provide a degree of confidence that is necessary for the proper functioning of a market economy."

¹ The Basel Committee on Banking Supervision provides a forum for regular cooperation on banking supervisory matters. It seeks to promote and strengthen supervisory and risk management practices globally. The Committee comprises representatives from Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, China, France, Germany, Hong Kong SAR, India, Indonesia, Italy, Japan, Korea, Luxembourg, Mexico, the Netherlands, Russia, Saudi Arabia, Singapore, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom and the United States. It usually meets at the Bank for International Settlements (BIS) in Basel, Switzerland, where its permanent Secretariat is located.

² See *Enhancing Corporate Governance for Banking Organisations*, Basel Committee on Banking Supervision, September 1999 and February 2006, available at www.bis.org/publ/bcbs122.htm.

³ See *OECD Principles of Corporate Governance*, revised April 2004, originally issued June 1999, available at www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf. The OECD principles constitute one of the twelve key standards of the Financial Stability Board for sound financial systems.

⁴ For reference, the OECD has set forth a glossary of corporate governance-related terms in *Experiences from the Regional Corporate Governance Roundtables*, 2003, which can be accessed at www.oecd.org/dataoecd/19/26/23742340.pdf. Precise uses of these terms may vary, however, across jurisdictions.

5. The Committee's 2006 guidance targeted key issues of corporate governance. Among the primary points in the 2006 guidance were that:

- the board should be appropriately involved in approving the bank's strategy;
- clear lines of responsibility should be set and enforced throughout the organisation;
- compensation policies should be consistent with the bank's long-term objectives; and
- the risks generated by operations that lack transparency should be adequately managed.

6. Subsequent to the publication of the Committee's 2006 guidance, there have been a number of corporate governance failures and lapses, many of which came to light during the financial crisis that began in mid-2007.⁵ These included, for example, insufficient board oversight of senior management, inadequate risk management and unduly complex or opaque bank organisational structures and activities. Against this background, the Committee decided to revisit its 2006 guidance. Having reviewed and revised these principles, the Committee reaffirms their continued relevance and the critical importance of their adoption by banks and supervisors to ensure effective implementation of the principles.⁶ The key areas where the Committee believes the greatest focus is necessary are highlighted below:

(1) Board practices

- The board should actively carry out its overall responsibility for the bank, including its business and risk strategy, organisation, financial soundness and governance. The board should also provide effective oversight of senior management.
- To fulfil this responsibility, the board should:
 - exercise sound objective judgment and have and maintain appropriate qualifications and competence, individually and collectively;
 - follow good governance practices for its own work as a board; and
 - be supported by competent, robust and independent risk and control functions, for which the board provides effective oversight.

(2) Senior management

- Under the direction of the board, senior management should ensure that the bank's activities are consistent with the business strategy, risk tolerance/appetite⁷ and policies approved by the board.

⁵ Many of these shortcomings at major global financial services firms were highlighted in the Senior Supervisors Group report on *Observations on Risk Management Practices during the Recent Market Turbulence*, March 2008, available at www.newyorkfed.org/newsevents/news/banking/2008/rp080306.html and its subsequent report on *Risk Management Lessons from the Global Banking Crisis of 2008*, October 2009, available at www.newyorkfed.org/newsevents/news/banking/2009/ma091021.html.

⁶ The OECD has supplemented its principles to take account of the experience of the financial crisis. See *Corporate Governance and the Financial Crisis: Conclusions and emerging good practices to enhance implementation of the Principles, 2010*, available at www.oecd.org/dataoecd/53/62/44679170.pdf.

⁷ Some banks and supervisors use the term "risk tolerance" to describe the amount of risk the bank is willing to accept. Other banks and supervisors use the term "risk appetite" to create a distinction between the absolute

(3) Risk management and internal controls

- A bank should have a risk management function (including a chief risk officer (CRO) or equivalent for large banks and internationally active banks), a compliance function and an internal audit function, each with sufficient authority, stature, independence, resources and access to the board;
- Risks should be identified, assessed and monitored on an ongoing firm-wide and individual entity basis;
- An internal controls system which is effective in design and operation should be in place;
- The sophistication of a bank's risk management, compliance and internal control infrastructures should keep pace with any changes to its risk profile (including its growth) and to the external risk landscape; and
- Effective risk management requires frank and timely internal communication within the bank about risk, both across the organisation and through reporting to the board and senior management.

(4) Compensation

- The bank should fully implement the Financial Stability Board's (FSB - formerly the Financial Stability Forum) *Principles for Sound Compensation Practices* (FSB Principles) and accompanying *Implementation Standards*⁸ (FSB Standards) or the applicable national provisions that are consistent with the FSB Principles and Standards.

(5) Complex or opaque corporate structures

- The board and senior management should know, understand and guide the bank's overall corporate structure and its evolution, ensuring that the structure (and the entities that form the structure) is justified and does not involve undue or inappropriate complexity; and
- Senior management, and the board as appropriate, should understand the purpose of any structures that impede transparency, be aware of the special risks that such structures may pose and seek to mitigate the risks identified.

(6) Disclosure and transparency

- Transparency is one tool to help emphasise and implement the main principles for good corporate governance.

risks which a bank *a priori* is open to take (risk appetite) versus the actual limits within the risk appetite which the bank pursues (risk tolerance). Risk appetite can imply a more forward-looking or wider view of acceptable risks, whereas risk tolerance suggests a more immediate definition of the specific risks that banks will take. Since there does not appear to be consensus among supervisors or banks in this regard, "risk tolerance/appetite" is used in this document.

⁸ See *FSF Principles for Sound Compensation Practices*, April 2009, available at www.financialstabilityboard.org/publications/r_0904b.pdf, and *Implementation Standards*, September 2009, available at www.financialstabilityboard.org/publications/r_090925c.pdf.

7. This guidance is intended to assist banking organisations⁹ in enhancing their corporate governance frameworks and to assist supervisors in assessing the quality of those frameworks. It is not, however, intended to establish a new regulatory framework layered on top of existing national legislation, regulation or codes. The application of corporate governance standards in any jurisdiction is naturally expected to be pursued in a manner consistent with applicable national laws, regulations and codes. Supervisors are encouraged to periodically check their frameworks and standards for consistency with relevant Committee guidance.

8. The implementation of the principles set forth in this document should be proportionate to the size, complexity, structure, economic significance and risk profile of the bank and the group (if any) to which it belongs. The Committee recognises that some countries have found it appropriate to adopt legal frameworks and standards (eg for publicly traded firms), as well as accounting and auditing standards, which may be more extensive and prescriptive than the principles set forth in this document. Such frameworks and standards tend to be particularly relevant for larger or publicly traded banks or financial institutions.

9. Many of the corporate governance shortcomings identified during the financial crisis that began in mid-2007 have been observed not only in the banking sector but also in the insurance sector. As such, the Committee has coordinated its review with the International Association of Insurance Supervisors (IAIS). The IAIS is currently reviewing the full suite of Insurance Core Principles, including corporate governance principles, to address recent developments in the financial sector. The Committee and IAIS seek to collaborate on monitoring the sound implementation of their respective principles.

10. This document reinforces the key elements of the aforementioned OECD corporate governance principles and is intended to guide the actions of board members, senior managers and supervisors of a diverse range of banks in a number of countries with varying legal and regulatory systems, including both Committee-member countries and non-member countries. While one fundamental corporate governance issue in respect of publicly listed companies is effective shareholder rights, such rights are not the primary focus of this guidance and are instead addressed in the OECD principles.

11. The principles set forth in this document are applicable regardless of whether or not a country chooses to adopt the Basel II framework.¹⁰ The Committee nevertheless recognised the importance of sound corporate governance when it published the Basel II framework. In this regard, the board and senior management at each institution have an obligation to pursue good governance, in addition to understanding the risk profile of their institution.

12. This document refers to a governance structure composed of a board and senior management. The Committee recognises that there are significant differences in the

⁹ The terms “bank” and “banking organisation” as used in this document generally refer to banks, bank holding companies or other companies considered by banking supervisors to be the parent of a banking group under applicable national law as determined to be appropriate by the entity’s national supervisor. This document makes no distinction in application to banks or banking organisations, unless explicitly noted or otherwise indicated by the context.

¹⁰ In July 2009, in an effort to address the fundamental weaknesses in banks’ governance and risk management practices, the Committee enhanced the Basel II framework, including strengthened standards of Pillar 2, the supervisory review process. See *Enhancements to the Basel II Framework*, Basel Committee on Banking Supervision, July 2009, available at www.bis.org/publ/bcb157.htm.

legislative and regulatory frameworks across countries regarding these functions. Some countries use a two-tier structure, where the supervisory function of the board is performed by a separate entity known as a supervisory board, which has no executive functions. Other countries, by contrast, use a one-tier structure in which the board has a broader role. Still other countries have moved or are moving to an approach that discourages or prohibits executives from serving on the board or limits their number and/or requires the board and board committees to be chaired only by non-executive board members. Owing to these differences, this document does not advocate a specific board structure. The terms board and senior management are only used as a way to refer to the oversight function and the management function in general and should be interpreted throughout the document in accordance with the applicable law within each jurisdiction. Recognising that different structural approaches to corporate governance exist across countries, this document encourages practices that can strengthen checks and balances and sound corporate governance under diverse structures.

II. Overview of bank corporate governance

13. Effective corporate governance practices are essential to achieving and maintaining public trust and confidence in the banking system, which are critical to the proper functioning of the banking sector and economy as a whole. Poor corporate governance can contribute to bank failures, which can in turn pose significant public costs and consequences due to their potential impact on any applicable deposit insurance system and the possibility of broader macroeconomic implications, such as contagion risk and impact on payment systems. This has been illustrated in the financial crisis that began in mid-2007. In addition, poor corporate governance can lead markets to lose confidence in the ability of a bank to properly manage its assets and liabilities, including deposits, which could in turn trigger a bank run or liquidity crisis. Indeed, in addition to their responsibilities to shareholders, banks also have a responsibility to their depositors and to other recognised stakeholders. The legal and regulatory system in a country determines the formal responsibilities a bank has to its shareholders, depositors and other relevant stakeholders. This document will use the phrase “shareholders, depositors and other relevant stakeholders,” while recognising that banks’ responsibilities in this regard vary across jurisdictions.¹¹

14. From a banking industry perspective, corporate governance involves the allocation of authority and responsibilities, ie the manner in which the business and affairs of a bank are governed by its board and senior management, including how they:

- set the bank’s strategy and objectives;
- determine the bank’s risk tolerance/appetite;
- operate the bank’s business on a day-to-day basis;
- protect the interests of depositors, meet shareholder obligations, and take into account the interests of other recognised stakeholders; and

¹¹ Supervisors, governments, bond holders and depositors are among the stakeholders due to the unique role of banks in national and local economies and financial systems, and the associated implicit or explicit deposit guarantees.

- align corporate activities and behaviour with the expectation that the bank will operate in a safe and sound manner, with integrity and in compliance with applicable laws and regulations.

15. Supervisors have a keen interest in sound corporate governance as it is an essential element in the safe and sound functioning of a bank and may adversely affect the bank's risk profile if not implemented effectively. Moreover, governance weaknesses at banks that play a significant role in the financial system, including systemically important clearing and settlement systems, can result in the transmission of problems across the banking sector. Well-governed banks contribute to the maintenance of an efficient and cost-effective supervisory system. Sound corporate governance also contributes to the protection of depositors and may permit the supervisor to place more reliance on the bank's internal processes. In this regard, supervisory experience underscores the importance of having the appropriate levels of accountability and checks and balances within each bank. Moreover, sound corporate governance practices can be helpful where a bank is experiencing problems. In such cases, the supervisor may require substantially more involvement by the bank's board or those responsible for the control functions in seeking solutions and overseeing the implementation of corrective actions.

16. There are unique corporate governance challenges posed where bank ownership structures are unduly complex, lack transparency, or impede appropriate checks and balances. Challenges can also arise when insiders or controlling shareholders exercise inappropriate influences on the bank's activities. The Committee is not suggesting that the existence of controlling shareholders is in and of itself inappropriate; in many markets and for many small banks this is a common ownership pattern. Indeed, controlling shareholders can be beneficial resources for a bank. It is nevertheless important that supervisors take steps to ensure that such ownership structures do not impede sound corporate governance. In particular, supervisors should have the ability to assess the fitness and propriety of significant bank owners as well as board members and senior managers.¹²

17. Good corporate governance requires appropriate and effective legal, regulatory and institutional foundations. A variety of factors, including the system of business laws, stock exchange rules and accounting standards, can affect market integrity and systemic stability. Such factors, however, are often outside the scope of banking supervision.¹³ Supervisors are nevertheless encouraged to be aware of legal and institutional impediments to sound corporate governance, and to take steps to foster effective foundations for corporate governance where it is within their legal authority to do so. Where it is not, supervisors may wish to consider supporting legislative or other reforms that would allow them to have a more direct role in promoting or requiring good corporate governance.

18. Corporate governance arrangements, as well as legal and regulatory systems, vary widely between countries. Nevertheless, sound governance can be achieved regardless of the form used by a banking organisation so long as several essential functions are in place. The important forms of oversight that should be included in the organisational structure of any bank in order to ensure appropriate checks and balances include oversight by the board;

¹² For further information on "fit and proper" tests, see *Core Principles for Effective Banking Supervision* and the related *Core Principles Methodology*, Basel Committee on Banking Supervision, October 2006, available at www.bis.org/publ/bcbs129.htm and www.bis.org/publ/bcbs130.htm.

¹³ The foundations of effective corporate governance are comparable to the preconditions for effective banking supervision cited in *Core Principles for Effective Banking Supervision*. Like the foundations for effective corporate governance, the preconditions for effective banking supervision are vitally important but are often outside the scope and legal authority of the banking supervisor.

oversight by senior management; direct line supervision of different business areas; and independent risk management, compliance and audit functions.

19. The general principles of sound corporate governance should also be applied to state-owned or state-supported banks, including when such support is temporary (eg during the financial crisis that began in mid-2007, national governments and/or central banks in some cases provided capital support to banks). In these cases, government financing or ownership (even if temporary) may raise new governance challenges. Although government financing or ownership of a bank has the potential to alter the strategies and objectives of the bank, such a bank may face many of the same risks associated with weak corporate governance as are faced by banks that are not state-owned or supported.¹⁴ Exit policies from government ownership or support may present additional challenges that require attention in order to ensure good governance. Likewise, these principles apply to banks with other types of ownership structures, for example those that are family-owned or part of a wider non-financial group, and to those that are non-listed (including, for example, cooperative banking organisations).

III. Sound corporate governance principles

20. As discussed above, supervisors have a keen interest in ensuring that banks adopt and implement sound corporate governance practices. The following guidance draws on supervisory experience with those banks having corporate governance problems as well as with those exhibiting good governance practices. As such the guidance is designed both to reinforce basic principles that can help minimise problems and to identify practices that can be used to implement the principles. Together these represent important elements of an effective corporate governance process.

A. Board practices

Board's overall responsibilities

Principle 1

The board has overall responsibility for the bank, including approving and overseeing the implementation of the bank's strategic objectives, risk strategy, corporate governance and corporate values. The board is also responsible for providing oversight of senior management.

Responsibilities of the board

21. The board has ultimate responsibility for the bank's business, risk strategy and financial soundness, as well as for how the bank organises and governs itself.

22. Accordingly, the board should:

¹⁴ Further guidance for the state in exercising its ownership function may be found in the *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises*, October 2005, available at www.oecd.org/dataoecd/46/51/34803211.pdf.

- approve and monitor the overall business strategy of the bank, taking into account the bank's long-term financial interests, its exposure to risk, and its ability to manage risk effectively;¹⁵ and
- approve and oversee the implementation of the bank's:
 - overall risk strategy, including its risk tolerance/appetite;
 - policies for risk, risk management and compliance;
 - internal controls system;
 - corporate governance framework, principles and corporate values, including a code of conduct or comparable document; and
 - compensation system.

23. In discharging these responsibilities, the board should take into account the legitimate interests of shareholders, depositors and other relevant stakeholders. It should also ensure that the bank maintains an effective relationship with its supervisors.

24. The members of the board should exercise their “duty of care” and “duty of loyalty”¹⁶ to the bank under applicable national laws and supervisory standards. This includes engaging actively in the major matters of the bank and keeping up with material changes in the bank's business and the external environment, as well as acting to protect the interests of the bank.

25. The board should ensure that transactions with related parties (including internal group transactions) are reviewed to assess risk and are subject to appropriate restrictions (eg by requiring that such transactions be conducted at arms-length terms) and that corporate or business resources of the bank are not misappropriated or misapplied.

Corporate values and code of conduct

26. A demonstrated corporate culture that supports and provides appropriate norms and incentives for professional and responsible behaviour is an essential foundation of good governance. In this regard, the board should take the lead in establishing the “tone at the top” and in setting professional standards and corporate values that promote integrity for itself, senior management and other employees.

