

# BANCHE E MERCATI FINANZIARI

*a cura di*

FRANCESCO VELLA

*con contributi di*

Danilo Galletti, Alessandro V. Guccione, Maria Grazia Iocca  
Federico M. Mucciarelli, Roberta Occhilupo, Marco Palmieri  
Maurizio Ragno, Francesca Roncarati, Francesco Vella, Leopoldo Vignudelli



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2009 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-8654-0

*Composizione:* Compograf - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

Scuola Suorato

## Il Mercato Unico delle Banche

Marco Palmieri

SOMMARIO: 1. Un mercato in evoluzione. - 2. Il c.d. *banking code* europeo. - 3. I requisiti iniziali degli enti creditizi: i requisiti oggettivi. - 4. I requisiti iniziali degli enti creditizi: i requisiti soggettivi. - 5. La procedura di ammissione al mercato. - 6. Le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi creditizi. - 7. Gli istituti di moneta elettronica.

### 1. Un mercato in evoluzione

Uno dei capisaldi su cui verranno sempre più intensamente a poggiare i futuri sviluppi di un comune ambito finanziario europeo è certamente rappresentato dall'esistenza di un sistema bancario omogeneo, quale veicolo fondamentale per lo sviluppo di una economia transnazionale.

In questo senso, infatti, l'esercizio del credito e la raccolta del risparmio, la gestione dei sistemi di pagamento, lo svolgimento dell'attività di collocamento ed intermediazione di strumenti finanziari oltre a tutti i restanti servizi di intermediazione e gestione del denaro, a differenza degli altri settori dell'industria terziaria, rivestono inevitabilmente il ruolo di prerequisito all'espansione ed al rafforzamento della intero panorama economico continentale<sup>1</sup>.

Il percorso evolutivo della disciplina in materia è tuttavia relativamente breve e recente, potendosi ricondurre l'effettivo inizio solamente al 28 giugno 1973, data di adozione della Direttiva 73/183/CEE<sup>2</sup>, primo provvedimento assunto dal Consiglio delle Comunità Europee su proposta avanzata dalla Commissione, sentiti i pareri del Comitato Economico e Sociale e dell'Assemblea

<sup>1</sup> Il filiero è alla base del *Piano di Azione per i Servizi Finanziari* (P.A.S.F.) della Commissione Europea dell'11 maggio 1979, COM/1979/232: all'interno del «*mercato dell'ingrosso*» e del «*mercato al dettaglio*» dei servizi finanziari individuati nello stesso documento, le banche invertebrabilmente assumono un ruolo centrale per la realizzazione del progetto di integrazione economica prospettata. Cf. A. TIZZANO, *La seconda Direttiva banche e il mercato unico dei servizi finanziari*, in *Foro it.*, 1990, pt. IV, c. 423.

<sup>2</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 194 del 16 luglio 1973.

del Parlamento Europeo - così come stabilito proceduralmente dagli originari 2° e 3° comma degli artt. 54 e 63 del Trattato di Roma - al fine di dare attuazione al diritto di libera prestazione dei servizi bancari sancito dal successivo art. 61, 2° comma, dello stesso accordo internazionale.

Il primo concreto passo in tale direzione fu mosso in particolare nella previsione dell'art. 3 della citata Direttiva, ove si disponeva la soppressione delle restrizioni statali e delle procedure amministrative discriminatorie che, di fatto, costituivano il primo impedimento al riconoscimento a favore degli operatori economici europei del diritto allo stabilimento ed all'esercizio dell'attività all'interno di ogni singolo Paese comunitario a parità di condizioni con i *community* autoctoni<sup>3</sup>. L'inizio del processo evolutivo del mercato economico comune, pur di importanza epocale, esplicava tuttavia i suoi effetti a favore dei soli operatori del credito, avendo postposto l'evoluzione dei servizi di intermediazione e di agenzia di cambio ad una fase successiva, caratterizzata da una maggiore apertura e dal consolidamento del mercato dei capitali continentali.

Un deciso avanzamento nel percorso verso la creazione di un effettivo mercato unico delle banche venne a concretizzarsi quattro anni dopo con l'adozione della Direttiva 77/780/CEE<sup>4</sup>, avente ad oggetto l'accesso e l'esercizio all'attività creditizia. Si gettavano così le basi per quello che sarebbe stato successivamente definito il «*passaporto unico*» per l'esercizio dei servizi bancari, prevedendo, in particolare, un primo *plateau* di condizioni comuni, poste in essere al fine di restringere il margine di discrezionalità delle singole autorità nazionali<sup>5</sup> nella fase di rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività del credito, attività che il legislatore comunitario riconosceva liberamente espletabile

<sup>3</sup> Al fine di evitare una difforme trasposizione dei principi nei singoli ordinamenti nazionali, le lettere da a) ad b) dell'art. 3, 2° comma specificavano i singoli interventi che gli Stati membri avrebbero dovuto apportare per adempiere alla previsione della Direttiva. Il nostro Paese in particolare avrebbe dovuto intervenire sulla condizione di reciprocità prevista dal r.d. 4 settembre 1919, n. 1620.

<sup>4</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E. n. L 322 del 17 dicembre 1977.

<sup>5</sup> Cfr. F. VELLA, *Le succursali di banche estere in Italia*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 51. L'A. evidenzia come il «... principio ispiratore della Direttiva in esame sia, oltre quello del coordinamento tra le varie legislazioni dei paesi membri, quello di favorire una maggiore «controllabilità» su base comunitaria delle attività creditizie, ed anzi si può forse dire che il coordinamento legislativo si rivela strumentale al raggiungimento di questo fine». Sul punto, cfr. anche G. GIACALONE, *Verso l'Europa delle banche. Origini e sviluppi della normativa comunitaria del settore bancario*, in *Foro it.*, 1989, pt. IV, c. 86 ss.

<sup>6</sup> Un panorama delle numerose difficoltà che si sono dovute affrontare per giungere alla creazione di un unico mercato dei servizi bancari può essere colto dalla lettura del *consideranda* introduttivo alla Direttiva, i *incipit* del legislatore comunitario aveva immediatamente evidenziato, infatti, come il processo di avvicinamento ed omogeneizzazione del settore creditizio intrapreso avrebbe richiesto molteplici passaggi normativi. L'obiettivo fondamentale dell'iniziativa normativa del 1977 era indirizzato nell'efficacia transnazionale della autorizzazione all'esercizio dell'impresa, che sarebbe dovuta essere riconosciuta e pienamente attuata dai successivi provvedimenti legislativi.

entro i confini nazionali quanto all'interno degli altri mercati aderenti all'area economica<sup>7</sup>.

Escludendo le banche centrali dall'applicazione della Direttiva, oltre al credito esercitato dagli uffici postali, dagli organismi di diritto pubblico nazionali attivi nell'elargizione e raccolta di fondi<sup>8</sup>, nonché dagli enti creditizi loro collegati, controllati o garantiti (art. 2, 4° comma) - sensazione integralmente espressa dalla successiva Direttiva - l'intervento legislativo trovava il suo fulcro nel titolo secondo all'interno del quale si fissavano le condizioni minime essenziali per l'esercizio dell'attività creditizia, ovvero l'esistenza di fondi propri distinti e sufficienti allo svolgimento dell'impresa, oltre ad una direzione pluripersonale, composta da soggetti dotati di sufficiente esperienza ed onorabilità. Accanto all'imposizione dei criteri descritti, il testo della prima Direttiva consentiva comunque una loro disapplicazione da parte dei singoli Stati a fronte di una valutazione di convenienza dell'economia del mercato nazionale<sup>9</sup>; sotto altra forma tale correttivo riapparirà anche nei successivi testi normativi, assorbito dal principio del «*pubblico interesse*».

L'assetto dell'originaria Direttiva prevedeva inoltre che la domanda - necessaria anche per l'apertura di una succursale a discrezione della nazione comunitaria ospitante<sup>10</sup> - dovesse essere corredata da un programma operativo e dall'indicazione della struttura operativa dell'ente richiedente. Per assicurare una piena permeabilità del sistema finanziario si garantiva comunque che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia operata tramite una succursale non dovesse essere negata qualora l'ente, pur non dotato di una forma giuridica ammessa dalla nazione ospitante, fosse risultato dotato di fondi propri, di cui la massa gestita, che potessero assicurare la piena salvaguardia dei depositanti, quanto dell'integrità del mercato ospite<sup>11</sup>. Accanto a ciò la Direttiva

<sup>7</sup> La limitazione della sovranità dei singoli Stati membri nella fase di autorizzazione delle singole imprese trovava concretezza nell'obbligo del segreto d'ufficio gravante sulla decisione della singola autorità nazionale. L'art. 12 prevedeva in questo senso che la comunicazione di notizie riservate potesse attuarsi nel solo caso di un coordinamento fra le autorità nazionali in un'ottica di controllo congiunto fra le stesse.

<sup>8</sup> Per l'Italia veniva espressamente esclusa la *Cassa Depositi e Prestiti*, ex art. 2, par. 2, l'eccezione è stata confermata nelle successive Direttive.

<sup>9</sup> Ai sensi dell'art. 3, 3° comma, tali necessità dovevano trovare una limitazione applicativa temporale pari a sette anni, rinnovabile di altri cinque qualora si fosse ritenuto utile un loro mantenimento al fine di garantire una maggior sicurezza del risparmio, un aumento di produttività del sistema bancario, una omogeneità della concorrenza fra i vari settori dell'attività bancaria o si fosse dovuta assicurare una maggiore offerta dei servizi bancari. Sul punto cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 311 s.; G. GIACALONE, *Verso l'Europa*, cit., c. 89.

<sup>10</sup> Per un'analisi della disciplina nazionale prima dell'intervento comunitario cfr. F. VELLA, *Le succursali*, cit., p. 43 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 72 ss.

<sup>11</sup> Ad ulteriore rafforzamento della libertà di stabilimento ed esercizio si disponeva - con previsione ripresa nella successiva Direttiva di rifusione - che gli enti creditizi ospiti di un mercato estero potessero mantenere la propria denominazione sociale, eventualmente aggiungendo, per mera chiarezza, un adeguato termine esplicativo alla stessa.

dettava per la prima volta alcuni criteri comuni per il controllo della liquidità e della solvibilità, prevedendo un coordinamento transazionale fra le singole autorità di vigilanza volto a verificare oltre agli assetti proprietari, anche la direzione e la gestione delle imprese autorizzate.

A conclusione della normativa del settore creditizio il legislatore europeo traccia una disciplina uniforme per la procedura della revoca dell'autorizzazione rilasciata all'ente o ad una sua succursale, prevedendo in cinque punti le uniche cause ammesse per il ritiro della concessione. In particolare si stabiliva che il provvedimento adottato - nel rispetto dei criteri formali localmente fissati - potesse svolgere i suoi effetti nei confronti di tutti gli altri Stati membri, con la conseguente imposizione alle autorità nazionali dell'annullamento della concessione eventualmente rilasciata alla succursale estera<sup>12</sup>. A completezza del breve quadro descrittivo della prima Direttiva occorre ricordare, infine, come la stessa introducesse il Comitato Consultivo quale organo ausiliario della Commissione Europea, formato da componenti della stessa e da rappresentanti dei singoli Stati, a cui era affidato il compito di agevolare la attuazione della disciplina.

L'articolazione della normativa in materia di accesso ed esercizio dell'impresa bancaria trovava un nuovo decisivo slancio circa un decennio dopo l'adozione della Direttiva 77/780/CEE con il varo in un ristretto arco di tempo di tre Direttive<sup>13</sup>, aventi l'obiettivo di dare una più compiuta specificazione all'attività creditizia. In questa direzione si procedeva ad una definizione degli elementi di garanzia offerti dagli enti disponenti la redazione di conti annuali e di conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari attraverso l'intervento operato dalla Direttiva del Consiglio 86/635/CEE<sup>14</sup>, si fissavano nuove regole nella creazione e nel mantenimento di fondi propri con la Direttiva 89/299/CEE, si introduceva un comune coefficiente di solvibilità degli enti creditizi - proiezione del primo Accordo sul Capitale del Comitato di Basilea della B.R.I. - a mezzo della Direttiva 89/647/CEE<sup>15</sup>. Quest'ultima rappresen-

<sup>12</sup> Avverso al provvedimento adottato dalle autorità era riconosciuto il diritto di presentare ricorso giurisdizionale ex art. 13; al provvedimento rilasciato dal magistrato nazionale a favore dell'esercizio della stessa di libera autodeterminazione economica dei singoli Stati membri.

<sup>13</sup> Per uno sguardo sulla disciplina precedente agli enti creditizi, pubblicata in G.U.C.E., n. L 193 del 18 luglio 1983, la Direttiva 86/524/CEE, a modifica parziale della precedente Direttiva 77/780/CEE, pubblicata in G.U.C.E., n. L 309 del 4 novembre 1986, nonché la Direttiva 86/635/CEE, relativa ai conti annuali e consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, pubblicata in G.U.C.E., n. L 372 del 31 dicembre 1986, oltre alle Raccomandazioni adottate dalla Commissione Europea n. 87/62/CEE e 87/63/CEE, in tema rispettivamente di guasti fatti dagli enti creditizi e di sistemi di garanzia dei depositi, nonché emanate in G.U.C.E., n. L 33 del 4 febbraio 1987. Sul punto cfr. A. URBANI, *L'impresa bancaria italiana nella prospettiva del mercato unico europeo*, Cedam, Padova, 1990, p. 70 ss.; G. GIACALONE, *Verso l'Europa*, cit., c. 32 ss.

<sup>14</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 372 del 31 dicembre 1986.

<sup>15</sup> Il testo della prima Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 124 del 17 aprile 1989, la se-

tava, per esplicita previsione del legislatore comunitario<sup>16</sup>, il necessario collegamento alla coeva 89/646/CEE<sup>17</sup>, seconda Direttiva dedicata al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, a modifica e parziale sostituzione di quanto originariamente disposto dalla precedente Direttiva 77/780/CEE<sup>18</sup>.

Con quest'ultimo intervento normativo - poi integralmente trasfuso nelle Direttive 2000/12/CE e 2006/48/CE<sup>19</sup> - si realizza definitivamente la previsione di un c.d. «*passport unico*» per l'esercizio dell'attività bancaria e delle ulteriori attività non riservate contenute nell'allegato I della stessa (elenco integralmente recepito dalla disciplina vigente). A fronte di un aumento dei requisiti minimi necessari alla concessione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, la seconda Direttiva di coordinamento ha saputo garantire agli enti creditizi, per la prima volta, un *passport unico* valido all'interno dell'ambito economico comune ove poter stabilire succursali senza subire ulteriori vincoli o condizionamenti<sup>20</sup>, o poter esercitare l'impresa anche indirettamente tramite l'opera di affiliazione. Unicamente in quest'ultima ipotesi l'attività bancaria subiva e tuttora incontra un duplice controllo su base consolidata, mentre nel primo caso l'adozione del principio del mutuo riconoscimento implica già di per sé il corollario di un univoco esame esercitato dall'autorità del Paese d'origine (c.d. *home state control principle*).

Gli interventi apportati dal legislatore nel corso degli anni '90 appaiono acclamati dall'obiettivo di rafforzare l'ormai costituito mercato unico, spesso unificando a livello comunitario discipline già presenti al livello dei singoli ordinamenti nazionali. Fra di esse debbono essere necessariamente ricordate le

<sup>16</sup> È contenuta in G.U.C.E., n. L 386 del 30 dicembre 1989. Per una analisi di tali interventi legislativi, cfr. G. GODANO, *Aspetti dell'integrazione bancaria nel nuovo quadro normativo comunitario*, in Foro it., 1989, pr. IV, c. 104 ss.; AA.VV., *European Banking and Financial services Law*, Kluwer Law International, 1, Am-London, 2006, p. 10 e 14.

