

Roma, 9 marzo 2012

Spett.le

BANCA D'ITALIA

Servizio Normativa e politiche di vigilanza

Divisione Normativa prudenziale

Via Nazionale n. 91

00184 ROMA



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Prot.0216993/12 del 09/03/2012



OGGETTO: Documento per la consultazione concernente le disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari in attuazione del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 - Osservazioni relative alle società fiduciarie.

Nel documento per la consultazione concernente le disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari in attuazione del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (di seguito, "Provvedimento in consultazione"), con riferimento alle società fiduciarie codesto spettabile Istituto, nel richiamare il testo dell'art. 199 TUF, così come da ultimo modificato dal d.lgs. 141/2010, precisa che le istruzioni che verranno da essa emanate concerneranno i seguenti aspetti:

- a) il procedimento di autorizzazione (applicazione dell'art. 107 TUB, in quanto compatibile);

- b) la vigilanza sulle società fiduciarie iscritte nel nuovo albo al fine di assicurare il rispetto della normativa antiriciclaggio (vigilanza esercitata ai sensi dell'art. 108 TUB, in quanto compatibile);
- c) l'applicazione alle società fiduciarie degli articoli 110, 113 *bis* e 113 *ter* TUB.

Tanto premesso, si analizzeranno qui di seguito, in maniera più dettagliata, i summenzionati profili e si espongono i commenti della scrivente Associazione.

a) Il procedimento di autorizzazione (applicazione dell'art. 107 TUB, in quanto compatibile)

Come noto, la vigente normativa prevede un regime di duplice autorizzazione. Infatti, mentre da un lato resta ferma l'autorizzazione ai sensi della l. n. 1966/1939 da parte del Ministero dello Sviluppo Economico, dall'altro lato le società fiduciarie che alternativamente: (i) siano soggette al controllo, diretto o indiretto, di una banca o di un intermediario finanziario; oppure (ii) siano costituite in forma di società per azioni e abbiano capitale versato non inferiore a Euro 240.000 - seppur già autorizzate dal Ministero dello sviluppo economico, debbono necessariamente ottenere dalla Banca d'Italia l'autorizzazione all'iscrizione alla sezione speciale dell'albo di cui all'art. 106 TUB, al fine di poter esercitare la loro attività.

Con riferimento alle società fiduciarie di nuova costituzione in possesso dei requisiti per l'iscrizione all'albo *ex art.* 106 TUB, nelle Consultazioni si specifica che esse "*prima di presentare la domanda di iscrizione nella sezione separata dell'albo degli intermediari finanziari, dovranno ottenere l'autorizzazione del Ministero dello sviluppo economico*". Va dunque da sé che l'autorizzazione di Banca d'Italia dovrà sempre intervenire "in seconda battuta", ossia nei confronti di società fiduciarie già autorizzate dal Ministero dello Sviluppo Economico.

La Banca d'Italia precisa che la disciplina autorizzativa sarà la medesima prevista per gli intermediari finanziari *ex art. 106 TUB*, fatte salve la misura del capitale sociale e la limitazione dell'oggetto sociale alle sole attività autorizzate dal Ministero dello Sviluppo Economico e non anche alle altre attività previste dall'*art. 106 TUB*. A tale riguardo, si osserva che la Banca d'Italia correttamente riferisce il requisito di 240.000 Euro alle sole società fiduciarie di tipo "statico" non controllate da una banca o da un ente finanziario, mentre, con riguardo all'oggetto sociale, si conviene sul fatto che esso sarà quello risultante dalla disciplina originaria (*i.e.* la l. n. 1966/1939 e il D.M. 16 gennaio 1995), così come concordato con il Ministero.

Rimane aperta la questione se il richiamo dell'*art. 107 TUB* implichi la sussistenza di requisiti ulteriori rispetto a quelli sopra menzionati. Si riporta di seguito il testo dell'*art. 107 TUB*, con i commenti a margine:

- *"1. La Banca d'Italia autorizza gli intermediari finanziari ad esercitare la propria attività al ricorrere delle seguenti condizioni:*
- *a) sia adottata la forma di società di capitali"*: occorre precisare che questo requisito vale per le sole società fiduciarie non controllate da una banca o da un ente finanziario, per le quali è lo stesso articolo 199 TUF a prescrivere la forma di società per azioni.
- *"b) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica"*: si ritiene tale requisito applicabile alle società fiduciarie.
- *"c) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia anche in relazione al tipo di operatività"*: si ritiene tale requisito applicabile alle società fiduciarie. Va comunque specificato che già la legge, all'*art. 199 TUF*, stabilisce, per le sole società fiduciarie non controllate da una banca o da un ente finanziario, il requisito di capitale pari a 240.000 Euro. Per le società fiduciarie controllate da una banca o da un ente finanziario, il requisito di capitale minimo potrà essere inferiore. In ogni caso, merita ricordare che, secondo la disciplina originaria di cui al D.M. 16 gennaio 1995 (*art. 5, co. 15*), al momento dell'autorizzazione il capitale sociale delle società fiduciarie deve essere integralmente versato ed esistente.

