

Andrea Vicari

**AMMINISTRATORI DI BANCHE E
GESTIONE DEI CREDITI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Amministratori di banche e gestione dei crediti

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Consiglio di amministrazione e amministratori delegati. — 3. Comitati endoconsiliari (in particolare, comitato rischi) e presidente del consiglio di amministrazione. — 4. Direzioni, aree e funzione di *risk management*. — 5. L'istruttoria per gli affidamenti e l'erogazione del credito. — 6. Il controllo andamentale, la classificazione delle esposizioni e la gestione dei crediti problematici: “*non performing*” e “*forborne*” — 7. La “strategia” di gestione dei crediti *non performing* secondo le “*Linee Guida*” dell'EBA e della Banca d'Italia. — 8. (*segue*) In particolare, la migliore gestione delle esposizioni “*forborne*” e la più adeguata classificazione dei crediti. — 9. L'impatto dell'IFRS 9 sulla valutazione delle esposizioni e l'approccio “*forward looking*” per i crediti “*unlikely to pay*”. — 10. Doveri e responsabilità degli amministratori nella concessione e gestione dei crediti (e il problema dell'applicazione della *business judgment rule*).

1. *Premessa*. — La concessione di credito rappresenta l'attività bancaria più caratteristica. Nell'ambito della stessa si esplicano contemporaneamente i fondamentali doveri degli amministratori di società per azioni: da un lato, il dovere di agire in modo diligente (in questo caso, nella concessione e gestione dei crediti) e, dall'altro, il dovere di costruire e valutare assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati (al fine di concedere e gestire crediti in modo diligente).

Questa attività avvia un processo molto articolato che si suddivide in molteplici fasi: istruttoria, erogazione, controllo andamentale, classificazione delle esposizioni, valutazione e gestione di quelle problematiche e deteriorate, etc.

Il complesso di questi compiti viene svolto dagli amministratori della banca — oltre che mediante l'adozione di puntuali decisioni riferite a singoli crediti (solitamente quelli di importo più rilevante) — soprattutto mediante la fissazione di principi e di regole che stabiliscono i presidi organizzativi e i processi di gestione del rischio di credito, nonché attraverso la nomina di varie persone deputate — nell'ambito delle funzioni e delle strutture aziendali — a collaborare a tale attività.

Si viene così a costituire un'organizzazione multiforme, in cui i vari soggetti coinvolti (amministratori, componenti di comitati, responsabili di direzione, di area, addetti alle funzioni, etc.) assumono ruoli che devono essere definiti con grande chiarezza e adeguatamente vigilati.

In questa sede mi limito a ricostruire essenzialmente il ruolo (e quindi, i doveri e le responsabilità) degli amministratori, senza prendere invece in considerazione quello dei soggetti che svolgono compiti diversi (responsabili di funzioni, di direzioni, aree, etc.) ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Per esigenze di semplificazione, in questo scritto viene esaminato solamente (a) il modello di amministrazione e controllo c.d. “tradizionale” (atteso che il sistema dualistico e monistico

2. *Consiglio di amministrazione e amministratori delegati.* — (I) Come previsto, in particolare, dalla Circolare della Banca d'Italia n. 263, compete al consiglio di amministrazione di approvare le linee strategiche per la gestione del rischio di credito e di verificare che le stesse trovino corretta esecuzione, di impostare il sistema dei controlli interni e di deliberare sulla concessione e gestione dei crediti di maggiore rilevanza.

Il primo compito del consiglio è di definire il quadro di riferimento per la determinazione della propensione al rischio della banca, attraverso (principalmente) l'adozione del progetto di *Risk Appetite Framework (RAF)*.

All'interno di questo quadro vanno definite le politiche di governo e di gestione dei rischi, tra cui il *Risk Appetite Statement (RAS)*, cui spetta di declinare in concreto gli obiettivi e i limiti di rischio in base alla tipologia, le linee generali del sistema di gestione delle tecniche di attenuazione del rischio, le soglie di tolleranza, i criteri per individuare le operazioni di maggiore rilievo da deliberare in consiglio o da sottoporre al vaglio preventivo della funzione di controllo dei rischi, etc. Al consiglio di amministrazione compete poi di valutare periodicamente l'adeguatezza e l'efficacia del RAF e la compatibilità tra il rischio effettivo assunto dalla banca e gli obiettivi di rischio fissati a livello strategico.

In secondo luogo, il consiglio di amministrazione deve impostare la struttura del sistema dei controlli interni: da un lato, esso adotta le linee di indirizzo,

risultano connotati da forti specificità) e (b) il ruolo degli organi aziendali in una banca non operante attività di *holding* bancaria e non sottoposta a sua volta ad attività di direzione e coordinamento (salvi alcuni riferimenti contenuti nel testo al contesto del gruppo). Non viene, inoltre, analizzato il complesso dei doveri degli amministratori in sede di verifica della rispondenza alla normativa bancaria del processo interno di determinazione dell'adeguatezza patrimoniale (il c.d. *internal capital adequacy assessment process* o ICAAP).

In dottrina, per una ricostruzione generale dei doveri e delle responsabilità degli amministratori delle banche, v. LEMME, *Amministrazione e controllo nella società bancaria*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*; G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 137 ss.; P. MARCHETTI, *Disposizioni di vigilanza su organizzazione e governo societario delle banche*, in *Riv. soc.*, 2012, 413 ss.; LIBERTINI, *Il sistema dei controlli nelle banche*, in *AA.Vv.*, *La governance delle società bancarie*, a cura di Di Cataldo, Milano, Giuffrè, 2014, 63 ss.; MINTO, *La governance bancaria tra autonomia privata ed eteronomia*, Padova, Cedam, 2012; *Id.*, *Gli assetti in ambito bancario*, in *AA.Vv.*, *Assetti*, cit., 623 ss.; *Id.*, *Il progetto di governo societario delle banche*, *ibidem*, p. 663 ss.; *Id.*, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire in modo informato*, in questa *Rivista*, 2015, II, 27 ss.; MONTALENTI, *La corporate governance degli intermediari finanziari. Profili di diritto speciale e riflessi sul diritto societario generale*, in *AA.Vv.*, *Società, banche, crisi di impresa*, a cura di M. Campobasso e altri, Assago, Utet, 2014, 2167 ss.; SCOTTI CAMUZZI, *Le nuove disposizioni di vigilanza sul sistema dei controlli interni nelle banche. Un commento introduttivo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 147 ss.; CALANDRA BUONAURO, *Il ruolo dell'organo di supervisione strategica e dell'organo di gestione nelle disposizioni di vigilanza sulla corporate governance e sui sistemi di controllo interno delle banche*, in *Banca, impr., soc.*, 2015, 19 ss.; PORTALE, *La corporate governance delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2016, 48 ss.; FRIGENI, *La governance bancaria come risk governance: evoluzione della regolamentazione internazionale e trasposizione nell'ordinamento italiano*, in *AA.Vv.*, *Regole e mercato*, a cura di Mancini e altri, t. 1, Torino, Giappichelli, 2016, 45 ss.; AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *AA.Vv.*, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di Irrera, Bologna, Zanichelli, 2016, 998 s.; v. anche D'ANTONA-BASILE, *Corporate governance. Il sistema dei controlli interni nelle banche: nuove prospettive alla luce del 15° aggiornamento della Circolare 263 emanato da Banca d'Italia*, in *Riv. dott. comm.*, 2014, 313 ss.

verificando che il sistema sia coerente con gli obiettivi strategici e la propensione al rischio stabiliti (nonché sia in grado di cogliere l'evoluzione complessiva dei rischi aziendali); d'altro lato approva la costituzione delle funzioni aziendali, definendone i compiti, le responsabilità e le modalità di coordinamento e collaborazione, e disciplina i flussi informativi tra le funzioni e tra queste e gli organi aziendali.