<sup>17</sup> Cfr. Il considerando n. 6 della Direttiva.

<sup>18</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 386 del 30 dicembre 1989.

<sup>19</sup> Per uno sguardo sulle difficoltà applicative incontrate dagli ordinamenti nazionali nel coordinamento delle discipline prima della riforma, cfr. F. MARINI, *Autorizzazione all'esercizio*, in G. ALBA-F. CARRIGLIONE (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, Utet, Torino, 2002, p. 103 s.; F. GIOACCHINI-C.M. TARDIVO, *Diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 43 ss.

<sup>20</sup> I testi delle Direttive sono contenuti in G.U.C.E., n. L 126 del 26 maggio 2000 e G.U.C.E., n. L 177 del 30 giugno 2006.

<sup>21</sup> In questo senso cfr. la precedente Direttiva 89/117/CEE, che, in applicazione del principio di non discriminazione, interveniva sugli obblighi in materia di pubblicità dei documenti contabili delle succursali degli enti creditizi stabilite in un differente Stato membro. Il testo della normativa è contenuto in G.U.C.E., n. L 44 del 16 febbraio 1989. Sul punto cfr. R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 381 s.; A. TIZZANO, *La seconda Direttiva bancaria*, cit., c. 431 ss.; R. LUZZATTO, *La libera prestazione dei servizi bancari nella Cee ed il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi*, in Foro it., 1990, pr. IV, c. 449 ss.; F. GIOACCHINI-C.M. TARDIVO, *Diritto*, cit., p. 45 ss.; AA.VV., *European Banking*, cit., p. 1.

Direttive 92/30/CEE<sup>21</sup> e 92/121/CEE<sup>22</sup>, rispettivamente dedicate alle attività di vigilanza su base consolidata degli enti creditizi e di controllo dei grandi fondi assunti dagli enti creditizi – quest'ultima poi modificata dalla Direttiva 93/6/CEE<sup>23</sup> in tema di requisiti patrimoniali degli enti creditizi e delle imprese di investimento – oltre alla Direttiva 94/19/CE<sup>24</sup>, che ha introdotto i sistemi di garanzia dei depositi, ed alla Direttiva 91/308/CEE<sup>25</sup>, disciplinante la prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite.

L'opera di uniformazione legislativa così intrapresa ha contenuto il rischio di una «*race to the bottom*» derivante dalla competizione degli ordinamenti nazionali innescatasi a fronte dei principi di non discriminazione e di mutuo riconoscimento che fondano lo spirito della legislazione Europea<sup>26</sup>. Ciò ha condotto ad un implemento delle norme comuni a salvaguardia del mercato<sup>27</sup>, con una particolare attenzione per gli aspetti della difesa dei risparmiatori quali soggetti deboli del sistema economico, a favore dei quali la stessa Commissione Europea ha più volte sottolineato la necessità di un ulteriore rafforzamento della disciplina in materia<sup>28</sup>. Nell'ottica del legislatore europeo questi ultimi

<sup>21</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 110 del 28 aprile 1992.

<sup>22</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 29 del 5 febbraio 1993.

<sup>23</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 141 dell'11 giugno 1993.

<sup>24</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 135 del 31 marzo 1994.

<sup>25</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 166 del 28 giugno 1991, come successivamente modificata dalla Direttiva 2001/97/CE, pubblicata in G.U.C.E., n. L 344 del 28 dicembre 2001.

<sup>26</sup> Nota M. CERA, *Condizioni di accesso all'attività bancaria*, in G. ALBA-F. CARRIGLIONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 101, come «la diffusione di tecniche telematiche di contatto a distanza e la creazione di reti commerciali che offrono servizi bancari e di investimento fuori sede rendono privo di concreto significato se non proprio antifezionistico un assetto normativo interno più selettivo rispetto ad altri dell'Unione». Sulla necessità di una «armonizzazione selettiva» come «trono alla c.d. «inflatione legislativa»», cfr. G. GIACALONE, *Verso l'Europa*, cit., c. 97 s. Sul punto cfr. anche L.E. PANOURGAS, *Banking Regulation and World Trade Law*, Hart Publishing, Portland, 2006, p. 36 s.

<sup>27</sup> Sul punto, cfr. C. WALKNER-J.P. RAKS, *Integration and consolidation in EU banking – an unfinished business*, in *European Commission Economic Papers*, n. 226, aprile 2005, pp. 6 ss. e 34. In base ai risultati empirici raccolti, gli A. evidenziano come l'integrazione bancaria produca notevoli effetti positivi in termini di stabilità macroeconomica. Per uno sguardo economico sul tema cfr. BANCA CENTRALE EUROPEA, *Indicators of financial integration in the euro area*, Francoforte sul Meno, 2005, p. 9 ss. A fronte dei dati collezionati l'Istituto centrale sottolinea infatti che: «The available evidence suggests that the euro area banking market remains highly fragmented, as indicated by a high cross-sectional dispersion of the same types of interest rates and loan cross-border banking activity. However, the euro area interbank market has shown signs of increasing integration». Il testo è reperibile all'indirizzo internet [www.ecb.int](http://www.ecb.int).

<sup>28</sup> Cfr. il *Libro verde dell'Unione Europea per la Tutela dei Consumatori*, COM/2001/531, p. 10 ss. L'impegno è stato confermato – in particolare in merito ad un rafforzamento della prescrizione dei servizi finanziari a distanza – dalla Commissione Europea a mezzo del documento *Sintesi per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013*, il cui testo è contenuto in COM/2007/99, Bruxelles, 13 marzo 2007, p. 11.

dovranno venire a beneficiare di una tendenziale riduzione dei costi dei servizi conseguente alla concorrenza derivante dalla maggiore presenza di operatori nei relativi mercati nazionali, all'interno di una cornice legislativa comunque attenta alle loro esigenze<sup>29</sup>. Esempi in questa direzione possono essere facilmente tratti in tema di bonifici transfrontalieri dalla disciplina dettata dalla Direttiva 97/5/CE<sup>30</sup>, seguita dal Regolamento (CE) n. 2560/2001 dedicato al più ampio tema dei pagamenti transfrontalieri<sup>31</sup>, il cui *trait d'union* era dato dalla soglia applicativa fissata al limite massimo del pagamento di 50.000 Euro, che escludeva dal campo di applicazione della disciplina approntata le transazioni finanziarie effettuate da operatori professionali, previsione rafforzata anche nella recente Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007<sup>32</sup> che ha modificato la precedente normativa, disponendo deroghe al quadro di tutela solamente nei confronti dei clienti non consumatori<sup>33</sup>.

La duplice esigenza di unificare il mercato evitando al tempo stesso di porre il costo a carico delle fasce più deboli dello stesso, ha quindi portato il legislatore comunitario a modellare una disciplina bancaria unitaria che è il risultato della stratificazione di alcune delle citate Direttive e, indirettamente, degli obiettivi perseguiti nel tempo dalle stesse. Oltre alla libera concorrenza ed alla conseguente evoluzione e rafforzamento del mercato dei capitali europeo – ovvero i fini principalmente perseguiti dalle Direttive 77/780/CEE e 89/646/CEE – la Direttiva 2000/12/CE, da molti indicata enfaticamente quale primo codice o testo unico dell'attività creditizia Europea, ha racchiuso in sé, accanto agli originali scopi della creazione e della tutela della stabilità del mercato continentale, la maggior attenzione comunitaria a favore dei consumatori emersa nei testi normativi degli anni novanta. La premienza data alla tutela del risparmio ha così in parte modificato la percezione del concetto di «armonizzazione essenziale necessaria e sufficiente»<sup>34</sup> quale politica legislativa applicata nella struttura dell'eguale forma di autorizzazione dell'attività creditizia e delle regole uniformi nelle verifiche prudenziali sulle quali giustificare l'istituzione del «*passporto unico*» e del controllo univoco dello Stato membro d'origine. La lettura restrit-

<sup>29</sup> Complessivamente ipotizzabile il giudizio di G. ALBA-F. CARRIGLIONE, *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore*, in G. ALBA-F. CARRIGLIONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 16: l'A. rileva tuttavia come, malgrado il *banking code* conservi e rafforzi «... le garanzie minimali sui controlli e quindi sulla stabilità, la composizione, il governo dei rischi degli enti creditizi [...] le attese degli investitori vanno al di là di questi requisiti minimi».

<sup>30</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 43 del 14 febbraio 1997.

<sup>31</sup> Il testo del regolamento è contenuto in G.U.C.E., n. L 344 del 28 dicembre 2001.

<sup>32</sup> Pubblicata in G.U.C.E., n. L 319 del 5 dicembre 2007.

<sup>33</sup> Sullo stesso piano di tutela sono poste anche le microimprese: sul punto cfr. il *considerando* n. 20 della Direttiva.

<sup>34</sup> Cfr. ora il *considerando* n. 7 della Direttiva 2006/48/CE (che riproduce pedissequamente il testo contenuto nella precedente 2000/12/CE). Sul punto cfr. A. TIZZANO, *La seconda Direttiva banche*, cit., c. 429.

tiva di questi concetti ha ceduto il passo a favore di un atteggiamento legislativo volto alla concreta realizzazione di una unità normativa Europea quale passaggio obbligato dell'evoluzione da una semplice area di scambio comune ad un più complesso regime di effettiva confederazione fra Stati<sup>35</sup>, reso possibile anche dai progressi tecnologici occorsi negli anni più recenti e dalla conseguente dematerializzazione dell'offerta dei servizi finanziari<sup>36</sup>.

Tale evidenza è stata ulteriormente testimoniata dal tenore degli interventi legislativi occorsi in materia di regolamentazione del settore bancario e finanziario in genere che, nei primi anni del nuovo millennio, hanno coinvolto la prima Direttiva di consolidamento, modificandone anche sensibilmente il coordinamento originariamente emendato. Fra questi vanno sicuramente ricordati il regolamento attuato con gli istituti di moneta elettronica introdotti dalla presocché coeva Direttiva 2000/46/CE del 18 settembre 2000<sup>37</sup>, l'adozione delle Direttive 2001/24/CE del 4 aprile 2001, in materia di risanamento e liquidazione delle banche<sup>38</sup>, e 2002/87/CE del 16 dicembre 2002, dedicata alla disciplina degli enti creditizi<sup>39</sup>, l'introduzione della Direttiva 2002/65/CE, dedicata alla disciplina dei servizi finanziari offerti a distanza ai consumatori<sup>40</sup>, la concessa nuova regolamentazione dei servizi finanziari introdotta dalla 2004/39/CE del 21 aprile 2004 (c.d. MIFID)<sup>41</sup>, oltre agli inter-

<sup>35</sup> Cfr. in questo senso il rafforzamento della vigilanza prudenziale operato sulla svedese Direttiva 77/780/CEE dalla Direttiva 95/76/CE del 29 giugno 1995, il cui testo è contenuto in G.U.C.E., n. L 168 del 18 giugno 1995. Per una analisi delle motivazioni che hanno portato all'adozione della disciplina, cfr. F. VERZA, *Attività bancaria internazionale e sistemi di vigilanza: la nuova disciplina comunitaria*, in Banca, borsa, fin. cred., 1995, I, pt. I, p. 172 ss. Per uno studio delle cause che hanno portato ad un ritardo nella creazione di un unico ambito creditizio, cfr. C. WALKNER-J. P. KAES, *Integrations*, cit., pp. 3 s. e 13 ss. Una accelerazione nel processo di materia l'affermazione di una realtà economica transnazionale si deve comunque registrare nelle recenti o p.a. lanciate su alcune delle principali banche del mercato italiano nel corso del biennio 2005-2006, oltre che nei considerevoli investimenti effettuati da alcune *big players* nazionali soprattutto nei nuovi mercati dell'Europa centro-orientale.

<sup>36</sup> Per uno sguardo sull'evoluzione della libera prestazione dei servizi finanziari e sul contesto dirittivo di stabilimento cfr. F. CARBONARO, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi*, in G. ALPA-F. CARBONARO (a cura di), *Diritto*, cit., p. 163 ss. Sul punto, cfr. anche T. PAVI, in G. ALPA-F. CARBONARO, *Regulating Finance*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 10 ss. e p. 17 ss. Per una analisi economica, cfr. J. W. B. BOS-H. SERRANO, *The theory of single frontier in a single European banking market?*, ECB Working Paper Series no. 701, dicembre 2006, p. 7 ss.

<sup>37</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 275 del 27 ottobre 2000.

<sup>38</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 123 del 5 maggio 2001.

<sup>39</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 35 dell'11 febbraio 2002. Emendamenti minori in tema del potere della Commissione di implementare il testo della Direttiva in merito ad elementi non essenziali della stessa sono stati approvati, da ultimo, dalla Direttiva 2008/25/CE dell'11 marzo 2008, il cui testo è pubblicato in G.U.C.E., n. L 81 del 20 marzo 2008.

<sup>40</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.C.E., n. L 271 del 9 ottobre 2002.

<sup>41</sup> La Direttiva, il cui testo è contenuto in G.U.C.E., n. L 145 del 30 aprile 2004, sostituisce la precedente 93/22/CEE. La nuova disciplina prevede che gli enti creditizi già licenziati ai sensi della Direttiva 2000/12/CE (ora 2006/48/CE) non siano sottoposti ad una seconda procedura au-

torizzativa, l'unica ai sensi del considerando n. 18 si prevede che «*Per un ente creditizio decise di prestare servizi o effettuare attività di investimento l'ovvero segue il modello della banca universale, n.d.a., le autorità competenti dovrebbero verificare, prima di autorizzare un'autorizzazione, che detto ente rispetti le pertinenti disposizioni della presente Direttiva*». L'art. 2 dispone la diretta applicabilità di alcune norme della stessa agli enti creditizi, fra le quali vanno ricordate le norme poste a tutela degli investitori. Per una analisi della disciplina dei servizi finanziari, *infra*, cap. V.

<sup>42</sup> Il cui testo è contenuto rispettivamente in G.U.C.E., n. L 123 del 28 aprile 2004, n. L 79 del 24 marzo 2005 e n. L 70 del 9 marzo 2006. Ulteriori emendamenti sono seguiti all'allargamento ad est dell'Unione: si veda a riguardo l'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e agli accordamenti dei trattati sui quali si fonda l'Unione Europea (allegato II, elenco di cui all'articolo 20 dell'atto di adesione - 3. Libera prestazione dei servizi) pubblicato in G.U.C.E., n. L 235 del 23 settembre 2003, a cui si unisce la Direttiva 2006/29/CE dell'8 marzo 2006, pubblicata in G.U.C.E., n. L 70 del 9 marzo 2006 che modifica l'elenco degli enti esclusi dall'area di applicazione della Direttiva 2000/12/CE. Sul punto cfr. AA.VV., *European Banking*, cit., p. 4.

<sup>43</sup> Dal 2002 il processo evolutivo segue - per gli aspetti inerenti la prestazione dei servizi finanziari - il percorso decisionale contenuto nel c.d. *Rapporto Lamfalussy*, il quale prevede un coinvolgimento delle parti economiche del processo normativo, articolando un processo legislativo basato su quattro distretti e numerosi livelli di formazione delle norme. Tale metodo è stato recepito anche in ambito bancario a seguito della risoluzione adottata dal Parlamento in data 21 novembre 2002, poi seguita dall'invito rivolto dal Consiglio europeo alla Commissione del 3 dicembre 2002, vestigato così ad affiancare la Commissione Europea il Comitato Europeo dei Controllo Bancari, istituito con decisione della Commissione 2004/10/CE, sul punto cfr. il *Libro bianco della Commissione Europea sulla politica dei servizi finanziari per gli anni 2005-2010* del 5 dicembre 2005, p. 9; per una analisi cfr. C. WALKNER-J. P. KAES, *Integrations*, cit., p. 40; G. ALPA, *Armonizzazione*, cit., p. 11 ss.; A.B.I., *Banche italiane in Europa*, Banca Editrice, Roma, 2006, p. 95 ss.; M. CONDOMI, *Controllo dei rischi bancari e supervisione creditizia*, Carocci, Bari, 2005, p. 36 ss.; N. MOURNER, *FC Securities Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 864 ss.