- *“d) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto”*: si ritiene tale requisito applicabile alle società fiduciarie. Peraltro, la medesima documentazione deve essere depositata, *inter alia*, nel procedimento autorizzativo presso il Ministero dello Sviluppo Economico, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1 e 2 del r.d. 531/1940 e art. 5, comma 9, del DM 16 gennaio 1995. Si segnala che, ai sensi del richiamato DM 16 gennaio 1995, nella documentazione da presentare al Ministero dello Sviluppo Economico in sede di autorizzazione è necessario dare altresì conto dell'istituzione e tenuta dell'Archivio unico informatico, ai fini della disciplina antiriciclaggio, di cui all'art. 37 d.lgs. 231/2007.
- *“e) il possesso da parte dei titolari di partecipazioni di cui all'articolo 19 e degli esponenti aziendali dei requisiti previsti ai sensi degli articoli 25 e 26”*: si ritiene tale requisito non applicabile alle società fiduciarie. Il punto necessita chiarimenti in ragione del fatto che l'art. 110 TUB, richiamato dall'art. 199 TUF, a sua volta espressamente contempla gli artt. 19, 25 e 26 del TUB e, quindi, potrebbe rendere applicabile alle società fiduciarie il loro contenuto (ivi comprese le norme in tema di requisiti di onorabilità dei soci e di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali). A parere della scrivente Associazione i requisiti dei soci e degli esponenti aziendali delle società fiduciarie restano quelli della disciplina originaria anche nel caso di iscrizione all'albo speciale. Sul punto, si tornerà *infra* nel paragrafo relativo alle attività di vigilanza.
- *“f) non sussistano, tra gli intermediari finanziari o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolino l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza”*: si ritiene tale requisito non applicabile alle società fiduciarie.
- *“g) l'oggetto sociale sia limitato alle sole attività di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 106”*: si ritiene tale requisito non applicabile per le motivazioni esposte al precedente punto e). Si ritiene che andrebbe chiarito che l'oggetto sociale e le attività svolte dalle società fiduciarie restano quelli dettati dalla disciplina originaria anche nel caso di iscrizione all'albo speciale, come, peraltro, chiarisce lo stesso Provvedimento in consultazione.

- “2. La Banca d'Italia nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni indicate nel comma 1 non risulti garantita la sana e prudente gestione”: posto che la competenza a valutare, in via generale, la sana e prudente gestione delle società fiduciarie spetta al Ministero dello Sviluppo Economico, occorre che la Banca d'Italia applichi la norma nei limiti delle competenze alla stessa affidate in materia di normativa antiriciclaggio.
- “3. La Banca d'Italia disciplina la procedura di autorizzazione, i casi di revoca, nonché di decadenza, quando l'intermediario autorizzato non abbia iniziato l'esercizio dell'attività, e detta disposizioni attuative del presente articolo”: si ritiene tale disposizione applicabile alle società fiduciarie di nuova autorizzazione e non a quelle già esistenti alla data di modifica dell'art. 199 del TUF.

In buona sostanza, quello che non risulta chiaro nel Provvedimento in consultazione è se, in funzione del richiamo dell'articolato del TUB alle società fiduciarie, si reputi applicabile il regime di autorizzazione all'assunzione delle partecipazioni nelle società fiduciarie che richiedano l'iscrizione nell'albo speciale e, conseguentemente, se il regime di autorizzazione di Banca d'Italia comprenda anche una valutazione della qualità dell'azionariato e la verifica sulla sussistenza del requisito della c.d. sana e prudente gestione.

Al riguardo, la scrivente Associazione constata che tale valutazione è già affidata dalla legge al Ministero vigilante e che la Banca d'Italia, in ragione della specialità della funzione di vigilanza limitata al rispetto della disciplina antiriciclaggio, non è tenuta a riproporla.

