

Orientamenti in ordine alla disciplina dell'incompatibilità ex art. 8, comma 8, DM Tesoro 703/1996 ed ai requisiti di professionalità ex art. 4, comma 2, DM Lavoro 211/1997*

1. Considerazioni in ordine alla disciplina dell'incompatibilità ex art.8, comma 8, DM Tesoro 703/1996

L'articolo 8, comma 8 del DM Tesoro 703/1996 stabilisce, tra l'altro, che le funzioni di membro degli organi di amministrazione, direzione e controllo (nel caso di fondo aperto la disposizione è riferibile alla sola figura del responsabile del fondo) del fondo pensione sono incompatibili con le "funzioni di direzione dei soggetti sottoscrittori" del fondo stesso.

Preliminarmente, si rileva che la norma citata si applica ai fondi di nuova istituzione, mentre la disciplina relativa alle regole in materia di conflitto di interessi per i fondi preesistenti dovrà essere definita con decreto del Ministro del Tesoro, d'intesa con la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, ai sensi dell'art. 18, comma 2, d.lgs.124/1993.

Ci si sofferma, quindi, sulla questione relativa all'ambito di applicazione della disposizione in oggetto, con specifico riferimento a coloro che svolgono 'funzioni di direzione' nell'ambito dei soggetti sottoscrittori, in primo luogo con riguardo alle associazioni di categoria e sindacali e, quindi, anche in relazione alle realtà aziendali.

Innanzitutto, occorre notare che il legislatore non ha riproposto per i soggetti sottoscrittori la tripartizione 'amministrazione, direzione e controllo', limitando l'incompatibilità ai soli soggetti che svolgono funzioni di direzione.

A questo riguardo, si rileva che i soggetti sottoscrittori di tipo associativo hanno strutture interne molto variegate con diversi organi denominati in modi differenti, con riguardo ai quali non risulta facile definire in termini generali funzioni e competenze: ciò rende difficoltoso, ad esempio, distinguere tra organi di amministrazione e organi con funzioni direttive.

Una prima limitazione del campo di applicazione può essere data con riferimento all'ambito territoriale.

Partendo dal dato letterale della norma, qualora l'accordo di istituzione del fondo pensione sia stipulato dalle associazioni a carattere 'nazionale', si ritiene che solo i membri di organi di direzione delle associazioni nazionali si troverebbero nella situazione di incompatibilità prevista dal DM Tesoro 703, in quanto appartenenti ad organi del 'soggetto sottoscrittore'. In tal caso, ovviamente, la disposizione sull'incompatibilità non sarebbe applicabile ai membri di organi a carattere regionale o aziendale della stessa associazione.

Analogamente, qualora l'accordo fosse stipulato a carattere regionale, o a livello aziendale, dovrebbero essere considerati rispettivamente incompatibili gli appartenenti ad organi di direzione dello specifico soggetto sottoscrittore, ossia dell'associazione regionale o aziendale.

Ciò premesso, per dare una corretta interpretazione alla disposizione in esame occorre notare che non sono certamente ascrivibili tra gli organi che svolgono funzioni direttive gli organi assembleari degli associati o degli iscritti, anche nei casi in cui questi siano di 'secondo livello' (ad esempio assemblea dei delegati). Tali organi si caratterizzano in quanto svolgono funzioni di indirizzo politico-istituzionale dell'ente. Allo stesso modo, vanno esclusi dall'applicazione della

disposizione sull'incompatibilità i membri degli organi, comunque denominati, che svolgono compiti relativi alla vigilanza sulla regolarità delle spese, sulla contabilità e sulla redazione del rendiconto o bilancio annuale, in quanto questi sono da classificarsi come organi di controllo. Infine, per ciò che concerne gli organi denominati 'Consigli', 'Giunte', 'Comitati', è necessario analizzare le funzioni concretamente svolte. Infatti, laddove si tratti di funzioni di alta amministrazione (indirizzo e scelte strategiche) e, nel contempo, di carattere consultivo generale – e non anche di attribuzioni gestionali e di decisione operativa – si deve ritenere che anche rispetto ai componenti di tali organi non si applicheranno le disposizioni sull'incompatibilità. Per maggior chiarezza si ricorda che tra i compiti più strettamente tipici di tali organi – che, per continuità con la classificazione societaria, possiamo definire organi di amministrazione – rientrano la redazione del rendiconto o bilancio da sottoporre all'assemblea e la convocazione dell'assemblea.