<sup>44</sup> Pubblicata anche in G.U.C.E., n. L 177 del 30 giugno 2006.

<sup>45</sup> Per una analisi di quest'ultima normativa, *infra*, cap. III.

to esaurire il percorso evolutivo della normativa creditizia europea; ulteriori assestamenti della stessa si sono infatti potuti registrare a meno di un anno dall'entrata in vigore della riforma, mentre altri sembrano profilarsi in un orizzonte temporale alquanto prossimo.<sup>46</sup> Accanto alla ridefinizione delle regole procedurali e dei criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario attuata dalla Direttiva 2007/44/CE del 5 settembre 2007<sup>47</sup>, alle più contenute modifiche apportate al regime delle esposizioni verso banche multilaterali di sviluppo e all'area di applicazione della Direttiva 2006/48/CE<sup>48</sup> dalla Direttiva 2007/18/CE del 27 marzo 2007<sup>49</sup>, nonché all'ampliamento dei poteri della Commissione per l'attuazione di elementi non essenziali della normativa bancaria comune attuato dalla Direttiva 2008/24/CE dell'11 marzo 2008<sup>50</sup>, si deve infatti segnalare la proposta di modifica COM/2008/602 del 1° ottobre 2008, destinata a riscrivere la disciplina dei fondi propri, dei grandi rischi e della sorveglianza e della gestione delle crisi.

Lungi quindi dall'essere una realtà consolidata, il sistema bancario europeo ha comunque saputo assumere il ruolo di modello normativo-finanziario di riferimento a livello mondiale, strutturando, se non pienamente, almeno in buona parte le possibilità di crescita insite nella più intensa concorrenza di un mercato transnazionale<sup>51</sup>: non è forse un caso se un insigne economista americano, ancor prima dello scoppio della crisi provocata dai mutui *sub-prime*, ha voluto sottolineare, a conferma della validità del modello politico comunitario, come «Le istituzioni finanziarie europee sono i banchieri del mondo. Oggi, quattordici fra le venti maggiori banche del pianeta sono europee»<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. T. PADOA-SCHIOPPA, *Regulating*, cit., p. 73. L'A. evidenzia quattro punti di intervento necessari per rafforzare l'ancora frammentato mercato bancario europeo, ovvero aumentare la portata della disciplina comune, rendere la stessa più flessibile ai cambiamenti, intensificare la collaborazione fra le autorità nazionali e incrementare la politica della competizione.

<sup>47</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.U.E., n. L 247 del 21 settembre 2007.

<sup>48</sup> A cui si aggiungono i decreti operati nell'allegato I della citata Direttiva 2007/64/CE, in tema di servizi di pagamento nel mercato interno.

<sup>49</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.U.E., n. L 87 del 28 marzo 2007.

<sup>50</sup> Il testo della Direttiva è contenuto in G.U.U.E., n. L 81 del 20 marzo 2008.

<sup>51</sup> Cfr. il *Libro verde sui servizi finanziari per i consumatori nel mercato unico* del 30 aprile 2007, COM/2007/226, pp. 8 e 11; per quanto attiene ai *retail banking*, in particolare occorre evidenziare la volontà di migliorare la competizione transfrontaliera, implementando l'effettiva portabilità anche grazie ad una standardizzazione dei servizi finanziari di base, come i conti correnti bancari. Per un esame economico della presenza di una «monopolistic competition or certain forms of partial collusion» nel mercato europeo, cfr. J.A. BICKER, *Competition Efficiency in a Unified European Banking Market*, Eigar, Cheltenham, 2004, pp. 108 s. e 277 s. Da ultimo si deve segnalare la consultazione pubblica indetta dalla Commissione Europea il 16 aprile 2008, in previsione di possibili modifiche da apportare alle Direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE in tema di esposizioni rilevanti, fondi finanziari, organizzazione dei controlli ed esoneri per le reti di banche popolari e per correzioni tecniche ai testi esistenti.

<sup>52</sup> J. RUKKIN, *Il sogno europeo*, Mondadori, Milano, 2004, p. 71, sulla base di dati raccolti dalla

L'avvicinamento agli *standards* europei gioca un ruolo fondamentale anche nella formazione degli ordinamenti delle nazioni che hanno legato strette relazioni commerciali con l'Unione Europea<sup>53</sup>: fra questi, oltre ai nuovi Stati membri ed ai *partners* commerciali più importanti, vanno ricordati soprattutto i Paesi candidati all'adesione che in previsione della conclusione positiva delle trattative diplomatiche hanno in più casi guardato all'esperienza Europea per la stesura delle regole del settore bancario nazionale, o hanno perfino orientato preventivamente la normativa alle regole uniformi vigenti nel mercato unico in attesa della ammissione<sup>54</sup>.

## 2. *Il c.d. banking code europeo*

Come accennato nel paragrafo introduttivo, il percorso relativamente breve della evoluzione della disciplina del settore creditizio comunitario ha trovato un suo momento centrale nell'adozione della Direttiva 2000/12/CE del Parlamento

*risia Fortune*. La stessa Commissione Europea ha sottolineato la necessità di estendere la portata di una regolamentazione comune del mercato dei servizi finanziari, in primis coinvolgendo la propria realtà statunitense: «*This dialogue should be the beginning of a sustained and deepening process of mutual understanding, cooperation and above all engagement on determining transatlantic regulatory equivalences. Servizi finanziari - move west per adottare le ultime misure previste nel Piano d'azione per i servizi finanziari* (P.A.S.F.), ottava relazione della Commissione Europea sull'attuazione del Piano d'azione per i servizi finanziari, Bruxelles, 2 giugno 2003, p. 14.

<sup>53</sup> Cfr. sul punto il *considerando* n. 20 della prelegge Direttiva 2000/12/CE, in cui il legislatore riconosceva come «... la Comunità si propone [...] di migliorare la liberalizzazione dei mercati finanziari globali in Paesi terzi». Il concetto sembra ritrovarsi nell'attuale *considerando* n. 20 del *banking code* ove la tutela del principio di reciprocità sembra venire rafforzata, quale esito di un processo patrizio necessariamente condotto a livello comunitario.

<sup>54</sup> Si prenda ad es. il sistema bancario bulgaro, caratterizzato dalle difficoltà insite nella transizione da un sistema economico socialista al libero mercato, che, a seguito degli scandali finanziari occorsi nel settore bancario nel 1997, ha intrapreso un percorso di convergenza verso l'indirizzo legislativo europeo: per una ricostruzione di tali passaggi, cfr. G.A. ANCELETTI, *Bulgarian banking sector developments, post 1989*, in *Southeast European Policy*, 2001, II, p. 4 ss. Per una analisi economica dei risultati del processo di integrazione dei nuovi Stati membri, cfr. C. KOK SOERENSEN-J.M. PUGGIERI-GUTTERERZ, *Burno area banking sector integration*, ECB Working Paper Series no. 627, maggio 2006, p. 7 ss. Per uno studio sulla convergenza del mercato turco alle regole europee cfr. AA.VV., *The Turkish banking sector*, in *Bruges European Economic Policy Briefings*, VII, 2004, p. 21 ss. Sui problemi connessi all'integrazione, anche interna, dell'emergente sistema bancario islamico, caratterizzato dalle restrizioni derivate dalla *Sharia* in materia di pagamento di interessi, cfr. A. CUNNINGHAM, *Regulation and supervision: challenges to Islamic finance in a risk-based global system*, in *Moody's Investors service special comment*, gennaio 2004, R. WILSON, *Islamic Finance in Europe*, RSCAS Policy Papers 2007/02, p. 1 ss. Tale aspetto è rilevante anche nel *Libro bianco della Commissione Europea sulla politica dei servizi finanziari per gli anni 2005-2010* del 5 dicembre 2005, p. 15 s.: «*Considering the size of the EU market, and Europe's experience in pragmatically using the legitimate call for harmonised rules and the diverging needs of different markets/players, the EU must have a leading role in standard setting at global levels*». Sul punto cfr. anche F. CARVALONE, *Relazioni con le imprese bancarie di Paesi terzi*, in G. ALPA-F. CARVALONE (a cura di), *Diritto*, cit., pp. 178 s. e 187.



e del Consiglio Europeo del 20 marzo 2000, quale esito della procedura codicistica dettata dall'art. 251 del Trattato CE<sup>55</sup>. L'importanza del disegno legislativo risiedeva nella prima opera di sostanziale consolidamento della frammentata normativa preesistente in materia, conclusasi nella creazione di un testo organico da più parti indicato quale effettivo codice dell'attività bancaria Europea<sup>56</sup>.

Non puntando a modificare le scelte normative frutto della sovrapposizione delle precedenti discipline, la Direttiva perseguiva - per esplicita ammissione del legislatore europeo - lo scopo della verifica e razionalizzazione delle stesse, raggruppandole e coordinandole in un unico *corpus*<sup>57</sup>. Il risultato fu la riforma del contenuto di sette Direttive emanate dal Consiglio negli ultimi trent'anni del secolo scorso, indicabili quali i punti cardine della disciplina del settore bancario europeo prevegente l'anno 2000. Come in parte ricordato nel paragrafo iniziale queste erano: la Direttiva 73/183/CEE del 28 giugno 1973, relativa alla soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari, nonché le commesse 77/780/CEE del 12 dicembre 1977 e 89/646/CEE del 15 dicembre 1989, rispettivamente prima e seconda Direttiva del Consiglio relative al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio; nello stesso testo venivano inoltre a confluire la Direttiva 89/299/CEE del 17 aprile 1989, dedicata alla regolamentazione dei fondi privati degli enti creditizi, la 89/647/CEE del 18 dicembre 1989, relativa ai coefficienti di solvibilità degli enti creditizi, la 92/70/CEE del 6 aprile 1992, concernente la vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, nonché la Direttiva 92/121/CEE del 21 dicembre 1992, sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fondi degli enti creditizi, come risultanti dalle modifiche nel tempo apportate<sup>58</sup>.

La «codificazione» così elaborata è stato solo in parte ripresca dalla attuale Direttiva 2006/48/CE, che continua a rinchiodare la disciplina dell'accesso e dell'esercizio della attività bancaria, a cui si affianca tuttavia la Direttiva gemella 2006/49/CE, che completa la disciplina per gli aspetti della adeguatazza patrimoniale degli enti creditizi che non trovano definizione nel primo testo, riprendendo in parte lo schema legislativo adottato con le ormai abrogate Direttive

<sup>55</sup> Sulla procedura di cooperazione fra istituzioni introdotta nel processo normativo dall'Assemblea Unica Europea, cfr. A. TEZZANO, *L'atto unico europeo e la realizzazione del mercato interno*, in Foro it., 1989, pt. IV, cc. 79 e 81-82; J.H. DAVIENUS, *Home and host country regulatory control of cross-border banking services in the EU*, in G. ALBA-F. CARREZZONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 428 s.

<sup>56</sup> Cfr. F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Diritto*, cit., p. 51 s.

<sup>57</sup> Cfr. il *considerando* n. 1 della Direttiva 2000/12/CE.

<sup>58</sup> Per uno sguardo sull'insieme delle Direttive che hanno apportato modifiche alle disposizioni oggetto del consolidamento del primo *banking code*, cfr. l'allegato V, parte A, della Direttiva 2000/12/CE, in cui vengono elencate, oltre alle discipline abrogate, anche i testi delle stesse trasposti all'interno della nuova cornice normativa. Analoghe funzioni è assolta dall'allegato XIII della attuale Direttiva 2006/48/CE.

89/646/CEE e 89/647/CEE. Ai pari della precedente Direttiva 2000/12/CE occorre registrare come anche l'attuale impianto normativo continui ad omettere una definizione dell'oggetto della normativa. Il significato di «attività creditizia» risulta infatti rilevabile esclusivamente dalla definizione di «ente creditizio» resa dalla lett. a del punto 1 del quarto articolo della Direttiva 2006/48/CE: tale è l'impresa «... la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto...»<sup>59</sup> nonché l'«istituto di moneta elettronica» come descritto dal 3° comma dell'art. 1 della Direttiva 2000/46/CE<sup>60</sup>.

Tralasciando quest'ultima attività, che costituirà l'oggetto dell'ultimo paragrafo del presente capitolo, per procedere alla verifica degli effettivi confini applicativi del *banking code* si devono innanzitutto esaminare gli elementi peculiari che compongono l'ampia formula, mutuata dalla Direttiva 77/780/CEE, che il legislatore comunitario ha tracciato<sup>61</sup> per classificare l'oggetto dell'impresa creditizia, ovvero la raccolta di fondi rimborsabili rivolta al pubblico e la concessa elargizione del credito.

Dalle due fasi che costituiscono l'attività di intermediazione del denaro<sup>62</sup> tuttavia, solo il momento della assunzione dei fondi professionalmente svolta<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Rispetto alla definizione contenuta nel punto 1, 3° comma, dell'art. 1 della Direttiva 2000/12/CE, la definizione vigente di ente creditizio non contempla più l'esenzione finalizzata all'attività di vigilanza ed all'attività di controllo sui grandi rischi. Per il raggiungimento di questi specifici obiettivi la precedente definizione di ente creditizio veniva infatti estesa ad abbracciare le imprese pubbliche - ad esclusione delle banche centrali - o private, autorizzate in un Paese terzo alla raccolta del risparmio ed all'esercizio del credito, oltre alle succursali di enti comunitari ed extracomunitari, limitatamente alle verifiche necessarie allo svolgimento della vigilanza su base consolidata, anche al di fuori dei confini dell'Unione. La norma si trova ora ricollocata nell'art. 107 della attuale Direttiva 2006/48/CE.

<sup>60</sup> La versione originaria della Direttiva 2000/12/CE non contemplava gli enti disciplinati dalla successiva 2000/46/CE, la cui adozione fu operata dalla Direttiva 2006/28/CE del 18 settembre 2000. Il testo di queste ultime Direttive è contenuto in G.U.C.E., n. L 273 del 27 ottobre 2000.

<sup>61</sup> Per un approfondimento sulla tecnica normativa basata sulla fissazione di definizioni comuni, cfr. P. GIACOMINI, *Definizioni legislative o normative del banking code europeo*, in G. ALBA-F. CARREZZONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 27 ss.; e 35 s. Ponendo in evidenza come anche le definizioni debbano essere tradotte dal legislatore nazionale utilizzando «... standard, principi e clausole generali...» già impiegate nel diritto interno, l'A. sottolinea come la conseguenza «... pubblicazione delle definizioni legislative contenute nelle fonti interne, con cui i legislatori nazionali - sia pure con la discrezionalità loro basata per attendere all'attuazione - sono chiamati ad introdurre negli ordinamenti municipali le definizioni legislative di fonte comunitaria, originari] differenze che precorrono, predicono e favoriscono le disseminde applicative contrastanti il ravvicinamento dei diritti nazionali».

<sup>62</sup> Sull'evoluzione della nozione di attività bancaria cfr. V. CALAMANDREI BRONNARA, *La Banca: Impresa e i contratti*, in V. COSTA (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, vol. VI, Cedam, Padova, 2001, p. 35 s.; R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 195 ss.