Infine, con riferimento alle singole operazioni di concessione di credito, il consiglio esamina e approva le operazioni di maggior rilievo, per le quali ha competenza come organo deliberante.

Per le decisioni di concessione di credito che vengono delegate, le deleghe devono risultare da una apposita delibera consiliare (e da un eventuale regolamento) e vanno commisurate alle caratteristiche dimensionali della banca; nel caso di fissazione di limiti "a cascata" (quando, cioè, il delegato delega a sua volta entro i limiti a lui attribuiti), la griglia dei limiti risultanti deve essere documentata e il soggetto delegante (compreso il consiglio di amministrazione) va messo in condizione di essere periodicamente informato sull'esercizio delle deleghe, al fine di poter effettuare le necessarie verifiche ⁽²⁾.

(II) Gli amministratori delegati definiscono e curano l'attuazione del processo di gestione dei rischi, costruiscono il sistema dei controlli interni e adottano le decisioni di concessione e gestione dei crediti di loro diretta competenza.

Essi curano l'attuazione degli indirizzi strategici, del RAF e delle politiche di governo dei rischi come definiti dal consiglio di amministrazione ⁽³⁾.

Gli amministratori delegati stabiliscono poi i limiti operativi all'assunzione delle varie tipologie di rischio, in coerenza con la propensione allo stesso (tenendo esplicitamente conto dei risultati delle prove di *stress* e dell'evoluzione del quadro economico) e approvano specifiche linee guida per garantire l'efficacia del sistema di gestione delle tecniche di attenuazione del rischio.

Essi sono responsabili per l'adozione di tutti gli interventi necessari ad assicurare l'aderenza dell'organizzazione e del sistema dei controlli interni ai principi stabiliti dal consiglio, dovendo porre in essere tutte le iniziative e gli interventi necessari per garantire la completezza, l'adeguatezza, la funzionalità e l'affidabilità del sistema dei controlli interni.

A loro spetta di stabilire i ruoli e le responsabilità delle strutture e delle funzioni aziendali coinvolte nel processo di gestione dei rischi, in modo che siano chiaramente attribuiti i compiti e siano prevenuti potenziali conflitti d'interessi. Devono poi assicurare che le strutture rilevanti siano dirette da personale

⁽²⁾ Ove la banca sia collocata all'interno di un gruppo, è il consiglio di amministrazione della *holding* ad approvare le linee strategiche, le politiche di gestione e di assunzione del rischio di credito e i limiti operativi, mentre compete in ogni caso ai consigli di amministrazione delle singole società controllate di approvare le linee strategiche e le politiche di gestione ed assunzione del rischio e i limiti operativi, nel rispetto delle linee strategiche e delle politiche di assunzione deliberate a livello di gruppo.

⁽³⁾ Nell'ambito del RAF, se è stata definita la soglia di tolleranza, autorizzano il superamento della propensione al rischio entro il limite rappresentato da tale soglia e provvedono a darne informativa al consiglio, individuando le azioni necessarie per ricondurre il rischio assunto entro l'obiettivo prestabilito.

qualificato, con adeguato grado di autonomia di giudizio e in possesso di esperienze e conoscenze adatte ai compiti da svolgere. Agli amministratori delegati compete anche, in questo quadro, di individuare le eventuali modifiche da apportare al sistema dei controlli interni e di definire i flussi informativi volti ad assicurare agli organi aziendali e alle funzioni aziendali la piena conoscenza e la governabilità dei fattori di rischio e la verifica del rispetto del RAF.

Con riferimento a singole operazioni di concessione di credito, gli amministratori delegati approvano le operazioni di loro competenza.

3. *Comitati endoconsiliari (in particolare, comitato rischi) e presidente del consiglio di amministrazione.* — Nello svolgimento dei propri compiti finalizzati alla mitigazione del rischio di credito, il consiglio di amministrazione si avvale, anzitutto, del supporto del comitato rischi, organo endoconsiliare reso obbligatorio (per le banche intermedie e grandi) dalla Circolare 285 della Banca d'Italia.

(I) Il comitato svolge compiti di sostegno al consiglio di amministrazione e/o agli amministratori delegati (propositivi, consulenziali e di controllo) in materia di analisi, valutazione, monitoraggio e gestione dei rischi e di sistema di controllo interno.

Il comitato supporta il consiglio di amministrazione nella determinazione degli indirizzi strategici (compreso il RAF), delle politiche di governo dei rischi e delle linee di indirizzo del sistema di controllo interno. Nell'ambito, in particolare, del RAF svolge l'attività valutativa e propositiva necessaria affinché il consiglio possa definire ed approvare gli obiettivi di rischio e la soglia di tolleranza.

Il comitato supporta poi il consiglio nella verifica periodica dell'adeguatezza del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi rispetto alle caratteristiche dell'impresa e al profilo di rischio assunto, nonché della sua efficacia (4).

Quanto alla gestione dei crediti, merita di essere ricordato, da un lato che il comitato può essere chiamato ad esprimere pareri su specifici aspetti inerenti alla identificazione dei principali rischi aziendali (e, quindi, anche su singoli crediti) e, dall'altro, che esso può avanzare richieste alle funzioni di *internal audit* e di *risk management* per lo svolgimento di verifiche su specifiche aree operative o singole operazioni.

Al comitato possono poi essere attribuiti poteri consultivi in materia di operazioni (di nuovo potenzialmente rilevanti a livello di rischio di credito) con parti correlate e soggetti collegati o di maggior rilievo (5).

(II) Altri comitati possono essere poi costituiti all'interno del consiglio di amministrazione. Ad esempio, può essere istituito il "comitato fidi", composto di

(4) In particolare, deve assicurare che la funzione di *risk management* sia dotata delle risorse adeguate all'espletamento delle proprie responsabilità; esaminare i programmi di attività e le relazioni annuali predisposte dai responsabili della funzione, prima della loro presentazione al consiglio; esprimere valutazioni e formulare pareri al consiglio sul rispetto dei principi cui devono essere uniformati il sistema dei controlli interni e l'organizzazione aziendale, portando all'attenzione gli eventuali punti di debolezza e le conseguenti azioni correttive da promuovere.

(5) La declinazione puntuale del ruolo, delle responsabilità delle modalità di funzionamento del comitato rischi è poi demandata alla regolamentazione interna della banca.

alcuni amministratori, con la funzione di deliberare affidamenti entro i limiti stabiliti dal consiglio di amministrazione e di proporre affidamenti, esprimendo pareri, per importi superiori ai propri limiti di delibera, oppure il “comitato *rating*”, con funzione di deliberare l’“*override*” del giudizio di *rating* delle imprese e formulare suggerimenti in merito a possibili miglioramenti del sistema di *rating*, oppure un comitato per la gestione dei crediti *non performing*.

In un contesto di gruppo bancario, può essere poi istituito un comitato di coordinamento del sistema dei controlli interni di gruppo, con il compito di rafforzare il coordinamento ed i meccanismi di cooperazione tra le funzioni di controllo e di fornire una rappresentazione integrata dei rischi complessivi a cui il gruppo è esposto.

(III) Allo scopo di assicurare il corretto funzionamento del consiglio di amministrazione, la disciplina (in particolare la Circolare 285 della Banca d’Italia) attribuisce un ruolo marcato al presidente del consiglio ⁽⁶⁾.

Questi è, anzitutto, tenuto a rendere con un congruo anticipo ai componenti del consiglio la documentazione a supporto delle delibere (o una prima informativa circa le materie che verranno discusse) e ad assicurarsi che tale documentazione sia adeguata in termini qualitativi e quantitativi (soprattutto a vantaggio degli amministratori non esecutivi). Egli deve poi garantire che le decisioni consiliari derivino da un’approfondita e proficua dialettica e favorire un adeguato confronto tra componenti esecutivi e non esecutivi, garantendo priorità e tempo nella trattazione delle questioni a rilevanza strategica. Il presidente ha poi, in generale, un ruolo propulsivo del buon funzionamento del consiglio: deve favorire (soprattutto nelle banche di maggiori dimensioni o complessità operativa) l’incontro periodico tra tutti i consiglieri, anche al di fuori del consiglio, per approfondire e confrontarsi su questioni strategiche.