Così definite le esclusioni, è necessario analizzare quali possano essere le effettive funzioni di direzione rilevanti ai fini dell'applicazione del principio di incompatibilità di cui all'art. 8, comma 8, secondo periodo, DM Tesoro 703/1996 e quali siano gli organi ai quali tali funzioni possono essere attribuite.

In generale, si devono considerare organi di direzione quelli che svolgono funzioni assimilabili a quelle del direttore generale o dell'amministratore delegato delle società. Si tratta di funzioni che, innanzitutto, riguardano la gestione operativa dell'ente e sono volte a garantire il funzionamento dell'organizzazione. Tali funzioni comportano normalmente discrezionalità nella definizione ed attuazione delle spese, pur nell'ambito del bilancio preventivo, autonomia nell'organizzazione degli uffici, potere di direzione, anche in senso gerarchico, della struttura.

Tali funzioni, per quanto attiene alle associazioni di tipo sindacale, sono esercitate da organi collegiali che vengono, di solito, denominati 'Segreteria generale' (o nazionale o associativa) ovvero possono essere attribuite ad un organo monocratico, per lo più definito Segretario. In caso di compresenza dell'organo collegiale e di quello monocratico, ai fini dell'individuazione delle funzioni di direzione rileveranno i poteri e le deleghe concretamente attribuiti. Nelle associazioni datoriali tali funzioni vengono normalmente esercitate dal Presidente e/o dal Direttore Generale.

Si ribadisce, in ogni caso, che la sola denominazione non può essere significativa per l'individuazione dei soggetti ai quali si applica il regime dell'incompatibilità, essendo necessaria una valutazione delle funzioni attribuite all'organo sulla base dello statuto dell'ente.

Nel caso in cui le funzioni descritte siano svolte da un solo soggetto unicamente questi sarà nella posizione di incompatibilità descritta dall'art. 8, comma 8, DM Tesoro 703/1996; nel caso in cui, invece, l'organo che esercita tali funzioni sia collegiale tutti i membri saranno in condizioni di incompatibilità.

Evidenziato quanto sopra, in termini generali, si deve tuttavia osservare che, dall'esame di alcuni statuti di associazioni sindacali e datoriali, emerge talvolta una certa commistione di funzioni di amministrazione e funzioni di direzione in senso stretto, che rende problematica una distinzione funzionale analoga a quella di organi societari.

In tutti i casi in cui organi diversi svolgano alcune delle funzioni indicate, sommando competenze amministrative a competenze direttive, un atteggiamento prudenziale suggerirebbe di dare ampia applicazione alle disposizioni sull'incompatibilità.

Passando ora a verificare a quali organi siano da attribuire le "funzioni di direzione" nel caso in cui il soggetto sottoscrittore sia una singola azienda, si rileva che – come anticipato – tali funzioni vengono normalmente esercitate dal direttore generale e dall'amministratore delegato, ai

quali sono di regola attribuite deleghe di funzioni tali da consentire l'esercizio di quel potere decisionale che è alla base della situazione di potenziale incompatibilità.

Infine, si vuol precisare che, con riferimento al disposto dell'art. 3, comma 1, lett. b) del d.lgs. 124/1993, che attribuisce alle associazioni di categoria e ai sindacati il compito di promuovere accordi tra lavoratori autonomi o liberi professionisti per l'istituzione di forme pensionistiche complementari, considerato il ruolo di rilievo che le associazioni svolgono, sia nella fase genetica che – in chiave propositiva – nel corso dell'attività del fondo e tenendo conto della possibilità che – anche per attuare previsioni inserite in sede di 'promozione' dell'accordo – negli organi del fondo vi siano rappresentanti dell'associazione promotrice, l'interpretazione sistematica della normativa sull'incompatibilità porta a ritenere che la stessa debba essere applicata anche con riferimento ai soggetti che svolgono funzioni di direzione nell'ambito del soggetto promotore, qualificabili nei termini sopra descritti.

