

Corso Vittorio Emanuele II 284
00186 Roma Italia

Tel +39 06 6842 71
Fax +39 06 6842 7333

Ns rif 0010023-0026491 RM:4162951.1

Roma, 2 marzo 2012

**POSITION PAPER IN MERITO AL DOCUMENTO PER LA CONSULTAZIONE DELLA BANCA
D'ITALIA INERENTE ALLE "DISPOSIZIONI DI VIGILANZA PER GLI INTERMEDIARI
FINANZIARI – ATTUAZIONE DEL D.LGS. 13 AGOSTO 2010, N. 141" DEL 12 GENNAIO 2012**

1. PREMESSA

Lo studio legale Allen & Overy Italia è lieto di partecipare alla fase di consultazione avviata dalla Banca d'Italia con il documento pubblicato il 12 gennaio 2012 concernente le nuove "Disposizioni di Vigilanza per gli Intermediari Finanziari" che recepiscono e attuano la riforma del Titolo V del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico in materia bancaria e creditizia, di seguito **TUB**) realizzata con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (di seguito, il **Decreto**), come modificato dal decreto correttivo, d.lgs. 14 dicembre 2011, n. 218 (di seguito, il **Primo Correttivo**).

In linea generale, si esprime un apprezzamento per il lavoro svolto dalla Banca d'Italia finalizzato a rendere più omogenea e completa la complessiva normativa di vigilanza per gli intermediari finanziari, la quale fino a oggi è stata caratterizzata da numerose e diversificate fonti normative. Inoltre, il documento per la consultazione fornisce un primo e importante riferimento sulla concreta attuazione della riforma del TUB, dopo un anno e mezzo dalla emanazione del Decreto, anche se è indubbio che per avere un quadro di riferimento complessivo appare necessario disporre anche degli altri documenti che realizzeranno in concreto l'attuazione del decreto..

Il processo di attuazione necessita, infatti, di ulteriori atti normativi. Oltre a un secondo decreto correttivo, il cui testo è stato posto in consultazione lo scorso 6 ottobre 2011, si è in attesa di conoscere il contenuto dei decreti attuativi di competenza del Ministero dell'Economia e delle Finanze (di seguito, **MEF**) che dovranno, tra l'altro, regolare anche le attività dei soggetti che non rientrano nell'ambito di applicazione del Titolo V del TUB.

Con il presente documento si portano a conoscenza della Banca d'Italia alcune riflessioni svolte, anche insieme ad alcuni intermediari, che riteniamo possano rappresentare un utile contributo al fine della stesura definitiva della normativa di vigilanza per gli intermediari finanziari iscritti all'Albo di cui al nuovo art. 106 del TUB (di seguito, l'**Albo**).

I commenti vengono suddivisi in due sezioni. Nella prima sezione vengono riportati commenti e proposte di emendamento su aspetti di carattere generale; nella seconda sezione si riportano alcune proposte di modifica del testo di minore rilevanza.

2. PROPOSTE DI EMENDAMENTO SU ASPETTI DI RILEVANZA GENERALE

1 Introduzione di un capitolo generale contenente le definizioni valide per l'intero *corpus* delle disposizioni di vigilanza

Nell'ambito di diversi capitoli sono riportate alcune definizioni di rilevanza generale e trasversale per l'intera normativa di vigilanza. In particolare, le definizioni di "società finanziaria", "società strumentale", "società non finanziaria" rilevano per la maggior parte delle norme contenute nel documento per la consultazione. Inoltre, per alcune di tali definizioni vi sono differenze tra i diversi capitoli, cosa che può provocare una certa confusione al momento dell'interpretazione della normativa.

Inoltre, si sottolinea che non viene mai riportata una definizione di "intermediario finanziario" che risulta invece essere sempre il destinatario della disciplina nei singoli capitoli della normativa. Appare evidente che la definizione di "intermediario finanziario" sarà più circoscritta di quella di "società finanziaria", ricomprendendo questa ultima anche società non assoggettate alla normativa di cui al Titolo V del TUB (ad esempio, le società veicolo di cartolarizzazione).

Si propone pertanto di definire un capitolo iniziale, sulla falsariga di quanto previsto dalla Circolare n. 263 sulla vigilanza prudenziale per le banche, che riporti le definizioni di carattere generale che impattano sull'intera materia regolata dalla normativa di vigilanza. In particolare, andrà definito cosa si intende per "intermediario finanziario".