27. A bank's code of conduct, or comparable policy, should articulate acceptable and unacceptable behaviours. It is especially important that such a policy clearly disallows behaviour that could result in the bank engaging in any improper or illegal activity, such as financial misreporting, money laundering, fraud, bribery or corruption. It should also discourage the taking of excessive risks as defined by internal corporate policy.

¹⁵ Strategic planning is an on-going and dynamic process that takes into account such changes as those in markets, activities, business environment and technology.

¹⁶ The OECD defines “duty of care” as “The duty of a board member to act on an informed and prudent basis in decisions with respect to the company. Often interpreted as requiring the board member to approach the affairs of the company in the same way that a ‘prudent man’ would approach their own affairs. Liability under the duty of care is frequently mitigated by the business judgement rule.” The OECD also defines “duty of loyalty” as “The duty of the board member to act in the interest of the company and shareholders. The duty of loyalty should prevent individual board members from acting in their own interest, or the interest of another individual or group, at the expense of the company and all shareholders.” See footnote 4 for reference.

28. The bank's corporate values should recognise the critical importance of timely and frank discussion and elevation of problems to higher levels within the organisation. In this regard, employees should be encouraged and able to communicate, with protection from reprisal, legitimate concerns about illegal, unethical or questionable practices. Because such practices can have a detrimental impact on a bank's reputation, it is highly beneficial for banks to establish a policy setting forth adequate procedures, consistent with national law, for employees to confidentially communicate material and bona fide concerns or observations of any violations. Communication should be allowed to be channelled to the board - directly or indirectly (eg through an independent audit or compliance process or through an ombudsman) - independent of the internal "chain of command". The board should determine how and by whom legitimate concerns shall be investigated and addressed, for example by an internal control function, an objective external party, senior management and/or the board itself.

29. The board should ensure that appropriate steps are taken to communicate throughout the bank the corporate values, professional standards or codes of conduct it sets, together with supporting policies and procedures, such as the means to confidentially report concerns or violations to an appropriate body.

Oversight of senior management

30. Except where required otherwise by applicable law or regulations, the board should select and, when necessary, replace senior management and have in place an appropriate plan for succession.

31. The board should provide oversight of senior management as part of the bank's checks and balances. In doing so the board should:

- monitor that senior management's actions are consistent with the strategy and policies approved by the board, including the risk tolerance/appetite;
- meet regularly with senior management;
- question and review critically explanations and information provided by senior management;
- set formal performance standards for senior management consistent with the long-term objectives, strategy and financial soundness of the bank, and monitor senior management's performance against these standards; and
- ensure that senior management's knowledge and expertise remain appropriate given the nature of the business and the bank's risk profile.

32. The board should also ensure that the bank's organisational structure facilitates effective decision making and good governance. This should include ensuring that lines of responsibility and accountability-- which define clearly the key responsibilities and authorities of the board itself, as well as of senior management and those responsible for the control functions-- are set and enforced throughout the organisation.

33. The board should regularly review policies and controls with senior management and internal control functions (including internal audit, risk management and compliance) in order to determine areas needing improvement, as well as to identify and address significant risks and issues. The board should ensure that the control functions are properly positioned, staffed and resourced and are carrying out their responsibilities independently and effectively.

Board Qualifications

Principle 2

Board members should be and remain qualified, including through training, for their positions. They should have a clear understanding of their role in corporate governance and be able to exercise sound and objective judgment about the affairs of the bank.

34. This principle applies to a board member in his or her capacity as a member of the full board and as a member of any board committee.

Qualifications

35. The board should possess, both as individual board members and collectively, appropriate experience, competencies and personal qualities, including professionalism and personal integrity.¹⁷

36. The board collectively should have adequate knowledge and experience relevant to each of the material financial activities the bank intends to pursue in order to enable effective governance and oversight. Examples of areas where the board should seek to have, or have access to, appropriate experience or expertise include finance, accounting, lending, bank operations and payment systems, strategic planning, communications, governance, risk management, internal controls, bank regulation, auditing and compliance. The board collectively should also have a reasonable understanding of local, regional and, if appropriate, global economic and market forces and of the legal and regulatory environment.

Training

37. In order to help board members acquire, maintain and deepen their knowledge and skills and to fulfil their responsibilities, the board should ensure that board members have access to programmes of tailored initial (eg induction) and ongoing education on relevant issues. The board should dedicate sufficient time, budget and other resources for this purpose.

Composition

38. The bank should have an adequate number and appropriate composition of board members. Unless required otherwise by law, the board should identify and nominate candidates and ensure appropriate succession planning. Board perspective and ability to exercise objective judgment independent¹⁸ of both the views of executives and of inappropriate political or personal interests can be enhanced by recruiting members from a sufficiently broad population of candidates, to the extent possible and practicable given the bank's size, complexity and geographic scope. Independence can be enhanced by including

¹⁷ See Principle 3 of the *Core Principles Methodology*, Basel Committee on Banking Supervision, October 2006. When a bank is authorised, the licensing authority is expected to evaluate proposed board members and senior managers for fitness and propriety.

¹⁸ Definitions of what constitutes "independence" for board members vary across different legal systems, and are often reflected in exchange listing requirements and supervisory standards. The key characteristic of independence is the ability to exercise objective, independent judgment after fair consideration of all relevant information and views without undue influence from executives or from inappropriate external parties or interests.

a large enough number of qualified non-executive members on the board who are capable of exercising sound objective judgment. Where a supervisory board or board of auditors is formally separate from a management board, objectivity and independence still needs to be assured by appropriate selection of board members.¹⁹

39. In identifying potential board members, the board should ensure that the candidates are qualified to serve as board members and are able to commit the necessary time and effort to fulfil their responsibilities. Serving as a board member or senior manager of a company that competes or does business with the bank can compromise board independent judgment and potentially create conflicts of interest, as can cross-membership of boards.

Board's own practices and structure

Principle 3

The board should define appropriate governance practices for its own work and have in place the means to ensure that such practices are followed and periodically reviewed for ongoing improvement.

40. The board should exemplify through its own practices sound governance principles. These practices help the board carry out its duties more effectively. At the same time, they send important signals internally and externally about the kind of enterprise the bank aims to be.

Organisation and functioning of the board

41. The board should maintain, and periodically update, organisational rules, by-laws, or other similar documents setting out its organisation, rights, responsibilities and key activities.

42. The board should structure itself in a way, including in terms of size, frequency of meetings and the use of committees, so as to promote efficiency, sufficiently deep review of matters, and robust, critical challenge and discussion of issues.

43. To support board performance, it is a good practice for the board to carry out regular assessments of both the board as a whole and of individual board members. Assistance from external facilitators in carrying out board assessments can contribute to the objectivity of the process. Where the board has serious reservations about the performance or integrity of a board member, the board should take appropriate actions. Either separately or as part of these assessments, the board should periodically review the effectiveness of its own governance practices and procedures, determine where improvements may be needed, and make any necessary changes.

¹⁹ If a former executive of the company is being considered to serve on the board of the company, the board should carefully review any potential conflicts of interest that might arise from this, particularly if this person is to carry out the role of chair of the board or of a committee of the board. If the board deems it to be in the interest of the company to have this person serve on the board, appropriate processes to mitigate the potential conflicts of interest should be put in place, such as a waiting period and/or a description of matters on which the person should recuse himself or herself to avoid a conflict of interest.

Role of the chair

44. The chair of the board plays a crucial role in the proper functioning of the board. He or she provides leadership to the board and is responsible for the board's effective overall functioning, including maintaining a relationship of trust with board members. The chair should possess the requisite experience, competencies and personal qualities in order to fulfil these responsibilities.

45. The chair should ensure that board decisions are taken on a sound and well-informed basis. He or she should encourage and promote critical discussion and ensure that dissenting views can be expressed and discussed within the decision-making process.

46. To achieve appropriate checks and balances, an increasing number of banks require the chair of the board to be a non-executive, except where otherwise required by law. Where a bank does not have this separation and particularly where the roles of the chair of the board and chief executive officer (CEO) are vested in the same person, it is important for the bank to have measures in place to minimise the impact on the bank's checks and balances of such a situation (such as, for example, by having a lead board member, senior independent board member or a similar position).

Board committees

47. To increase efficiency and allow deeper focus in specific areas, boards in many jurisdictions establish certain specialised board committees. The number and nature of committees depends on many factors, including the size of the bank and its board, the nature of the business areas of the bank, and its risk profile.

48. Each committee should have a charter or other instrument that sets out its mandate, scope and working procedures. In the interest of greater transparency and accountability, a board should disclose the committees it has established, their mandates, and their composition (including members who are considered to be independent). To avoid undue concentration of power and to promote fresh perspectives, it may be useful to consider occasional rotation of membership and chairmanship of such committees provided that doing so does not impair the collective skills, experience, and effectiveness of these committees.

49. Committees should maintain appropriate records (eg meeting minutes or summary of matters reviewed and decisions taken) of their deliberations and decisions. Such records should document the committees' fulfilment of their responsibilities and help in the assessment by those responsible for the control functions or the supervisor of the effectiveness of these committees.

Audit committee

50. For large banks and internationally active banks, an audit committee or equivalent should be required. The audit committee typically is responsible for the financial reporting process; providing oversight of the bank's internal and external auditors; approving, or recommending to the board or shareholders for their approval, the appointment,²⁰ compensation and dismissal of external auditors; reviewing and approving the audit scope

²⁰ In some jurisdictions, external auditors are appointed directly by shareholders, with the board only making a recommendation.

and frequency; receiving key audit reports;²¹ and ensuring that senior management is taking necessary corrective actions in a timely manner to address control weaknesses, non-compliance with policies, laws and regulations and other problems identified by auditors. In addition, the audit committee should oversee the establishment of accounting policies and practices by the bank.

51. It is advisable that the audit committee consists of a sufficient number of independent non-executive board members. In jurisdictions where external auditors are selected by the audit committee, it is beneficial for the appointment or dismissal of external auditors to be made only by a decision of the independent, non-executive audit committee members. At a minimum, the audit committee as a whole should have recent and relevant experience and should possess a collective balance of skills and expert knowledge - commensurate with the complexity of the banking organisation and the duties to be performed - in financial reporting, accounting and auditing.

Risk committee

52. It is also appropriate for many banks, especially large banks and internationally active banks, to have a board-level risk committee or equivalent, responsible for advising the board on the bank's overall current and future risk tolerance/appetite and strategy, and for overseeing senior management's implementation of that strategy. This should include strategies for capital and liquidity management, as well as for credit, market, operational, compliance, reputational and other risks of the bank. To enhance the effectiveness of the risk committee, it should receive formal and informal communication from the bank's risk management function and CRO (see Principle 6), and should, where appropriate, have access to external expert advice, particularly in relation to proposed strategic transactions, such as mergers and acquisitions.

Other committees

53. Among other specialised committees that have become increasingly common among banks are the following:

- *Compensation committee* - oversees the compensation system's design and operation, and ensures that compensation is appropriate and consistent with the bank's culture, long-term business and risk strategy, performance and control environment (see Principles 10 and 11), as well as with any legal or regulatory requirements.
- *Nominations/human resources/governance committee* - provides recommendations to the board for new board members and members of senior management; may be involved in assessment of board and senior management effectiveness; may be involved in overseeing the bank's personnel or human resource policies.
- *Ethics/compliance committee* - focuses on ensuring that the bank has the appropriate means for promoting proper decision making and compliance with laws, regulations and internal rules; provides oversight of the compliance function.

54. The board should appoint members to specialised committees with the goal of achieving an optimal mix of skills and experience that, in combination, allow the committees to fully understand, objectively evaluate and bring fresh thinking to the relevant issues. In order to achieve the needed objectivity, membership should be composed of non-executives

²¹ As well as risk management and compliance reports, unless the bank has separate board committees for these areas.

and to the extent possible, a majority of independent members. In cases where a pool of independent candidates is not available, committee membership should strive to mix skills and experience in order to maximise objectivity. Notwithstanding the composition of the specialised committees, it may be beneficial for independent members to meet separately, both among themselves and with the relevant control areas, on a regular basis to ensure frank and timely dialogue. In addition, board consideration of risk-related issues may be enhanced by members serving on more than one committee (subject to constraints on members' time). For example, a member who serves on the compensation committee while also serving on either the risk or audit committee may have a greater appreciation of risk considerations in these areas.

Conflicts of interest

55. Conflicts of interest may arise as a result of the various activities and roles of the bank (eg where the bank extends loans to a firm while its proprietary trading function buys and sells securities issued by that firm), or between the interests of the bank or its customers and those of the bank's board members or senior managers (eg where the bank enters into a business relationship with an entity in which one of the bank's board members has a financial interest). Conflicts of interest may also arise when a bank is part of a broader group. For example, where the bank is part of a group, reporting lines and information flows between the bank, its parent company and/or other subsidiaries can lead to the emergence of similar conflicts of interest (eg sharing of potential proprietary, confidential or otherwise sensitive information from different entities). The board should ensure that policies to identify potential conflicts of interest are developed and implemented and, if these conflicts cannot be prevented, are appropriately managed (based on the permissibility of relationships or transactions under sound corporate policies consistent with national law and supervisory standards).

56. The board should have a formal written conflicts of interest policy and an objective compliance process for implementing the policy. The policy should include:

- a member's duty to avoid to the extent possible activities that could create conflicts of interest or the appearance of conflicts of interest;
- a review or approval process for members to follow before they engage in certain activities (such as serving on another board) so as to ensure that such activity will not create a conflict of interest;
- a member's duty to disclose any matter that may result, or has already resulted, in a conflict of interest;
- a member's responsibility to abstain from voting on any matter where the member may have a conflict of interest or where the member's objectivity or ability to properly fulfil duties to the bank may be otherwise compromised;
- adequate procedures for transactions with related parties to be made on an arms-length basis; and
- the way in which the board will deal with any non-compliance with the policy.

57. It is a leading practice to include in any conflicts of interest policy examples of where conflicts can arise when serving as a board member.

58. The board should ensure that appropriate public disclosure is made, and/or information is provided to supervisors, relating to the bank's policies on conflicts of interest and potential conflicts of interest. This should include information on the bank's approach to managing material conflicts of interest that are not consistent with such policies; and conflicts

that could arise as a result of the bank's affiliation or transactions with other entities within the group.

59. There is a potential conflict of interest where a bank is both owned by and subject to banking supervision by the state. If such conflicts of interests do exist, there should be full administrative separation of the ownership and banking supervision functions in order to try to minimise political interference in the supervision of the bank.

Controlling shareholders

60. Where there are controlling shareholders with power to appoint board members, the board should exercise corresponding caution. In such cases, it is useful to bear in mind that the board members have responsibilities to the bank itself, regardless of who appoints them. In cases where there are board members appointed by a controlling shareholder, the board may wish to set out specific procedures or conduct periodic reviews to ensure the appropriate discharge of responsibilities by all board members.

Group Structures

Principle 4

In a group structure, the board of the parent company has the overall responsibility for adequate corporate governance across the group and ensuring that there are governance policies and mechanisms appropriate to the structure, business and risks of the group and its entities.

Board of parent company

61. In the discharge of its corporate governance responsibilities, the board of the parent company should be aware of the material risks and issues that might affect both the bank as a whole and its subsidiaries. It should therefore exercise adequate oversight over subsidiaries, while respecting the independent legal and governance responsibilities that might apply to regulated subsidiary boards.

62. In order to fulfil its corporate governance responsibilities, the board of the parent company should:

- establish a governance structure which contributes to the effective oversight of subsidiaries and which takes into account the nature, scale and complexity of the different risks to which the group and its subsidiaries are exposed;
- assess the governance structure periodically to ensure that it remains appropriate in light of growth, increased complexity, geographic expansion, etc;
- approve a corporate governance policy at the group level for its subsidiaries, which includes the commitment to meet all applicable governance requirements;
- ensure that enough resources are available for each subsidiary to meet both group standards and local governance standards;
- understand the roles and relationships of subsidiaries to one another and to the parent company; and
- have appropriate means to monitor that each subsidiary complies with all applicable governance requirements.

Board of regulated subsidiary

63. In general, the board of a regulated banking subsidiary should adhere to the corporate values and governance principles espoused by its parent company. In doing so the board should take into account the nature of the business of the subsidiary and the legal requirements that are applicable.

64. The board of a regulated banking subsidiary should retain and set its own corporate governance responsibilities, and should evaluate any group-level decisions or practices to ensure that they do not put the regulated subsidiary in breach of applicable legal or regulatory provisions or prudential rules.²² The board of the regulated banking subsidiary should also ensure that such decisions or practices are not detrimental to:

- the sound and prudent management of the subsidiary;
- the financial health of the subsidiary; or
- the legal interests of the subsidiary's stakeholders.

B. Senior management

Principle 5

Under the direction of the board, senior management should ensure that the bank's activities are consistent with the business strategy, risk tolerance/appetite and policies approved by the board.

65. Senior management consists of a core group of individuals who are responsible and should be held accountable for overseeing the day-to-day management of the bank. These individuals should have the necessary experience, competencies and integrity to manage the businesses under their supervision as well as have appropriate control over the key individuals in these areas.