2. Considerazioni circa il differente ambito applicativo delle disposizioni sui requisiti di professionalità (art. 4, co.2, DM Lavoro 211/1997) e sulle incompatibilità (art. 8, co.8, DM Tesoro 703/1996)

Con riferimento alle espressioni "funzioni di carattere direttivo" contenute nelle lettere a), b), c), d), dell'art.4, comma 2, DM Lavoro 211/1997, si ritiene utile fornire un'interpretazione che tenga conto anche delle diversità di tale espressione rispetto a quella utilizzata dall'art. 8, comma 8, DM Tesoro 703/1996, commentato nel precedente paragrafo.

Per ciò che attiene ai requisiti di professionalità dei membri degli organi di amministrazione e controllo del fondo nonché del responsabile del fondo si ricorda che l'art. 4 del DM Lavoro 211/1997 richiede che i soggetti abbiano svolto, per uno o più periodi complessivamente non inferiori ad un triennio, funzioni di amministrazione o "di carattere direttivo" presso società o enti del settore creditizio (art. 4, comma 2, lett. a), presso fondi pensione (lett. b), presso organismi con finalità previdenziali (lett. c), presso enti o organismi associativi a carattere nazionale (lett. d). Inoltre, per quanto riguarda gli organismi con finalità previdenziali e gli organismi associativi è requisito valido anche la partecipazione, per un eguale periodo, ad organi collegiali dell'ente. La norma sembrerebbe poter interferire, soprattutto per ciò che attiene alla lettera d), con la disciplina dell'incompatibilità – considerato che l'art. 8, comma 8, DM Tesoro 703/1996 si riferisce alle "funzioni di direzione" del soggetto sottoscrittore – laddove si ritenesse coincidente il significato delle due disposizioni.

Ma proprio il diverso tenore letterale delle due norme ("funzioni di carattere direttivo" e "funzioni di direzione") è chiaramente indicativo dell'intento di riconoscere ad esse un diverso ambito applicativo

Inoltre, da un punto di vista sostanziale, la *ratio* sottostante alle due disposizioni è differente.

Infatti, da un lato rileva la preparazione professionale, la competenza e l'esperienza dei soggetti, comprovata dall'aver svolto funzioni a carattere direttivo – il che giustifica il riferimento più ampio dato dall'utilizzo del termine 'carattere' - dall'altro, ossia nel caso dell'incompatibilità, rileva invece l'effettivo potere decisionale esercitato, poiché soltanto qualora lo stesso soggetto sia titolare di funzioni decisionali sia per il fondo pensioni sia per l'ente sottoscrittore si può verificare la situazione di conflitto di interessi.

Ritenere dunque la platea dei possibili soggetti cui si riferisce la norma sulla professionalità più ampia di quella dei soggetti considerati incompatibili non solo non contrasta con la lettera delle due disposizioni, ma è anzi pienamente funzionale alla natura ed alla *ratio* delle stesse.

Infine, per ciò che attiene specificamente all'interpretazione della disposizione sui requisiti di professionalità, ossia sul significato da attribuire alle “funzioni di carattere direttivo” citate dall'art. 4, comma 2 lettere a, b, c, d, DM Tesoro 703, si rinvia al successivo paragrafo.

3. Valutazione delle caratteristiche concrete delle “funzioni di carattere direttivo” di cui all'art. 4, comma 2, DM lavoro 211/1997

Negli “Orientamenti su quesiti in materia di fondi preesistenti”¹ si manifesta l'avviso che l'espressione “funzioni di carattere direttivo” di cui all'art. 4, comma 2, lett. a), del DM Lavoro 211/1997, si riferisca alla concreta “attività di direzione di un settore aziendale” con attribuzione formale delle qualifiche dirigente o funzionario.