Peraltro, codesta Banca d'Italia, nelle premesse al Provvedimento in consultazione, precisa che “le disposizioni che verranno emanate terranno conto dell'attuale fisionomia ed operatività delle società fiduciarie, per quanto riguarda sia la delimitazione delle attività esercitabili sia la circostanza che le stesse sono autorizzate e vigilate anche da parte del Ministero per lo Sviluppo economico”.

b) la vigilanza sulle società fiduciarie iscritte nel nuovo albo al fine di assicurare il rispetto della normativa antiriciclaggio (applicazione dell'art. 108 TUB, in quanto compatibile)

Il primo comma dell'art. 108 del TUB dispone testualmente: *"1. La Banca d'Italia emana disposizioni di carattere generale aventi a oggetto l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni, nonché l'informativa da rendere al pubblico sulle predette materie. La Banca d'Italia può adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singoli intermediari per le materie in precedenza indicate. Con riferimento a determinati tipi di attività la Banca d'Italia può inoltre dettare disposizioni volte ad assicurarne il regolare esercizio"*.

Iniziando dall'adeguatezza patrimoniale e dal contenimento del rischio, il Provvedimento in consultazione dispone che verrà previsto un requisito patrimoniale a fronte del rischio operativo riveniente dalla mancata conformità alla normativa antiriciclaggio, che potrebbe essere commisurato:

- a una percentuale dei ricavi;
- a una percentuale dei costi operativi;
- a una percentuale delle masse fiduciarie.

In considerazione del tipo di attività esercitata dalle società fiduciarie, che non configura l'erogazione di credito, né l'assunzione di posizioni in proprio – essendo l'attività fiduciaria per definizione una attività per conto dei propri fiducianti - l'Associazione ritiene che sia congrua l'utilizzazione del primo criterio, ossia quello riferito ai ricavi, o quello relativo al margine operativo, in analogia con quanto previsto per le SIM (per le quali il requisito patrimoniale a fronte del rischio operativo è pari al 15 per cento della media delle ultime tre osservazioni su base annuale del margine di intermediazione). Peraltro, ove codesta Autorità intendesse assumere il terzo criterio suindicato, considerando che, ai fini della

disciplina che qui interessa, rileva principalmente l'attività di custodia e amministrazione di valori mobiliari (art. 199, co. 2 TUF) esercitata dalle società fiduciarie, trattandosi di ambito di operatività ben più circoscritto rispetto a quello per il quale il predetto requisito patrimoniale è prescritto per le SIM, si ritiene che per le società fiduciarie il requisito patrimoniale debba essere costruito in misura inferiore.

Quanto all'organizzazione amministrativa e contabile ed ai controlli interni, il Provvedimento in consultazione precisa che *“alle società fiduciarie si intende applicare le disposizioni previste per gli intermediari finanziari in materia di organizzazione amministrativa e contabile nonché di controlli interni, tenuto conto che una organizzazione robusta è un presupposto necessario a prevenire il coinvolgimento del soggetto in fenomeni di riciclaggio”*.

Sul punto, è opportuno sottolineare che l'art. 108 TUB disciplina i poteri di vigilanza regolamentare (ossia l'emanazione di norme secondarie) della Banca d'Italia nei confronti degli intermediari finanziari in modo analogo a quanto previsto dall'art. 53 TUB nei confronti delle banche. Già ad una prima lettura è possibile constatare che, se la potestà regolamentare attribuita a Banca d'Italia dall'art. 108 TUB è molto vasta, tuttavia, con riferimento alle società fiduciarie, essa va temperata con quanto stabilito dall'art. 199 TUF e nel Provvedimento in consultazione, ove si afferma che *“i poteri dell'Autorità di vigilanza saranno finalizzati alla copertura dei fini e degli scopi di cui alla normativa antiriciclaggio”*.

Ebbene, in materia di antiriciclaggio e organizzazione e controlli interni, codesta Banca d'Italia ha già esercitato la potestà regolamentare con l'emanazione del Provvedimento del 10 marzo 2011 - in vigore dal 1° settembre 2011 -, recante puntuali disposizioni in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231. Tale provvedimento, che ha tra i destinatari le società fiduciarie di cui all'art. 199 del TUF,

disciplina in modo dettagliato gli assetti organizzativi a salvaguardia dei rischi di riciclaggio e finanziamento del terrorismo.

Un'ulteriore regolamentazione della materia rappresenterebbe pertanto una duplicazione, inopportuna e inutile, di rimedi e presidi organizzativi.