66. Senior management contributes substantially to a bank's sound corporate governance through personal conduct (eg by helping to set the "tone at the top" along with the board) by providing adequate oversight of those they manage, and by ensuring that the bank's activities are consistent with the business strategy, risk tolerance/appetite and policies approved by the bank's board.

67. Senior management is responsible for delegating duties to the staff and should establish a management structure that promotes accountability and transparency. Senior management should remain cognisant of its obligation to oversee the exercise of such delegated responsibility and its ultimate responsibility to the board for the performance of the bank.

68. Senior management should implement, consistent with the direction given by the board, appropriate systems for managing the risks - both financial and non-financial - to which the bank is exposed. This includes a comprehensive and independent risk management function and an effective system of internal controls, as discussed in greater detail in Principles 6-7 below).

²² In some jurisdictions, in order to exercise its corporate governance responsibilities independently, the board of the subsidiary is expected to have an adequate number of qualified, independent non-executive board members, who devote sufficient time to the matters of the subsidiary.

C. Risk management and internal controls

Principle 6

Banks should have an effective internal controls system and a risk management function (including a chief risk officer or equivalent) with sufficient authority, stature, independence, resources and access to the board.

Risk management vs. internal controls²³

69. Risk management generally encompasses the process of:

- identifying key risks to the bank;
- assessing these risks and measuring the bank's exposures to them;
- monitoring the risk exposures and determining the corresponding capital needs (ie capital planning) on an ongoing basis;²⁴
- monitoring and assessing decisions to accept particular risks, risk mitigation measures and whether risk decisions are in line with the board-approved risk tolerance/appetite and risk policy; and
- reporting to senior management, and the board as appropriate, on all the items noted in this paragraph.

70. Internal controls are designed, among other things, to ensure that each key risk has a policy, process or other measure, as well as a control to ensure that such policy, process or other measure is being applied and works as intended. As such, internal controls help ensure process integrity, compliance and effectiveness. Internal controls help provide comfort that financial and management information is reliable, timely and complete and that the bank is in compliance with its various obligations, including applicable laws and regulations.²⁵ In order to avoid actions beyond the authority of the individual or even fraud, internal controls also place reasonable checks on managerial and employee discretion. Even in very small banks, for example, key management decisions should be made by more than one person ("four eyes principle"). Internal control reviews should also determine the extent of an institution's compliance with company policies and procedures, as well as with legal and regulatory policies.

Chief risk officer or equivalent

71. Large banks and internationally active banks, and others depending on their risk profile and local governance requirements, should have an independent senior executive with distinct responsibility for the risk management function and the institution's comprehensive risk management framework across the entire organisation. This executive is

²³ While risk management and internal controls are discussed separately in this document, some supervisors or banks may use "internal controls" as an umbrella term to include risk management, internal audit, compliance, etc. The two terms are in fact closely related and where the boundary lies between risk management and internal controls is less important than achieving, in practice, the objectives of each.

²⁴ While the design and execution of a bank's capital planning process may primarily be the responsibility of the chief financial officer (CFO), the treasury function, or other entities within the bank, the risk management function should be able to explain clearly and monitor on an ongoing basis the bank's capital and liquidity position and strategy.

²⁵ See *Framework for Internal Control Systems in Banking Organisations*, Basel Committee on Banking Supervision, September 1998, available at www.bis.org/pub/bcbs40.htm.

commonly referred to as the CRO. Since some banks may have an officer who fulfils the function of a CRO but has a different title, reference in this guidance to the CRO is intended to incorporate equivalent positions. Whatever the title, at least in large banks, the role of the CRO should be distinct from other executive functions and business line responsibilities, and there generally should be no “dual hatting” (ie the chief operating officer, CFO, chief auditor or other senior management should not also serve as the CRO).²⁶

72. Formal reporting lines may vary across banks, but regardless of these reporting lines, the independence of the CRO is paramount. While the CRO may report to the CEO or other senior management, the CRO should also report and have direct access to the board and its risk committee without impediment. Also, the CRO should not have any management or financial responsibility in respect of any operational business lines or revenue-generating functions. Interaction between the CRO and the board should occur regularly and be documented adequately. Non-executive board members should have the right to meet regularly - in the absence of senior management - with the CRO.

73. The CRO should have sufficient stature, authority and seniority within the organisation. This will typically be reflected in the ability of the CRO to influence decisions that affect the bank’s exposure to risk. Beyond periodic reporting, the CRO should thus have the ability to engage with the board and other senior management on key risk issues and to access such information as the CRO deems necessary to form his or her judgment. Such interactions should not compromise the CRO’s independence.

74. If the CRO is removed from his or her position for any reason, this should be done with the prior approval of the board and generally should be disclosed publicly. The bank should also discuss the reasons for such removal with its supervisor.

Scope of responsibilities, stature and independence of the risk management function

75. The risk management function is responsible for identifying, measuring, monitoring, controlling or mitigating, and reporting on risk exposures. This should encompass all risks to the bank, on- and off-balance sheet and at a group-wide, portfolio and business-line level, and should take into account the extent to which risks overlap (eg lines between market and credit risk and between credit and operational risk are increasingly blurred). This should include a reconciliation of the aggregate level of risk in the bank to the board-established risk tolerance/appetite.

76. The risk management function --both firm-wide and within subsidiaries and business lines-- under the direction of the CRO, should have sufficient stature within the bank such that issues raised by risk managers receive the necessary attention from the board, senior management and business lines. Business decisions by the bank typically are a product of many considerations. By properly positioning and supporting its risk management function, a bank helps ensure that the views of risk managers will be an important part of those considerations.

77. While it is not uncommon for risk managers to work closely with individual business units and, in some cases, to have dual reporting lines, the risk management function should be sufficiently independent of the business units whose activities and exposures it reviews.

²⁶ Where such “dual hatting” does occur (eg in smaller institutions where resource constraints may make overlapping responsibilities necessary), these roles should be compatible --for example, the CRO may also have lead responsibility for a particular risk area-- and should not weaken checks and balances within the bank.

While such independence is an essential component of an effective risk management function, it is also important that risk managers are not so isolated from business lines - geographically or otherwise - that they cannot understand the business or access necessary information. Moreover, the risk management function should have access to all business lines that have the potential to generate material risk to the bank. Regardless of any responsibilities that the risk management function may have to business lines and senior management, its ultimate responsibility should be to the board.

Resources

78. A bank should ensure through its planning and budgeting processes that the risk management function has adequate resources (in both number and quality) necessary to assess risk, including personnel, access to information technology systems and systems development resources, and support and access to internal information. These processes should also explicitly address and provide sufficient resources for internal audit and compliance functions. Compensation and other incentives (eg opportunities for promotion) of the CRO and risk management staff should be sufficient to attract and retain qualified personnel.

Qualifications

79. Risk management personnel should possess sufficient experience and qualifications, including market and product knowledge as well as mastery of risk disciplines.²⁷ Staff should have the ability and willingness to challenge business lines regarding all aspects of risk arising from the bank's activities.

Principle 7

Risks should be identified and monitored on an ongoing firm-wide and individual entity basis, and the sophistication of the bank's risk management and internal control infrastructures should keep pace with any changes to the bank's risk profile (including its growth), and to the external risk landscape.

Risk methodologies and activities

80. Risk analysis should include both quantitative and qualitative elements. While risk measurement is a key component of risk management, excessive focus on measuring or modelling risks at the expense of other risk management activities may result both in overreliance on risk estimates that do not accurately reflect real exposures and in insufficient action to address and mitigate risks. The risk management function should ensure that the bank's internal risk measurements cover a range of scenarios, are not based on overly optimistic assumptions regarding dependencies and correlations, and include qualitative firm-wide views of risk relative to return and to the bank's external operating environment. Senior management and, as applicable, the board should review and approve scenarios that are

²⁷ Some firms have found it to be a sound practice to encourage or require staff to serve in both business line and risk management roles, on a rotational basis, as a requirement for career development. Such an approach can have several benefits, including giving risk management stature within the bank commensurate with business lines and other functions, promoting firm-wide dialogue regarding risk, and ensuring that business lines understand the importance of risk management and that risk managers understand how business lines operate.

used in the bank's risk analysis and should be made aware of assumptions and potential shortcomings embedded in the bank's risk models.

81. As banks make use of certain internal and external data to identify and assess risk, make strategic or operational decisions, and determine capital adequacy, the board should give special attention to the quality, completeness and accuracy of the data it relies on to make risk decisions.

82. As part of its quantitative and qualitative analysis, the bank should also utilise forward-looking stress tests and scenario analysis to better understand potential risk exposures under a variety of adverse circumstances.²⁸ These should be key elements of a bank's risk management process, and the results should be communicated to, and given appropriate consideration by, the relevant business lines and individuals within the bank. A forward-looking approach to risk management should include ongoing monitoring of existing risks as well as identifying new or emerging risks.

83. In addition to these forward-looking tools, banks should also regularly review actual performance after the fact relative to risk estimates (ie backtesting) to assist in gauging the accuracy and effectiveness of the risk management process and making necessary adjustments.

84. The risk management function should promote the importance of senior management and business line managers in identifying and assessing risks critically, rather than relying excessively on external risk assessments. While external assessments such as external credit ratings or externally purchased risk models can be useful as an input into a more comprehensive assessment of risk, the ultimate responsibility for assessing risk lies solely with the bank. For example, in the case of a purchased credit or market risk model, the bank should take the steps necessary to validate the model and calibrate it to the bank's individual circumstances to ensure accurate and comprehensive capture and analysis of risk. In any case, banks should avoid over-reliance on any specific risk methodology or model.

85. In the case of subsidiary banks, a similar approach is necessary.²⁹ The board and management of a subsidiary remain responsible for effective risk management processes at the subsidiary. While parent companies should conduct strategic, group-wide risk management and prescribe corporate risk policies, subsidiary management and boards should have appropriate input into their local or regional adoption and to assessments of local risks. If group risk management systems and processes are prescribed, subsidiary management, with subsidiary board oversight, is responsible for assessing and ensuring that those systems and processes are appropriate, given the nature of the operations of the subsidiary. Furthermore, adequate stress testing of subsidiary portfolios should occur, based not only on the subsidiaries' economic and operating environments, but also based on the ramifications of potential stress on the parent company (eg liquidity, credit, reputational risk, etc). In some cases, such evaluations may be accomplished through joint head office and subsidiary teams. Local management and those responsible for the control functions are accountable for prudent risk management at the local level. Parent companies should ensure that adequate tools and authorities are provided to the subsidiary and that the subsidiary understands what reporting obligations it has to the head office.

²⁸ See *Principles for Sound Stress Testing Practices and Supervision*, Basel Committee on Banking Supervision, May 2009, available at www.bis.org/publ/bcbs155.htm.

²⁹ However, there may be national laws that may exempt subsidiaries from some supervisory requirements on a stand-alone basis if these subsidiaries are well integrated in a group and a number of preconditions are met. The considerations set out in this paragraph apply in circumstances where no such exception is available.

86. In addition to identifying and measuring risk exposures, the risk management function should evaluate possible ways to manage these exposures. In some cases, the risk management function may direct that risk be reduced or hedged to limit exposure. In other cases, the risk management function may simply report risk positions and monitor these positions to ensure that they remain within the bank's framework of limits and controls. Either approach may be appropriate provided the independence of the risk management function is not compromised.

87. The sophistication of the bank's risk management and internal control infrastructures - including, in particular, a sufficiently robust information technology infrastructure - should keep pace with developments such as balance sheet and revenue growth, increasing complexity of the bank's business or operating structure, geographic expansion, mergers and acquisitions, or the introduction of new products or business lines. Strategic business planning, and periodic review of such plans, should take into account the extent to which such developments have occurred and the likelihood that they will continue going forward.

88. Banks should have approval processes for new products. These should include an assessment of the risks of new products, significant changes to existing products, the introduction of new lines of business and entry into new markets. The risk management function should provide input on risks as a part of such processes. This should include a full and frank assessment of risks under a variety of scenarios, as well as an assessment of potential shortcomings in the ability of the bank's risk management and internal controls to effectively manage associated risks. In this regard, the bank's new product approval process should take into account the extent to which the bank's risk management, legal and regulatory compliance, information technology, business line, and internal control functions have adequate tools and the expertise necessary to manage related risks. If adequate risk management processes are not yet in place, a new product offering should be delayed until such time that systems and risk management are able to accommodate the relevant activity. There should also be a process to assess risk and performance relative to initial projections, and to adapt the risk management treatment accordingly, as the business matures.

89. Mergers and acquisitions can pose special risk management challenges to the bank. In particular, risks can arise from conducting insufficient due diligence that fails to identify risks that arise post-merger or activities that conflict with the bank's strategic objectives or risk tolerance/appetite. The risk management function should therefore be actively involved in assessing risks that could arise from mergers and acquisitions, and should report its findings directly to the board and/or its relevant specialised committee.

90. While the risk management function plays a vital role in identifying, measuring, monitoring and reporting on risk exposures, other units in the bank also play an important role in managing risk. In addition to business lines, which should be accountable for managing risks arising from their activities, the bank's treasury and finance functions should promote effective firm-wide risk management not only through supporting financial controls but also through applying robust internal pricing of risk especially at large banks and internationally active banks. A business unit's internal cost of funds should reflect material risks to the bank arising from its activities. Failure to do so may result in greater investment in high-risk activities than would be the case if internal pricing were risk-adjusted.

91. Although the risk management function has a key leadership and coordinating role on risks, the operational responsibility for making operational decisions on risks and managing risk rests with management and ultimately extends to other employees of the bank. The bank's risk management framework should be clear and transparent regarding staff and organisational responsibilities for risk.

Principle 8

Effective risk management requires robust internal communication within the bank about risk, both across the organisation and through reporting to the board and senior management.

92. Sound corporate governance is evidenced, among other things, by a culture where senior management and staff are expected and encouraged to identify risk issues as opposed to relying on the internal audit or risk management functions to identify them. This expectation is conveyed not only through bank policies and procedures, but also through the “tone at the top” established by the board and senior management.

93. The bank’s risk exposures and strategy should be communicated throughout the bank with sufficient frequency. Effective communication, both horizontally across the organisation and vertically up the management chain, facilitates effective decision-making that fosters safe and sound banking and helps prevent decisions that may result in amplifying risk exposures.

94. Information should be communicated to the board and senior management in a timely, complete, understandable and accurate manner so that they are equipped to make informed decisions. This is particularly important when a bank is facing financial or other difficulties and may need to make prompt, critical decisions. If the board and senior management have incomplete or inaccurate information, their decisions may magnify risks rather than mitigate them. Serious consideration should be given by the board to instituting periodic reviews of the amount and quality of information the board receives or should receive.

95. In ensuring that the board and senior management are sufficiently informed, management and those responsible for the control functions should strike a balance between communicating information that is accurate and “unfiltered” (ie that does not hide potentially bad news) and not communicating so much extraneous information that the sheer volume of information becomes counterproductive.

96. Risk reporting to the board requires careful design in order to ensure that firm-wide and individual portfolio and other risks are conveyed in a concise and meaningful manner. Reporting should accurately communicate risk exposures and results of stress tests or scenario analyses, and should provoke a robust discussion of, for example, the bank’s current and prospective exposures (particularly under stressed scenarios), risk/return relationships, risk tolerance/appetite, etc. In addition to internal measurement and assessment of bank risks, reporting should include information about the external environment to identify market conditions and trends that may have a bearing on the bank’s current or future risk profile.

97. Risk reporting systems should be dynamic, comprehensive and accurate, and should draw on a range of underlying assumptions. Risk monitoring and reporting should occur not only at the disaggregated level (including risk residing in subsidiaries that could be considered significant), but should also be aggregated upward to allow for a firm-wide or consolidated picture of risk exposures. Risk reporting systems should be clear about any deficiencies or limitations in risk estimates, as well as any significant embedded assumptions (eg regarding risk dependencies or correlations). These systems should not only aggregate information to provide a firm-wide, integrated perspective on risk (geographically and by risk

type), but should also highlight emerging risks that have the potential to become significant and may merit further analysis.

98. In this regard, organisational “silos”³⁰ can impede effective sharing of information across a bank and can result in decisions being made in isolation from the rest of the bank.³¹ Overcoming information-sharing obstacles posed by silo structures may require the board and senior management to review or rethink established practices in order to encourage greater communication. Some firms have found it useful to create risk management committees - distinct from the board’s risk committee - that draw members from across the firm (eg from business lines and the risk management function) to discuss issues related to firm-wide risks.

Principle 9

The board and senior management should effectively utilise the work conducted by internal audit functions, external auditors and internal control functions.

99. The board should recognise and acknowledge that independent, competent and qualified internal and external auditors, as well as other internal control functions (including the compliance functions), are vital to the corporate governance process in order to achieve a number of important objectives. Senior management should also recognise the importance of the effectiveness of these functions to the long-term soundness of the bank.