Al di là dello specifico riferimento alla sola lettera a), contenuto nel predetto documento (che prendeva spunto da quesiti concreti posti all'attenzione della Commissione), si ritiene di procedere all'analisi del tema in oggetto anche con riguardo alle successive lettere del medesimo comma.

Si osserva, *in primis*, che la qualifica contrattuale di “funzionario” viene utilizzata tipicamente nei contratti collettivi del settore creditizio ed assicurativo e si evidenzia la possibilità che nell'ambito dei prossimi rinnovi contrattuali si proceda all'abolizione della categoria stessa. In ogni caso, si ritiene opportuno fornire un'interpretazione che risulti applicabile anche nei casi in cui non sia prevista la qualifica di funzionario.

Al riguardo si ritiene che possa risultare inadeguato considerare rilevante per la qualificazione professionale il solo inquadramento contrattuale, per quanto questo costituisca un significativo e oggettivo parametro di riferimento.

Sulla base delle previsioni contrattuali e delle interpretazioni giurisprudenziali si può ritenere che le funzioni direttive si caratterizzino prevalentemente per l'attribuzione della direzione di uffici e per il conferimento della firma sociale, riferito a atti di rilevanza esterna e di contenuto significativo.

Volendo prescindere dalla qualifica contrattuale, pertanto, risulta necessario valutare le funzioni concretamente svolte dal soggetto. In tal senso, la direzione di un settore aziendale di rilevante importanza, il potere di rappresentanza della società, un adeguato livello di autonomia decisionale e di discrezionalità nell'individuazione ed attuazione degli obiettivi dell'impresa, possono essere tutti elementi da considerarsi significativi per la valutazione della professionalità.

Si può quindi ritenere che, in assenza della qualifica di dirigente – la quale presuppone di per se stessa l'esistenza di un adeguato livello di professionalità – sarà necessario valutare in maniera complessiva la qualifica ricoperta e le funzioni del soggetto per definire l'esistenza di “Funzioni di carattere direttivo”.

Occorre, tuttavia, rilevare come una tale interpretazione ampli i livelli di discrezionalità del Consiglio di Amministrazione, al quale è rimessa ogni valutazione dei requisiti di professionalità.

Pertanto, sarà opportuno che tale valutazione sia condotta con estrema attenzione, tenendo conto di elementi certi ed obiettivi quali l'effettiva direzione di settori aziendali, l'attribuzione di

poteri di firma di atti di rilevanza esterna di contenuto significativo, un adeguato livello di autonomia e discrezionalità, e così via, anche in relazione alla tipologia di organizzazione imprenditoriale e alle dimensioni sia dell'azienda sia dell'eventuale settore affidato.

Si può ritenere che, anche in linea con le indicazioni fornite in materia da altre Autorità di Vigilanza, i requisiti di professionalità richiesti dalla normativa vigente sussistano anche qualora il soggetto abbia svolto le funzioni descritte nell'ambito non solo delle società e degli enti indicati nel DM Lavoro 211/1997, ma anche nelle relative proiezioni organizzative e negli organismi di controllo dei settori interessati.

Valutazioni analoghe possono essere effettuate anche con riferimento alle funzioni di carattere direttivo esercitate presso enti ed organismi associativi, a carattere nazionale, di rappresentanza di categoria, di cui all'art. 4, comma 2, lett.d) del DM Lavoro 211/1997.

Rilevato che la locuzione "a carattere nazionale" è riferita all'ente ed organismo associativo, funzioni eventualmente esercitate presso strutture territoriali o periferiche di tale enti ed organismi dovranno essere valutate, ai fini del riconoscimento dei prescritti requisiti di professionalità, avendo riguardo all'effettivo carattere direttivo delle funzioni medesime, tenendo conto di quegli elementi oggettivi sopra descritti, ivi compreso l'assetto organizzativo dell'organismo di riferimento e l'ambito dimensionale della struttura territoriale.

Il documento è stato approvato dalla Commissione il 23 aprile 1998

¹ Cfr. Bollettino Commissione di Vigilanza sui fondi pensione, n.1, Settembre- Dicembre 1997.