Alla luce di quanto precede, si nutrono seri dubbi sull'applicabilità alle società fiduciarie del titolo III delle istruzioni di vigilanza di cui alle Consultazioni, tenuto conto del fatto che le società fiduciarie si sono già dotate di una struttura organizzativa conforme a quanto disposto dal Provvedimento dell'11 marzo 2011 e che sarebbe, oltre che irragionevole, in contrasto anche con il principio di proporzionalità l'imposizione di stringenti obblighi organizzativi concepiti per finalità diverse da quelle del solo rispetto della normativa antiriciclaggio (ad esempio, la funzione di controllo di conformità istituita al solo fine di prevenire la violazione degli obblighi di cui al d.lgs 231/2007 sarebbe sostanzialmente una replica della funzione antiriciclaggio istituita ai sensi del Provvedimento dell'11 marzo 2011).

L'art. 108 TUB prevede inoltre che *"2. Le disposizioni emanate ai sensi del comma 1 prevedono che gli intermediari finanziari possano utilizzare:*

a) le valutazioni del rischio di credito rilasciate da società o enti esterni previsti dall'articolo 53, comma 2-bis, lettera a);

b) sistemi interni di misurazione dei rischi per la determinazione dei requisiti patrimoniali, previa autorizzazione della Banca d'Italia.

3. La Banca d'Italia può:

a) convocare gli amministratori, i sindaci e i dirigenti degli intermediari finanziari per esaminare la situazione degli stessi;

b) ordinare la convocazione degli organi collegiali degli intermediari finanziari, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni;

c) procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali degli intermediari finanziari quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla lettera b);

d) adottare per le materie indicate nel comma 1, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singoli intermediari finanziari, riguardanti anche la restrizione delle attività o della struttura territoriale, nonché il divieto di effettuare determinate operazioni, anche di natura societaria, e di distribuire utili o altri elementi del patrimonio.

4. Gli intermediari finanziari inviano alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, le segnalazioni periodiche nonché ogni altro dato e documento richiesto. Essi trasmettono anche i bilanci con le modalità e nei termini stabiliti dalla Banca d'Italia.

5. La Banca d'Italia può effettuare ispezioni presso gli intermediari finanziari e richiedere a essi l'esibizione di documenti e gli atti che ritenga necessari.

6. Nell'esercizio dei poteri di cui al presente articolo la Banca d'Italia osserva criteri di proporzionalità, avuto riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura specifica dell'attività svolta".

Si ritiene che anche tali disposizioni trovino applicazione nei confronti delle società fiduciarie esclusivamente nei limiti sopra riferiti, tenendo in debita considerazione la circostanza che alle società fiduciarie è interdetta l'attività di concessione di finanziamenti, sotto qualsiasi forma.

c) L'applicazione alle società fiduciarie degli articoli 110, 113 bis e 113 ter TUB

Nulla quaestio sull'applicabilità alle società fiduciarie degli articoli 113 bis e 113 ter TUB, concernenti rispettivamente la sospensione degli organi di amministrazione e controllo e la revoca dell'autorizzazione, là dove vi siano violazioni della normativa antiriciclaggio. Ovviamente, ove si fa riferimento al procedimento di liquidazione coatta amministrativa, le norme vanno coordinate con quelle già esistenti per le società fiduciarie, di cui al d.l. 5 giugno 1986, n. 233, convertito dalla l. 1° agosto 1986, n. 430.

Molto più complesso invece è definire la portata applicativa dell'articolo 110 TUB, che richiama una messe di norme che di per sé riguardano gli intermediari finanziari e che alle società fiduciarie sono estensibili solo in quanto compatibili.

L'applicabilità dell'art. 19 TUB in materia di autorizzazione all'acquisto di partecipazioni rilevanti è dubbia, in quanto la materia è già regolata dalla disciplina originaria delle società fiduciarie e, in particolare, dall'art. 9, comma 1, del DM 16 gennaio 1995, ai sensi del quale le società fiduciarie debbono comunicare al Ministero dello Sviluppo Economico le variazioni relative alla compagine sociale. Inoltre, l'art. 19 TUB fa riferimento a finalità che hanno poco a che vedere con l'antiriciclaggio (¹).

L'art. 20 TUB non si ritiene applicabile alle società fiduciarie, in quanto la materia degli obblighi di comunicazione è regolata dalla normativa originaria (*i.e.* art. 9 del DM 16 gennaio 1995).

L'art. 21 TUB in materia di richiesta di informazioni si ritiene applicabile alle società fiduciarie con esclusivo riferimento alla materia dell'antiriciclaggio.

Con riferimento all'applicabilità degli artt. 22, 23 e 24 TUB, si rimanda alle valutazioni sopra effettuate con riguardo all'applicabilità dell'art. 19 TUB.

Anche sugli articoli 25 (²) e 26 TUB e sulla loro non applicabilità alle società fiduciarie si è già detto sopra. In particolare, per quanto riguarda gli esponenti aziendali delle società fiduciarie, specifici requisiti di onorabilità e professionalità sono già previsti dalla disciplina originaria di cui alla legge n. 1966/1939.