100. The board and senior management can enhance the ability of the internal audit function³² to identify problems with a bank’s governance, risk management and internal control systems by:

- encouraging internal auditors to adhere to national and international professional standards, such as those established by the Institute of Internal Auditors;
- requiring that audit staff have skills that are commensurate with the business activities and risks of the firm;
- promoting the independence of the internal auditor, for example by ensuring that internal audit reports are provided to the board and the internal auditor has direct access to the board or the board's audit committee;
- recognising the importance of the audit and internal control processes and communicating their importance throughout the bank;
- requiring the timely and effective correction of identified internal audit issues by senior management; and
- engaging internal auditors to judge the effectiveness of the risk management function and the compliance function, including the quality of risk reporting to the board and senior management, as well as the effectiveness of other key control functions.

³⁰ Organisational silos can be characterised by business lines, legal entities, and/or geographic units being run in isolation from each other, with limited information shared and, in some cases, competition across silos.

³¹ This observation was highlighted in the March 2008 Senior Supervisors Group report on *Observations on Risk Management Practices during the Recent Market Turbulence*. See footnote 5 for reference.

³² See *Internal Audit in Banks and the Supervisor’s Relationship with Auditors*, Basel Committee on Banking Supervision, August 2001, available at www.bis.org/publ/bcbs84.htm.

101. The board and senior management are responsible for the preparation and fair presentation of financial statements, unless the law says otherwise, in accordance with applicable accounting standards in each jurisdiction, as well as the establishment of effective internal controls related to financial reporting. The board and senior management can also contribute to the effectiveness of external auditors³³ by, for example, including in engagement letters the expectation that the external auditor will be in compliance with applicable domestic and international codes and standards of professional practice.

102. Non-executive board members should have the right to meet regularly - in the absence of senior management - with the external auditor and the heads of the internal audit and compliance functions. This can strengthen the ability of the board to oversee senior management's implementation of the board's policies and to ensure that a bank's business strategies and risk exposures are consistent with risk parameters established by the board.

103. The bank should maintain sound control functions, including an effective compliance function that, among other things, routinely monitor compliance with laws, corporate governance rules, regulations, codes and policies to which the bank is subject and ensure that deviations are reported to an appropriate level of management and, in case of material deviations, to the board.³⁴

104. Senior management should promote strong internal controls and should avoid activities and practices that undermine their effectiveness. Examples of problematic activities or practices include failing to ensure that there is effective segregation of duties where conflicts could arise; not exercising effective control over employees in key business positions (even apparent "star" employees); and failing to question employees who generate revenues or returns out of line with reasonable expectations (eg where supposedly low-risk, low-margin trading activity generated unexpectedly high returns) for fear of losing either revenue or the employees.

D. Compensation

105. Compensation systems contribute to bank performance and risk-taking, and should therefore be key components of a bank's governance and risk management. In practice, however, risk has not always been taken into account in determining compensation practices, with the result that some long-term risks may have been exacerbated by compensation incentives, such as those to boost short-term profits. In recognition of this, the FSB issued the FSB Principles in April 2009 and the accompanying FSB Standards in September 2009 to assist in their implementation. In addition, the Committee issued in

³³ See *External Audit Quality and Banking Supervision*, Basel Committee on Banking Supervision, December 2008, available at www.bis.org/publ/bcbs146.htm and *The Relationship Between Banking Supervisors and Banks' External Auditors*, Basel Committee on Banking Supervision, January 2002, available at www.bis.org/publ/bcbs87.htm.

³⁴ See *Compliance and the Compliance Function in Banks*, Basel Committee on Banking Supervision, April 2005, available at www.bis.org/publ/bcbs113.htm. This paper notes that the expression "compliance function" is used to describe staff carrying out employee responsibilities and is not intended to prescribe a particular organisational structure. In some cases, banks' compliance functions have been designed to address only anti-money laundering issues, which is inconsistent with Basel Committee guidance. The compliance function should have a broader scope and address the areas indicated in this paragraph and in the Basel Committee guidance.

January 2010 a document on *Compensation Principles and Standards Assessment Methodology*.³⁵

106. Banks should fully implement the FSB Principles and Standards, or the applicable national provisions that are consistent with the FSB Principles and Standards. While Principles 10 and 11 below reflect some of the key corporate governance-related elements of the FSB Principles, banks are expected to comply with the FSB Principles and Standards in their entirety. The FSB Principles and Standards are intended to apply to significant financial institutions, but national jurisdictions may also apply them in a proportionate manner to smaller, less-complex institutions.

Principle 10

The board should actively oversee the compensation system's design and operation, and should monitor and review the compensation system to ensure that it operates as intended.

107. The board is responsible for the overall design and operation of the compensation system for the entire bank.³⁶ As such, those board members who are most actively involved in the design and operation of the compensation system (eg as members of the board's compensation committee) should be independent, non-executive members with substantial knowledge about compensation arrangements and the incentives and risks that can arise from such arrangements. Because compensation should be aligned with risk (as discussed in Principle 11 below), an understanding of the firm's risk measurement and management, and of how different compensation practices can impact the firm's risk profile, is important as well. Board compensation committees should also meet the criteria set forth in the "Governance" section of the FSB Standards, including working closely with the board's risk committee to evaluate incentives arising from compensation and ensuring that an annual compensation review is undertaken.

108. In addition to establishing the compensation system, the board should monitor and review outcomes to ensure that the compensation system is operating as intended. For example, the board should ensure that lower risk-adjusted income in a business line will result in reduced compensation.

109. The compensation of the control function (eg CRO and risk management staff) should be structured in a way that is based principally on the achievement of their objectives and does not compromise their independence (eg compensation should not be substantially tied to business line revenue).

³⁵ See *Compensation Principles and Standards Assessment Methodology*, Basel Committee on Banking Supervision, January 2010, available at www.bis.org/publ/bcbs166.htm. This document aims to guide supervisors in reviewing individual firms' compensation practices and assessing their compliance with the FSB Principles and Standards, and seeks to foster supervisory approaches that are effective in promoting sound compensation practices at banks and help support a level playing field.

³⁶ While the board is responsible for the overall compensation system for the bank, this does not mean that the board or its compensation committee is responsible for determining compensation for large numbers of individual employees. The board should, however, develop and issue the compensation policy for the bank as a whole, determine the bonus pool, and review and approve compensation for senior management and for the highest paid non-executive employees in the firm.

Principle 11

An employee's compensation should be effectively aligned with prudent risk taking; compensation should be adjusted for all types of risk; compensation outcomes should be symmetric with risk outcomes; compensation payout schedules should be sensitive to the time horizon of risks; and the mix of cash, equity and other forms of compensation should be consistent with risk alignment.

110. Since employees can generate equivalent short-term revenues while taking on vastly different amounts of risk in the longer term, a bank should ensure that variable compensation is adjusted to take into account the risks an employee takes. This should consider all types of risk over a timeframe sufficient for risk outcomes to be revealed. It is appropriate to use both quantitative risk measures and human judgment in determining risk adjustments. Where firms make such adjustments, all material risks should be taken into account, including difficult-to-measure risks (eg reputational risk) and potentially severe risk outcomes.

111. In addition to ex ante risk adjustments, banks should take other steps to better align compensation with prudent risk taking. One characteristic of effective compensation outcomes is that they are symmetric with risk outcomes, particularly at the bank or business line level. That is, the size of the bank's variable compensation pool should vary in response to both positive and negative performance. Variable compensation should be diminished or eliminated when a bank or business line incurs substantial losses.

112. Compensation should be sensitive to risk outcomes over a multi-year horizon. This is typically achieved through arrangements that defer compensation until risk outcomes have been realised, and may include so-called "malus" or "clawback" provisions whereby compensation is reduced or reversed if employees generate exposures that cause the bank to perform poorly in subsequent years or if the employee has failed to comply with internal policies or legal requirements. "Golden parachute" arrangements under which terminated executives or staff receive large payouts irrespective of performance are generally not consistent with sound compensation practice.

113. The mix of cash, equity and other forms of compensation (eg options) should be consistent with risk alignment and will likely vary across employees, depending on their position and role in the bank.

E. Complex or opaque corporate structures

Principle 12

The board and senior management should know and understand the bank's operational structure and the risks that it poses (ie "know-your-structure").

114. Some banks create structures for legal, regulatory, fiscal or product-offering purposes in the form of units, branches, subsidiaries or other legal entities that can considerably increase the complexity of the organisation. The sheer number of legal entities, and in particular the interconnections and intra-group transactions among such entities, can lead to challenges in identifying, overseeing and managing the risks of the organisation as a whole, which is a risk in and of itself.

115. The board and senior management should understand the structure and the organisation of the group, ie the aims of its different units/entities and the formal and informal links and relationships among the entities and with the parent company. This includes understanding the legal and operational risks and constraints of the various types of intra-

group exposures and transactions and how they affect the group's funding, capital and risk profile under normal and adverse circumstances. Sound and effective measures and systems should be in place to facilitate the generation and exchange of information among and about the various entities, to manage the risks of the group as a whole, and for the effective supervision of the group. In this regard, senior management should inform the board regarding the group's organisational and operational structure and the key drivers of the group's revenues and risks.

116. Another governance challenge arises when banks establish business or product line management structures that do not match the bank's legal entity structure. While this is a quite common practice, it nevertheless introduces additional complexity. Apart from ensuring the appropriateness of these matrix structures, the board or senior management as appropriate should ensure that all products and their risks are captured and evaluated on an individual entity and group-wide basis.

117. The board should approve policies and clear strategies for the establishment of new structures and should properly guide and understand the bank's structure, its evolution and its limitations. Moreover, senior management, under the oversight of the board, should:

- avoid setting up unnecessarily complicated structures;
- have a centralised process for approving and controlling the creation of new legal entities based on established criteria, including the ability to monitor and fulfil on an ongoing basis each entity's requirements (eg regulatory, tax, financial reporting, governance);
- understand and be able to produce information regarding the bank's structure, including the type, charter, ownership structure and businesses conducted for each legal entity;
- recognise the risks that the complexity of the legal entity structure itself may pose, including lack of management transparency, operational risks introduced by interconnected and complex funding structures, intra-group exposures, trapped collateral and counterparty risk; and
- evaluate how the aforementioned risks of the structure and legal entity requirements affect the group's ability to manage its risk profile and deploy funding and capital under normal and adverse circumstances.

118. In order to enhance the sound governance of a banking group, internal audits of individual entities could be complemented with regular assessments of the risks posed by the group's structure. Periodic reports that assess the bank's overall structure and individual entities' activities, confirm compliance with the strategy previously approved by the board, and disclose any possible discrepancies could be useful for the audit and risk committees, senior management and the board of the parent company.

119. Senior management, and the board as necessary, should discuss with, and/or report to, its supervisor policies and procedures for the creation of new structures that may add complexity to the group.

Principle 13

Where a bank operates through special-purpose or related structures or in jurisdictions that impede transparency or do not meet international banking standards, its board and senior management should understand the purpose, structure and unique risks of these operations. They should also seek to mitigate the risks identified (ie "understand-your-structure").

120. The bank may have legitimate purposes for operating in particular jurisdictions (or with entities or counterparties operating in these jurisdictions) or for establishing certain structures (eg special purpose vehicles or corporate trusts). However, operating in jurisdictions that are not fully transparent or do not meet international banking standards (eg in the areas of prudential supervision, tax, anti-money laundering or anti-terrorism financing),³⁷ or through complex or non-transparent structures, may pose financial, legal, reputational and other risks to the banking organisation; may impede the ability of the board and senior management to conduct appropriate business oversight; and could hinder effective banking supervision. The bank should evaluate proposed activities and transactions such as described above and carefully consider, prior to approval, how it will implement effective board and/or managerial oversight.

121. In addition to the risks discussed above, the bank may also be indirectly exposed to risk when it performs certain services or establishes structures on behalf of customers.³⁸ Examples include acting as a company or partnership formation agent, providing a range of trustee services and developing complex structured finance transactions for customers. While these activities are often profitable and can serve the legitimate business purposes of customers, in some cases customers may use products and activities provided by banks to engage in illegal or inappropriate activities. This can, in turn, pose significant legal and reputational risks to a bank that provides such services, could cause it to deviate from its core business and could preclude adequate control of the risks posed by the client to the group as a whole.

122. Senior management, and the board as appropriate, should note these challenges and take appropriate action to avoid or mitigate them by:

- maintaining and reviewing, on an ongoing basis, appropriate policies, procedures and strategies governing the approval and maintenance of those structures or activities;
- periodically monitoring such structures and activities to ensure that they remain consistent with their established purpose so that they are not held without adequate justification; and
- establishing adequate procedures to identify and manage all material risks arising from these activities. The bank should only approve these operations if the material financial, legal and reputational risks can be properly identified, assessed and managed.

123. In addition, consistent with guidance from the board, senior management should ensure the bank has appropriate policies and procedures to:

- establish processes for the approval of such activities (eg applicable limits, measures to mitigate legal or reputational risks, and information requirements), taking into account the implications for the resulting operational structure of the organisation;
- define and understand the purpose of such activities, and ensure that the actual exercise of these activities is consistent with their intended purpose;

³⁷ This could include offshore financial centres and onshore jurisdictions in which a lack of transparency and weak enforcement mechanisms foster opacity and hinder effective management and supervision.

³⁸ See *Customer Due Diligence for Banks*, Basel Committee on Banking Supervision, October 2001, available at www.bis.org/publ/bcbs85.htm.

- document the process of consideration, authorisation and risk management to make this process transparent to auditors and supervisors;
- regularly evaluate the continuing need to operate in certain jurisdictions or through complex structures that reduce transparency;
- ensure that information regarding these activities and associated risks is readily available to the bank's head office, is appropriately reported to the board and supervisors; and
- ensure that these activities are subject to regular internal and external audit reviews.

124. The board of the parent company can enhance the effectiveness of the above efforts by requiring a control function (such as internal audit, risk management or compliance) to conduct a formal review of the structures, their controls and activities, as well as their consistency with board-approved strategy and report to the board and senior management on its findings.

125. The board should be prepared to discuss with, and as necessary report to, the bank's supervisor the policies and strategies adopted regarding the establishment and maintenance of these structures and activities.

F. Disclosure and transparency

Principle 14

The governance of the bank should be adequately transparent to its shareholders, depositors, other relevant stakeholders and market participants.

126. Transparency is essential for sound and effective corporate governance. As emphasised in existing Committee guidance on bank transparency,³⁹ it is difficult for shareholders, depositors, other relevant stakeholders and market participants to effectively monitor and properly hold accountable the board and senior management when there is insufficient transparency. The objective of transparency in the area of corporate governance is therefore to provide these parties, consistent with national law and supervisory practice, with key information necessary to enable them to assess the effectiveness of the board and senior management in governing the bank.

127. Although transparency may be less detailed for non-listed banks, especially those that are wholly owned, these institutions can nevertheless pose the same types of risk to the financial system as publicly traded banks through various activities, including their participation in payments systems and acceptance of retail deposits.

128. The bank should disclose relevant and useful information that supports the key areas of corporate governance identified by the Committee (see paragraph 6). Such disclosure should be proportionate to the size, complexity, structure, economic significance and risk profile of the bank.

³⁹ See *Enhancing Bank Transparency*, Basel Committee on Banking Supervision, September 1998, available at www.bis.org/publ/bcbs41.htm.

129. In general, the bank should apply the disclosure and transparency section of the 2004 OECD principles.⁴⁰ Accordingly disclosure should include, but not be limited to, material information on the bank's objectives, organisational and governance structures and policies (in particular the content of any corporate governance code or policy and the process by which it is implemented), major share ownership and voting rights and related parties transactions. The bank should appropriately disclose its incentive and compensation policy following the FSB Principles and Standards related to compensation.

130. The bank should also disclose key points concerning its risk tolerance/appetite (without breaching necessary confidentiality), with a description of the process for defining it and information concerning the board involvement in such process. When involved in complex or non-transparent structures, the bank should disclose adequate information regarding the purpose, strategies, structures, risks and controls around such activities.

131. Disclosure should be accurate, clear and presented in an understandable manner and in such a way that shareholders, depositors, other relevant stakeholders and market participants can consult it easily. Timely public disclosure is desirable on a bank's public website, in its annual and periodic financial reports or by other appropriate forms. It is good practice that an annual corporate governance-specific and comprehensive statement is in a clearly identifiable section of the annual report depending on the applicable financial reporting framework. All material developments that arise between regular reports should be disclosed without undue delay.

IV. The role of supervisors

132. The board and senior management are primarily responsible and accountable for the governance and performance of the bank and shareholders should hold them accountable for this. A key role of supervisors, then, is to ensure that banks practice good corporate governance in a way that is consistent with the objectives discussed above in section III. This section sets forth several principles that can assist supervisors in assessing bank corporate governance.

1. Supervisors should provide guidance to banks on expectations for sound corporate governance.

133. Supervisors should endeavour to establish guidance or rules, consistent with the principles set forth in this document, requiring banks to have robust corporate governance strategies, policies and procedures. This is especially important where national laws, regulations, codes, or listing requirements regarding corporate governance are not sufficiently robust to address the unique corporate governance needs of banks. Where appropriate, supervisors should share industry best practices and emerging risks that are relevant to the bank's business practices.

⁴⁰ Section V of the 2004 OECD principles state that "The corporate governance framework should ensure that timely and accurate disclosure is made on all material matters regarding the corporation, including the financial situation, performance, ownership, and governance of the company". See footnote 3 for reference.