Risulta così enfatizzato il ruolo del presidente anche in relazione alla gestione del rischio di credito, con riferimento tanto alle deliberazioni strategiche, quanto alla disamina in consiglio delle decisioni relative ai crediti di maggiore rilevanza (tanto in fase di primo affidamento, quanto in fase di valutazione andamentale).

4. *Direzioni, aree e funzione di risk management.* — Per venire più da vicino alle procedure per la concessione e la gestione dei crediti, la banca deve avvalersi — sotto la supervisione del consiglio di amministrazione e la gestione degli amministratori delegati — di varie strutture e funzioni.

Queste variano da banca a banca, ma normalmente sono costituite da una direzione per le politiche del credito, da aree crediti (eventualmente distinte anche per tipologie di credito, con possibili aree dedicate ai crediti ristrutturati e *non performing*) e da servizi di controllo del credito.

(I) La “direzione crediti” (o come altrimenti denominata) propone al consi-

⁽⁶⁾ Cfr. in proposito spec. ARDIZZONE, *Il ruolo del presidente delle società bancarie*, in *Riv. soc.*, 2014, 1308 ss.; IRRERA, *Il ruolo del presidente del consiglio di amministrazione nella governance delle banche*, in *AA.VV., Assetti*, (nt. 1), 673 ss.

glio di amministrazione le politiche del credito (eventualmente anche a livello di gruppo), partecipando all'attuazione delle stesse, coordinando le attività di gestione del rischio e orientando e monitorando la composizione del complessivo portafoglio crediti.

L'“area crediti” (che solitamente è poi strutturata in singoli “servizi”), svolge i compiti di indirizzo, coordinamento e diffusione delle linee guida della gestione del credito, definendo i processi di concessione e gestione del credito; essa analizza le richieste di affidamento, delibera gli affidamenti entro i limiti previsti, monitora i volumi, la qualità e la redditività degli impieghi della banca e controlla l'esposizione al rischio di credito e di controparte.

Nell'ambito di tale area sono normalmente istituiti servizi dedicati alla gestione delle pratiche particolarmente critiche o anomale, alla ristrutturazione dei debiti e al contenzioso, con l'obiettivo di gestire l'attività giudiziale e stragiudiziale di recupero dei crediti.

Tra i servizi particolare importanza assume, infine, quello sul controllo di gestione o sul controllo della qualità del credito, cui spetta di monitorare costantemente i dati andamentali nella concessione del credito, di controllare il corretto esercizio dei poteri delegati e il rispetto della normativa interna in merito all'erogazione e alla gestione del credito.

(II) L'organizzazione aziendale è poi completata dalla funzione di *risk management* (disciplinata, in particolare, dalla Circolare 263 della Banca d'Italia).

Essa è, anzitutto, coinvolta nella definizione del RAF, delle politiche di governo dei rischi e delle varie fasi che costituiscono il processo di gestione dei rischi, nonché nella fissazione dei limiti operativi all'assunzione delle varie tipologie di rischio (7).

Ad essa spetta poi di verificare nel continuo l'adeguatezza del RAF e del processo di gestione dei rischi e dei limiti operativi. Più in dettaglio, essa è responsabile dello sviluppo, della convalida e del mantenimento dei sistemi di misurazione e controllo dei rischi assicurando che siano sottoposti a *backtesting* periodici, che vengano analizzati un appropriato numero di scenari e che siano utilizzate ipotesi conservative sulle dipendenze e sulle correlazioni, e di sviluppare e applicare indicatori in grado di evidenziare situazioni di anomalia e di inefficienza dei sistemi di misurazione e controllo dei rischi.

Con riferimento ai limiti assegnati alle strutture operative in relazione all'assunzione delle varie tipologie di rischio, ne verifica il rispetto, così come accerta il corretto svolgimento del monitoraggio andamentale sulle singole esposizioni creditizie.

Quanto a singole operazioni, anche di concessione di credito, essa è chiamata a dare pareri preventivi sulla coerenza con il RAF di quelle di maggiore rilievo.

(7) In tale ambito ha, tra l'altro, il compito di proporre i parametri quantitativi e qualitativi necessari per la definizione del RAF, che fanno riferimento anche a scenari di *stress* e, in caso di modifiche del contesto operativo interno ed esterno della banca, l'adeguamento di tali parametri.

5. *L'istruttoria per gli affidamenti e l'erogazione del credito.* — La fase di istruttoria svolge un ruolo fondamentale nel processo di concessione del credito in quanto è funzionale ad acquisire tutti le informazioni e i dati necessari per valutare in modo adeguato, da un lato, il merito creditizio del cliente sotto il profilo patrimoniale e reddituale e, dall'altro, la coerenza tra l'importo, la forma tecnica del finanziamento, il rischio e la remunerazione.

Una corretta attività istruttoria dovrebbe comprendere, quantomeno, le seguenti fasi: raccolta delle informazioni e dei dati, analisi qualitativa e quantitativa, disamina delle eventuali garanzie, attribuzione del *rating*, stesura della relazione di fido.

(a) Alla base dell'istruttoria vi è la conoscenza del cliente da affidare e dei soggetti a vario titolo collegati, nonché della piazza commerciale e del settore economico in cui il cliente opera.

Le Istruzioni della Banca d'Italia in tema di controllo del rischio di credito prevedono che “le banche nella fase di istruttoria acquisiscono tutta la documentazione necessaria per effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio del prestatore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; essa deve inoltre permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prestatore, anche alla luce del complesso delle relazioni con lo stesso intrattenute” (Circolare 263, cap. V, capitolo 7, Allegato A).

Nel caso di affidamenti ad imprese, vanno acquisiti i bilanci (individuali e, se disponibili, consolidati) e ogni altra informazione, significativa e rilevante (anche sulla base di sistemi di informazione creditizia), per valutare la situazione aziendale attuale e prospettica dell'impresa, anche di carattere qualitativo (validità del progetto imprenditoriale, assetti proprietari, esame della situazione del settore economico di appartenenza, situazione dei mercati di sbocco e di fornitura, ecc.).

Le procedure sullo sfruttamento delle informazioni devono fornire indicazioni circostanziate sul livello di affidabilità del cliente (ad es., attraverso sistemi di *credit scoring* e/o di *rating*). Nel caso in cui l'affidato faccia parte di un gruppo, la valutazione tiene conto anche della situazione e delle prospettive del gruppo nel suo complesso.

A tale fine, è indispensabile disporre di banche-dati complete ed aggiornate, di un sistema informativo adeguato, di un'anagrafe clienti attraverso cui generare ed aggiornare i dati identificativi della clientela, le connessioni giuridiche ed economico-finanziarie tra clienti diversi, le forme tecniche da cui deriva l'esposizione, etc.

(b) L'analisi effettuata analiticamente sul singolo cliente è integrata dal *rating*, che può essere attribuito — come noto — internamente o esternamente da società specializzate (*External Credit Assessment Institutions* o ECAI).

L'utilizzo dei *rating* esterni non esaurisce, però, il processo di valutazione del merito di credito; esso rappresenta soltanto uno degli elementi che possono contribuire alla definizione del quadro informativo sulla qualità creditizia del cliente. Le banche devono dotarsi, pertanto, di metodologie interne che consentano una valutazione del rischio di credito derivante da esposizioni nei confronti

di singoli affidati nonché del rischio di credito a livello di portafoglio complessivo. Tali metodologie non devono basarsi meccanicamente sulle valutazioni espresse dalle ECAI.