<sup>63</sup> Dobbì possono sorgere sul requisito della professionalità: tale deve essere considerata un'attività, anche non principale, esercitata da una impresa in modo continuativo o, quantomeno, non occasionale. Sul differente ambito di applicazione dettato dalla presente norma, non occorrono. Sul differente ambito di applicazione dettato dalla presente norma, non occorrono. Sul differente ambito di applicazione dettato dalla presente norma, non occorrono.

costituisce per il legislatore europeo l'ambito di esercizio esclusivo dell'ente creditizio<sup>64</sup>. In tale direzione la riserva parziale dettata dall'art. 5, 1° comma, viene unicamente a comprendere le operazioni assunte dalle banche «a termine» o «a vista», rinvolve potenzialmente all'intero mercato<sup>65</sup>. Proprio la indistinguibilità della qualità dei fruitori dell'offerta necessariamente standardizzata<sup>66</sup>, accanto alla salvaguardia della generale stabilità finanziaria del sistema, giustificano il limite legale posto all'esercizio della attività. Si deve infatti immaginare come la raccolta non coinvolga esclusivamente soggetti dotati di una esperienza professionale, ma soprattutto contrenti «deboli» quali i risparmiatori-consumatori, bisognosi della maggior tutela legata ad un controllo pubblico degli enti creditizi nella fase dell'accesso, quanto della permanenza nel mercato, a fronte del rapporto di natura fiduciaria che caratterizza il legame contrattuale fra i clienti ed il mondo bancario<sup>67</sup>. A prescindere dalla preparazione finanziaria dei destinatari dell'offerta pubblica, questi infatti eseguiranno versamenti pecuniari o consegneranno altro genere di fondi la cui rimborsabilità sarà oggetto di una garanzia peculiare da parte degli enti creditizi in forza dell'affidamento generato dalla regolamentazione della funzione pubblica di intermediazione del denaro<sup>68</sup>.

de il requisito della professionalità, pur in presenza di una eguale classificazione dettata dall'art. 4 dell'attuale *banking code* per gli istituti emittenti la moneta elettronica quali enti creditizi, cfr. V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 53, luglio 2001, p. 22.

<sup>64</sup> Favorevole ad un inquadramento quale «banca comunitaria» ai sensi dell'art. 28 della prima versione del *banking code* (il cui contenuto è ora trasposto nell'art. 23 della Direttiva 2006/48/CE) anche degli enti autorizzati che si limitano alla concessione del credito, quali ad esempio gli *établissement de crédit*, F. CAPREGLIONE, *Libertà*, cit., p. 156. Sul punto cfr. F. VEILA, *L'esercizio del credito*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 52-54. L'A. sottolinea, a margine del problema di una definizione dell'attività creditizia, come «dal momento che le banche svolgono altre attività e che i confini tra queste e le operazioni rientranti nell'esercizio del credito divergono sempre meno chiari, è necessario individuare elementi più specifici per inquadrare con precisione il fenomeno» e che, pertanto, non sia «... più possibile ritenere che un'operazioneativa sia espressione dell'esercizio del credito soltanto in ragione del suo legame con l'intermediazione». Sul punto, cfr. anche V. CALANDBRA BUONAIUTA, *La Banca*, cit., p. 50.

<sup>65</sup> Per una analisi delle eccezioni previste dalla disciplina nazionale cfr. V. TROIANO, commento all'art. 11, in F. CAPREGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, vol. I, Cedam, Padova, 2001, p. 99. Ciò non sembra escludere la partecipazione delle somme raccolte, qualora questa non vada ad intaccare il capitale oggetto di restituzione, ma solo gli interessi. Sul punto cfr. M. SEPE, *Diritto della raccolta del risparmio tra il pubblico da parte di soggetti non bancari e le sue eccezioni nella normativa comunitaria*, in G. ALDA-F. CAPREGLIONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 69.

<sup>66</sup> Cfr. V. CALANDBRA BUONAIUTA, *La Banca*, cit., p. 38 ss.

<sup>67</sup> Cfr. il considerando n. 5 della Direttiva 2006/49/CE.  
<sup>68</sup> Cfr. Corte di giustizia CE, n. C-366/97 *Criminal proceedings against Massimo Romanello et Paolo Romanello*, il cui dispositivo è contenuto in K.J. HOFF-E. WYMERSCSI, *European Company and Financial Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 151. La Corte sottolinea infatti - riferendosi al principio contenuto nel precedente art. 3 della Direttiva 2000/12/CE - come «The terms "other repayable funds" in article 3 [...] refers not only to financial instruments

A tal proposito occorre ricordare come il legislatore configuri la violazione della riserva della attività unicamente qualora l'elemento della raccolta evidenzi i caratteri della assunzione in proprio del fondo conferito, con sottrazione al titolare della accessibilità allo stesso, anche se solo momentanea: ciò non avviene, come si potrà vedere nell'ultimo paragrafo, qualora si proceda alla semplice traduzione delle somme raccolte in moneta elettronica da parte di un istituto disciplinato ai sensi della Direttiva 2000/46/CE, ovvero senza la percezione da parte dello stesso della loro piena disponibilità<sup>69</sup>.

L'indicata centralità del momento della raccolta è chiaramente rilevabile anche dalla lettura della definizione di «ente finanziario» contenuta nel quinto punto dell'art. 4, ove si evidenzia il ridotto oggetto d'impresa rispetto agli enti creditizi<sup>70</sup>, data l'esplicita esclusione dell'assunzione di depositi o altri fondi rimborsabili dall'elenco delle attività finanziarie espletabili previste dal primo

*which poses the intrinsic characteristic of repayability, but also to those which, although not posing that characteristic, are the subject of a contractual agreement to repay the funds paid»*. Sul punto cfr. anche V. TROIANO, *Commento all'art. 11*, cit., p. 98 s. I fondi conferiti potrebbero rivestire il carattere della irredimibilità o potrebbero risultare postergati: se questi ultimi sembrano ammissibili a fronte della definizione data l'impostazione della normativa comunitaria, non così appare per i fondi concessi in perpetuo, stante la loro impossibilità rimborsabilità. Sul questo, nell'ambito della legislazione nazionale, cfr. M. MARTUCCI, commento all'art. 12, in F. CAPREGLIONE (a cura di), *Commentario*, cit., p. 113.

<sup>69</sup> Cfr. *infra*, par. 7.

<sup>70</sup> Sul problema dell'assenza di una previsione normativa che chiarisca la natura del rapporto fra la definizione di ente creditizio e le attività accessorie tracciando i confini dell'applicabilità della disciplina anche nei confronti delle imprese che si limitano all'esercizio di queste ultime, cfr. F. VEILA, *L'esercizio del credito*, cit., p. 134 s. L'A., individuando i servizi estranei all'intermediazione («... si pensi alla gestione e consulenza in materia di portafoglio [...] alla consecrazione di valori mobiliari [...] ai servizi di informazione sulla solvibilità della clientela [...] alle cassette di sicurezza ...»), denuncia infatti come «Ci si potrebbe ad esempio chiedere se un'impresa che effettua la raccolta ma pone in essere soltanto alcune delle operazioni elencate possa qualificarsi come ente creditizio». La risposta deve essere negativa se si muove «... dalla considerazione che la specificità dell'attività bancaria si coglie nel collegamento tra raccolta e impieghi e nella funzione assicurativa svolta dalle banche nei confronti dei risparmiatori con l'assunzione del rischio relativo all'impiego del denaro raccolto ...»: così V. CALANDBRA BUONAIUTA, *La Banca*, cit., p. 51, a proposito della definizione di attività bancaria resa dall'ordinamento italiano. Dal punto di vista del legislatore europeo la risposta può essere all'opposto positiva, in forza della riserva parziale di attività posta in essere dall'art. 5 del *banking code*, norma che rappresenta la chiave di lettura della stessa definizione di ente creditizio. L'elemento che caratterizza questo tipo di impresa non è infatti l'opera di intermediazione, ma solamente la raccolta del risparmio, assunta in sede Europea quale omogeneo presupposto logico (basato su un adeguata tutela normativa dati gli interessi pubblicistici coinvolti) alla attività possibile, ma non necessaria per la configurazione di un ente creditizio) della elargizione del credito. In altri termini, nel diritto comunitario l'oggetto della riserva parziale tracciata dall'art. 5 - salvo le eccezioni previste e quelle configurabili a livello nazionale - sembra coincidere con l'area di individuazione dell'attività creditizia europea, non necessitando di un variegato grado di rischio e sulla loro potenziale incidenza sulla stabilità dell'intermediario e sulla tutela dei risparmiatori cui la banca offre il servizio assicurativo: così ancora V. CALANDBRA BUONAIUTA, *op. cit.*, cit., p. 51.

allegato della Direttiva<sup>71</sup>. L'esame del catalogo permette inoltre di porre in luce un ulteriore dato caratteristico del mercato europeo, ovvero come il modello di ente creditizio adottato dal legislatore comunitario sia quello della «banca universale», vale a dire un'impresa che, seppur rivolga principalmente all'attività riservata dell'intermediazione del denaro (*vecius* all'attività prodromica della raccolta del risparmio *ex art. 5*), non appare decisa esclusivamente alla stessa in quanto aperta al perseguimento anche di altri oggetti di impresa tipici del mercato finanziario<sup>72</sup>.

Riprendendo l'analisi dell'ambito d'impresa riservato agli enti creditizi dall'art. 5, si deve notare come il divieto della raccolta subisca una precisazione restrittiva già nel 2° comma della norma, ove il legislatore europeo ha previsto che venga esclusa dall'area della riserva legale la raccolta effettuata dai Paesi membri, dalle autorità locali o regionali<sup>73</sup> e dalle organizzazioni internazionali partecipate almeno da uno Stato aderente all'Unione<sup>74</sup>. Inoltre, con eccezione forse eccessivamente sfumata, è ammesso che la restrizione operativa possa essere superata nelle ipotesi previste da una possibile normativa comunitaria od anche nazionale, le quali prevedano una precisa regolamentazione della attività della raccolta del risparmio tale da garantire la sicurezza dei depositari e degli investitori<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Il primo allegato del *banking code* fissa l'elenco delle attività liberamente esercitabili dagli enti autorizzati sul territorio dell'Unione in base al principio del mutuo riconoscimento: fra queste devono essere ricordate oltre alle citate raccolta del risparmio ed esercizio del credito, i servizi di *leasing* finanziario, i servizi di pagamento, l'emissione e la gestione di mezzi di pagamento (inclusa l'attività di emissione di moneta elettronica prevista dalla Direttiva 2000/46/CE), il rila-scio di garanzie e di fidejussioni, oltre alle operazioni, poste in essere per proprio conto o per conto della clientela, aventi ad oggetto i valori mobiliari, gli strumenti del mercato monetario, gli strumenti finanziari derivati e l'attività di cambio delle valute. Inoltre vanno ricordate la consulenza finanziaria ed industriale delle imprese, compresi i servizi di informazione commerciale o lenza finanziaria ed ai servizi necessari a porre in essere concentrazioni ed acquisizioni di imprese, la partecipazione ai servizi emessi di strumenti finanziari ed alle attività necessarie alla realizzazione delle stesse, i servizi di intermediazione monetaria (c.d. *money broking*), la gestione o la consulenza patrimoniale oltre alla custodia ed amministrazione dei valori mobiliari e locazione di cassette di sicurezza. La Direttiva 2004/39/CE ha inoltre esteso il mutuo riconoscimento alle attività previste dalle lett. A e B dell'allegato I, aventi ad oggetto gli strumenti contemplati nella successiva lett. C.

<sup>72</sup> Cfr. il *considerando* n. 14 della Direttiva 2006/48/CE (che ricalca la speculare premessa della precedente Direttiva 2000/12/CE). Per un confronto fra il modello americano «classico», caratterizzato dall'invocata dell'impresa bancaria rispetto al modello europeo della c.d. «banca universale», cfr. T. PADOA-SCHIOPA, *Regulating*, cit., p. 28 s. Sul punto cfr. anche G. ALPA, *Ammodernamento*, cit., p. 17; F. CAPRIGLIONE, *commento all'art. 10*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario*, cit., p. 10 s.

<sup>73</sup> La Direttiva non specifica quale grado di autonomia debbano avere tali organismi rispetto allo Stato nazionale: il termine «autorità» tuttavia sembrerebbe indicare quantomeno che gli stessi siano dotati di poteri finanziari indipendenti. Sul punto cfr. M. SERP, *Diritto*, cit., p. 61 s. L'A. suggerisce che tali enti debbano avere un autonomo potere impositivo o essere garantiti dallo Stato membro.

<sup>74</sup> Si pensi, ad esempio, al ruolo svolto dalla Banca Europea di Investimento.

<sup>75</sup> Sul punto cfr. M. SERP, *Diritto*, cit., pp. 61 s. e 67. L'A. suggerisce una lettura della norma

L'apparente violazione del principio della concorrenza paritaria, introdotta dalla possibile deroga a livello nazionale, trova una efficace motivazione nel *considerando* n. 6 della Direttiva, ove il legislatore, pur evidenziando la necessità di salvaguardare uno dei fondamenti del mercato comune, avverte come la disciplina del *banking code* non debba risultare di pregiudizio alla «... applicazione delle legislazioni nazionali nei casi in cui esse prevedono autorizzazioni speciali o di effettive particolari tipi di operazioni». Risulta pertanto logico supporre che la speciale concessione possa essere validamente rilasciata dai singoli Stati solo in presenza di una ragione peculiare o di un pubblico interesse che ne giustifichino l'adozione<sup>76</sup>.

Il quadro del limite legale di attività soffre inoltre di una eccezione indiretta nella elencazione racchiusa nell'art. 2, ove si dispone l'esclusione dall'ambito applicativo della Direttiva – e quindi anche dalla riserva dettata dall'art. 5 – delle banche centrali degli Stati membri, degli uffici dei conti correnti postali oltre ad un insieme di organismi pubblici attivi nel campo dell'intermediazione creditizia<sup>77</sup>, caratteristici del tessuto economico-sociale dei singoli Paesi aderenti all'Unione. La norma trova però correzione negli ultimi due commi quale disposizione neutra, ovvero tesa ad aprire il mercato ad imprese sottoposte a controlli, con ciò evitando derive bancocentriche.

<sup>76</sup> Cfr. il *considerando* n. 6 della Direttiva 2006/48/CE.