2. Supervisors should regularly perform a comprehensive evaluation of a bank's overall corporate governance policies and practices and evaluate the bank's implementation of the principles.

134. Supervisors should have supervisory processes and tools for evaluating a bank's corporate governance policies and practices. Such evaluations may be conducted through on-site inspections and off-site monitoring and should include regular communication with a bank's senior management, board, those responsible for the internal control functions and external auditors.

135. When evaluating individual banks, supervisors should consider that banks will need to adopt different approaches to corporate governance that are proportionate to the size, complexity, structure, economic significance and risk profile of the bank. Moreover, supervisors should consider the overall characteristics and risks of the banks in their jurisdictions, as well as relevant national factors, such as the legal framework.

136. An important element of supervisory oversight of bank safety and soundness is an understanding of how corporate governance affects a bank's risk profile. Supervisors should expect banks to implement organisational structures that include appropriate checks and balances. Regulatory guidance should address, among other things, clear allocation of responsibilities, accountability and transparency.

137. Supervisors should obtain the information they judge necessary to evaluate the expertise and integrity of proposed board members and senior management. The fit and proper criteria should include, but may not be limited to: (1) the contributions that an individual's skills and experience can make to the safe and sound operation of the bank, including general management skills and (2) any record of criminal activities or adverse regulatory judgments that in the supervisor's judgment make a person unfit to uphold important positions in a bank. Moreover, supervisors should require banks to have in place processes to review how well the board, senior management and control functions are fulfilling their responsibilities. Supervisors are encouraged to meet regularly with individual board members, senior managers and those responsible for the control functions as part of the ongoing supervisory process.

138. Supervisors should evaluate whether the bank has in place effective mechanisms through which the board and senior management execute their oversight responsibilities. In addition to policies and processes, such mechanisms include properly positioned and staffed control functions, such as internal audit, risk management and compliance. In this regard, supervisors should assess the effectiveness of oversight of these functions by the bank's board. This could include assessing the extent to which the board interacts with and meets with the representatives of the control functions. Supervisors should ensure that the internal audit function conducts independent, risk-based and effective audits. This includes conducting periodic reviews of the bank's control functions and of the overall internal controls. Supervisors should assess the adequacy of internal controls that foster sound governance and how well they are being implemented.

139. In reviewing corporate governance in the context of a group structure, supervisors should take into account the corporate governance responsibilities of both the parent company and subsidiaries. In this respect, home and host country supervisory issues may also emerge.

3. Supervisors should supplement their regular evaluation of a bank's corporate governance policies and practices by monitoring a combination of internal reports and prudential reports, including, as appropriate, reports from third parties such as external auditors.

140. Supervisors should obtain information from banks on their corporate governance policies and practices. These should be updated at regular intervals and when significant changes have occurred. Supervisors should collect and analyse information from banks with a frequency commensurate with the nature of the information requested, and the risk profile and significance of a bank.

141. For monitoring and evaluation purposes, the supervisor should periodically review key internal reports of the bank. To make meaningful comparisons between banks, the supervisor may also require a standardised supervisory reporting process, covering the data items the supervisor deems necessary.

4. Supervisors should require effective and timely remedial action by a bank to address material deficiencies in its corporate governance policies and practices, and should have the appropriate tools for this.

142. Supervisors should have a range of tools at their disposal to address material corporate governance deficiencies of a bank, including the authority to compel appropriate remedial action. The choice of tool and the timeframe for any remedial action should be proportionate to the level of risk the deficiency poses to the safety and soundness of the bank or the relevant financial system(s).

143. When a supervisor requires a bank to take remedial action, the supervisor should set a timetable for completion. Supervisors should have escalation procedures in place to require more stringent or accelerated remedial action in the event that a bank does not adequately address the deficiencies identified, or in the case that supervisors deem further action is warranted.

5. Supervisors should cooperate with other relevant supervisors in other jurisdictions regarding the supervision of corporate governance policies and practices. The tools for cooperation can include memorandum of understanding, supervisory colleges and periodic meetings among supervisors.⁴¹

144. Cooperation and appropriate information-sharing among relevant public authorities, including bank supervisors, central banks, deposit insurance agencies and other regulators, not only for issues related to corporate governance but also more broadly, can significantly contribute to the effectiveness of these authorities in their respective roles. Cooperation can be in a form of supervisory colleges and periodic meetings among supervisors at which corporate governance matters can be discussed. Such communication can help supervisors improve the assessment of the overall governance of a bank and the risks it faces, and help other authorities assess the risks posed to the broader financial system. Information shared should be relevant for supervisory purposes and be provided within the constraints of applicable laws. Special arrangements, such as a memorandum of understanding, may be

⁴¹ See *Principles for the Supervision of Banks' Foreign Establishments* (also known as the Basel Concordat), Basel Committee on Banking Supervision, May 1983, available at www.bis.org/publ/bcbasc312.htm and subsequent Basel Committee papers on supervisory cooperation and home-host supervision.

warranted to govern the sharing of information among supervisors or between supervisors and other authorities.

V. Promoting an environment supportive of sound corporate governance

145. As discussed in this document, the primary responsibility for good corporate governance rests with boards (supported by the control functions) and with senior management of banks. In addition, banking supervisors have an important role in developing guidance and assessing bank corporate governance practices. There are also many others (some of which have already been discussed in this document) that can promote good corporate governance, including:

- shareholders - through the active and informed exercise of shareholder rights;
- depositors and other customers - by not conducting business with banks that are operated in an unsound manner;
- external auditors - through a well-established and qualified audit profession, audit standards and communications to boards, senior management and supervisors;
- banking industry associations - through initiatives related to voluntary industry principles and agreement on and publication of sound practices;
- professional risk advisory firms and consultancies - through assisting banks in implementing sound corporate governance practices;
- governments - through laws, regulations, enforcement and an effective judicial framework;
- credit rating agencies - through review and assessment of the impact of corporate governance practices on a bank's risk profile;
- securities regulators, stock exchanges and other self-regulatory organisations - through disclosure and listing requirements; and
- employees - through communication of legitimate concerns regarding illegal, unethical or questionable practices or other corporate governance weaknesses.

146. As noted above, corporate governance can be improved by addressing a number of legal issues, such as:

- protecting and promoting rights of shareholders, depositors and other relevant stakeholders;
- clarifying governance roles of corporate bodies;
- ensuring that corporations function in an environment that is free from corruption and bribery; and
- promoting the alignment of the interests of managers, employees, depositors and shareholders through appropriate laws, regulations and other measures.

All of these can help promote healthy business and legal environments that support sound corporate governance and related supervisory initiatives.

147. Some countries may face special challenges in enhancing corporate governance. The basic framework and mechanisms for corporate governance which have evolved in developed economies such as an effective legal framework and supervisory process, independent judiciary and efficient capital markets may be weak or missing in many transition economies. Enhancements to the framework and mechanisms for corporate governance should be driven by such benefits as improved operational efficiency, greater access to funding at a lower cost and an improved reputation. These enhancements will likely evolve over time as countries move at differing paces from a level of minimum compliance with regulatory requirements to increasing commitment to sound governance.



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Sistemi di remunerazione nelle banche

Documento di consultazione pubblica sulle disposizioni di vigilanza di recepimento della CRD III

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

INDICE

1. PREMESSA	1
2. IL QUADRO COMUNITARIO: CRD III E GUIDELINES CEBS	2
3. PRINCIPALI CONTENUTI DEL DOCUMENTO	2
3.1. ASPETTI GENERALI	2
3.2. AMBITO DI APPLICAZIONE E PROPORZIONALITÀ.....	2
3.3. IDENTIFICAZIONE DEI RISK TAKERS (“PERSONALE PIÙ RILEVANTE”)	3
3.4. PROCESSO DI DEFINIZIONE DELLA REMUNERAZIONE E CONTROLLI	3
3.5. STRUTTURA DEI COMPENSI	4
3.6. TRASPARENZA	4
4. CONSIDERAZIONI COMPLESSIVE SULLA DISCIPLINA PROPOSTA	4
5. QUESTIONI SPECIFICHE SU CUI SI SOLLECITANO INDICAZIONI DAL MERCATO	5
ALLEGATO 1: PRINCIPALI PROFILI DELLE GUIDELINES CEBS RECEPITI NELLE DISPOSIZIONI DI VIGILANZA	6
ALLEGATO 2 : SCHEMA DELLE MODALITA’ DI CORRESPONSIONE DEL COMPENSO (VARIABILE) PER IL “PERSONALE PIÙ RILEVANTE”	7

1. PREMESSA

Il 14 dicembre scorso è stata pubblicata la direttiva cd. CRD III, che prevede regole armonizzate in ambito UE sui sistemi di remunerazione e incentivazione per banche e imprese di investimento; il termine per il suo recepimento è il 31 dicembre p.v.. Per agevolarne l’omogenea applicazione da parte dell’industria e garantire uniformità nell’azione di controllo delle autorità di vigilanza, il CEBS ha emanato, il 10 dicembre scorso, alcune *Guidelines* applicative.

Sin dal 2008 la Banca d’Italia ha dettato (nell’ambito delle disposizioni sul governo societario) regole sui sistemi di remunerazione nelle banche ed è poi intervenuta a ottobre 2009 per richiedere a 6 gruppi bancari l’osservanza anche degli *standards* più stringenti elaborati dal FSB.

Un aggiornamento della disciplina nazionale è tuttavia necessario per tener conto di alcune novità e del maggior grado di dettaglio delle disposizioni europee. Secondo quanto previsto dal Programma dell’attività normativa dell’area vigilanza per l’anno 2011 (documento di

consultazione), in attesa di una modifica del quadro normativo primario si procede a recepire le norme della direttiva relative alle banche, per quanto possibile, attraverso una modifica delle disposizioni di vigilanza.

La bozza di disposizioni ora posta in consultazione è stata redatta sulla base del testo provvisorio in inglese della direttiva; non ha potuto quindi tenere conto della versione ufficiale in lingua italiana pubblicata il 14 dicembre.

2. IL QUADRO COMUNITARIO: CRD III E GUIDELINES CEBS

La direttiva cd. CRD III, di modifica delle direttive 2006/48 (CRD) e 2006/49 (CAD), reca una disciplina armonizzata dei sistemi e delle prassi di remunerazione nelle banche e nelle imprese di investimento. Essa riflette gli indirizzi elaborati in altre sedi internazionali; in particolare vengono di fatto trasposti come norme *binding* nell'ordinamento comunitario gli *standards* di maggior dettaglio emanati dal FSB a settembre 2009.

La direttiva e le Guidelines coprono tutti i profili rilevanti: i) il processo di elaborazione e controllo dei sistemi di remunerazione; ii) la struttura dei compensi (es. rapporto fisso/variabile; requisiti della parte variabile; modalità di erogazione del compenso); iii) gli obblighi di informativa al pubblico, di carattere qualitativo e quantitativo; iv) il ruolo delle autorità di vigilanza, i connessi compiti di controllo e gli specifici poteri di intervento correttivi.

L'impostazione complessiva adottata combina norme di principio che riguardano la politica di remunerazione di tutto il personale (es. in tema di processi per la determinazione dei compensi, disclosure al mercato, adeguato rapporto tra parte fissa e variabile, collegamento con i rischi, orientamento al m/l termine, compatibilità con i livelli di capitale e di liquidità, simmetria con i risultati aziendali) da applicare a tutte le banche secondo un criterio di proporzionalità, con regole molto puntuali soprattutto sui cd. *risk takers* (cioè quei soggetti la cui attività può avere un impatto rilevante sul profilo di rischio della banca).

3. PRINCIPALI CONTENUTI DEL DOCUMENTO

3.1. Aspetti generali

Sul piano del drafting, si è optato per una revisione complessiva delle disposizioni di vigilanza e per l'abrogazione di tutte le disposizioni esistenti, in modo da garantire organicità al quadro normativo.

Considerato il contributo che le *Guidelines* CEBS forniscono in termini di chiarezza e omogeneità di applicazione della CRD III, si è scelto di incorporare nelle disposizioni di vigilanza anche gli aspetti più qualificanti delle *Guidelines* dando così ad essi valore cogente (per un'indicazione più analitica cfr. allegato 1).

3.2. Ambito di applicazione e proporzionalità

In linea con l'impostazione delle disposizioni di vigilanza vigenti e con gli indirizzi CEBS, le nuove disposizioni si applicano all'intera compagine del "personale", fatta eccezione per le regole di maggiore dettaglio in tema di struttura dei compensi (che si applicano ai soli *risk takers*).

Il principio di proporzionalità, previsto dalla direttiva, opera su due livelli:

- a) come criterio generale, che permette un'applicazione delle norme di principio coerente con le caratteristiche di ciascuna banca e di ciascuna figura aziendale;

b) come criterio specifico per individuare le banche tenute ad applicare anche le norme di maggiore dettaglio.

Per dare chiarezza al sistema sui margini di flessibilità insiti nel principio di proporzionalità, le banche vengono quindi suddivise in tre categorie:

i) i gruppi bancari maggiori, il cui attivo di bilancio è superiore a 20 miliardi di euro (soglia utilizzata nell'ambito del processo di controllo prudenziale - SREP). Queste banche sono tenute a rispettare nel modo più rigoroso le disposizioni di vigilanza e, in particolare, ad applicare ai loro *risk takers* ("personale più rilevante") anche le regole di maggiore dettaglio, secondo tutti i parametri quantitativi previsti;

ii) le "banche minori", appartenenti alla quarta categoria SREP, a cui viene invece riconosciuta la possibilità di non applicare le regole di maggiore dettaglio, nonché di non istituire il Comitato Remunerazioni nel CdA e non fornire alcune informazioni quantitative al pubblico;

iii) le restanti banche (fascia dimensionale intermedia), che valutano, secondo il principio generale di proporzionalità, se e in che misura applicare anche le regole di maggior dettaglio ai *risk takers* per realizzare gli obiettivi della regolamentazione.

Nel complesso l'approccio proposto rispecchia lo spirito della CRD 3, graduando l'applicazione delle norme in funzione della rilevanza della banca e del personale, fornisce indirizzi chiari al sistema e agevola anche l'azione di controllo da parte della Vigilanza (rispetto all'alternativa di applicare indistintamente tutte le regole a tutti gli intermediari, secondo un generale criterio di proporzionalità).

3.3. Identificazione dei *risk takers* ("personale più rilevante")

Per identificare il "personale più rilevante" la cui attività può avere un impatto rilevante sul profilo di rischio della banca, a cui si applicano le regole di maggiore dettaglio, ciascuna banca deve svolgere un processo di auto-valutazione.

In linea con la CRD III e con le *Guidelines* CEBS, le disposizioni prevedono che vi rientrino (salvo prova contraria): gli amministratori con incarichi esecutivi; il direttore generale e i responsabili delle principali linee di *business* ed altre figure apicali; i responsabili e il personale di livello più elevato delle funzioni di controllo interno; altri soggetti che individualmente o collettivamente possono assumere rischi rilevanti per la banca. Un'ultima categoria è rappresentata dai soggetti la cui remunerazione è di importo uguale a quella degli alti dirigenti e di altri *risk takers*.

Le disposizioni forniscono anche criteri qualitativi che le banche possono utilizzare nel processo di identificazione (es. incidenza della remunerazione variabile sul totale).

3.4. Processo di definizione della remunerazione e controlli

Si conferma la disciplina attuale per quanto riguarda:

- i vincoli alla remunerazione (divieto di ogni remunerazione variabile) dei componenti gli organi di controllo (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza e comitato per il controllo interno);
- i presidi (maggior peso della parte fissa; ancoraggio dell'eventuale parte variabile a indicatori qualitativi, coerenti con le funzioni svolte) previsti per i responsabili delle funzioni di controllo interno (*audit, compliance, risk management*), che vengono estesi al personale di queste funzioni nonché alla funzione "risorse umane", in analogia alla scelta operata dal CEBS e dal Comitato di Basilea;

- l'approvazione delle politiche di remunerazione da parte dell'assemblea (non prevista dalla CRD III e indicata solo come opzione dal CEBS).

Viene specificato che il Comitato Remunerazione deve essere costituito nelle banche rientranti nel gruppo sub i), di cui al paragrafo 3.2., e in ogni caso in tutte quelle quotate, e sono fornite indicazioni di maggiore dettaglio sulla composizione e i compiti del comitato.

3.5. Struttura dei compensi

Le disposizioni recepiscono le regole dettagliate della CRD III così come chiarite e precisate dalle *Guidelines* CEBS (l'allegato 1 riporta l'indicazione più analitica delle *Guidelines* CEBS riprese nelle disposizioni di vigilanza).

Mentre per i criteri di misurazione della *performance* e per i meccanismi di correzione per i rischi le regole ammettono un discreto margine di flessibilità, il nuovo *framework* è più rigido per quanto riguarda le modalità di corresponsione dei compensi; dal complesso delle regole discendono le modalità esemplificate nell'allegato 2.

Vengono inoltre recepite senza margine di discrezionalità, in quanto testualmente previste nella direttiva CRD III, le regole relative ai cd. "benefici pensionistici discrezionali" e alle banche che beneficiano di "interventi pubblici eccezionali".