La valutazione del merito di credito svolta dalla banca in base alle risultanze dell'attività istruttoria e delle sue metodologie interne può discostarsi da quelle effettuate dalle ECAI. Divergenze frequenti nella valutazione del merito di credito possono, però, essere indice di incompletezza e scarsa accuratezza del sistema di valutazione dell'agenzia esterna e costituiscono utili informazioni ai fini della periodica valutazione che la Banca d'Italia effettua sulla permanenza dei presupposti per il riconoscimento delle ECAI.

(c) La corretta rilevazione e gestione di tutte le informazioni necessarie riveste particolare importanza nelle procedure per l'assunzione di grandi rischi e di rischi concentrati. A tal fine, la banca è tenuta al rispetto della disciplina dettata nella circolare 263 (Titolo V, capitolo 1, Sezione V), che impone obblighi più stringenti a livello di istruttoria e di monitoraggio del cliente, nonché l'istituzione di una funzione appositamente incaricata a seguire i gruppi affidati.

Quanto al rischio di concentrazione (a fronte di gruppi di clienti connessi, operanti nei medesimi settori economici o regioni geografiche o che esercitano la stessa attività o trattano la stessa merce), il sistema dei controlli interni deve essere costruito in modo da garantire la gestione e il controllo, anche attraverso specifiche politiche e procedure aziendali, di tali rischi e l'applicazione di specifiche tecniche di attenuazione del rischio di credito (v. la Circolare 263, Titolo III, cap. 1, Allegato B).

(d) In presenza di concessione di credito a parti correlate, la banca deve dotarsi di apposite procedure deliberative, adeguatamente formalizzate, che comportino il coinvolgimento degli amministratori indipendenti in sede di istruttoria e di delibera e la valorizzazione del ruolo del collegio sindacale, con istituzione di precisi flussi informativi tra amministratori indipendenti e sindaci⁽⁸⁾.

(e) Quanto alle garanzie, la banca deve adottare procedure idonee a determinare l'effettiva capacità delle stesse di mitigare il rischio di credito (ad esempio, nella valutazione delle garanzie personali occorre verificare la legittimazione del prestatore, l'assenza di conflitti di interessi, l'adeguatezza del patrimonio, il rischio che il garante impegni a favore di altri il proprio patrimonio, etc.; nella valutazione delle garanzie reali, oltre alla legittimazione del prestatore, è necessario quantificare il valore delle stesse al fine di confrontarlo con l'ammontare dell'esposizione garantita e determinarne l'adeguatezza come strumento di mitigazione, nonché attribuire i valori prudenziali ai quali quantificare la garanzia).

Una particolare attenzione va posta alla definizione della contrattualistica, al fine di prevenire l'insorgere di contenziosi con riferimento sia all'attivazione delle garanzie rilasciate, sia alle successive eventuali azioni di rivalsa nei confronti dei garantiti.

(*) Cfr. in proposito recentemente MINTO, *Il rischio di conflitti di interesse nelle banche: la disciplina sulle attività di rischio nelle relazioni con soggetti collegati*, in *AA.Vv., Assetti*, (nt. 1), 685 ss.

(f) L'istruttoria si chiude con l'attribuzione di uno *scoring* di accettazione, che è un giudizio sintetico sul merito di credito, e in una relazione di fido, nella quale vengono esposti dall'istruttore tutti gli aspetti positivi e negativi emersi dalle valutazioni effettuate, le informazioni desunte dalle banche-dati e dagli studi sui settori merceologici, le impressioni raccolte dal colloquio col cliente, ai fini della delibera finale.

(g) Regole aggiuntive possono essere previste per erogazioni particolari: finanziamenti a *start up*, a dipendenti, in *pool*, ristrutturazioni aziendali, etc.

6. *Il controllo andamentale, la classificazione delle esposizioni e la gestione dei crediti problematici: "non performing" e "forborne"*. — (I) Una volta concesso il credito, prende avvio l'altra fondamentale attività del banchiere, e cioè quella di controllo andamentale e di monitoraggio delle singole esposizioni.

Questi compiti vanno svolti con sistematicità, avvalendosi di procedure efficaci che permettano di accertare tempestivamente l'insorgere di anomalie e di assicurare l'adeguatezza delle rettifiche di valore e dei passaggi a perdita.

I criteri di classificazione, valutazione e gestione delle esposizioni deteriorate, nonché le relative strutture responsabili, devono essere stabiliti dal consiglio di amministrazione, con apposita delibera. Parimenti devono essere previste procedure atte a individuare, in dettaglio, gli interventi da attuare in presenza di deterioramento delle posizioni di rischio.

La verifica del corretto svolgimento del monitoraggio andamentale sulle singole esposizioni, in particolare di quelle deteriorate, e la valutazione della coerenza delle classificazioni, della congruità degli accantonamenti e dell'adeguatezza del processo di recupero è svolta, a livello centrale e periferico, dalla funzione di *risk management* o, per le banche di maggiore dimensione e complessità operativa, da una specifica unità, che solitamente riporta al responsabile della funzione di *risk management*.

Tali strutture verificano, tra l'altro, l'operato delle unità operative e di recupero crediti, assicurando la corretta classificazione delle esposizioni deteriorate e l'adeguatezza del relativo grado di irrecuperabilità.

Gli organi aziendali, nell'ambito delle rispettive competenze, sono costantemente aggiornati dei risultati conseguiti dalle citate unità e valutano l'esigenza di definire interventi di miglioramento.

(II) Con riferimento alle singole posizioni di rischio — in conformità alle disposizioni della Banca d'Italia e dall'*European Banking Authority (EBA)* — le esposizioni sono solitamente qualificate come *performing*, *non performing* e *forborne*.

Le esposizioni classificate *performing* o non *performing* possono essere oggetto di concessioni (*forborne*) allo scopo di far superare al debitore le difficoltà già manifestatesi o di imminente manifestazione.

Le esposizioni *performing* oggetto di concessione sono denominate *forborne performing*, quelle *non performing* oggetto di concessione sono denominate *forborne non performing*.

Le esposizioni ristrutturate rientrano nella categoria dei *forborne non performing*.

In applicazione del Regolamento UE n. 227/2015 e dei *technical standards* dell'EBA, la Banca d'Italia ha previsto una nuova classificazione dei crediti deteriorati, che risultano ora suddivisi in tre categorie: sofferenze, inadempienze probabili, esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate.

Le sofferenze rappresentano il complesso delle esposizioni per cassa e fuori bilancio (garanzie rilasciate, impegni irrevocabili e revocabili a erogare fondi) nei confronti di un soggetto in stato di insolvenza o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dalla banca. Le inadempienze probabili (*unlikely to pay*) sono le esposizioni creditizie per le quali la banca giudica improbabile che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie. Le esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate sono le esposizioni, diverse da quelle classificate tra le sofferenze o le inadempienze probabili, che sono scadute e/o sconfinanti da oltre 90 giorni e superano una prefissata soglia di materialità.

Quanto alla categoria dei crediti *forborne*, essi costituiscono i crediti (*in bonis* o deteriorati) oggetto di concessioni (*forbearance*) da parte della banca. Le misure di *forbearance* costituiscono delle modifiche alle originarie condizioni contrattuali della linea di credito; oppure: possono riguardare clienti *performing* in difficoltà finanziaria (*forborne performing exposures*) oppure clienti classificati in stato di deterioramento (*non performing exposures with forbearance measures*).

Una concessione può consistere in una modifica dei termini e delle condizioni contrattuali precedenti; in un rifinanziamento ovvero un nuovo contratto di finanziamento, anche con forma tecnica differente, destinato anche implicitamente al rimborso totale o parziale di un contratto di finanziamento già esistente che non sarebbe stato concesso se il debitore non fosse stato in difficoltà finanziarie; nell'attivazione di clausole presenti nei contratti di finanziamento che, ove applicate a discrezione del debitore, gli consentono di modificare i termini del contratto (a condizione che la banca ne approvi l'esercizio e valuti che il debitore si trova in difficoltà finanziarie); nella sospensione temporanea della quota capitale o dell'intera rata dei finanziamenti rateali; nella sottoscrizione di piani di rientro, etc.