<sup>77</sup> Si pensi ad esempio alla *Commonwealth Development Finance Company Ltd* iscritta nel Regno Unito, od alle organizzazioni attive in Germania ed Austria nella costruzione di alloggi a fini pubblici, sulla scia della tradizione iniziata dai banchieri Fugger già nel 1514, con la creazione del quartiere Fugger di Augsburg. L'Italia vede esclusa la *Cassa Depositi e Prestiti*, ora s.p.a. di diritto pubblico. La lista dei soggetti economici è stata ampliata in occasione dell'allargamento ai nuovi dieci membri della UE, con Atto pubblicato in G.U.U.E., n. L 236 del 23 settembre 2003. Rispetto alla Direttiva 2000/12/CE scompare la norma introdotta nell'art. 2, 4° comma, dalla Direttiva 2005/1/CE del 9 marzo 2005 (il cui testo è contenuto in G.U.U.E., n. L 79 del 24 marzo 2005) che – al fine di rendere la disciplina più adattabile alle mutevoli esigenze economiche e di assicurare una maggiore semplicità alle procedure di adesione dei nuovi Stati membri – prevedeva la possibilità di introdurre ulteriori eccezioni a fronte di una deliberazione assunta dalla Commissione con l'assistenza del Comitato Bancario Europeo. Quest'ultimo organo, intodotto con decisione 2004/10/CE della Commissione Europea del 5 novembre 2003 (il cui testo è contenuto in G.U.U.E., n. L 3 del 7 gennaio 2004) all'art. 60 della stessa Direttiva 2000/12/CE (attuale art. 150 della Direttiva 2006/48/CE), come da ultimo modificata dalla Direttiva 2008/24/CE dell'11 marzo 2008, pubblicata in G.U.U.E., n. L 81 del 20 marzo 2008, ha sostituito l'originario Comitato Consultivo contemplato nell'ormai abrogato art. 57 della versione iniziale del *banking code*. Prima dell'intervento operato nel 2005 il Comitato Consultivo Bancario aveva il compito di vigilare la legittimità dei requisiti complementari richiesti in tema di capitale e qualità degli amministratori dalle singole legislazioni nazionali. Per esplicita previsione del par. 2 e 2-bis dell'art. 151 della Direttiva 2006/48/CE (che riprende un analogo dispositivo contenuta nel precedente *banking code*), sono direttamente applicabili all'autorità del Comitato Bancario Europeo la procedura di consultazione nella adozione di testi legislativi, oltre alla procedura di autoregolamentazione dei comitati che affiancano la Commissione, così come previsto dagli artt. 5 e 7 della decisione 1999/468/CE del 28 giugno 1999, pubblicata in G.U.C.E., n. L 184 del 17 luglio 1999, a seguito della modifica operata dalla decisione 2006/512/CE del 17 luglio 2006, pubblicata in G.U.U.E., n. L 200 del 22 luglio 2006.

dell'art. 1 ove, ai soli fini del compimento dell'attività di vigilanza eventualmente coinvogliante anche le competenti autorità di Paesi extracomunitari in forza dei patti internazionali stipulati con l'Unione Europea ex art. 39, vengono comunque ricompresi gli uffici dei conti correnti postali ed i peculiari enti economici nazionali elencati dall'art. 2, oltre alle società di partecipazione finanziaria ed alle società a partecipazione mista aventi sede all'interno del mercato unico<sup>78</sup>.

A completare la frastagliata cornice applicativa dettata per la Direttiva 2006/48/CE l'art. 3 fissa due ulteriori eccezioni, dall'importanza non del tutto residuale: allineandosi a quanto già previsto dalla Direttiva 77/780/CEE attraverso l'imposizione di una c.d. «*grandfather clause*»<sup>79</sup>, il legislatore comunitario ha infatti disposto che gli enti creditizi preesistenti alla data del 15 dicembre 1971, all'epoca sottoposti al controllo ed alla direzione di un organismo centrale garante della loro solvibilità e liquidità su base consolidata, possano continuare a godere di un regime normativo semplificato per quanto attiene l'accesso al mercato<sup>80</sup>. Tuttavia, a parziale revisione di quanto sancito e con il chiaro intento di omogeneizzare il mercato eliminando residue «*sacche*» di privilegi non più giustificabili, la Direttiva 2005/1/CE ha introdotto – con addizione ripresa dalla attuale disciplina – la possibilità per Commissione di imporre ulteriori condizioni alla concessione del beneficio della disciplina semplificata, oppure, al contrario, di disporre l'annullamento delle esenzioni introdotte in base alla procedura normativa dettata dall'art. 151 dello stesso *banking code*<sup>81</sup>.

Come sopra accennato, la riserva legale posta dall'art. 5 del c.d. testo unico sottolinea il fine pubblico di decisa protezione del cliente che caratterizza la regolamentazione comunitaria in materia di esercizio dell'attività bancaria. Il legislatore europeo impone tuttavia un divieto esclusivamente alla raccolta di fondi rimborsabili svolta fra il pubblico in maniera professionale, evitando di menzionare l'arguzione del credito, che, in generale, appare attività d'impresa liberamente attuabile quando non segue la raccolta del risparmio<sup>82</sup>, anche se

<sup>78</sup> Queste ultime, già presenti all'interno della Direttiva 92/30/CEE, definisce quali società controllanti enti creditizi, rilevando ai fini della vigilanza dei conglomerati finanziari introdotta dalla Direttiva 2002/87/CE, pubblicata in *GUUE*, n. L 35 dell'11 febbraio 2003. Sul punto cfr. *infra*, cap. 2.

<sup>79</sup> Letteralmente «clausola dell'antenato», l'espressione mutuata dal diritto anglosassone indica la norma che ripropone il precetto imposto da una precedente normativa.

<sup>80</sup> La non applicazione degli artt. 7, 8, 9, 10 e 11 della Direttiva può essere estesa anche agli enti costituiti dopo il 15 dicembre 1971, qualora gli stessi esercitino l'attività creditizia a livello locale e siano sottoposti al controllo di una autorità nazionale ex art. 3, par. 1, 2° comma.

<sup>81</sup> Sul punto cfr. il pensiero di T. PADOA-SCHIOPA, *Regulating*, cit., p. 24: «... *wherein such players conduct banking business, they need to be licensed as banks*».

<sup>82</sup> Cfr. T. PADOA-SCHIOPA, *Regulating*, cit., p. 15. L'A., a margine del recente dibattito sulla regolamentazione dell'accesso al mercato bancario, caratterizzata da due distinte posizioni insanabili nei modi «*no regulation*» e «*let things happen*», sottolinea la centralità della «*provision of liquidity on demand*» quale «*core banking activity*» da tenere riservata a favore delle istituzioni ammesse e supervisionate.

priva del «passaporto unico» quando non collegata ad un ente creditizio autorizzato<sup>83</sup>. In questo modo la politica legislativa adottata uniforma solo parzialmente il mercato delle operazioni di prestito, fra le quali i punti 2 e 3 dell'allegato I della Direttiva enunciano il credito al consumo, il credito con garanzia ipotecaria, il *factoring*. Le cessioni di credito *pro solo* e *pro solvendo*, il credito commerciale – compresa l'attività di *forfaiting* – oltre al *leasing* finanziario.

La scelta di comprendere talune delle attività elencate fra quelle liberamente esercitabili dagli «*enti finanziari*»<sup>84</sup> ha generato tuttavia alcune perplessità: in particolare l'indirizzo di non armonizzare l'accesso al mercato europeo del credito al pubblico non professionale – si pensi al settore dei mutui abitativi – in assenza di una più attenta disciplina del mercato nazionale di sbocco<sup>85</sup>, ad esempio quale quella prevista dal legislatore italiano<sup>86</sup>, è risultato forse un indirizzo legislativo non perfettamente in linea con la politica di una uniforme tutela del risparmio più volte ribadita dal legislatore europeo già nella stessa del primo *banking code*<sup>87</sup>. La decisione di limitare la Direttiva 2006/48/CE alla funzione di consolidare l'assetto normativo esistente sul punto non appare es-

<sup>83</sup> Cfr. il *considerando* n. 16 della Direttiva 2006/48/CE: *infra*, par. 6.

<sup>84</sup> La definizione di «*enti finanziari*» è contenuta nel punto 5 dell'art. 4 della Direttiva, la quale rimanda all'elenco di attività riepilogato nell'allegato I, escludendo l'attività di raccolta di depositi e di altri fondi rimborsabili, i servizi di informazione commerciale e la locazione di cassette di sicurezza.

<sup>85</sup> Cfr. il *considerando* n. 17 della Direttiva 2006/48/CE, che prevede che l'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi a favore degli enti non autorizzati come enti creditizi nella nazione d'origine o per lo svolgimento delle attività estranee all'allegato I possa essere autonomamente regolato dallo Stato membro ospitante «... purché, da un lato, queste disposizioni siano compatibili con il diritto comunitario e motivate da ragioni di interesse generale e, dall'altro, detti enti o dette attività non siano sottoposti a regole equivalenti nel sistema legislativo o regolamentare dello Stato membro d'origine».

<sup>86</sup> Cfr. l'art. 106 del r.d. che fissa i requisiti dei soggetti operanti nei confronti del pubblico le attività di assunzione di partecipazioni, concessioni di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi e l'art. 114 che riserva al Ministero del Tesoro la disciplina dell'accesso al mercato degli enti stranieri: regolamentazione che si è concretizzata nel d.m. del 28 luglio 1994, pubblicato in *GU*, n. 164 dell'8 agosto 1994. Cfr. anche d.m. 2 aprile 1999, n. 86, pubblicato in *GU*, n. 86 del 14 aprile 1999, recante la disciplina dei requisiti patrimoniali necessaria all'attività, se principalmente esercitata, di rilascio di garanzie e di *money broking*. Sul punto cfr. F. CUBBERG, commento all'art. 106, in F. CARRARONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, vol. II, Cedam, Padova, 2001, p. 945 ss.

<sup>87</sup> Cfr. il testo del *considerando* n. 5 della Direttiva che ricompre immodificato anche nella Direttiva 2006/48/CE. Tale dato trova conferma nella futura maggiore attenzione che il legislatore, come presunta, dedicerà ai servizi di base, quali l'apertura di un conto corrente bancario. Sul punto cfr. *Libro bianco della Commissione Europea sulla politica dei servizi finanziari per gli anni 2005-2010* del 5 dicembre 2005, COM/2005/629 p. 15: «*attracting bank accounts is the entry point for most consumers to financial services and markets and increasingly important for citizens to participate in the market and society*». Sul punto cfr. G. ALVA, *Armonizzazione*, cit., p. 18. Sulla necessità di una «tipizzazione» delle operazioni di esercizio del credito, cfr. F. VALLA, *L'esercizio*, cit., p. 171 ss.

sera più del tutto in linea con l'evoluzione legislativa, vedendo originato dalla frammentazione della disciplina un freno allo sviluppo del mercato creditizio<sup>88</sup>, oltre al pericolo di abusi a danno dei consumatori finanziari quali soggetti deboli dello stesso<sup>89</sup>. Tale dato sembra apparire ancora più evidente a fronte dell'attuale approccio europeo in tema di mercato unico dei capitali e dei servizi<sup>90</sup>, teso ad un deciso irrobustimento del sostrato legislativo comune: significativa appare in tal senso la recente approvazione da parte del Parlamento Europeo di una nuova Direttiva dedicata alla implementazione ed armonizzazione della disciplina del credito al consumo<sup>91</sup>, nonché l'approvazione del *Libro bianco sull'integrazione dei mercati europei del credito ipotecario*<sup>92</sup>,

<sup>88</sup> Cfr. M. SEFF, *Diritto*, cit., p. 63 s. L'A. evidenzia il limite del divieto posto dal legislatore europeo, notando come «... sempre più frequentemente intermediari finanziari ed imprese di investimento dei vari ordinamenti nazionali richiedono ed ottengono l'autorizzazione quale-entrate creditizia, pur non svolgendo attività di raccolta del risparmio tra il pubblico ovvero non esercitando attività di concessione prestiti propriamente detta. Tale processo è indotto dal complesso di riserve di attività che l'ordinamento comunitario e i singoli ordinamenti nazionali hanno creato in ambito finanziario, sviluppando regolamentazioni e sistemi di vigilanza molto precisi, focalizzati su quelli tipici delle banche e da questi poco differenziati». Si prenda ad es. l'art. 12 della Direttiva 87/102/CEE del 22 dicembre 1986, (successivamente emendata dalle Direttive 90/88/CEE del 22 febbraio 1990 e 97/7/CE del 16 febbraio 1998, il cui testo è rispettivamente contenuto in G.U.C.E., n. L 42 del 12 febbraio 1987, n. L 61 del 10 marzo 1990 e n. L 101 del primo aprile 1998) che poneva in capo agli Stati membri la decisione in merito ai requisiti necessari per ottenere la autorizzazione ufficiale ad esercitare il credito al consumo.

<sup>89</sup> La considerazione trae spunto dalla lettura dottrinale proposta per inquadrare l'esercizio del credito nella corrispondente definizione di attività creditizia data dal legislatore italiano, secondo la quale l'ambito si rinviene nelle «... finalità del controllo [che] condizionano la definizione del «continuo» dell'esercizio del credito e diventano il presupposto per l'individuazione dei destinatari della normativa speciale...» così F. VELLA, *L'esercizio*, cit., p. 159. Sul punto cfr. anche V. CALABRIDA BUONANURA, *La Banca*, cit., p. 51 s.

<sup>90</sup> Cfr. *Libro verde sui servizi finanziari per i consumatori nel mercato unico* del 30 aprile 2007, COM/2007/226, p. 11 ss.

<sup>91</sup> Il credito al consumo ha trovato una prima regolamentazione nella Direttiva 87/102/CEE. Già nel primo rapporto della Commissione sul recepimento della Direttiva, contenuto in COM/1995/117, si evidenziava la predisposizione di una più intensa disciplina del credito al consumo da parte dei singoli Stati nazionali. Un intervento in materia era anticipato anche dal *Libro bianco della Commissione Europea sulla politica dei servizi finanziari per gli anni 2005-2010* del 5 dicembre 2005, COM/2005/629, p. 12. Tale impegno e la crescita di questo peculiare settore del mercato finanziario all'interno dei singoli mercati hanno condotto la Commissione ad approntare lo schema di una nuova Direttiva dedicata alla armonizzazione ed implementazione della disciplina del credito al consumo, applicabile a tutti i crediti fra i 200 e i 75.000 Euro connessi all'interno della Unione, ad esclusione di quelli elargiti per l'acquisto di strumenti finanziari e dei mutui ipotecari. La maggiore tutela si è concretizzata in un più ampio dovere informativo a carico dell'impresa a cui si associa un diritto al recesso esperibile entro 14 giorni dalla conclusione del contratto. Il testo, contenuto in COM/2002/0443 e pubblicato in G.U.C.E., n. 351 E del 31 dicembre 2002 (successivamente emendato da COM/2005/0483, il cui testo non è stato pubblicato), è stato approvato dal Parlamento Europeo il 16 gennaio 2008 ed è ora trasposto nella Direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, il cui testo è pubblicato in G.U.U.E., n. L 133 del 22 maggio 2008.

<sup>92</sup> Cfr. F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Diritto*, cit., p. 58 s.

che testimonia la volontà di gettare le basi di una maggiore integrazione e di una più attenta ed uniforme tutela dei consumatori, a vantaggio anche degli stessi operatori transnazionali<sup>93</sup>.

Il rilievo sull'opportunità di ricomprendere l'attività di esercizio del credito rivolto al pubblico in un più vasto ambito di riserva sembra trovare ulteriore giustificazione qualora si volga l'attenzione alla prima norma del titolo secondo della Direttiva, dedicato alle condizioni per l'accesso e per l'esercizio dell'attività creditizia. L'art. 6 prevede infatti che gli Stati membri approntino una procedura di preventiva autorizzazione degli enti creditizi, strutturata nel rispetto delle minime condizioni comuni contenute nei successivi sei articoli del *banking code*. Proprio la non eccessiva invasività dei requisiti dettati dal legislatore europeo per l'accesso al mercato creditizio poteva forse giustificare una loro applicazione espansiva anche nei confronti degli enti finanziari, riportando anche l'esercizio del credito nell'area della riserva legale, al pari di quanto previsto, ad esempio, dal legislatore italiano attraverso il 1° comma dell'art. 10<sup>94</sup> e il titolo quinto del r.u.b. Oltre al vantaggio di poter calibrare una esposizione parziale degli enti finanziari alle procedure di controllo per l'accesso e per la permanenza nel mercato, una tale impostazione legislativa si sarebbe rivelata formalmente più corretta in quanto la riserva di legge avrebbe coinciso con la più ampia definizione di ente creditizio in precedenza esaminata, non limitandosi ad abbracciare unicamente la fase della raccolta di depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e, solo indirettamente, quella successiva di concessione del credito<sup>95</sup>.