3.6. Trasparenza

In ragione dei vincoli di base normativa, lo schema di disposizioni prefigura un sistema di entrata in vigore differita degli obblighi di informativa al pubblico che restano obblighi di *disclosure* solo all'assemblea (come nella disciplina vigente) sino all'entrata in vigore delle modifiche al TUB e alla deliberazione del CICR che attualmente regola l'informativa ai sensi del 3° pilastro.

4. CONSIDERAZIONI COMPLESSIVE SULLA DISCIPLINA PROPOSTA

Nel complesso la disciplina proposta è una conferma delle disposizioni di vigilanza vigenti, già applicabili a tutte le banche, soprattutto per quanto concerne i principi generali sia di *governance* (ruolo degli organi e delle funzioni di controllo nel processo di elaborazione e verifica dei sistemi di remunerazione) sia di struttura dei compensi (adeguato bilanciamento tra la componente fissa e quella variabile, e, per quest'ultima, correzione per i rischi, simmetria con i risultati, orientamento al m/l termine, compatibilità con i livelli di capitale; etc). Al contempo, la disciplina proposta è più articolata e particolareggiata di quella vigente in vari passaggi; circostanza che può risolversi in una più agevole e omogenea applicazione delle norme. Su alcuni limitati punti le soluzioni prescelte possono risultare più stringenti rispetto al quadro comunitario (es. periodo minimo di *retention* per la parte di strumenti finanziari up-front, che viene fissata in 2 anni).

Anche per i 6 gruppi bancari già tenuti all'osservanza degli *standards* FSB, il nuovo quadro normativo non reca novità sostanziali. Un cambiamento più significativo sarà richiesto agli altri gruppi bancari che per la prima volta dovranno applicare ai *risk takers* le regole di maggior dettaglio.

Si conferma poi anche nel nuovo contesto l'obbligo, già previsto dagli *standards* FSB, di corrispondere almeno il 50% della remunerazione variabile dei *risk takers* in strumenti finanziari. Un elemento di novità è infine l'utilizzo, almeno in parte, anche di strumenti ibridi e di *contingent capital*.

5. QUESTIONI SPECIFICHE SU CUI SI SOLLECITANO INDICAZIONI DAL MERCATO

1. Identificazione dei *risk takers* (“personale più rilevante”) (par. 3.2.)

a) Le disposizioni prevedono che l'identificazione spetti a ciascuna banca, in base a un'autovalutazione. Si ritiene che la regolamentazione debba fornire criteri (quantitativi o qualitativi) più puntuali per assicurare un'applicazione al tempo stesso efficace e omogenea? Se sì, quali parametri?

b) Nell'ambito degli “altri *risk takers*” ricadono anche soggetti che collettivamente assumono rischi in modo significativo e ne vengono forniti alcuni esempi. E' opportuno fare riferimento a criteri ulteriori, per chiarire il concetto di rischio collettivo? Se sì, quali?

2. Benefici pensionistici discrezionali (par. 3.1 e 5.3.)

Si ritiene che la norma, di stretta derivazione comunitaria, sia sufficientemente chiara sul suo ambito di applicazione o vada meglio qualificata in relazione al contesto normativo italiano? Se sì, in che modo?

3. Strumenti finanziari utilizzabili (par. 5.2., numero 3, punti i) e ii))

Con riferimento agli strumenti utilizzabili in alternativa alle azioni, si ritiene preferibile mantenere la flessibilità attualmente prevista dalle disposizioni o precisare quali strumenti possono essere impiegati? Se sì, quali includere o escludere e perchè? Quali strumenti prevedere per le banche non quotate e quali presidi adottare per garantirne la corretta valutazione?

4. Differimento del 60% della parte variabile (par. 5.2, numero 4)

Si ritiene che il presupposto dell'obbligo di differire almeno il 60% della parte variabile (“componente variabile [che] rappresenti un importo particolarmente elevato”) vada meglio precisata? Se sì, quali criteri potrebbero essere utilizzati?

ALLEGATO 1: PRINCIPALI PROFILI DELLE GUIDELINES CEBS RECEPITI NELLE DISPOSIZIONI DI VIGILANZA

Lo schema di disposizioni di vigilanza si allinea agli indirizzi forniti dal CEBS sia su aspetti di impostazione generale, quali l'applicazione del criterio di proporzionalità e il processo di identificazione del "personale più rilevante", sia su profili più specifici, non meno rilevanti.

Con riferimento a questi ultimi, di seguito si fornisce una sintetica indicazione, senza pretesa di esaustività, dei punti in cui le disposizioni di vigilanza fanno propri i chiarimenti, le definizioni e le interpretazioni fornite dal CEBS.

- Nozione di remunerazione.
- Esempificazione delle tecniche di possibile elusione normativa.
- Definizioni di: periodo di valutazione (*accrual*); periodo di differimento (*deferral*); periodo di mantenimento (*retention*); meccanismi di "malus" e clausole di "claw back".
- Durata minima del periodo di valutazione (12 mesi), tempo minimo intercorrente tra la fine del periodo di valutazione e il primo pagamento pro-rata (12 mesi), frequenza minima dei pagamenti *pro-rata* (12 mesi).
- Applicazione dell'obbligo di *retention* anche agli strumenti finanziari già sottoposti a periodi di differimento, a partire dalla fine di quest'ultimo.
- Criteri per la determinazione del rapporto fisso-variabile.
- Criteri per la determinazione dei periodi di mantenimento e di differimento.
- Interpretazione della regola secondo cui la proporzione tra strumenti finanziari e cash deve applicarsi in egual misura sia alla parte *up-front* sia a quella differita.
- Esclusione dell'andamento del prezzo di mercato delle azioni come meccanismo di correzione idoneo ad assicurare il collegamento con i rischi aziendali.
- Divieto di corrispondere dividendi o interessi sulla quota di remunerazione differita.
- Equiparazione delle risorse umane alle funzioni di controllo.
- Compiti del comitato remunerazione.

ALLEGATO 2 : SCHEMA DELLE MODALITÀ DI CORRESPONSIONE DEL COMPENSO (VARIABILE) PER IL “PERSONALE PIÙ RILEVANTE”

Remunerazione variabile di un “*risk taker*” di ammontare pari a 100

- 1) Nel caso di una banca che si attesti sulla quota minima di remunerazione variabile da pagare in strumenti finanziari, pari al 50% del variabile, e ipotizzando una quota da differire (per 3-5 anni) pari al 40% del variabile, la remunerazione variabile dovrà essere così corrisposta:

per la parte *up-front* : 30 *cash*, 30 strumenti finanziari;

per la parte da differire : 20 *cash*, 20 strumenti finanziari.

- 2) Ipotizzando invece che la quota di remunerazione pagata in strumenti finanziari sia il 70% del variabile, il *pay-out* sarà il seguente

per la parte *up-front* : 18 *cash*, 42 strumenti finanziari;

per la parte da differire : 12 *cash*, 28 strumenti finanziari.

Qualora la parte da differire sia invece il 60% del variabile, il *pay-out* sarebbe, riconsiderando rispettivamente le due ipotesi precedenti:

- 3) nell'esempio sub 1),

per la parte *up-front* : 20 *cash*, 20 strumenti finanziari;

per la parte da differire : 30 *cash*, 30 strumenti finanziari;

- 4) nell'esempio sub 2),

per la parte *up-front* : 12 *cash*, 28 strumenti finanziari;

per la parte da differire : 18 *cash*, 42 strumenti finanziari.

* * *

La parte differita può essere pagata *pro-rata* (1/3 o 1/5 in ciascun anno). Almeno 12 mesi devono intercorrere tra la prima rata e la fine del periodo di valutazione; le rate devono essere uguali e avere frequenza non inferiore all'anno.

La parte da corrispondere in strumenti finanziari deve inoltre essere soggetta ad un periodo di *retention*, che per la parte *up-front* è di almeno 2 anni.

Disposizioni di vigilanza in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche

Documento per la consultazione

Con il presente documento si sottopone a consultazione pubblica uno schema di disposizioni di vigilanza in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche. Esso rientra nelle misure volte a dare attuazione alla direttiva 2010/76 (cd. CRD III).

Osservazioni, commenti e proposte possono essere trasmessi, **entro il 22 gennaio 2011**, alternativamente agli indirizzi:

- Banca d'Italia, Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza, Divisione Normativa Primaria, via Milano 53 – 00184, Roma;
- npv.normativa_primaria@bancaditalia.it.

I commenti ricevuti durante la consultazione saranno pubblicati sul sito web della Banca d'Italia. I partecipanti alla consultazione possono chiedere che, per esigenze di riservatezza, i propri commenti non siano pubblicati oppure siano pubblicati in forma anonima ⁽¹⁾.

Dicembre 2010

⁽¹⁾ Il generico *disclaimer* di confidenzialità eventualmente presente in calce alle comunicazioni inviate via mail non sarà considerato una richiesta di non divulgare i commenti.

Disposizioni di vigilanza in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche

1. Premessa

Il presente provvedimento è emanato per dare attuazione alla direttiva 2010/76/UE del 14 dicembre 2010 (cd. CRD III) relativamente alle previsioni in essa contenute in materia di politiche e prassi di remunerazione e incentivazione nelle banche e nei gruppi bancari ⁽¹⁾.

Esso è adottato sulla base degli art. 53 e 67 del Testo unico bancario e dei decreti del Ministro dell'Economia e delle Finanze, in qualità di Presidente del CICR, del 5 agosto 2004 e 27 dicembre 2006, rispettivamente in materia di Organizzazione e governo societario e Adeguatezza patrimoniale, contenimento del rischio e informativa al pubblico delle banche e dei gruppi bancari.

La disciplina comunitaria ricomprende espressamente le politiche e le prassi di remunerazione nell'ambito degli assetti organizzativi e di governo societario delle banche (art. 22, CRD) e dell'attività di controllo da parte delle autorità di vigilanza (art. 136, CRD). La direttiva reca principi e criteri specifici a cui le banche devono attenersi al fine di: garantire la corretta elaborazione e attuazione dei sistemi di remunerazione; gestire efficacemente i possibili conflitti di interesse; assicurare che il sistema di remunerazione tenga opportunamente conto dei rischi, attuali e prospettici, del grado di patrimonializzazione e dei livelli di liquidità di ciascun intermediario; accrescere il grado di trasparenza verso il mercato; rafforzare l'azione di controllo da parte delle Autorità di vigilanza.

L'obiettivo è pervenire - nell'interesse di tutti gli *stakeholders* - a sistemi di remunerazione, in linea con le strategie e gli obiettivi aziendali di lungo periodo, collegati con i risultati aziendali, opportunamente corretti per tener conto di tutti i rischi, coerenti con i livelli di capitale e di liquidità necessari a fronteggiare le attività intraprese e, in ogni caso, tali da evitare incentivi distorti che possano indurre a violazioni normative o ad un'eccessiva assunzione di rischi per la banca e il sistema nel suo complesso.

La direttiva e le presenti disposizioni tengono conto degli indirizzi e dei criteri concordati in sede internazionale in risposta alla crisi, tra cui: i principi e gli *standard* adottati dal *Financial Stability Board* ⁽²⁾; le metodologie elaborate dal Comitato di Basilea per la Vigilanza bancaria ⁽³⁾; la Raccomandazione della Commissione Europea per le remunerazioni nel settore finanziario; le *Guidelines* emanate dal *Committee of European Banking Supervisors* (*European Banking Authority* dal 01.01.2011) in attuazione di

⁽¹⁾ Direttiva 2010/76/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2010 che modifica le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE per quanto riguarda i requisiti patrimoniali per il portafoglio di negoziazione e le ricartolarizzazioni e il riesame delle politiche di remunerazione da parte delle autorità di vigilanza.

⁽²⁾ *Financial Stability Board*, "FSF Principles for Sound Compensation Practices", Aprile 2009, e "FSB Principles for Sound Compensation Practices - Implementation Standards", Settembre 2009. Cfr. inoltre, "Thematic Review on Compensation, Peer Review Report", Marzo 2010.

⁽³⁾ *Basel Committee on Banking Supervision*, "Compensation Principles and Standards Assessment Methodology", Gennaio 2010, e "Range of Methodologies for Risk and Performance Alignment of Remuneration", Ottobre 2010, documento di consultazione.

specifiche previsioni contenute nella direttiva ⁽⁴⁾. Nel loro insieme, le *best practices* e gli orientamenti espressi in ambito internazionale costituiscono indirizzi e criteri interpretativi utili per il corretto recepimento delle disposizioni da parte degli intermediari nonché per orientare e calibrare l'azione di controllo della Banca d'Italia. Considerato poi il particolare rilievo che le *Guidelines* del CEBS assumono nel contesto normativo comunitario, i contenuti essenziali di queste linee guida sono ripresi nelle presenti disposizioni e quindi recepiti nel quadro normativo nazionale come norme cogenti per gli intermediari.

Per assicurare un quadro normativo unitario e organico, il presente provvedimento sostituisce le precedenti disposizioni in tema di remunerazione emanate dalla Banca d'Italia. Sono quindi abrogati, a decorrere dal: il paragrafo 4, "Meccanismi di remunerazione e incentivazione", delle Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e il governo societario delle banche del 04.03.2008; il par. 7, "Meccanismi di remunerazione e incentivazione", della Nota di chiarimenti del 19-02-2009; la Comunicazione del 28.10.2009 "Sistemi di remunerazione e incentivazione". Anche in linea con l'impostazione comunitaria, le disposizioni continuano comunque a formare parte integrante delle regole sull'organizzazione e il governo societario e si inseriscono in un più ampio sistema normativo che comprende anche la disciplina specifica per le società quotate e per i servizi e le attività di investimento.

Gli obblighi di informativa al pubblico previsti nel paragrafo 7 in attuazione delle specifiche previsioni contenute nella direttiva 2010/76 entrano in vigore contestualmente all'aggiornamento del quadro normativo primario (Testo unico bancario; deliberazione del CICR) necessario per assicurare il pieno recepimento della direttiva stessa. Qualora le modifiche del quadro normativo primario intervengano prima delle assemblee del 2011, le banche e i gruppi bancari dovranno, sin dalla prima applicazione, rendere l'informativa al pubblico ai sensi del paragrafo 7, come richiesto dalla CRD III. Diversamente, le banche forniranno all'assemblea le informazioni previste nel paragrafo 7.

2. Ambito di applicazione

Le disposizioni si applicano alle banche e ai gruppi bancari, quindi anche alle componenti estere (ovunque insediate) e, ove applicabili ⁽⁵⁾, anche alle filiali italiane di banche extra-comunitarie.

Esse entrano in vigore il e si applicano anche alle remunerazioni: a) dovute sulla base di contratti conclusi o incarichi assunti prima del 01.01.2011, e riconosciute o pagate dopo; b) riconosciute, e non ancora pagate, prima del 01.01.2011, limitatamente ai servizi prestati nel 2010.

3. Principi e criteri generali

Adeguati meccanismi di remunerazione e di incentivazione degli amministratori e del *management* della banca possono favorire la competitività e il governo delle imprese bancarie. La remunerazione, in particolare di coloro che rivestono ruoli chiave all'interno dell'organizzazione aziendale, tende ad attrarre e mantenere nell'azienda soggetti aventi professionalità e capacità adeguate alle esigenze dell'impresa.

⁽⁴⁾ *Committee of European Banking Supervisors*, "Guidelines on Remuneration Policies and Practices", 10 Dicembre 2010. Cfr., inoltre, "High-level principles for Remuneration Policies", Aprile 2009.

⁽⁵⁾ Al personale delle filiali si applicano in particolare le regole sulla struttura dei compensi e non quelle che riguardano il ruolo degli organi aziendali.

Al contempo, i sistemi retributivi non devono essere in contrasto con gli obiettivi e i valori aziendali, le strategie di lungo periodo e le politiche di prudente gestione del rischio della banca, coerentemente con quanto definito nell'ambito delle disposizioni sul processo di controllo prudenziale. In particolare, le forme di retribuzione incentivante, basate su strumenti finanziari (es. *stock option*) o collegate alla *performance* aziendale, devono tenere conto dei rischi assunti, del capitale e della liquidità necessari a fronteggiare le attività intraprese ed essere strutturate in modo da evitare il prodursi di incentivi in conflitto con l'interesse della società in un'ottica di lungo periodo.

I sistemi di remunerazione e incentivazione devono essere inoltre disegnati in modo tale da favorire il rispetto del complesso delle disposizioni di legge e regolamentari applicabili alle banche e ai gruppi bancari. Particolare attenzione deve essere prestata ai sistemi di remunerazione e incentivazione delle reti, interne ed esterne, di cui le banche si avvalgono nonché dei soggetti cui sono affidati compiti di controllo. Si richiamano, in particolare, le disposizioni di vigilanza in materia di trasparenza bancaria e correttezza delle relazioni tra intermediari e clientela.