2 Definizione di "società finanziaria" – società veicolo per singole operazioni

Per quanto riguarda in particolare la definizione di "società finanziaria", si stabilisce al Titolo I, Capitolo 3 (Attività esercitabili e partecipazioni detenibili) che *"non rientrano tra le 'società finanziarie' i veicoli costituiti in Italia o all'estero al solo scopo di dare veste societaria a singole operazioni di raccolta o*

impiego e destinati a essere liquidati una volta conclusa l'operazione. Le limitazioni dell'oggetto sociale, delle possibilità operative e della capacità di indebitamento devono risultare dalla disciplina contrattuale e statutaria del veicolo".

Alla luce di questa definizione, risulta chiaro che eventuali società costituite *ad hoc* per singole operazioni e destinate alla liquidazione al termine dell'operazione non rientrano nel novero delle "società finanziarie". Da ciò dovrebbe derivare che non si applica la normativa di vigilanza contenuta nelle disposizioni di cui al documento per la consultazione.

A nostro avviso, sarebbe comunque preferibile indicare esplicitamente, in via generale, che la normativa contenute nelle disposizioni di vigilanza si applica solo alle "società finanziarie" come definite in un capitolo iniziale di carattere introduttivo.

Come conseguenza logica di tale disposizione, **si rende inoltre necessaria una normativa transitoria che regoli le modalità di cancellazione per i veicoli che non rientrano nella definizione di "società finanziaria" e che sono attualmente iscritti nell'elenco generale.**

Un ulteriore aspetto che a nostra avviso merita un intervento di maggior chiarezza è quello attinente alle limitazioni dell'oggetto sociale, delle possibilità operative e della capacità di indebitamento che, secondo quanto attualmente previsto devono risultare dalla disciplina contrattuale e dalle norme statutarie del veicolo. **Su tale punto, si propone di emendare il testo della definizione sopra riportata come segue:**

"...devono risultare dalla disciplina contrattuale o statutaria del veicolo"

Ciò per evitare una duplicazione di norme (contrattuali e statutarie) sulle medesime materie e anche per consentire di utilizzare lo strumento contrattuale per definire specifiche limitazioni alle capacità di indebitamento che si prestano meno a essere regolate da norme statutarie.

3 Definizione di "società finanziaria" – società veicolo di cui alla legge 130/1999

Nell'ambito della legge 30 aprile 1999, n. 130 (recante "Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti") sono previste due categorie di società veicolo:

- 1) le società veicolo per le operazioni di cartolarizzazione, di cui all'art. 3;
- 2) le società veicolo per le operazioni di emissione di obbligazioni bancarie garantite (di seguito **OBG**), di cui all'art. 7-bis.

In particolare:

— alle società veicolo di cui all'art. 3 della legge 130 non si applicano le disposizioni contenute nel Titolo V del TUB (vedi art. 9 del Decreto). Tuttavia, a seguito delle modifiche introdotte dal Primo Correttivo, l'art. 3, comma 3, della Legge 130/1999 è stato modificato come segue: *"Le società (per la cartolarizzazione dei crediti) si costituiscono in forma di società di capitali. Freni restando gli obblighi di segnalazione previsti per finalità statistiche, la Banca d'Italia, in base alle deliberazioni del CICR, può imporre alle società (...) obblighi di segnalazione ulteriori relativi ai crediti cartolarizzati al fine di censire la posizione debitoria dei soggetti cui i crediti si riferiscono";*

— per le società veicolo cessionarie dei crediti nell'ambito di operazione di emissione di OBG, il Primo Correttivo (cfr. art. 6) ha introdotto un nuovo comma 1-bis all'art. 7-ter della Legge 130/1999 con il quale si stabilisce che a dette società si applicano, nei limiti stabiliti dal MEF con regolamento, sentita la Banca d'Italia, le disposizioni previste dal Titolo V del TUB.

Premesso tutto quanto sopra e coerentemente con l'applicazione del principio di proporzionalità cui si ispira la complessiva normativa di riforma del TUB, si riportano di seguito alcune valutazioni per le diverse tipologie di società veicolo previste dalla legge 130/1999.

a. Società veicolo di cartolarizzazione

Per le società veicolo di cartolarizzazione (art. 3 della legge 130/1999) si sottolinea che solo alcune definizioni di "società finanziarie" (si veda, ad esempio, quella riportata al Titolo I, Capitolo 2 – "Gruppo Finanziario" e al Titolo V, Capitolo 2 – "Operazioni rilevanti") stabiliscono che *"Sono società finanziarie altresì: - le società che svolgono le attività di cui all'art. 3 della legge 130/99 ("società veicolo di cartolarizzazione")*.