### 3. I requisiti iniziali degli enti creditizi: i requisiti oggettivi

Come anticipato, il diritto allo svolgimento della attività bancaria è sottoposto dal legislatore comunitario alla concessione di un *nulla oia* governativo da parte dalle singole autorità nazionali, rilasciato nel rispetto delle condizioni minime comuni dettate dalla Direttiva 2006/48/CE. Risulta scontato individuare la *ratio* della normativa Europea nell'obiettivo di assicurare una omogeneità degli enti creditizi operanti all'interno dell'Unione, al fine di garantire

<sup>93</sup> Cfr. il *Libro bianco sull'integrazione dei mercati europei del credito ipotecario* del 18 dicembre 2007, COM/2007/807, p. 3 ss., che fissa quali obiettivi da raggiungere nei prossimi anni l'incremento della competitività transfrontaliera e dell'offerta dei prodotti, nonché l'aumento della fiducia dei consumatori e la semplificazione della trasferibilità delle posizioni contrattuali. Sulle barriere che le operazioni transfrontaliere a favore di un pubblico retail sono destinate per propria natura ad incontrare, cfr. J.H. DALHUSEN, *Towards a Single European Capital Market and a Workable System of Regulation*, in M. ANDREAS-Y. AVERGIANOS (a cura di), *Financial Markets in Europe*, Kluwer Law International, L'Aia-Londra, 2003, p. 46 s.

<sup>94</sup> Il d.lgs. n. 385/1993 prevede espressamente ai primi due commi dell'art. 10 che «la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere di impresa. L'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche». Sul punto cfr. F. CALABRIDA, commento all'art. 10, cit., p. 80 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 214 s.

<sup>95</sup> Cfr. F. VELLA, *L'esercizio*, cit., p. 132 s.

la sicurezza dei clienti, nonché di imporre una concorrenza paritaria fra i singoli *players* che possono contare in questo modo su una disciplina comune, seppur contenuta.<sup>96</sup>

Il duplice scopo perseguito dalla «armonizzazione essenziale»<sup>97</sup> presenta tuttavia una differente gradazione applicativa vedendo privilegiato il momento della tutela del risparmio.<sup>98</sup> Tale politica normativa è confermata dallo stesso legislatore comunitario, il quale concede agli Stati membri la possibilità di aumentare i requisiti o di inasprire la portata delle condizioni minime comuni, necessarie all'ottenimento del «passaporto unico europeo» per lo svolgimento dell'attività creditizia.<sup>99</sup> L'indirizzo assunto mostra come debba ancora compiersi una piena unificazione del mercato bancario europeo: la libertà concessa alle singole nazioni di inasprire le condizioni per l'accesso al settore – seppur mitigata dall'obbligo di una loro comunicazione da parte del singolo Stato membro a favore della Commissione ex art. 6 – appare infatti oggetto di un possibile ripensamento a favore di un rafforzamento della disciplina comunitaria, qualora si voglia davvero giungere alla creazione di un omogeneo ambito economico continentale, effettivamente retto dal principio della concorrenza paritaria.<sup>100</sup> La conclusione trova una conferma anche nel successivo art. 8, ove il legislatore, per converso, ammonisce gli Stati membri di non esaminare le richieste di autorizzazione «in funzione delle esigenze economiche del mercato». La disposizione rafforza il convincimento che il tenore della armonizzazione legislativa intrapresa conceda ancora una rilevante libertà di manovra alle autorità nazionali nella fase della valutazione della domanda di riconoscimento e del programma di attività – comprensivo non solo dell'elencazione delle operazioni previste, ma anche della descrizione della struttura dell'organizzazione dell'ente creditizio.<sup>101</sup> che l'impressione richiedente deve presentare secondo quanto disposto dall'art. 7.<sup>102</sup>

<sup>96</sup> Cfr. il *considerando* n. 5.

<sup>97</sup> Come definita dallo stesso legislatore al *considerando* n. 7.

<sup>98</sup> Cfr. D. BIRAND-MERLINO, *Droit de la concurrence, droit constitutionnel substantiel de l'Union européenne*, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 2004, II, p. 205 ss. L'A. pone in evidenza come il percorso evolutivo del diritto europeo abbia spostato il proprio asse dal fine economico del perseguimento del libero mercato alla tutela del modello dello stato sociale, tale che la concorrenza è ormai «... asservite à l'ordre citoyen...» al punto di poter essere definita una «concurrence citoyenne».

<sup>99</sup> Cfr. il *considerando* n. 15 della Direttiva 2006/48/CE, che raffirma in parte il contenuto del *considerando* n. 12 della Direttiva 2000/12/CE. Fra le condizioni che possono continuare ad essere inasprite va ricordata la possibilità di innalzare il capitale sociale minimo richiesto e di inasprire il tenore delle qualità richieste agli azionisti o ai soci.

<sup>100</sup> Cfr. il *considerando* n. 10. Sul punto – immutificano rispetto alla previgente Direttiva 2000/12/CE – cfr. M. CERRA, *Condizioni*, cit., p. 94.

<sup>101</sup> Si noti come, ai sensi del *considerando* n. 7, l'importanza del programma di attività non debba essere sopravvalutata, dovendo lo stesso essere considerato «... solo come un elemento che consente alle autorità competenti di decidere sulla base di un'informazione più accurata, nel quadro di criteri oggettivi».

<sup>102</sup> Significativo in tal senso pare un confronto fra il concetto di armonizzazione essenziale

Lasciando le considerazioni generali e procedendo all'esame dei singoli requisiti oggettivi imposti occorre, in primis, soffermare l'attenzione sui requisiti patrimoniali previsti dall'art. 9 del «codice», prima forma di garanzia dettata dal legislatore a favore dei clienti depositari. La norma introduce un duplice vincolo, disponendo nel suo 1° comma che «Ente restando le altre condizioni di applicazione generale fissate dalle regolamentazioni nazionali, le autorità competenti non concedono l'autorizzazione allorché quando l'ente creditizio non dispone di fondi propri distinti o il capitale iniziale è inferiore a 5 milioni di EUR». La previsione si completa nel primo paragrafo del successivo art. 10, ove si aggiunge che «I fondi propri di un ente creditizio non possono divenire inferiori al capitale iniziale richiesto ai sensi dell'articolo 9 al momento dell'autorizzazione».

Rispetto al testo della Direttiva 2000/12/CE<sup>103</sup>, nel 2° comma del par. 1 dell'art. 9 il legislatore si preoccupa di definire la base di calcolo del capitale iniziale, che comprende gli elementi contenuti nelle lett. a e b del successivo art. 57<sup>104</sup>, ovvero la parte di capitale versato ai sensi dell'art. 22 della Direttiva 86/635/CEE, nonché l'eventuale sovrapprezzo di emissione (escluse però le azioni privilegiate cumulative), oltre agli utili portati a nuovo per destinazione del risultato finale di esercizio ed alle riserve calcolate ai sensi del successivo art. 23 della disciplina comunitaria richiamata.<sup>105</sup> Coerentemente al disegno di riforma<sup>106</sup> la nuova versione del *banking code* abbandona infine il richiamo agli utili intermedi contenuto nel previgente art. 34 della Direttiva 2000/12/CE.<sup>107</sup>

contenuto nel *considerando* n. 7 ed il principio di proporzionalità nell'esercizio del diritto di intervento in base al principio di sussidiarietà riconosciuto dall'art. 5 del Trattato CE.

<sup>103</sup> Seppur non oggetto di immediata previsione da parte della precedente Direttiva 2000/12/CE, il capitale doveva comunque essere inteso quale apporto conferito, ovvero reale: la lettera era confermata dalla definizione del capitale minimo data dal punto 11 dell'art. 1 attraverso il richiamo dei punti 1 e 2 del par. 2 del successivo art. 34, il cui contenuto è ora ricollocato nell'art. 57 del vigente *banking code*.

<sup>104</sup> Gli stessi elementi – derivanti da Basilea II – formano la nozione di capitale iniziale definita dall'art. 4 della Direttiva 2006/49/CE, ai fini del calcolo del capitale minimo per le imprese di investimento.

<sup>105</sup> Cfr. R. COSTA, *L'ordinamento*, cit., p. 321. Il testo della Direttiva 86/635/CEE del Consiglio dell'8 dicembre 1986 relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari è contenuto in G.U.C.E., n. L 372 del 31 dicembre 1986. L'art. 22 della stessa direttiva, il cui testo è contenuto in G.U.C.E., n. L 222 del 14 agosto 1978. Sul punto cfr. M. COMANA, *Organizzazione e procedure di controllo interno*, in G. ADRA-F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 137.

<sup>106</sup> Cfr. il progetto di riforma della Direttiva 2000/12/CE presentato dalla Commissione Europea con comunicazione COM/2004/486 del 14 luglio 2004, pp. 6, 45 s. e 74.

<sup>107</sup> Ai sensi dell'ultima parte del punto 2 dell'art. 34 della Direttiva 2000/12/CE gli utili in-

Fra le modifiche apportate in tema il legislatore europeo continua invece a ritenere di non dover dare né in tale ambito, né all'interno dell'art. 4 della Direttiva, una definizione dei fondi propri: sembra però facile immaginare come l'autorità nazionale debba verificarne la consistenza alla luce delle norme richiamate dall'art. 56 del *banking code*<sup>108</sup>.

Si delinea così un duplice requisito qualitativo e quantitativo<sup>109</sup>, che si concretizza nell'esistenza di una autonomia patrimoniale a cui si deve affiancare un impegno economico non irrilevante, pari ad almeno cinque milioni di Euro<sup>110</sup>. La disciplina tratteggiata punta in questo modo ad escludere dal mercato la presenza di imprese «deboli», sfornite di un adeguato capitale operativo iniziale od incapaci di mantenimento, nonché ad assicurare la distinzione fra i mezzi propri dell'ente ed i depositi effettuati dai clienti<sup>111</sup>. Delle due previsioni tuttavia solamente la separazione degli assetti finanziari rappresenta uno strumento di tutela diretto, dato lo scarso significato che la presenza di un investimento iniziale può serbare, nonché a fronte dell'immediata applicabilità agli enti autorizzati del coefficiente di solvibilità dettato dal Comitato di Basilea<sup>112</sup>. Il dato si pone maggiormente in risalto guardando alla seconda parte del-

temi ed essere considerati soltanto se fossero stati verificati da persone incaricate del controllo dei conti e fosse stato provato - in modo soddisfacente per le autorità competenti - che il loro importo era stato valutato conformemente ai principi enunciati nella Direttiva 86/635/CEE, al netto di tutti gli oneri prevedibili e delle previsioni di dividendo. Per un esame della norma, cfr. K. BASSO-M. MARANGONI, *Fondi propri*, in G. ALPA-F. CARRIGLIONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 257.

<sup>108</sup> Per un loro esame, *infra*, cap. II.

<sup>109</sup> La soglia quantitativa è frutto dell'intervento operato dalla Direttiva 89/647/CEE, essendo sconosciuta fra i requisiti imposti dalla Direttiva 77/780/CEE, che si limitavano a fissare la visione fra i fondi raccolti ed i mezzi propri. Per una critica sul punto, cfr. G. GONANO, *Aspetti generali della seconda Direttiva bancaria*, in *Foro it.*, 1990, pt. IV, c. 438. Si deve comunque notare come l'inflazione abbia ridotto sensibilmente l'effettivo valore della soglia costituita, che non è stata oggetto di aggiornamento neppure in occasione dell'ultimo consolidamento. Sul punto cfr. anche T. PADOA-SCHIOPPA, *Regulating*, cit., p. 7 s. L'A. riconosce che *banks can operate with very little capital, thanks to the scope for leverage inherent in deposits. But capital is fundamental to their safety and soundness and to systemic stability, because it provides a buffer against losses and serves to protect depositors*.

<sup>110</sup> Soglia comunque aumentabile dai singoli legislatori nazionali ai sensi del considerando n. 15 della Direttiva.

<sup>111</sup> Il fine della norma è descritto dal legislatore nel considerando n. 9 della Direttiva, ove si prevede che «*Per assicurare identica tutela ai risparmiatori ed egue condizioni concorrenziali tra gli enti creditizi della stessa categoria, si rendono necessari requisiti finanziari equivalenti in riferimento a detti enti creditizi*». Ciò si collega a quanto disposto dalla Direttiva 94/19/CE, dedicata alla disciplina dei sistemi di garanzia dei depositi, il cui art. 2 dispone l'esclusione dall'area di applicazione della medesima dei fondi propri disciplinati dalla Direttiva 89/299/CEE, poi assorbita dal primo *banking code*. Per l'analisi di tale disciplina, *infra*, cap. V.

<sup>112</sup> Sul punto cfr. M. GERA, *Condizioni*, cit., p. 95. Pur evidenziando l'importanza di «*cliff*» selettivo al compimento di improvvise iniziative imprenditoriali, l'A. sottolinea correttamente come la disciplina del capitale minimo abbia perso importanza nella successiva conduzione dell'impresa data l'adozione negli ordinamenti nazionali del *ratio* dettati dal Comitato di Basilea

l'art. 9 del *banking code*, ove si prevede la possibilità che le singole autorità nazionali possano rilasciare l'autorizzazione a svolgere l'attività creditizia a categorie di enti dotati di un capitale iniziale inferiore - pari ad almeno un milione di Euro - purché la concessione motivata sia fatta oggetto di comunicazione alla Commissione e quest'ultima provveda ad una speciale annotazione nell'elenco tenuto e pubblicato dalla stessa nella Gazzetta Ufficiale ex art. 14.

L'assenza di una elencazione delle motivazioni adottabili dalle autorità dei singoli Paesi membri lascia irrisolto il problema di un abuso di tale facoltà: anche in questo caso tuttavia, complice il vaglio conseguente alla comunicazione e la possibile configurabilità di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87 del Trattato CE<sup>113</sup>, sembra lecito presupporre che il rischio di comportamenti abusivi da parte dei singoli possa essere agevolmente contenuto.

Una conferma della frustrazione della funzione del capitale minimo quale meccanismo posto a tutela della solidità dell'ente creditizio sembra trovarsi anche nell'ultimo co. del par. 1 dell'art. 9, che rappresenta una delle eccezioni che la disciplina generale del *banking code* soffre in forza della sua natura di mero consolidamento della normativa esistente. La previsione riproduce il disposto del 2° comma del par. 1 della Direttiva 77/780/CEE, disponendo residualmente che gli enti preesistenti il 25 dicembre 1979 - data di entrata in vigore della primigenia Direttiva - pur non aventi fondi propri distinti, possano continuare ad esercitare l'attività creditizia anche qualora non soddisfino il requisito della amministrazione diarchica, così come contemplato dal successivo par. 1 dell'art. 11 dell'attuale Direttiva 2006/48/CE. Similmente il par. 2 dell'art. 10 del *banking code* permette agli Stati membri di decidere che gli enti autorizzati prima del 1° gennaio 1993 (termine di entrata in vigore della disciplina del coefficiente di solvibilità sui fondi propri introdotta ad opera della Direttiva 89/647/CEE) privi dei fondi minimi dettati dai due paragrafi dell'art. 9 possano comunque proseguire l'esercizio della attività mantenendo il livello finanziario raggiunto entro la data del 22 dicembre 1989, purché gli stessi continuino ad essere sottoposti al controllo della medesima persona fisica o giuridica ai sensi del par. 3 dell'art. 10.

Il *favor* legislativo nei confronti dei soggetti preesistenti all'introduzione delle riforme appare anche nella parte finale dell'ultima norma esaminata contenente l'ipotesi della fusione fra enti non aventi un adeguato livello patrimoniale.