¹) Occorre comunque sottolineare che la normativa originaria prevede solo un obbligo di comunicazione *ex post* al Ministero delle variazioni, mentre l'art. 19 TUB prevede un regime di autorizzazione *ex ante* da parte di Banca d'Italia

²) Qualche dubbio rimane con riferimento all'applicabilità dell'art. 25 TUB. Infatti, il DM 16 gennaio 1995 prevede solo un obbligo di comunicazione delle variazioni della compagine sociale, ma non disciplina i requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale.

Poco comprensibile e sicuramente non applicabile è il richiamo dell'art. 47 sui finanziamenti agevolati e la gestione di fondi pubblici in quanto, come noto, le società fiduciarie non possono svolgere attività di concessione di finanziamenti.

L'art. 52 sugli obblighi di comunicazione alla Banca d'Italia posti a carico del collegio sindacale e della società di revisione nel caso in cui riscontrino irregolarità appare applicabile soltanto nei limiti in cui si riferisca a violazioni della normativa antiriciclaggio. Peraltro, occorre rilevare che tale obbligo è già stato dettagliatamente specificato dal d.lgs. 231/2007 e dal Provvedimento di Banca d'Italia del 10 marzo 2001.

Molto complessa appare invece l'applicazione dell'art. 61, commi 4 e 5, 62, 63 e 64 in tema di gruppo, di capogruppo, di obblighi e poteri della capogruppo, in ragione della considerazione che la tematica dei presidi antiriciclaggio nelle strutture di gruppo è già stata dettagliatamente disciplinata da Banca d'Italia nel Provvedimento del 10 marzo 2011.

Con riguardo ai provvedimenti straordinari pare applicabile l'art. 78 TUB, nei limiti in cui si riferisca a violazioni della normativa antiriciclaggio, ma non l'art. 79 TUB, che si riferisce ad intermediari comunitari, considerato che non vi è una direttiva che parifichi alle società fiduciarie italiane intermediari comunitari che svolgano funzioni analoghe.

In merito al richiamo dell'art. 82 TUB sull'accertamento dello stato di insolvenza, si fa riferimento alla prevalenza delle attuali norme sulla liquidazione coatta amministrativa che già interessano le società fiduciarie. La liquidazione coatta amministrativa è infatti stata considerata dal legislatore la procedura confacente alla particolare cautela con cui procedere alla definitiva sistemazione dei rapporti con i fiducianti in base all'art. 1, d.l. 5 giugno 1986, n. 233, convertito dalla l. 1° agosto 1986, n. 430.

Da ultimo, si rileva che codesta Banca d'Italia osserva nel Provvedimento in consultazione che: *“con riguardo alle società fiduciarie e alle agenzie di prestito su pegno, tenuto conto che si tratta di soggetti al momento non sottoposti alla vigilanza della Banca*

d'Italia, sono sottoposte a consultazione alcune ipotesi regolamentari, rinviando la definizione dell'articolato normativo all'esito della consultazione".

Sembra quindi opportuno richiedere a codesto onorevole Istituto Banca che voglia mettere in pubblica consultazione le istruzioni di vigilanza aventi ad oggetto le società fiduciarie che verranno emanate a seguito di questo primo giro di consultazioni.

Da ultimo, per quanto occorrer possa, sembra opportuno segnalare che nel c.d. "Decreto sostanziale" di modifica al d.lgs. 141/2010, di recente messo in pubblica consultazione, si è intervenuti modificando, con il comma 8 dell'art. 9, il testo dell'art. 199 TUF. In particolare si è innovato il secondo comma del citato art. 199 e si è previsto che "il diniego dell'autorizzazione, con la relativa motivazione è comunicato al Ministero dello sviluppo economico e comporta la revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, ove non vengano meno, nel termine di novanta giorni dalla notifica del provvedimento di diniego, le condizioni che comportano l'obbligo di iscrizione".

Detta norma però non è correttamente coordinata con l'art. 10, comma 5, dello stesso Decreto sostanziale in tema di disposizioni transitorie e finali. Ivi infatti si prevede che "per le società fiduciarie di cui al comma 4 il mancato accoglimento dell'istanza comporta la decadenza dell'autorizzazione di cui all'articolo 2 della legge 23 novembre 1939, n. 1966".

La scrivente Associazione auspica che nella versione finale del decreto legislativo tale aporia possa essere risolta.

Con osservanza.

Lucia Frascarelli
Segretario Generale

LF/edd