Nell'ottica di quanto esposto sopra al par. 2.1 e coerentemente con quanto previsto dalla normativa primaria, si suggerisce di:

— **ricomprendere in ogni caso le società veicolo di cartolarizzazione nella definizione generale di "società finanziaria";**

— **escludere tali società dall'ambito di applicazione della normativa di vigilanza, quindi non ricomprenderle nel novero degli "intermediari finanziari".**

Coerentemente con quanto proposto, l'applicazione di alcune parti della normativa di vigilanza (perimetro dei Gruppi Finanziari e Vigilanza informativa per le operazioni rilevanti) a tali società potrebbe essere regolata da specifiche norme da inserire nell'ambito di applicazione dei singoli capitoli della disciplina, evitando di variare per ogni capitolo la definizione di "società finanziaria", cosa che può ingenerare confusione tra gli operatori.

b. Società veicolo nell'ambito di operazioni di emissione di OBG

Per quanto riguarda le società veicolo operanti nell'ambito delle operazioni di emissioni di OBG (art. 7-bis della legge 130/1999) si fa presente, in via preliminare, che esse sono del tutto assenti dallo schema di normativa di vigilanza e ciò appare non in linea con quanto previsto dalla normativa primaria.

Premesso quanto sopra, si ritiene che andrebbe chiarito se tali società rientrano alternativamente:

a) nell'ambito della definizione generale di "intermediario finanziario" e quindi sono soggette alla complessiva normativa di vigilanza della Banca d'Italia;

b) nell'ambito della definizione generale di "società finanziaria" e quindi possono essere assoggettate a parti della normativa sulla base di specifiche norme da inserire nell'ambito di applicazione dei singoli capitoli, analogamente a quanto proposto per le società veicolo di cartolarizzazione.

Considerato che la normativa primaria rimanda a limiti di applicazione del Titolo V del TUB che saranno definiti con decreto MEF, sentita la Banca d'Italia, **si ritiene più corretta la soluzione sub b)** che

consentirebbe di applicare in maniera flessibile le disposizioni prudenziali ai veicoli operanti nell'ambito di operazioni di emissioni di OBG, coerentemente a quanto sarà stabilito dalla normativa che verrà emanata dal MEF.

4 Attività di finanziamento nei confronti del pubblico

Nell'ambito del Titolo 1, Capitolo 3, Sezione II, par. 1 (Attività esercitabili), viene indicato che *"gli intermediari finanziari esercitano almeno una delle seguenti attività finanziarie: - concessione dei finanziamenti nei confronti del pubblico (cfr. art. 106, comma 1, TUB). Il contenuto di tale attività e le circostanze in cui ricorra l'esercizio nei confronti del pubblico sono disciplinati con il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze, XXXX; ..."*.

Uno dei principali problemi connessi con la precedente architettura normativa riguardava senz'altro la definizione di attività nei confronti del pubblico.

L'art. 9 del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 29 del 17 febbraio 2009 stabilisce che le attività finanziarie *"sono esercitate nei confronti del pubblico qualora siano svolte nei confronti di terzi con carattere di professionalità"*.

Nell'ambito della di tale definizione rilevano due requisiti che devono sussistere contemporaneamente per realizzare la fattispecie di "esercizio nei confronti del pubblico":

- 1) le attività devono essere svolte nei confronti di terzi;
- 2) le attività devono essere svolte con carattere di professionalità.

Il primo requisito non sembra creare problemi interpretativi, in quanto appare chiaro che il "terzo" debba essere un soggetto esterno al gruppo di appartenenza dell'intermediario. A conferma di tale evidenza, l'art. 7 del Primo Correttivo ha precisato che *"non configura esercizio nei confronti del pubblico l'attività di rilascio di garanzie quando il garante e l'obbligato garantito facciano parte del medesimo gruppo"*.

Più complessa appare l'interpretazione del concetto di "professionalità". Parte della dottrina sottolinea che il carattere professionale di un'attività economica implica l'esercizio abituale e non occasionale e saltuario dell'attività, ma altri autori riconosciuto che anche un singolo affare può implicare lo svolgimento di una attività protratta nel tempo nella quale può essere presente l'estremo della professionalità.

A nostro avviso, lo svolgimento di un'attività finanziaria nei confronti di un'unica controparte in maniera non abituale (una tantum) non dovrebbe realizzare la fattispecie di attività nei confronti del pubblico, in quanto la suddetta attività verrebbe fornita su base occasionale e non sarebbe offerta indistintamente a tutti, ma sarebbe regolata da uno specifico contratto tra le due parti coinvolte.

In considerazione di quanto sopra, si ritiene comunque opportuno che da parte delle Autorità competenti **venga definita in maniera chiara e inequivocabile quando si configuri un'attività finanziaria nei confronti del pubblico**, consentendo di superare gli attuali dubbi interpretativi.