<sup>113</sup> Un esempio concreto di autorizzazione decisamente concessa potrebbe reperirsi nella lett. c del 3° comma dell'art. 87 del Trattato CE, che prevede che gli Stati possano concedere «... aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura consistente al comune interesse». Per una analisi dell'adozione da parte della Commissione Europea del «*private market investor principle*», ovvero la valutazione della liceità dell'intervento pubblico attraverso il filtro dell'ortica licitativa del finanziatore privato, anche in tema di aiuti di Stato al settore bancario, cfr. R. DELFINO, *Credit institutions and State aids in EC law*, in G. ALPA-F. CARRIGLIONE (a cura di), *Diritto*, cit., p. 477 ss.; G. ROTONDO-D. VATTIMOLI, *Gli aiuti di Stato alle imprese bancarie in difficoltà*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, p. 1, pp. 243-246.

niale, chiamati solitamente a mantenere una soglia finanziaria pari alla somma dei cespiti apportati con il compimento della trasformazione. In aggiunta a questi benefici, il *banking code* riconosce alle singole autorità nazionali l'ulteriore libertà di concedere, «allorché le circostanze lo giustificano», un termine «*diminuito*» per consentire all'ente che si trovi ad aver intaccato il livello minimo dei fondi propri di provvedere al loro ripristino o, in alternativa, di disporre la cessazione della attività. Pur rappresentando una ipotesi piuttosto teorica, dato il contenuto impegno patrimoniale richiesto al soggetto professionale che voglia esercitare l'attività creditizia, la previsione sembra porsi in apparenza contrapposizione con il veduto dettato dell'art. 8, che nel suo unico enunciato vieta agli Stati membri di prevedere una disciplina autorizzativa volta alla verifica delle esigenze economiche del proprio mercato. Appare evidente, infatti, come il legislatore comunitario abbia inteso negare alle autorità nazionali la possibilità di diventare arbitri indiscussi del mercato, con il potere di favorire, seppur nel rispetto degli altri requisiti minimi dettati dal c.d. testo unico, il recupero degli enti graditi a danno di una effettiva competizione imprenditoriale<sup>114</sup>. Tale facilitazione sembra pertanto giustificarsi unicamente nella volontà di protezione mediata dei clienti e delle controparti dell'Istituto, che potrebbe venire a subire un pregiudizio, quantomeno dalle more della procedura di liquidazione.

#### 4. I requisiti iniziali degli enti creditizi: i requisiti soggettivi

Delineati i requisiti economici essenziali per accedere al mercato bancario, la Direttiva procede, nei successivi artt. 11 e 12, a definire le strutture amministrative minime e gli assetti proprietari che gli enti creditizi debbono assumere per poter ottenere dalla rispettiva autorità nazionale la concessione del *passport* europeo all'esercizio del credito.

Sotto il primo aspetto l'art. 11 del *banking code* fissa anzitutto la necessità che a capo dell'organizzazione direttiva debbano essere necessariamente poste due o più persone<sup>115</sup>, dotate dell'onorabilità necessaria e dell'esperienza adeguata per la conduzione dell'attività creditizia<sup>116</sup>.

Tralasciando il problema dato dall'assenza di una più accurata definizione delle qualità richieste agli amministratori<sup>117</sup> - che è facile presumere debbano

<sup>114</sup> Cf. R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 317 ss.; V. CALABRA BUONAUTA, *La Banca*, cit., p. 72 s.

<sup>115</sup> Ad eccezione degli enti preesistenti il 15 dicembre 1979, che ne sono esentati ex art. 9, par. 1, 3° comma.

<sup>116</sup> Per la ammissibilità della qualificazione di «*pubblico ufficiale*» o di «*responsabile per un pubblico servizio*» per non contrarietà alla Direttiva 77/780/CEE, cf. Corte di giustizia CE, n. 166/85, *Criminal proceedings against Ielo Bullo et Francesco Bonaiuto*, in K.J. HOPF-E. WYMERSCHE, *European Company*, cit., p. 136.

<sup>117</sup> Sottolinea la necessità di una «accertata diligenza» dei gestori delle banche in quanto

essere intese di massimo livello data l'attività a cui sono prodromiche - occorre al contrario soffermare l'attenzione sul metodo collegiale imposto dal *banking code*, quale primo dato utile a chiarire la scarsa definizione di ente creditizio già incontrata all'inizio del secondo paragrafo. Come già ricordato, la norma si limita infatti a considerare tale, oltre agli istituti di moneta elettronica introdotti dalla Direttiva 2000/46/CE, ogni impresa dedita alla raccolta del pubblico risparmio ed all'esercizio del credito. L'indicazione di impresa, sia essa di natura pubblica o privata come in precedenza accennato, riflette unicamente i caratteri giuridico-economici che il valore semantico del lemma lascia trasparire, nulla dicendo in merito alla qualificazione dell'imprenditore. Dalla definizione di ente creditizio si possono pertanto rilevare unicamente i caratteri di una attività perseguita con metodo economico, professionalmente esercitata sulla base di una organizzazione della stessa.

Tali elementi trovano conferma nell'art. 7, norma che impone, a corredo della richiesta di autorizzazione, la redazione di un programma di attività indicante sia il tipo di operazioni che si andranno a perseguire, sia l'organigramma che l'ente stesso verrà ad assumere<sup>118</sup>. Il requisito di una pianificazione dell'impresa, intesa più specificatamente quale assetto coordinato di procedure amministrative, contabili e di controllo<sup>119</sup>, ricompare anche a conclusione del secondo titolo della Direttiva, all'interno dell'art. 22. La norma obbliga gli Stati membri a richiedere che gli enti autorizzati si dotino di un modello organizzativo adeguato al perseguimento dell'attività creditizia, che evidenzii le aree di responsabilità e che contenga efficaci procedure per l'identificazione e la gestione dei rischi, oltre ad adeguati meccanismi di verifica interna anche in ambito direttivo e contabile; la ampiezza delle strutture dovrà essere proporzionata alla natura, alla grandezza e alla complessità delle attività dell'ente creditizio, nel rispetto degli aspetti tecnici delineati dal quinto allegato del *banking code*<sup>120</sup>. Non indicando specifiche conseguenze alla propria violazione, l'art. 22

«... sottesa non solo alla complessità tecnica dell'agire bancario, ma anche al particolare affidamento delle controparti (istruzioni e clientela) ...», M. CERA, *Condizioni*, cit., p. 96. Sul punto cf. anche G. GODANO, *Aspetti generali*, cit., c. 439.

<sup>118</sup> Il progetto di riforma contenuto in COM/2004/486 ha posto la norma in apertura del titolo per garantirne una maggior visibilità e forse, implicitamente, una maggior considerazione. Sul valore del giudizio discrezionale espresso dalle autorità nazionali in merito alla mera presenza delle attività che si verranno ad intraprendere, cf. M. CERA, *Condizioni*, cit., pp. 94 e 98 ss.; F. MERSUSI, *Autorizzazione*, cit., p. 107.

<sup>119</sup> Questo assetto era sconosciuto agli enti creditizi previsti dalla Direttiva 77/780/CEE, essendo introdotto quale requisito necessario per il rilascio del c.d. «passaporto unico» solamente dalla successiva Direttiva 89/647/CEE.

<sup>120</sup> Il documento richiamato - non presente nella precedente Direttiva 2000/12/CE - specificava tali concetti prendendo in considerazione i problemi inerenti il governo societario (in particolare la ripartizione delle funzioni e i possibili conflitti di interesse), il trattamento dei rischi, l'assunzione del rischio di credito e di controparte, l'attenuazione del rischio residuo, di contrattazione e di mercato, la valutazione dei rischi derivanti da carollizzazioni, del rischio di mercato o di quelli collegati all'operatività od alla liquidità.



sembra scartare un valore di meno invito rivolto alle autorità nazionali, utile comunque a definire gli assetti organizzativi che si rendono necessari già nella fase iniziale dell'impresa per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria<sup>121</sup>.

Oltre a governare una struttura gerarchica così complessa, la citata necessità di una amministrazione plurale imposta dall'art. 11 sembra indicare anche che la forma elettiva per l'esercizio dell'attività creditizia a cui la normativa implicitamente si rivolge sia l'organizzazione societaria<sup>122</sup>, quando retta da un consiglio di amministrazione e non da un amministratore unico, anche se non è escludibile la configurabilità di una impresa bancaria individuale purché governata anch'essa da un «boards» collegiale<sup>123</sup>.

Per evitare fenomeni di «shopping normativo» ed una conseguente concorrenza fra gli ordinamenti nazionali, il par. 2 dell'art. 11 pone precisi limiti alla libertà di stabilimento della amministrazione centrale degli enti persone giuridiche, relegando la stessa all'interno dello Stato membro ove hanno la sede legale; simili confinamenti sono previsti anche per gli enti non persone giuridiche, tenuti a conservare la direzione dell'impresa all'interno della nazione in cui hanno ricevuto l'autorizzazione ed operano effettivamente<sup>124</sup>. La preoccupa-

<sup>121</sup> Sulla necessità di un esame di questi aspetti cfr. M. CERA, *Condizioni*, cit., p. 100. In tema di rafforzamento dei controlli interni alle banche nazionali da parte dell'*«audit committee»* e del collegio sindacale, con particolare attenzione verso le operazioni contratte con parti correlate cfr. ASSOCIAZIONE DISANO PERRI, *Banche imprese: alla ricerca di nuovi equilibri*, relazione conclusiva alla giornata di studio tenutasi all'Università Roma Tor Vergata, 1 dicembre 2005, p. 10.

<sup>122</sup> Tale evidenza è rafforzata dalla veduta definizione di capitale iniziale data dall'art. 9 per richiamo delle lett. a) e b) dell'art. 57, a mezzo delle quali si conferma come l'impresa bancaria debba prevalentemente assumere la forma di una società di capitali, a base azionaria. Si veda in tal senso il richiamo al capitale versato, al sovrapprezzo di emissione e all'esclusione delle azioni privilegiate effettuate dalle lett. a) della norma citata, *supra*, par. III.

<sup>123</sup> L'ipotesi richiederebbe la coesistenza fra l'imprenditore ed uno o più inattori, non rilevando apparentemente ai sensi del *banking code* il rapporto gerarchico, ma solo la possibilità di una gestione «a più mani» (*voicius sa più occhi*): per una analisi del c.d. *«four eyes principle»* cfr. M. CERA, *Condizioni*, cit., p. 96. Sugli obblighi della vigilanza sul punto cfr. M. COMANA, *Organizzazione*, cit., p. 135.

<sup>124</sup> Il problema è chiaramente ribadito dal legislatore all'interno del considerando n. 9: «*Un ente creditizio che sia persona giuridica deve essere autorizzato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria. Un ente creditizio che non sia persona giuridica deve avere l'amministrazione centrale nello Stato membro in cui ha ricevuto l'autorizzazione. D'altra parte, gli Stati membri devono esigere che l'amministrazione centrale di un ente creditizio sia sempre situata nello Stato membro d'origine e che essa vi operi effettivamente. Per un esame della giurisprudenza comunitaria tesa ad evitare il c.d. «effetto Delaware», ovvero una competizione fra gli ordinamenti nazionali sul modello di quella prodottasi in ambito statunitense ad opera dell'omonimo Stato confederato, a margine del caso Corte di giustizia CE, n. 81/87 R. c. H.M. Treasury Commissioners of inland Revenue vs. Daily mail and General Trust plc., cit. I. GIULIANI THOMPSON, *Il confine nell'applicazione del diritto di stabilimento primario e secondario delle società europee*, in *Contratto e Impar*, Europa, 2000, I, p. 235. Per una analisi del *leading case Centros* e sul rischio di una conseguente «Delocalizzazione» del diritto europeo, cfr. C. THAMMERMANN, *Harmonization in the future of company law in Europe*, in K.J. HOPF-E. WYMERSCHE, *Capital markets and company**

zione del legislatore viene motivata all'interno del considerando n. 10, ove si sottolinea come: «I principi del mutuo riconoscimento e del controllo esercitato dallo Stato membro d'origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro non concedano o revocino l'autorizzazione qualora elementi come il programma d'attività, l'ubicazione o le attività effettivamente svolte indicino in modo evidente che l'ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio intende svolgere la maggior parte delle proprie attività...»<sup>125</sup>.

In merito agli assetti proprietari l'art. 12 della Direttiva detta una cospicua serie di limiti cogenti, esenti da eccezioni, ma suscettibili, al contrario, di una traduzione più rigida da parte del legislatore nazionale, così come previsto dal considerando n. 15 della Direttiva.

Il primo di questi, contenuto nel par. 1, 1° comma, dispone che debbano essere oggetto di obbligatoria comunicazione l'identità degli azionisti e dei soci, diretti o indiretti, siano essi persone fisiche o giuridiche, detentori di una partecipazione qualificata, contestualmente dichiarando anche l'ammontare di quest'ultima. La struttura della norma evidenzia nuovamente come il concetto di impresa venga ineso dal legislatore quale impiego economico prevalentemente collettivo, anche se non si può escludere l'ipotesi dell'iniziativa di un singolo, configurabile qualora si ricomprenda nell'idea di partecipazione qualificata anche la detenzione unitaria del capitale societario<sup>126</sup>.

La possibilità applicativa da ultimo delineata non sembra possa essere esclusa neppure dalla lettura della definizione di partecipazione qualificata racchiusa nel punto 11 dell'art. 4: per il *banking code* è infatti tale la «... partecipazione in un'impresa, diretta o indiretta, non inferiore al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto oppure che comporta la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione dell'impresa in cui è detenuta una partecipazione»<sup>127</sup>. Pur

<sup>125</sup> Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 630 ss. Sul punto, cfr. anche U. PROCOACIA-U. SEGAL, *They shall not sow thy vineyard with diverse seeds? The case against the harmonization of private law*, cit., p. 633 s. Per una lettura «... delle conseguenze della scelta di un sistema concorrente «spuro» fra gli ordinamenti degli stati membri non assistito da un livello di armonizzazione sufficiente...», cfr. anche S. NOCCILLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, commento a Corte di giustizia CE, n. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam vs. Inspire Art Ltd.*, in *Gitur. comm.*, 2005, I, pt. II, p. 18 ss.

<sup>126</sup> Sul punto, cfr. l'analisi condotta a margine del noto caso «BCCI» da F. VELLA, *Attività bancaria*, cit., p. 769 s. L'incisiva della Direttiva indica in questo modo un particolare aspetto dell'esame che le singole autorità nazionali dovranno condurre sull'organigramma dell'ente e sul programma iniziale di attività, che formano la documentazione allegata alla domanda di autorizzazione ex art. 7, *Ch. infra*, par. 5.

<sup>127</sup> Una facile *escamotage* può essere dato dall'adozione del modello organizzativo delle società di capitali impersonali, come introdotto dalla Direttiva 89/667/CEE, dodicesima Direttiva in materia societaria. L'ipotesi è tutt'altro che remota dato il relativo impegno economico richiesto fissato dal legislatore europeo - in assenza di un intervento correttivo dei singoli legislatori nazionali - in un capitale minimo di cinque milioni di Euro.

<sup>128</sup> Cfr. ASSOCIAZIONE DISANO PERRI, *Rapporto sulla società aperta*, II Mulino, Bologna, 1997, p. 164 s. L'analisi, sottolinea la necessità di «... eliminare le «incrociature» negli assetti pro-

rifacendosi ancora al generico concetto di impresa in quanto idoneo a realizzare la varietà di soggetti economici presenti nei singoli ordinamenti nazionali, la nozione richiama esplicitamente l'immagine del capitale sociale, del diritto di voto e dell'influenza notevole, ovvero elementi - come visto - propri di una organizzazione fondata sul modello societario.