Il rilascio di tali concessioni da parte della banca può essere anche accompagnato dall'inserimento di condizioni e parametri aggiuntivi nel contratto, quali ad esempio *covenants* economici o finanziari.

(III) Evidentemente è in questo complesso di valutazioni che si enfatizza al massimo il dovere degli amministratori della banca, così come delle strutture e delle funzioni, di esplicitare con diligenza il proprio ruolo.

Da un lato, rileva la classificazione dei crediti a *non performing*; dall'altro, assume grande incidenza l'attribuzione dello stato di *forborne* e, quindi, la scelta di effettuare delle concessioni.

Pur nel quadro delle disposizioni tecniche stabilite dalla Banca d'Italia e

dall'EBA, in questo ambito lo spazio di discrezionalità degli amministratori (e dei vari funzionari) è evidentemente ampio ⁽⁹⁾.

7. La “strategia” di gestione dei crediti non performing secondo le “Linee Guida” dell'EBA e della Banca d'Italia. — Recentemente sia l'EBA che la Banca d'Italia hanno emanato delle linee guida per le banche sui crediti deteriorati (l'EBA nel marzo e nell'ottobre 2017 ⁽¹⁰⁾, la Banca d'Italia con un documento del gennaio 2018 per le banche di dimensioni meno significative ⁽¹¹⁾).

Questi documenti richiedono che le banche si dotino di una vera e propria “strategia” formalizzata volta a ottimizzare la gestione dei crediti *non performing*, al fine di massimizzare il valore dei recuperi.

La strategia va definita sulla base dell'analisi delle capacità gestionali della banca, del contesto esterno, delle caratteristiche dei portafogli deteriorati e deve individuare la combinazione ottimale tra le diverse azioni possibili per il recupero: gestione interna o affidamento a intermediari specializzati nel recupero crediti, ristrutturazione e rilascio di concessioni (*forbearance*), acquisizione di garanzie, procedure legali o stragiudiziali, cessioni (incluse le operazioni di cartolarizzazione) con *derecognition* contabile e prudenziale delle attività cedute.

Le banche devono poi predisporre veri e propri “piani operativi” di gestione dei crediti *non performing* di breve periodo (indicativamente ad un anno) e medio/lungo periodo (indicativamente tre/cinque anni), in cui siano definiti gli obiettivi di chiusura delle posizioni e le azioni da intraprendere ⁽¹²⁾.

La strategia di gestione dei crediti *non performing* deve essere poi integrata a tutti gli effetti nei processi strategici e gestionali aziendali, quali ad esempio quelli di definizione del piano industriale/*budget*, del RAF, dell'ICAAP, dei piani di risanamento e delle politiche di remunerazione e di incentivazione.

Al consiglio di amministrazione compete di definire e aggiornare annualmente tali piani, di valutare, almeno trimestralmente, i progressi effettuati rispetto agli obiettivi prefissati, di stabilire, con apposita delibera, i criteri (oltre che di classificazione, anche) di valutazione e gestione dei crediti *non performing*

⁽⁹⁾ Cfr. in proposito, con particolare attenzione ai profili operativi, RACCA, *La banca nel capitale delle imprese. Salvataggio e crescita*, relazione presentata al convegno organizzato da Arel, Roma, 8 giugno 2017.

⁽¹⁰⁾ Cfr. le *Linee guida per le banche sui crediti deteriorati (NPL)* e l'*Addendum alle linee guida della BCE per le banche sui crediti deteriorati (NPL): livelli minimi di accantonamento prudenziale per le esposizioni deteriorate*.

⁽¹¹⁾ Cfr. le *Linee Guida per le banche Less Significant italiane in materia di gestione di crediti deteriorati*.

⁽¹²⁾ Secondo le Linee Guida dell'EBA, il piano operativo dovrebbe “contenere almeno: chiare finalità e chiari obiettivi con precise scadenze; attività da svolgere articolate sulla base della segmentazione di portafoglio; assetto di *governance*, inclusi attribuzioni e meccanismi di reportistica per le attività identificate e i relativi risultati; *standard* qualitativi che possano assicurare il conseguimento di risultati; esigenze in termini di organico e risorse; piano per il necessario rafforzamento dell'infrastruttura tecnica; previsioni di spesa a livello granulare e consolidato per l'attuazione della strategia per gli *NPL*; piano di interazione e comunicazione con controparti interne ed esterne (ad esempio per le cessioni, per il *servicing*, per il miglioramento dell'efficienza ecc.). Il piano operativo dovrebbe prestare particolare attenzione ai fattori interni di potenziale ostacolo al successo della strategia per gli *NPL*”.

(per esempio monitoraggio, azioni di recupero, valutazione delle garanzie, ecc.) e di assicurarne la comprensione da parte del personale.

Sempre al consiglio spetta di individuare le unità responsabili dell'attività di classificazione, valutazione e gestione dei crediti *non performing* e di definirne gli obiettivi gestionali e di verificare che l'assetto organizzativo prescelto limiti i margini di discrezionalità dei soggetti coinvolti nella classificazione, valutazione e gestione dei crediti *non performing* in presenza di conflitti di interesse.

In caso di esternalizzazione delle attività di recupero, il consiglio deve definire e approvare sistemi oggettivi di selezione delle controparti e monitoraggio dell'efficacia dell'attività svolta e assicurare adeguati controlli interni sui processi di gestione dei crediti *non performing*.

Fermo restando quanto previsto dalle Istruzioni di Vigilanza (su cui ci si è soffermati nel precedente paragrafo), le banche devono poi adottare opportuni presidi organizzativi per l'adozione tempestiva delle misure più idonee per la classificazione, valutazione e gestione delle posizioni deteriorate. A tal fine, devono essere previsti: (i) la formalizzazione di procedure atte a individuare le diverse azioni da intraprendere in presenza di un deterioramento delle posizioni di rischio e la definizione dei criteri di classificazione, valutazione e gestione delle esposizioni deteriorate; i soggetti/unità coinvolte e le relative competenze; i processi decisionali; (ii) l'adozione di un adeguato sistema di preavviso, cui dovrebbero essere collegati flussi di lavoro automatici per la gestione delle posizioni ⁽¹³⁾ (l'emergere di segnali dal sistema di preavviso dovrà dar luogo alle opportune azioni gestionali da parte delle unità competenti secondo quanto stabilito dalle politiche e procedure aziendali, che dovranno prevedere anche adeguate e formalizzate procedure di comunicazione e segnalazione ai livelli gerarchici superiori: c.d. *escalation*); (iii) l'adozione di un sistema di analisi e controllo della *performance* delle attività di gestione dei crediti *non performing* ⁽¹⁴⁾; (iv) opportune attività di controllo da parte della funzione di *risk management* dirette a verificare l'applicazione delle politiche aziendali e ad assicurare la qualità dei processi di gestione dei crediti *non performing*; (v) regolari verifiche da parte della funzione di *internal audit* sull'adesione alle politiche in materia di crediti *non performing* e alle linee guida dell'EBA e della Banca d'Italia.

8. (segue) *In particolare, la migliore gestione delle esposizioni "forborne" e la più adeguata classificazione dei crediti.* — (i) Più in dettaglio — nel quadro sopra delineato — le linee Guida dell'EBA e della Banca d'Italia assegnano

⁽¹³⁾ Tale sistema deve includere indicatori di andamento del rapporto creditizio, da monitorare almeno mensilmente, basati su dati interni (tra cui: giorni di scaduto; grado di utilizzo delle linee di credito aperte) nonché informazioni quali-quantitative provenienti da fonti esterne (per esempio, Centrale dei Rischi, dati di bilancio, registri pubblici su procedure legali, perizie relative alle garanzie, dati sui settori economici di appartenenza dei debitori).