3.1. Nozione di remunerazione

Ai fini delle presenti disposizioni si considera remunerazione ogni forma di pagamento o beneficio corrisposto, direttamente o indirettamente, in contanti, strumenti finanziari o beni in natura (*fringe benefits*), in cambio delle prestazioni di lavoro o dei servizi professionali resi dal "personale" ⁽⁶⁾. Nella nozione di "personale" rientrano: i componenti degli organi con funzione di supervisione strategica, gestione e controllo ⁽⁷⁾; i dipendenti; gli addetti alle reti distributive esterne; altri soggetti ⁽⁸⁾, se in grado di generare rischi significativi per la banca.

Le disposizioni si applicano anche ai benefici pensionistici discrezionali, intendendo per tali quelli accordati, nel quadro del pacchetto retributivo variabile, a un dipendente o a gruppi limitati di dipendenti, su base individuale e discrezionale da parte di una banca, esclusi i diritti maturati ai sensi del sistema pensionistico adottato dalla banca per la generalità dei dipendenti.

Per remunerazione variabile si intende ogni pagamento o beneficio che dipende dalla *performance*, comunque misurata (obiettivi di reddito, volumi, etc.), o da altri parametri (es. periodo di permanenza) ⁽⁹⁾.

Nella prospettiva di evitare possibili aggiramenti delle presenti disposizioni, la remunerazione non deve essere corrisposta tramite veicoli, strumenti o modalità comunque elusive delle presenti disposizioni, con riguardo al gruppo bancario nel suo complesso, comprese le filiali/filiazioni estere (ovunque insediate) ⁽¹⁰⁾.

⁽⁶⁾ Possono essere tralasciati i pagamenti o benefici marginali, accordati al personale su base non discrezionale, che rientrano in una politica generale della banca e che non producono effetti sul piano degli incentivi all'assunzione o al controllo dei rischi.

⁽⁷⁾ Per l'identificazione degli organi con funzione di supervisione strategica, gestione e controllo si rinvia alle "Disposizioni di vigilanza in materia di organizzazione e governo societario delle banche", marzo 2008.

⁽⁸⁾ Ad esempio, i collaboratori esterni di cui la banca si avvale.

⁽⁹⁾ E' escluso il pagamento del trattamento di fine rapporto stabilito dalla normativa generale in tema di rapporti di lavoro.

⁽¹⁰⁾ A tal fine particolare attenzione deve essere rivolta a: *outsourcing* di attività a soggetti esterni al gruppo; utilizzo di personale non dipendente; operazioni con parti correlate alla banca o al gruppo; corresponsione di *bonus* sotto forma di attribuzione di significativi benefici in natura; remunerazione per servizi professionali accordata sotto forma di dividendi o altri proventi solo formalmente a titolo di partecipazione al capitale; compensi percepiti dal

Le banche richiedono ai loro dipendenti di non avvalersi di strategie di copertura personale o di assicurazioni sulla retribuzione e sulla responsabilità che possano alterare o inficiare gli effetti di allineamento al rischio insiti nei loro meccanismi retributivi.

3.2. Identificazione del “personale più rilevante”

Le banche svolgono un’accurata auto-valutazione per identificare le categorie di soggetti la cui attività professionale ha o può avere un impatto rilevante sul profilo di rischio della banca. Si presumono, salvo prova contraria, nella categoria del “personale più rilevante” i seguenti soggetti:

- i) amministratori con incarichi esecutivi;
- ii) direttore generale e responsabili delle principali linee di *business*, funzioni aziendali o aree geografiche, nonché coloro i quali riportano direttamente agli organi con funzione di supervisione strategica, gestione e controllo ;
- iii) responsabili e personale di livello più elevato delle funzioni di controllo interno ⁽¹¹⁾;
- iv) altri soggetti che, individualmente o collettivamente (es. comitati per la concessione di crediti, tavoli operativi per la gestione di portafogli), assumono rischi in modo significativo (“altri *risk takers*”). Per individuare questi soggetti, le banche fissano idonei criteri di rilevanza, quali, ad esempio, l’importo della remunerazione totale in valore assoluto, la possibilità di assumere posizioni di rischio, generare profitti o incidere su altre poste di bilancio per importi rilevanti.

Rientra, inoltre, nella categoria del “personale più rilevante”, se l’attività ha o può avere un impatto rilevante sul profilo di rischio della banca,

- v) qualsiasi dipendente la cui retribuzione totale, inclusi i benefici pensionistici discrezionali, si collochi nella medesima fascia retributiva delle categorie ii) e iv) sopra indicate.

Al “personale più rilevante” si applicano le regole di maggior dettaglio che riguardano sostanzialmente le modalità di corresponsione dei compensi: si tratta in particolare delle disposizioni di cui ai paragrafi 5.2.3, 5.2.4 e 5.3, secondo e terzo periodo. Restano ferme le regole specifiche sulle remunerazioni dei soggetti con compiti di controllo (cfr. par. 4.4).

3.3. Applicazione nei gruppi bancari

La capogruppo assicura la coerenza delle politiche e prassi di remunerazione nell’intero gruppo bancario.

Le politiche e prassi di remunerazione del gruppo tengono opportunamente conto delle caratteristiche di ciascuna componente, tra cui: la dimensione; la rischiosità apportata al gruppo; il tipo di attività; la presenza di regole specifiche in ragione del settore di appartenenza o della giurisdizione dove l’intermediario è stabilito o prevalentemente opera; la quotazione in borsa; la rilevanza rispetto al gruppo nonché al Paese di insediamento o di operatività prevalente. Le singole componenti del gruppo restano in ogni caso responsabili del

personale per incarichi assunti per conto della banca presso società o enti esterni alla banca o al gruppo cui essa eventualmente appartiene; etc.

⁽¹¹⁾ Si fa in particolare riferimento ai responsabili e al personale di livello più elevato delle funzioni di revisione interna, conformità, gestione dei rischi, risorse umane nonché a chi ha dirette responsabilità in merito alla veridicità e correttezza dei dati contabili e finanziari della banca.

rispetto della normativa ad esse direttamente applicabile e della corretta attuazione degli indirizzi forniti dalla capogruppo.

Ove la capogruppo rilevi che le politiche e le prassi di remunerazione non siano coerenti con gli indirizzi da essa dettati o conformi con la disciplina applicabile a ciascuna componente del gruppo, sollecitano, con interventi formalizzati, gli opportuni aggiustamenti.

3.4. Criterio di proporzionalità

In applicazione del criterio di proporzionalità, le banche osservano le presenti disposizioni con modalità appropriate alle loro caratteristiche, dimensioni, complessità dell'attività svolta⁽¹²⁾, secondo quanto di seguito specificato.

Ai gruppi bancari maggiori - identificabili con quelli a "significativa presenza internazionale" e con la maggior parte di quelli a "rilevanza sistemica nazionale", secondo le categorie definite ai fini del processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP) - si applica l'intera disciplina dettata dalle presenti disposizioni⁽¹³⁾.

Gli "intermediari minori", identificabili nella quarta macro-categoria SREP, possono non applicare le disposizioni di cui ai paragrafi 5.2.3, 5.2.4 e 5.3, secondo e terzo periodo, nonché non istituire il "Comitato Remunerazione" nell'ambito dell'organo amministrativo e non fornire tutte le informazioni quantitative previste nel paragrafo 7, lettera g).

Per le altre banche, le disposizioni di cui ai paragrafi 5.2.3, 5.2.4 e 5.3, secondo e terzo periodo, si applicano secondo modalità e nella misura in cui ciò sia coerente con le loro caratteristiche⁽¹⁴⁾ in modo da realizzare gli obiettivi della regolamentazione; a questi fini, particolare rilievo assume il tipo di *business*, ove diverso dall'attività bancaria tradizionale.

Il principio di proporzionalità si applica anche al processo di identificazione del "personale più rilevante" di cui al paragrafo 3.2., punti ii), iii) e iv); possono essere parametri idonei: il livello gerarchico del personale, i ruoli e le mansioni svolte, l'ammontare di rischio che il dipendente può assumere, la remunerazione complessiva o l'incidenza della remunerazione variabile su quella fissa.

Le scelte che le banche operano avvalendosi del principio di proporzionalità devono essere opportunamente valutate e formalizzate.

4. Organi aziendali e funzioni di controllo

4.1. Ruolo dell'assemblea

Salvo quanto previsto per il sistema dualistico, lo statuto prevede che l'assemblea ordinaria, oltre a stabilire i compensi spettanti agli organi dalla stessa nominati, approva: (i)

⁽¹²⁾ Cfr. gli indici di proporzionalità indicati nel par. 8 della "Nota di chiarimenti" della Banca d'Italia del 19-02-2009.

⁽¹³⁾ Si fa riferimento a tutti i gruppi bancari con attivo consolidato superiore ai 20 mld. di euro. Tale indicatore è previsto nell'ambito del processo di revisione e valutazione prudenziale (SREP), nella "Guida per l'attività di Vigilanza", di cui alla Circolare della Banca d'Italia n. 269 del 7 maggio 2008. Nel novero dei gruppi bancari maggiori identificato ai fini di queste disposizioni vi rientrano quindi gli intermediari della prima macro-categoria SREP e quelli compresi nella seconda macro-categoria SREP se superano la soglia dimensionale indicata (restano quindi fuori gli intermediari rientranti nella seconda macro-categoria SREP perché rispettano solo altri requisiti, come ad esempio, l'uso dei modelli interni).

⁽¹⁴⁾ Come specificato nel testo (par. 4.2), l'obbligo di costituire il "Comitato di Remunerazione" è imposto a tutte le banche quotate.

le politiche di remunerazione a favore degli organi con funzione di supervisione, gestione e controllo e del personale; (ii) i piani basati su strumenti finanziari (es. *stock option*)⁽¹⁵⁾.

La remunerazione per particolari cariche dei componenti del consiglio di sorveglianza è determinata dall'assemblea⁽¹⁶⁾.

L'approvazione delle politiche di retribuzione da parte dell'assemblea è volta ad accrescere il grado di consapevolezza e il monitoraggio degli azionisti in merito ai costi complessivi, ai benefici e ai rischi del sistema di remunerazione e incentivazione prescelto. All'assemblea deve perciò essere sottoposta un'informativa chiara e completa sulle politiche e sulle prassi di remunerazione e incentivazione che l'intermediario intende adottare; essa mira a far comprendere: le ragioni, le finalità e le modalità di attuazione delle politiche di remunerazione, il controllo svolto sulle medesime, le caratteristiche relative alla struttura dei compensi, la loro coerenza rispetto agli indirizzi e agli obiettivi definiti, la conformità alla normativa applicabile, le eventuali modificazioni rispetto ai sistemi già approvati, l'evoluzione delle dinamiche retributive, anche rispetto al *trend* del settore. A questi fini, all'assemblea deve essere fornita almeno l'informativa annuale prevista ai sensi del paragrafo 7, punti da a) a e).

All'assemblea deve inoltre essere assicurata un'informativa almeno annuale sulle modalità con cui sono state attuate le politiche di remunerazione, secondo le informazioni contenute nel paragrafo 7, punti f) e g), disaggregate per ruoli e funzioni⁽¹⁷⁾ e, ove significative, per linee di *business* (es. finanza, credito).

4.2. Ruolo dell'organo con funzione di supervisione strategica e del comitato per le remunerazioni

L'organo con funzione di supervisione strategica adotta e riesamina, con periodicità almeno annuale, la politica di remunerazione ed è responsabile della sua corretta attuazione. Assicura inoltre che la politica di remunerazione sia adeguatamente documentata e accessibile all'interno della struttura aziendale.

Per garantire una corretta applicazione di quanto previsto dalle presenti disposizioni, le funzioni aziendali competenti (in particolare, gestione dei rischi, *compliance*, risorse umane, pianificazione strategica) devono essere coinvolte nel processo di definizione delle politiche di remunerazione con modalità tali da preservare l'autonomia di giudizio delle funzioni tenute a svolgere controlli anche *ex post*; conseguentemente, il coinvolgimento della *compliance* in questa fase consiste nell'esprimere una valutazione in merito alla rispondenza delle politiche di remunerazione al quadro normativo.

L'organo con funzione di supervisione strategica definisce i sistemi di remunerazione e incentivazione delle categorie di cui ai punti i), ii) e iii) del par. 3.2) e deve assicurarsi che detti sistemi tengano nella dovuta considerazione il contenimento del rischio

⁽¹⁵⁾ In relazione alle previsioni del codice civile e del TUF, nel sistema dualistico va assegnata alla competenza del consiglio di sorveglianza: (i) l'approvazione delle politiche di remunerazione relative ai dipendenti o ai collaboratori non legati alla società da rapporti di lavoro subordinato; (ii) per le sole banche non quotate (né emittenti strumenti finanziari diffusi tra il pubblico ai sensi dell'art. 116 TUF), l'approvazione dei piani di compensi basati su strumenti finanziari per dipendenti o collaboratori non legati alla società da rapporti di lavoro subordinato.

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 2364-*bis*, comma 1, n. 2), e art. 2402 c.c. applicabile al consiglio di sorveglianza ai sensi dell'art. 2409-*quaterdecies*, comma 1, c.c.

⁽¹⁷⁾ Ad esempio: amministratori con incarichi esecutivi, amministratori con particolari incarichi, altri amministratori, alti dirigenti, organi con funzioni di controllo, responsabili delle funzioni di controllo interno e dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, altri *risk takers*.

e siano coerenti con gli obiettivi di lungo periodo della banca e il complessivo assetto di governo societario e dei controlli interni.

Nelle banche considerate “maggiori” ai fini delle presenti disposizioni (cfr. par. 3.4) e, in ogni caso, in quelle quotate, all'interno dell'organo con funzione di supervisione strategica deve essere costituito un “Comitato remunerazione” composto da esponenti non esecutivi, la maggioranza dei quali indipendenti; deve essere inoltre assicurata la presenza in tale comitato, o, in alternativa, il supporto, di esperti in tema di gestione del rischio, capitale e liquidità affinché gli incentivi sottesi al sistema di remunerazione siano coerenti con la gestione di tali profili da parte dell'intermediario⁽¹⁸⁾.

Il Comitato remunerazione:

- ha compiti consultivi e di proposta in materia di compensi degli esponenti aziendali⁽¹⁹⁾ e dei responsabili delle funzioni di controllo interno e compiti consultivi in materia di determinazione dei criteri per la remunerazione del restante personale di cui ai punti ii), iii), iv) e v) del par. 3.2);
- vigila direttamente sulla corretta applicazione delle regole relative alla remunerazione dei responsabili delle funzioni di controllo interno, in stretto raccordo con l'organo con funzione di controllo;
- cura la preparazione della documentazione da sottoporre all'organo con funzione di supervisione strategica per le relative decisioni;
- collabora con gli altri comitati interni all'organo con funzione di supervisione, in particolare con il Comitato rischi, ove presente;
- assicura il coinvolgimento delle funzioni aziendali competenti nel processo di elaborazione e controllo delle politiche e prassi di remunerazione;
- fornisce adeguato riscontro sull'attività da esso svolta agli organi aziendali, compresa l'assemblea.

Per svolgere in modo efficace e responsabile i propri compiti, il Comitato remunerazione deve aver accesso alle informazioni aziendali a tal fine rilevanti.

Quando non è presente, le funzioni del Comitato remunerazione sono svolte dall'organo con funzione di supervisione strategica.

4.3. Funzioni di controllo

Le funzioni di controllo interno delle banche collaborano, ciascuna secondo le rispettive competenze, per assicurare l'adeguatezza e la rispondenza alla presente normativa delle politiche e delle prassi di remunerazione adottate e il loro corretto funzionamento.

La funzione di *compliance* verifica, tra l'altro, che il sistema premiante aziendale sia coerente con gli obiettivi di rispetto delle norme, dello statuto nonché di eventuali codici etici o altri *standard* di condotta applicabili alla banca, in modo che siano opportunamente contenuti i rischi legali e reputazionali insiti soprattutto nelle relazioni con la clientela.

⁽¹⁸⁾ E' opportuno che il *risk manager* partecipi alle riunioni del Comitato remunerazione soprattutto per assicurare che i sistemi di incentivazione siano adeguatamente corretti per tener conto di tutti i rischi assunti dalla banca, secondo metodologie coerenti con quelle che la banca adotta per la gestione dei rischi a fini regolamentari e interni.

⁽¹⁹⁾ Si fa riferimento alla nozione utilizzata nell'art. 26 del TUB e nella relativa regolamentazione attuativa (i componenti degli organi con funzioni di supervisione strategica, gestione e controllo, il direttore generale e coloro che esercitano funzioni equivalenti a quella di direttore generale).

La funzione di revisione interna verifica, tra l'altro, con frequenza almeno annuale, la rispondenza delle prassi di remunerazione alle politiche approvate e alla presente normativa.

Le evidenze riscontrate e le eventuali anomalie sono portate a conoscenza degli organi e delle funzioni competenti per l'adozione di eventuali misure correttive, che ne valutano la rilevanza ai fini di una pronta informativa alla Banca d'Italia. Gli esiti della verifica condotta sono portati annualmente a conoscenza dell'assemblea. Per lo svolgimento di tale verifica l'intermediario può avvalersi anche di soggetti esterni, purché ne sia assicurata l'indipendenza rispetto alla funzione di gestione.