⁽¹⁴⁾ Basato su una serie di indicatori chiave che riguardino sia l'andamento della qualità del portafoglio creditizio (dati di *stock* e flusso, ove opportuno ripartiti per tipologia di deterioramento, area territoriale e settore economico dei debitori, a livello complessivo e per portafogli rilevanti), sia i risultati economici (perdite, riprese di valore, tasso di recupero attualizzato complessivo alla chiusura della posizione) connessi con le diverse azioni gestionali, distinguendo tra le varie modalità di gestione (interna, esterna, cessione, ecc.).

particolare importanza all'efficacia delle "misure di concessione" (*forbearance*) e si concentrano nel definire con maggiore grado di precisione una serie di obblighi di verifica, di classificazione e di calcolo relativi alle posizioni *forborne*.

A tale specifico fine, le banche devono: *a*) eseguire una (nuova) valutazione della situazione finanziaria del debitore ogniqualvolta si debba concedere una misura di concessione; *b*) adottare apposite "politiche di concessione" che individuino le misure più idonee, per quanto possibile standardizzate, nell'ambito di un ventaglio di possibilità predefinite ⁽¹⁵⁾; *c*) stabilire un apposito "sistema di monitoraggio" dell'efficacia delle misure applicate; *d*) tracciare, infine, questi vari passaggi nel sistema informativo aziendale.

(*ii*) Le banche devono poi, da un lato, definire con precisione i criteri applicativi per l'individuazione e la classificazione delle esposizioni oggetto di *forbearance*, redigendo apposite "linee guida interne" per stabilire quando un cliente incontra difficoltà finanziarie che richiedono il rilascio di concessioni e pertanto l'esposizione va classificata tra quelle "oggetto di concessioni"; quando un'esposizione oggetto di concessioni va classificata come deteriorata; quando un'esposizione oggetto di concessioni va classificata tra quelle oggetto di concessioni non deteriorate; quando un'esposizione può essere considerata non più rientrante tra quelle oggetto di concessioni; dall'altro lato, devono individuare un elenco di indicatori e soglie per determinare la classificazione a inadempienza probabile, e cioè individuare una serie di informazioni quali-quantitative, differenziate a seconda della tipologia di debitore, al verificarsi delle quali occorrerà valutare l'eventuale classificazione della posizione da *forborne* a *non performing loan* ⁽¹⁶⁾.

(*iii*) Le banche devono, infine, dettare i criteri per individuare le posizioni le cui rettifiche di valore specifiche vengono determinate in maniera "forfetaria" (ad esempio, per le posizioni inferiori a un certo importo), definendo le metodologie ed i parametri da utilizzare per la stima dei relativi accantonamenti, e stabilire i criteri per determinare le posizioni le cui rettifiche di valore vanno determinate analiticamente.

A questo fine è essenziale che le banche dispongano di una adeguata base-dati informatica in cui registrare e gestire i dati rilevanti sui crediti *non performing*, indispensabile per l'adozione di decisioni gestionali consapevoli e tempestive, nonché per controllare e migliorare la *performance* dell'attività di gestione.

⁽¹⁵⁾ Tipicamente, in caso di difficoltà temporanee del debitore potranno essere applicate misure di breve termine (ad esempio, con la previsione di pagamenti parziali — solo la quota interessi — o una sospensione per un periodo limitato di tempo), mentre concessioni di diverso tipo si adattano meglio a mutamenti strutturali nella capacità di rimborso del debitore (ad esempio, riduzione permanente degli interessi; allungamento delle scadenze; consolidamento o cancellazione parziale del debito).

⁽¹⁶⁾ Alcuni esempi possono essere: indicatori basati sull'analisi del bilancio (ad esempio un drastico calo del fatturato, riduzione del patrimonio per perdite rilevanti, ecc.); la richiesta di avvio di una procedura concorsuale; il *downgrade* del debitore; notizie sulla difficoltà finanziaria di società/soggetti collegati al debitore; calo del *debt service ratio* a livelli non sostenibili; perdita del lavoro; qualsiasi altra notizia che possa far ritenere improbabile l'adempimento delle obbligazioni.

9. *L'impatto dell'IFRS 9 sulla valutazione delle esposizioni e l'approccio "forward looking" per i crediti "unlikely to pay"*. — La situazione è destinata a mutare ulteriormente con la recente entrata in vigore del principio contabile IFRS9, cui risultano, però, già di fatto allineate le Linee Guida dell'EBA e della Banca d'Italia in materia di crediti *non performing*.

Le modifiche apportate da tale principio contabile riguardano (oltre ad un nuovo modello di classificazione e misurazione degli strumenti finanziari) l'adozione di un innovativo criterio di valutazione delle perdite attese.

Il nuovo *standard* mira, infatti, a garantire il più tempestivo riconoscimento delle perdite attese (e ad una classificazione dei crediti come "inadempienze probabili": "*unlikely to pay*"), con l'obiettivo di semplificare le regole esistenti e di rafforzare la fiducia degli investitori nei bilanci delle banche; ciò attraverso un nuovo modello di *impairment* dei crediti, a superamento del precedente *standard* (IAS 39).

Nello specifico il nuovo *standard* prevede l'accantonamento delle perdite previste appena il credito viene iscritto e tali perdite sono contabilizzate per tutta la vita residua dello stesso.

Si tratta, evidentemente, di un approccio c.d. "*early warning*" e "*forward looking*", che implica la classificazione di una maggiore quota di crediti *performing* come esposizioni *non performing*.

Ciò comporta, per gli amministratori delle banche, la necessità di adottare nuove soluzioni e strumenti *ad hoc*, che sono stati indetificati, tra l'altro, nei seguenti: *i*) una maggiore attenzione alla qualità dei dati e alla segmentazione del portafoglio sulla base dell'*asset quality*, con un approccio da *due diligence* su ogni debitore; *ii*) il ricorso a indicatori di *early warning*, basati su fonti interne ed esterne, per anticipare possibili movimenti e riprofilazioni delle posizioni; *iii*) lo sviluppo di un modello operativo con unità dedicate, procedure definite per la classificazione e la segmentazione del portafoglio, con gestione personalizzata per ogni singola posizione; *iv*) la gestione, all'esito di questa *due diligence*, del credito come *performing* o *non performing* oppure la cessione della posizione.

Si ritiene che la transizione all'IFRS 9, introducendo un differente approccio di valutazione, comporterà per le banche la necessità di classificare una maggiore quota del proprio portafoglio crediti tra le categorie più rischiose.

Questa innovazione richiede non solo nuovi strumenti, ma anche un approccio diverso (fortemente proattivo) all'interno delle banche.

Da un lato, per il portafoglio crediti gestito, devono essere rafforzate le funzioni di monitoraggio del credito e introdotti a nuovi strumenti per la misurazione del rischio di credito; dall'altro lato, per il portafoglio eventualmente oggetto di cessione, devono essere individuate unità specializzate nella strutturazione e nella esecuzione delle operazioni straordinarie (elaborazione e *remediation* dei dati, cartolarizzazioni, etc.) (17).

(17) Cfr. in proposito il documento predisposto da PWC, *The Italian unlikely to pay market. Ready to tackle the challenge*, 2017, reperibile all'indirizzo pwc.com/it/it/publications/assets/docs/italian-unlikely-pay-market.pdf.

10. *Doveri e responsabilità degli amministratori nella concessione e gestione dei crediti (e il problema dell'applicazione della business judgment rule).* — Occorre a questo punto cercare di comprendere in base a quali parametri vanno giudicati i doveri e le responsabilità degli amministratori nella gestione e della concessione dei crediti.

(I) A tale proposito va, anzitutto, esaminato lo specifico ruolo di ciascuno di essi, diversificando opportunamente a seconda della posizione di esecutivo, non esecutivo, indipendente, partecipante a comitati, presidente del consiglio.

Ciò sia con riguardo alla singola decisione assunta (o non assunta) in tema di concessione e gestione dei crediti, sia con riferimento alla costruzione e al monitoraggio dell'assetto organizzativo della banca.

Ove si tratti di delibere di concessione di credito (e cioè di erogazione di grandi crediti a livello di consiglio), si tratterà di valutare la diligenza con cui la decisione di affidare è stata assunta. In sede di monitoraggio dell'andamento del medesimo grande credito, si richiederà di verificare come tale monitoraggio è stato svolto e come sono state assunte le decisioni di classificare o riclassificare tale credito, o di effettuare concessioni in caso di credito qualificato come *forborne*.

Qualora si faccia, invece, questione di crediti che non sono deliberati a livello di consiglio di amministrazione, ma dalle strutture interne, verrà in rilievo l'altro fondamentale compito degli amministratori, che è quello di costruire assetti organizzativi adeguati e di valutarne l'adeguatezza nel continuo.

A tal fine la diligenza degli amministratori (sempre tenendo conto della diversità dei ruoli) andrà commisurata alla loro capacità o meno di costruire e valutare un sistema di gestione dei crediti idoneo a contenere il rischio di credito, mediante l'approntamento di un sistema di deleghe, di strutture, di funzioni, di politiche, di processi e procedure adeguato.

Il concreto funzionamento di tali assetti va poi curato e monitorato nel continuo (in questo secondo senso, in particolare, dagli amministratori non esecutivi).

In proposito è necessario, peraltro, rimarcare — come già messo in luce dalla migliore dottrina — il ruolo peculiare assunto nelle banche dagli amministratori non esecutivi, con particolare riguardo proprio alla questione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi: “è sufficiente citare le attribuzioni in materia di adeguatezza [degli assetti come regolate dalla Circolare 263 della Banca d'Italia] per comprendere” — si è scritto — “come le stesse travalichino la semplice «valutazione» prevista dall'art. 2381³ c.c., mentre le competenze in tema di governo e gestione dei rischi non appaiono pienamente riconducibili alla funzione che viene normalmente assegnata ad un *monitoring board*, ma investono il consiglio di compiti decisionali che hanno una notevole incidenza sull'organizzazione e sulla gestione della banca e, come tali, non sembrano pienamente potersi inquadrare all'interno di una qualificazione dell'organo collegiale come semplice titolare di una funzione di supervisione e di controllo, nei termini in cui tale funzione viene definita dall'art. 2381 c.c.”⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁸⁾ Così CALANDRA BUONAURO, (nt. 1), 31.

Il tema è, evidentemente, molto delicato e suscita (a mio avviso molto motivate) perplessità ⁽¹⁹⁾. Esso si ricollega anche alla questione delle deroghe che sarebbero apportate dalla normativa di diritto bancario alla disciplina sul dovere di agire su basi informate degli amministratori non esecutivi (di cui all'art. 2381⁶ c.c.), che — si afferma — avrebbe nelle banche una portata diversa, molto più pregnante, rispetto alle società ordinarie.

Anche a fronte di talune prese di posizione della Corte di Cassazione (che sembrano quasi rieccheggiare il precedente dovere di vigilanza degli amministratori non esecutivi ⁽²⁰⁾), la dottrina si spinge — nel tentativo di trovare una posizione di sintesi — a sostenere che “la specialità dell’incarico amministrativo in banca si manifesta pertanto con l’apertura a forme di potestà informativa rafforzate a favore di colui che è sprovvisto di delega [...]. In linea di principio, all’amministratore senza delega sembra quindi consentito interrogare i responsabili delle funzioni di controllo interno, di modo da verificare dall’operato delle strutture poste sostanzialmente a «staff» del *management* se gli atti gestori dei delegati mantengano fede alle strategie di rischio impresse dall’organo con funzione di supervisione strategica. [...] Pare dunque ragionevole ritenere che l’amministratore senza delega sia legittimato ad esercitare un potere che travalica il mero diritto di ottenere informazioni in sede consiliare, sempre che quest’ultima, però, permanga il luogo sintetizzante l’informazione in circolo, dove tutti i consiglieri siano messi in pari condizione di concorrere a favorire una sana e corretta dialettica” ⁽²¹⁾.

(II) Come in ogni contesto di attività di impresa, anche nel settore bancario le decisioni degli amministratori possono essere sindacate — in base alla *business judgment rule* — solo in presenza di manifeste lacune informative, di irragionevolezza o di arbitrio. Particolarmente controversa è, però, l’applicazione di

⁽¹⁹⁾ Cfr. CALANDRA BUONAURA, (nt. 1), cit., 31, particolarmente dubbioso circa il fondamento del potere della Banca d’Italia di porre vincoli all’autonomia privata, derogando alla normativa primaria (in particolare dell’art. 2381 c.c.); l’A. richiama, tuttavia, l’importanza del principio della sana e prudente gestione per la disciplina della gestione della banca. Cfr. in argomento MOSCOVELLA, *L’autonomia delle banche tra nuovo diritto societario e regole di vigilanza. Un doppio binario per la «governance»?*, in *Analisi giur. econ.*, 2004, I, 139 ss.; F. VELLA, *Il nuovo governo societario delle banche nelle disposizioni di vigilanza: spunti di riflessione*, in questa *Rivista*, 2008, I, 1276 ss.; RESCIO, *L’adeguamento degli statuti delle banche alle disposizioni di vigilanza 4 marzo 2008 in materia di organizzazione e governo societario (con particolare riferimento alle banche a sistema dualistico)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 730 ss.; MINTO, *La governance*, (nt. 1).

⁽²⁰⁾ Cfr. Cass., 9 novembre 2015, n. 22848: “nell’ambito delle società bancarie, è stato enfatizzato il dovere di agire informati dei consiglieri non esecutivi: che «non è rimesso, nella sua concreta operatività, alle segnalazioni provenienti dagli amministratori delegati attraverso i rapporti dei quali la legge onera questi ultimi, giacché anche i primi devono possedere ed esprimere costante ed adeguata conoscenza del business bancario e, essendo compartecipati delle decisioni assunte dall’intero consiglio (al quale è affidata l’approvazione degli orientamenti strategici e delle politiche di gestione del rischio dell’intermediario), hanno l’obbligo di contribuire ad assicurare un governo efficace dei rischi in tutte le aree della banca e di attivarsi in modo da poter utilmente ed efficacemente esercitare una funzione dialettica e di monitoraggio sulle scelte compiute dagli organi esecutivi attraverso un costante flusso informativo; e ciò non solo in vista della valutazione dei rapporti degli amministratori delegati, ma anche ai fini della diretta ingerenza nella delega attraverso l’esercizio dei poteri, di spettanza del consiglio di amministrazione, di direttiva e di avocazione» (così, testualmente, Cass. 5 febbraio 2013, n. 2737; nonché 7 agosto 2014, n. 17799)”.

⁽²¹⁾ Così MINTO, *La speciale*, (nt. 1), 30.

questa regola di formazione giurisprudenziale proprio al dovere di costruire e valutare assetti organizzativi adeguati da parte degli amministratori (specialmente nelle banche).

In proposito si registrano, come noto, in dottrina essenzialmente due tesi: per la prima il sindacato giudiziale incontra i limiti derivanti dalla *business judgment rule*; per la seconda i giudici possono sindacare nel merito l'osservanza da parte degli amministratori del dovere di costruire gli assetti e di valutarne l'adeguatezza.