4.4. Compensi dei consiglieri non esecutivi, dei componenti dell'organo con funzione di controllo e dei componenti delle funzioni di controllo interno.

Per i consiglieri non esecutivi devono essere di norma evitati meccanismi di incentivazione. Ove presenti, essi devono comunque rappresentare una parte non significativa della remunerazione ed essere definiti nel rigoroso rispetto delle cautele indicate al par. 5.2.

I compensi basati su strumenti finanziari e i *bonus* collegati ai risultati economici sono preclusi ai componenti dell'organo con funzione di controllo.

Per i responsabili e il personale di livello più elevato delle funzioni di controllo interno e per il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, i compensi devono essere di livello adeguato alle significative responsabilità e all'impegno connesso con il ruolo svolto. Gli eventuali meccanismi di incentivazione devono essere coerenti con i compiti assegnati e indipendenti dai risultati conseguiti dalle aree dell'impresa soggette al loro controllo; sono pertanto da evitare, salvo valide e comprovate ragioni, *bonus* collegati ai risultati economici e devono essere osservate con particolare rigore le cautele indicate al par. 5.2 per i compensi basati su strumenti finanziari. In ogni caso, il peso della componente variabile deve essere contenuto per tutto il personale delle funzioni di controllo interno. Si richiamano, infine, i requisiti di indipendenza, professionalità e autorevolezza che devono essere posseduti dai responsabili delle funzioni di controllo interno.

5. Struttura dei sistemi di remunerazione e incentivazione

5.1 Rapporto tra componente fissa e componente variabile

L'intera remunerazione deve essere divisa tra la quota fissa e quella variabile; tra queste due componenti vi deve essere una rigorosa distinzione.

Il rapporto tra la componente fissa e quella variabile deve essere opportunamente bilanciato, puntualmente determinato e attentamente valutato in relazione alle caratteristiche dell'intermediario e delle diverse categorie di personale, in specie di quello rientrante tra il "personale più rilevante". La parte fissa deve essere sufficientemente elevata in modo da consentire alla parte variabile di contrarsi sensibilmente e, in casi estremi, anche azzerarsi in relazione ai risultati, corretti per i rischi, effettivamente conseguiti. Le banche fissano *ex-ante* limiti all'incidenza della parte variabile sul fisso, in modo sufficientemente granulare⁽²⁰⁾. Deroghe rispetto a quanto stabilito, ammesse solo in casi eccezionali, devono essere approvate dall'organo con funzione di supervisione.

⁽²⁰⁾ Alcuni criteri da considerare per determinare il rapporto tra la componente fissa e quella variabile sono: il tipo di attività; le finalità societarie (es. mutualistiche); la qualità dei sistemi di misurazione della *performance* e di correzione per i rischi; le mansioni e livello gerarchico del personale; i livelli complessivi di patrimonializzazione. Non si esclude che per il personale la cui attività non incide sul profilo di rischio della banca, la remunerazione possa essere tutta o quasi tutta fissa.

In presenza di una maggiore incidenza della parte variabile sul fisso, vanno adottati criteri maggiormente prudenziali nel rispetto delle condizioni di cui al par. 5.2.

5.2 Struttura della componente variabile

La componente variabile deve rispettare i seguenti criteri:

- 1) essere parametrata a indicatori di *performance* misurata al netto dei rischi in un orizzonte pluriennale (cd. *ex-ante risk adjustment*) e tener conto del livello delle risorse patrimoniali e della liquidità necessari a fronteggiare le attività intraprese ⁽²¹⁾. Indipendentemente dalle modalità (*top-down o bottom-up*) di determinazione, l'ammontare complessivo di remunerazione variabile deve basarsi su risultati effettivi e duraturi. I parametri cui rapportare l'ammontare delle retribuzioni devono essere ben individuati, oggettivi e di immediata valutazione. Qualora siano utilizzate valutazioni discrezionali, devono essere chiari e predeterminati i criteri su cui si basano dette valutazioni e l'intero processo decisionale deve essere opportunamente documentato;
- 2) tener conto, anche ai fini della sua allocazione e attribuzione, dei rischi e dei risultati della banca o del gruppo nel suo complesso, di quelli delle singole *business unit* e, ove possibile, di quelli individuali; le variabili usate per misurare i rischi e la *performance* devono inoltre essere il più possibile coerenti con il livello decisionale del singolo dipendente;
- 3) una quota sostanziale, pari ad almeno il 50%, deve essere adeguatamente bilanciata tra:
 - i) azioni, strumenti ad esse collegati o, per le banche non quotate, strumenti equivalenti, e
 - ii) ove appropriato, strumenti innovativi e non innovativi di capitale computabili sino al 50% nel patrimonio di base ⁽²²⁾ che riflettano adeguatamente la qualità di credito della banca in modo continuativo.

La valutazione degli strumenti finanziari deve essere effettuata con riferimento al momento in cui il beneficio viene accordato al personale.

Il presente punto si applica sia alla parte della componente variabile differita ai sensi del punto 4), sia a quella non differita (*up-front*): le banche, in particolare, applicano la proporzione del *pay-out* prescelto (rapporto tra quota in strumenti finanziari e quota corrisposta per cassa) nella stessa percentuale tanto alla parte differita, quanto a quella a pronti (*up-front*).

Gli strumenti previsti dal presente punto devono essere soggetti a un'adeguata politica di mantenimento (*retention*) che - con un divieto di vendita degli strumenti sino alla fine del periodo di mantenimento - allinei gli incentivi con gli interessi di lungo termine della banca. Gli intermediari fissano i periodi di *retention* sulla base di idonei criteri e ne danno adeguata evidenza nella documentazione sulle politiche

⁽²¹⁾ A titolo esemplificativo possono essere parametri idonei il RAROC, il RORAC, il RARORAC, l'EVA, mentre profitti, ricavi, prezzo di mercato delle azioni o il loro rendimento totale non sono sufficienti a incorporare adeguatamente i rischi in un orizzonte temporale non breve. Qualora si faccia riferimento a misure di *performance* puramente contabili, queste dovranno essere rettifiche per tener conto delle perdite attese attraverso la determinazione delle rettifiche di bilancio e del costo del capitale necessario a coprire le perdite inattese.

⁽²²⁾ Cfr. Circolare "Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche", Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006, Titolo I, Cap. II, Sez. II, par. 1.4., lett. c) [in fase di aggiornamento].

di remunerazione ⁽²³⁾. Il periodo di *retention* per gli strumenti finanziari pagati *up-front* non può essere inferiore a 2 anni. Per gli strumenti finanziari differiti, il periodo di *retention*, che si computa a partire dalla fine del periodo di differimento, può essere più breve, tenuto conto della durata del periodo di valutazione della *performance* e di quella del periodo di differimento;

- 4) una quota sostanziale, pari ad almeno il 40%, deve essere soggetta a sistemi di pagamento differito per un periodo di tempo non inferiore a 3-5 anni ⁽²⁴⁾, in modo che la remunerazione tenga conto dell'andamento nel tempo dei rischi assunti dalla banca (cd. meccanismi di *malus*). Con particolare riferimento agli amministratori con incarichi esecutivi (categoria i) sub par. 3.2.) e ai soggetti indicati al punto ii), sub par. 3.2., nonché alle aree di *business* con maggior profilo di rischio (es. *investment banking*), qualora la componente variabile rappresenti un importo particolarmente elevato, la percentuale da differire è almeno il 60%. Le banche stabiliscono i periodi di differimento sulla base di idonei criteri e ne danno adeguata evidenza nella documentazione sulle politiche di remunerazione ⁽²⁵⁾. La quota differita può essere corrisposta secondo un criterio pro-rata, a condizione che la frequenza dei pagamenti sia almeno annuale. Tra la fine del periodo di valutazione (*accrual*) e il pagamento della prima quota deve intercorrere almeno un anno. Prima della fine del periodo di differimento sugli strumenti finanziari di cui al punto 3) non possono essere distribuiti dividendi o corrisposti interessi; sulla parte per cassa possono essere calcolati interessi in linea con i tassi di mercato;
- 5) deve essere sottoposta a meccanismi di correzione *ex post - malus o claw back* ⁽²⁶⁾ - idonei, tra l'altro, a riflettere i livelli di *performance* al netto dei rischi effettivamente assunti o conseguiti ⁽²⁷⁾ sino a ridursi significativamente o azzerarsi in caso di risultati significativamente inferiori alle previsioni o negativi.

L'ammontare complessivo della componente variabile, corrisposta o effettivamente erogata, deve essere sostenibile rispetto alla situazione finanziaria della banca, e non deve limitare la sua capacità di mantenere o raggiungere un livello di patrimonializzazione adeguato ai rischi assunti. Esigenze di rafforzamento patrimoniale devono condurre ad una contrazione del *bonus pool* e/o all'applicazione di sistemi di *malus* o *claw-back*.

⁽²³⁾ La durata del periodo di *retention* può variare, ad esempio, in relazione a: la durata media degli attivi; le posizioni gerarchiche e i sistemi di limiti all'assunzione dei rischi nelle diverse unità di business; l'ammontare della remunerazione variabile; la qualità e l'accuratezza dei meccanismi di *ex-ante risk-adjustment* (es. orizzonte temporale preso a riferimento per la misurazione della *performance*, capacità di incorporare anche i rischi meno probabili o estremi).

⁽²⁴⁾ Per rispettare quanto indicato nel testo, la remunerazione variabile deve essere soggetta a meccanismi di correzione *ex-post* per i rischi (cd. *malus*) ad esito dei quali si determina l'ammontare da corrispondere, in via quindi differita, al personale. Si richiama il contenuto della nota 21 per quanto riguarda i meccanismi idonei di correzione per i rischi.

⁽²⁵⁾ Valgono, a titolo esemplificativo, i criteri già indicati per la determinazione del periodo di *retention* (cfr. nota 23).

⁽²⁶⁾ I sistemi di "*malus*" sono meccanismi che operano durante il periodo di differimento, quindi prima dell'effettiva corresponsione del compenso, per effetto dei quali la remunerazione variabile effettivamente erogata può ridursi in relazione alla dinamica dei risultati corretti per i rischi, ai livelli di capitale, a obiettivi di *compliance* etc. Per *claw-back* si intende invece la restituzione di un compenso già pagato al personale. Le clausole di *claw-back* possono riguardare sia i pagamenti *up-front* sia quelli oggetto di differimento. Esse coprono tipicamente i casi di comportamenti fraudolenti o di colpa grave del personale e i compensi corrisposti in violazione delle presenti disposizioni.

⁽²⁷⁾ Non sono sufficienti meccanismi di correzione che potrebbero incorporare il rischio e la *performance* in modo soltanto automatico e implicito nello strumento di remunerazione utilizzato (es. nel caso delle azioni, andamento dei prezzi di mercato).

La remunerazione variabile garantita deve essere eccezionale e accordata solo in caso di assunzione di nuovo personale e limitatamente al primo anno d'impiego ⁽²⁸⁾. Retribuzioni legate alla permanenza del personale (*retention bonus*) sono equiparate alle altre forme di remunerazione variabile e quindi soggette a tutte le regole ad esse applicabili.

I sistemi di incentivazione del personale e in particolare delle reti, interne ed esterne, non possono basarsi solo su obiettivi commerciali, ma devono essere ispirati a criteri di correttezza nelle relazioni con la clientela, contenimento dei rischi legali e reputazionali, tutela e fidelizzazione della clientela, rispetto delle disposizioni di legge, regolamentari e di auto-disciplina applicabili.

5.3 Politica pensionistica e di fine rapporto

La politica pensionistica e di fine rapporto deve essere in linea con la strategia aziendale, gli obiettivi, i valori e gli interessi a lungo termine della banca.

Se il dipendente interrompe il rapporto di lavoro prima di aver maturato il diritto al pensionamento, i benefici pensionistici discrezionali sono investiti negli strumenti definiti al par. 5.2.3, trattenuti dalla banca per un periodo di cinque anni e soggetti a meccanismi di aggiustamento *ex post* in relazione alla performance al netto dei rischi. Se il rapporto di lavoro cessa con diritto alla pensione, i benefici pensionistici discrezionali sono riconosciuti al dipendente sotto forma di strumenti definiti al par. 5.2.3 e assoggettati a un periodo di trattenimento (*retention*) di cinque anni.

I compensi pattuiti in caso di conclusione anticipata del rapporto di lavoro devono essere collegati alla *performance* realizzata e ai rischi assunti, in linea con quanto previsto nel par. 5.2. Le banche individuano altresì limiti a detti compensi, anche in termini di numero di annualità della remunerazione fissa, tenendo conto degli indirizzi internazionali in materia ⁽²⁹⁾.

6. Banche che beneficiano di aiuti di Stato

Per le banche e i gruppi bancari che beneficiano di interventi pubblici eccezionali la remunerazione variabile è rigorosamente limitata in percentuale del risultato netto della gestione quando essa non sia compatibile con il mantenimento di un adeguato livello di patrimonializzazione e con un'uscita tempestiva dal sostegno pubblico; inoltre, nessuna remunerazione variabile è pagata agli esponenti aziendali, salvo che ciò non sia giustificato ⁽³⁰⁾.

7. Obblighi di informativa al pubblico

L'obbligo, previsto dal presente paragrafo, di pubblicare informazioni sui sistemi e sulle prassi di remunerazione e incentivazione si inserisce nell'ambito delle previsioni in materia di "Informativa al pubblico" di cui al Titolo IV della Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 (cd. "terzo pilastro"). Le banche e i gruppi bancari si attengono quindi alle disposizioni contenute in tale Circolare per quanto concerne, tra l'altro, i criteri, le modalità

⁽²⁸⁾ Nel divieto ricadono varie forme di remunerazione variabile garantita nella prassi identificate come "*welcome bonus*", "*sign-on bonus*", "*minimum bonus*" etc.

⁽²⁹⁾ Si richiama al riguardo, quanto previsto dalla Raccomandazione UE per i compensi degli amministratori delle società quotate.

⁽³⁰⁾ Potrebbe essere il caso, ad esempio, della sostituzione del *management*.

e le eventuali deroghe dagli obblighi pubblicazione ⁽³¹⁾. Le informazioni sono pubblicate almeno una volta l'anno, entro trenta giorni dalla pubblicazione del bilancio ⁽³²⁾.

Le banche pubblicano le seguenti informazioni riguardanti i sistemi e le prassi di remunerazione e incentivazione:

- a) il processo decisionale seguito per definire la politiche di remunerazione comprese, se del caso, le informazioni sulla composizione e sul mandato del “Comitato remunerazioni”, su eventuali consulenti esterni dei cui servizi la banca si è avvalsa e sul ruolo degli organi e delle funzioni interessate;
- b) le modalità attraverso cui è assicurato il collegamento tra la remunerazione e risultati;
- c) le caratteristiche di maggior rilievo del sistema di remunerazione, tra cui i criteri utilizzati per la valutazione dei risultati, l'adeguamento ai rischi, le politiche di differimento con particolare riferimento ai meccanismi di correzione ex post per i rischi;
- d) gli indicatori di *performance* presi come riferimento per la remunerazione variabile, inclusi i piani basati su azioni, opzioni, o altri strumenti finanziari;
- e) le ragioni sottostanti le scelte dei sistemi di remunerazione variabile e ogni altra prestazione non monetaria e i principali parametri utilizzati;
- f) informazioni quantitative aggregate sulle remunerazioni, ripartite per aree di attività;
- g) informazioni quantitative aggregate sulle remunerazioni, ripartite tra le varie categorie del “personale più rilevante”, con indicazione dei seguenti elementi:
 - i) gli importi remunerativi per l'esercizio, suddivisi in componente fissa e variabile e il numero dei beneficiari;
 - ii) gli importi e le forme della componente variabile della remunerazione, suddivisa in contanti, azioni, strumenti collegati alle azioni ed altre tipologie;
 - iii) gli importi delle remunerazioni differite, distinguendo tra le parti già accordate e non;
 - iv) gli importi delle remunerazioni differite pagate durante l'esercizio, e di quelli ridotti attraverso meccanismi di correzione dei risultati;
 - v) i nuovi pagamenti per trattamenti di inizio e di fine rapporto effettuati durante l'esercizio, il numero dei relativi beneficiari;
 - vi) i pagamenti effettuati a titolo di conclusione anticipata del rapporto di lavoro, il numero dei beneficiari e l'importo più elevato riconosciuta ad una singola persona.

Le banche pubblicano le informazioni di cui al presente punto nel rispetto delle regole sul trattamento dei dati personali.

⁽³¹⁾ Resta ferma la possibile deroga prevista al par. 3.4. per gli “intermediari minori”.

⁽³²⁾ Si precisa che anche le banche autorizzate ad utilizzare i sistemi interni per il calcolo dei requisiti patrimoniali sono tenute a pubblicare le informazioni indicate nel testo con frequenza almeno annuale; non si applica l'obbligo di maggior frequenza previsto nel quarto capoverso, paragrafo 5, Sezione II, Capitolo I, Titolo IV, della Circolare 263/2006.