La tesi della disapplicazione della *business judgment rule* può essere sostenuta (e viene sostenuta) sulla base di diverse argomentazioni. La principale è quella per cui nel caso di specie il legislatore avrebbe già identificato con precisione l'obbligo di legge (costruzione e valutazione degli assetti), circoscrivendo nettamente la discrezionalità degli amministratori (e ciò a maggiore ragione in ambito bancario). La *business judgment rule* si applicherebbe solamente dove vi sia effettivo spazio per una "scelta imprenditoriale" e in questo particolare ambito (a fronte di asseriti "obblighi specifici") un margine di discrezionalità imprenditoriale non sussisterebbe⁽²²⁾.

Questa tesi è, però, a mio avviso (come ho già avuto modo di scrivere) opinabile, posto che la *business judgment rule* si applica, secondo l'orientamento dottrinale consolidato, anche agli obblighi specifici (ad esempio, alla redazione del bilancio, alla decisione di convocare l'assemblea ex art. 2447 c.c., etc.); resta, poi, anche da comprendere sino a che punto l'obbligo di predisporre e valutare gli assetti sia veramente da intendersi come "specifico e dettagliato".

Anche a questo proposito la dottrina più autorevole osserva — con specifico riferimento alle società bancarie (nelle quali, come si è visto, il ruolo degli amministratori non esecutivi risulta per alcuni aspetti avvicinato a quello degli esecutivi dalla disciplina della Banca d'Italia, con conseguentemente incremento del rischio per costoro di incorrere in responsabilità) — che "affermare che le scelte organizzative dirette a tradurre il principio di adeguatezza non rientrano nella discrezionalità gestionale significa ritenere che esse debbano essere necessariamente conformi ad un astratto modello ritenuto ottimale, senza tenere conto che la definizione di strutture organizzative, di risorse e di procedure in cui tradurre il principio di adeguatezza presenta notevoli margini di opinabilità e non può sottrarsi ad una valutazione di costi e benefici che rientra nella discrezionalità imprenditoriale"⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Cfr. in questa direzione, ad esempio, MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 828; MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischi organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, 739 ss.; AMATUCCI, (nt. 1), 1026 ss.

⁽²³⁾ Così CALANDRA BUONAURO, (nt. 1), 54; l'A. esclude espressamente che la disciplina della Banca d'Italia, "nonostante l'articolata definizione dei compiti e responsabilità, non lasci più alcuno spazio all'autonomia gestionale, se non quello ovvio di prevedere ulteriori cautele rispetto a quelle imposte dalla regolamentazione" (pag. 35).

In proposito, mi pare opportuno ricordare che la riforma del diritto delle società di capitali ha eliminato il generale dovere di vigilanza degli amministratori a fronte dell'esigenza di "evitare indebite estensioni" della responsabilità degli amministratori non esecutivi e di impedire il fenomeno

Anche a mio giudizio la *business judgment rule* non dovrebbe venire disattesa in caso di violazione di “doveri specifici”, quanto piuttosto in presenza di violazioni del dovere di agire informati e/o di “omissioni” di portata tale da poter essere qualificate come espressione di un comportamento non razionale. Ogni qualvolta ci si trovi, infatti, in presenza di un effettivo processo di “*directorial decisionmaking*” (anche riferito alla costruzione e valutazione degli assetti) effettuato su basi informate e razionali, la *business judgment rule* dovrebbe trovare applicazione⁽²⁴⁾ (non a caso, nel diritto statunitense l’“*implementation of oversight programs*” viene sempre considerata una vera e propria “*business decision*”) (25).

Il quesito riguarda semmai il “quando” le omissioni nella valutazione degli assetti da parte degli amministratori non esecutivi (all’inizio e nel corso del mandato) siano equiparabili ad un’omissione tale da determinare la disapplicazione della *business judgment rule*.

Una totale omissione potrà riscontrarsi nel caso in cui una valutazione non venga effettuata integralmente. Ove, invece, essa venga realizzata, la condotta degli amministratori può sollevare un tema di decisione disinformata (con conseguente applicazione di un sindacato giudiziale pieno), oppure di una valutazione da reputarsi comunque informata e assunta su basi razionali (come tale assoggettata alla *business judgment rule*) (26).

Un discorso a parte va effettuato, infine, in tutti i casi in cui sussistano dei

dell’“allonta[mento del]le persone più consapevoli dall’accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili” (cfr. Relazione al d. lgs. 6/2003, § 6.III.4). Gli stessi argomenti sono sottesi all’applicazione alle decisioni del *board of directors* della *business judgment rule* secondo l’insegnamento tradizionale della dottrina (e della giurisprudenza) statunitensi: v. per tutti, con riferimento anche alle banche, ORENSTEIN, *A modified Caremark standard to protect shareholders of financial firms from poor risk management*, in 86 *New York univ. law rev.* 796 (2011), 770 s.

(24) Conforme ad esempio KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.Vv., *Amministrazione e controllo*, (nt. 22), 725; v. anche IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 87 ss.

(25) La giurisprudenza statunitense, in particolare nel caso *Stone v. Ritter*, A.2d 362 (*Del. Supreme Court*, 2006), ha individuato quali “*necessary conditions for director oversight liability*” le seguenti: “(a) *the directors utterly failed to implement any reporting or information system or controls; or (b) having implemented such a system or controls, consciously failed to monitor or oversee its operation thus disabling themselves from being informed of risks or problems requiring attention*”. Nella stessa direzione si vedano anche i casi *Wood v. Baum*, 953 A.2d 136 (*Del. Supreme Court*, 2008); *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation* 964 A.2d 106 (*Del. Ch.* 2009); più recentemente *In re Central Laborers Pension Fund, et al. V. James Dimon, et al.*, No. 14-4516 (2nd *Circ.* 2016). Nella letteratura v. spec. PAN, *A board’s duty to monitor*, in 54 *New York law school l. rev.* 721 (2009-2010); ID., *Rethinking the board’s duty to monitor: a critical assessment of the Delaware doctrine*, in 38 *Fl. st. univ. l. rev.* 209 (2011) (anche per l’illustrazione di ulteriori casi giurisprudenziali); BAINBRIDGE, *Caremark and enterprise risk management*, 34 *J. corp. law.* 967 (2009); in tema di intermediari finanziari v. spec. ORENSTEIN, (nt. 23).

(26) Cfr. ancora una volta CALANDRA BUONAURA, (nt. 1), 34: la regola va disapplicata in caso di “adozione di procedure valutative carenti e di misure evidentemente inidonee o nella manifesta irrazionalità delle scelte rispetto alle *best practice dei competitors* di analoghe dimensioni”; v. anche pag. 36 con specifico riferimento all’adozione del RAF: “la scelta potrebbe rivelarsi imprudente o irragionevole qualora la banca non si sia dotata o non abbia la possibilità di dotarsi degli strumenti, delle risorse e delle procedure necessarie ai fini di un adeguato monitoraggio e di una corretta gestione degli obiettivi di rischio che l’organo amministrativo ha ritenuto di assumere”.

conflitti di interessi: in queste circostanze, infatti, è compito degli amministratori dimostrare l’*entire fairness*” della decisione di concessione del credito (anche mediante applicazione delle apposite procedure per le operazioni con parti correlate) o di mantenimento dello stesso in una certa categoria (la *business judgment rule* non può, infatti, trovare applicazione per gli amministratori in conflitto).

ANDREA VICARI

Abstract

The United Sections of the Supreme Court recently ruled that the so called “impure” claims made clause is not vexatious; it, under certain conditions, may, however, be declared void for lack of worthiness where it determines a significant imbalance in the rights and obligations under the contract.

The article aims to consider whether — in the face of the marked cognitive limits of the judicial authority in assessing the “balance” of the insurance contract and running the numbers of the underlying technical calculations (with possible price increases for the clients) — it is more efficient to move the protection of customers on the floor of more stringent obligations for the companies on the level of pre-contractual information and transparency.