Una ulteriore conferma all'ipotesi di lettura avanzata si ritrova nel metro di quantificazione del concetto di partecipazione qualificata, individuato dal 2° comma del par. 1 dell'art. 12 del *banking code* nell'art. 9 della Direttiva 2004/109/CE del 15 dicembre 2004<sup>128</sup>, dedicata alla armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti di valori mobiliari negoziati sui mercati regolamentati. In base al testo della norma richiamata, l'autorità investita della richiesta di autorizzazione dovrà prendere in considerazione le quote formate da azioni che conferiscono il diritto di voto - anche se sospeso - e che raggiungano determinate soglie<sup>129</sup>, ad esclusione delle partecipazioni acquisite per operazioni di compensazione e regolamento, o da intermediari «*market makers*» autorizzati, oppure da imprese di investimento per lo svolgimento del servizio di negoziazione, purché venga assicurata l'esclusione dell'esercizio di un effettivo potere sull'ente creditizio. Per espresivo rinvio effettuato dall'ultimo comma del par. 1 dell'art. 12 dal computo vengono esclusi inoltre l'assunzione a fermo di strumenti finanziari e il collocamento - eventualmente connesso - degli strumenti finanziati sulla base di un impegno irrevocabile, quando gli stessi siano conclusi entro un anno dall'acquisizione dei titoli. Nel conteggio dei voti la disciplina include anche le situazioni di un esercizio del voto indiretto o mediato contenute nell'art. 10 della citata Direttiva 2004/109/CE: dovranno così essere prese in considerazione anche i voti legati ad un patto parasociale, derivanti da un prestito di azioni o da una dazione delle stesse in garanzia, oltre a quelli esercitati da un usufruttuario, da un gestore o da un rappresentante non vincolato da istruzioni o, infine, da un detentore fiduciario.

La preferenza del legislatore per il modello di impresa societaria riappare nuovamente nel riferimento alle richieste qualità degli «*azionisti o soci*» effettuato dal par. 2 dell'art. 12<sup>130</sup>. Il soddisfacimento di quest'ultimo requisito è *preletti dalle banche*...» tipiche del panorama creditizio italiano, al fine di poter contare su banche «società aperte» necessarie ad uno sviluppo del mercato finanziario, anche passando attraverso una più ampia privatizzazione degli istituti. Sul rafforzamento del controllo attuato a mezzo del sistema di amministrazione c.d. tenace adottato da alcune delle principali banche italiane, cfr. A. Tuccia, *Il ruolo dei soci e i patti parasociali*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, II, p. 445 ss.

<sup>128</sup> Il cui testo è contenuto in G.U.L.E., n. L. 390 del 31 dicembre 2004.

<sup>129</sup> Fissate dall'art. 10, par. 1, della Direttiva 2004/109/CE nei 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30%, 50% e nel 75%. A contribuire al raggiungimento di tali soglie, vengono richiamate dal Par. 12 del *banking code* anche i criteri di aggregazione fra le quote detenute dalla controllante di una s.g.r. o di un intermediario che eserciti il servizio di gestione su base individuale ex par. 4 e 5 dell'art. 12.

<sup>130</sup> Un ulteriore indice si ritrova nel successivo art. 14, ove si fa riferimento alla «spiegazione so-

compresso alla necessità di garantire una sana e prudente gestione del soggetto autorizzando che, se non soddisfatta, dovrebbe rappresentare motivo di diniego della concessione da parte delle singole autorità nazionali. La già rilevata vaghezza che caratterizza il concetto di qualità necessarie alla sana e prudente gestione dell'ente creditizio ed il conseguente rischio di una applicazione disomogenea da parte dei singoli Paesi membri, potrebbero essere parzialmente superati anticipando l'applicazione della disciplina dell'art. 19-*bis* in tema di autorizzazione all'acquisto di una partecipazione rilevante in un ente già autorizzato<sup>131</sup>, oppure collegando tali prerogative ai requisiti richiamati dall'art. 11 per gli amministratori dell'ente richiedente l'autorizzazione, quantomeno rendendo direttamente applicabile l'obbligo di onorabilità nell'ipotesi che il detentore della partecipazione non prenda attivamente parte alla direzione della impresa creditizia.

Una maggior concretezza nella definizione delle qualità del socio si inverte indirettamente nell'ultimo paragrafo dell'art. 12, norma che impone alle autorità nazionali di negare l'autorizzazione qualora fra l'ente e altre persone fisiche o giuridiche scottano degli «*stretti legami*» tali da impedire lo svolgimento della vigilanza, nonché nell'ipotesi che un simile rapporto vincoli l'ente a soggetti appartenenti ad un ordinamento extracomunitario che ostacoli, anche di fatto, il compimento delle funzioni di controllo sull'impresa creditizia (in base al combinato del 1° e 2° comma).

Il giudizio prodromico sulle possibili difficoltà che il monitoraggio prudenziale sull'ente autorizzando potrebbe incontrare conduce al complesso significato del concetto di stretto legame che può coinvolgere l'ente ed i soci o altri soggetti estranei alla compagine sociale<sup>132</sup> e che trova il proprio inquadramento nel punto 46 dell'art. 4 del *banking code*. Rispetto alla formulazione contenuta nella ventiseiesima voce dell'art. 1 della prima riunione<sup>133</sup>, dal testo della

«della» dell'ente autorizzato quale oggetto di iscrizione nell'apposito elenco tenuto e pubblicato ad opera della Commissione Europea.

<sup>131</sup> Sul punto, cfr. M. Cera, *Condizioni*, cit., p. 97. L'A. ricorda come alcuni ordinamenti, fra cui l'italiano e l'inglese, prevedano limiti rigidi all'assunzione di partecipazione da parte di soggetti che perseguano attività «*industriale*». Cfr. anche A. Avronucci, *Aspetti Prudentari*, in G. Alza-F. Caporacione (a cura di), *Diritto*, cit., p. 116 s.; V. CALANCA, BIONDI, *La Banca*, cit., p. 72. Sul problema della valutazione delle qualità dei soci in base al criterio della sana e prudente gestione previsto dal r.u.b., quale «scelta di *Trust*» utile a scardanare l'obiettività del giudizio ricercata dal legislatore comunitario, cfr. F. Merusi, *Autorizzazioni*, cit., p. 108 s.

<sup>132</sup> La definizione è mutata dall'art. 2 della Direttiva 95/26/CE, modificatrice della precedente Direttiva 77/780/CEE, il cui testo è contenuto in G.U.C.E., n. L. 168 del 18 luglio 1995. Sul pericolo di una eccessiva libertà nell'interpretazione degli «*stretti legami*», cfr. R. COSTI, *L'ordine bancario*, cit., p. 339 s.

<sup>133</sup> L'ultima parte del decimo considerando n. 10 della Direttiva 2000/12/CE disponeva che la definizione di «*stretti legami*» fosse da intendersi coattiva da criteri minimi, implementabili dai singoli Stati membri a mezzo della previsione di situazioni diverse in particolare si chiariva che l'acquisto di una percentuale significativa del capitale di una società non costituiva una partecipazione rilevante, se tale acquisizione veniva effettuata quale investimento temporaneo tale da non consentire l'esercizio di un'influenza sulla struttura della politica finanziaria dell'impre-

attuale definizione scompaiono i richiami diretti alla disciplina della Direttiva del Consiglio 83/349/CEE del 13 giugno 1983.<sup>134</sup> La lettura della riscritta normativa appare tuttavia solo in apparenza più semplice, in quanto l'effettiva portata della norma rimane rilevabile solamente riannodando i tesi di ulteriori definizioni che ancora conducono alla disciplina estranea al testo unico. Le ipotesi regolate sono infatti rappresentate dalla connessione che si viene ad instaurare con l'ente a seguito di «... una partecipazione, ossia del fatto di detenere direttamente o tramite un legame di controllo, il 20% o più dei diritti di voto o del capitale di un'impresa», oppure conseguente ad «... un legame di controllo» o ad un vincolo duraturo con altra impresa derivante dalla comune sottoposizione ad un'unica holding. Per comprendere appieno la triplice ipotesi di «stretto legame» – ritenuta comunque non esaustiva dal legislatore comunitario<sup>135</sup> – occorre pertanto prendere in esame anche la definizione di «controllo» contenuta nel punto 9 dell'attuale art. 4 e le connesse descrizioni di «impresa madre» e di «filiazione» contenute nei successivi punti 12 e 13 del banking code<sup>136</sup>, il cui *trait d'union* si rinviene nei primi due articoli della Direttiva 83/349/CEE.

Secondo l'art. 1 della Direttiva citata il rapporto di filiazione – da cui discende il concetto di controllo quale diretta specificazione – sorge qualora una società detenga la maggioranza del diritto di voto o del capitale, o goda del diritto di nominare l'organo amministrativo o di controllo di una società partecipata, oppure domini la stessa in base ad un vincolo contrattuale o statutario. Ulteriormente è previsto che l'impresa possa essere considerata affiliata qualora

Sul punto cfr. M. CARA, *Condizioni*, cit., p. 98; F. VELLA, *Attività bancaria*, cit., p. 763. In-chio non viene più riprodotto nel preambolo alla Direttiva 2006/48/CE, suggerendo implicitamente una più rigida lettura delle norme sul punto.

<sup>134</sup> Gli «stretti legami» erano infatti definiti quale conseguenza di «... una partecipazione, ossia del fatto di detenere direttamente o tramite un legame di controllo, il 20% o più dei diritti di voto o del capitale di un'impresa...» oppure derivanti da «... un legame di controllo, ossia dal legame che esiste tra un'impresa madre e un'impresa figlia, in tutti i casi di cui all'articolo 1, paragrafi 1 e 2, della Direttiva 83/349/CEE, o da una relazione della stessa natura tra una persona fisica o giuridica e un'impresa; l'impresa figlia di un'impresa è parimenti considerata impresa figlia dell'impresa madre che è a capo di tali imprese...». Il testo della Direttiva 83/349/CEE, disciplinante i conti consolidati, è contenuto in G.U.C.E., n. L 193 del 18 luglio 1983.

<sup>135</sup> Il considerando n. 10 alla Direttiva 2000/12/CE sottolineava esplicitamente come il concetto fosse costituito «... da criteri minimi e ciò non osta a che gli Stati membri possano fare riferimento anche a situazioni diverse da quelle che rientrano nella definizione in questione». La possibilità è implicitamente mantenuta ferma dal considerando n. 15 del vigente banking code.

<sup>136</sup> Per il banking code deve intendersi per «controllo» «il legame esistente tra un'impresa madre ed un'impresa figlia previsto all'articolo 1 della Direttiva 83/349/CEE o una relazione della stessa natura tra una persona fisica o giuridica e un'impresa; per «impresa madre» e per «impresa figlia» occorre riferirsi alle definizioni contenute negli «... articoli 1 e 2 della Direttiva 83/349/CEE...», tenendo inoltre presente che «Ogni filiazione di un'impresa figlia è parimenti considerata come filiazione dell'impresa madre che è alla testa di tali imprese». A differenza della normativa preesistente, le nuove definizioni di impresa madre e filiazione contengono ulteriori precisazioni applicabili in materia di vigilanza prudenziale consolidata.

ra la società a monte nominati per due esercizi consecutivi la maggioranza dei membri dell'organo amministrativo o di controllo, anche in base ad un patto di controllo stipulato con gli altri azionisti, oppure qualora si realizzi una influenza dominante o le società risultino sottoposte ad una direzione unitaria.<sup>137</sup> L'art. 2 della Direttiva 83/349/CEE, completa il complesso quadro normativo fissando alcuni limiti negativi per la verifica della dipendenza, in particolare sottraendo dal calcolo le azioni o le quote detenute per conto di terzi o date in garanzia ad eccezione di quelle detenute dall'impresa controllata.

A conclusione della articolata disciplina degli assetti proprietari iniziali contenuta nell'art. 12, il legislatore europeo impone alle autorità nazionali di raccogliere le informazioni necessarie per «... garantire il rispetto permanente delle condizioni previste». Quest'obbligo si lega idealmente agli artt. da 19 a 21, il cui testo definisce la disciplina dell'acquisto, delle modificazioni e della cessione delle partecipazioni qualificate degli enti creditizi autorizzati, intesa a garantire una «gestione prudente e sana dell'ente» (art. 19, par. 1, 2° comma).<sup>138</sup> La norma richiamata rappresenta infatti il prolungamento operativo delle verifiche previste nella fase di accreditamento sottoposto al giudizio delle autorità nazionali le operazioni modificative degli assetti proprietari iniziali, fissando la soglia del dovere informativo nel decimo del capitale o dei voti esercitabili o nel passaggio di proprietà di una partecipazione che comunque costituisca, o consenta di mantenere, una influenza sul soggetto bancario.<sup>139</sup>

Il dovere di comunicare l'intenzione di acquisire, anche indirettamente, una partecipazione qualificata che grava sulle persone, fisiche o giuridiche, non soche, costituirà oggetto di specifica trattazione nel corso dell'opera. In questa sede ci si limiterà a ricordare il connesso obbligo di informazione annuale che investe gli enti creditizi, avente ad oggetto la segnalazione delle partecipazioni qualificate, così come risultanti «... soprattutto dai verbali dall'assemblea annuale degli azionisti o dei soci ovvero in base alle informazioni ricevute in ottemperanza agli obblighi relativi alle società quotate in borsa valora» ai sensi dell'art. 21, par. 1, 2° comma, norma che sembra confermare definitivamente l'idea di un *favor* legislativo per un modello societario di impresa bancaria Europea.

<sup>137</sup> Le ultime due ipotesi sono state introdotte ad opera della Direttiva 2003/51/CE.

<sup>138</sup> Per effetto della concessione contenuta nel considerando n. 15 della Direttiva, gli Stati membri possono recepire le disposizioni contenute nell'articolo adottando una disciplina più severa. La generica previsione sembra introdurre il pericolo di una eccessiva ingenuità negli assetti proprietari dell'impresa creditizia, tradendo in parte lo spirito liberale insito nella tradizione comunitaria: sul punto cfr. D. BRAND-MARTINO, *Debit*, cit., p. 205 ss.; A. ANTONDUCCI, *Assesti*, cit., p. 125 s.

<sup>139</sup> Come preannunciato dal Libro bianco della Commissione Europea sulla politica dei servizi finanziari per gli anni 2003-2010 del 5 dicembre 2003, p. 12 s., tali definizioni sono state oggetto di revisione, concretizzandosi ad opera della Direttiva 2007/44/CE.

### 5. La procedura di ammissione al mercato

I pochi requisiti imposti dal legislatore comunitario per la concessione ed il mantenimento dell'autorizzazione creditizia europea si coniugano con una disciplina altrettanto volutamente scarna in tema di regolamentazione dell'attività delle autorità nazionali<sup>140</sup>. Anche in questo settore della disciplina l'intenzione normativa appare volta ad assicurare un intervento minimo che conceda ampia libertà agli Stati membri nella fase di ricezione della Direttiva, pur rimanendo sufficiente al contempo a garantire una disciplina uniforme del mercato<sup>141</sup>.

Un riscontro all'indirizzo normativo prospettato si può già avere dalla lettura combinata delle definizioni dei punti 2 e 4 dell'art. 3, dedicati alla precisazione del significato di autorizzazione e di autorità competenti: ai sensi della Direttiva 2006/48/CE queste ultime, in qualità di organismi pubblici abilitati all'esercizio della vigilanza sugli enti creditizi in forza di una legge o di un regolamento individuato dal singolo Stato, hanno il compito di emanare, o revocare, con proprio atto di libera forma<sup>142</sup>, la concessione all'esercizio dell'attività creditizia. Una definitiva conferma appare inoltre – come già accennato a conclusione del secondo paragrafo – nel testo dell'art. 6<sup>143</sup>, norma che concede ai singoli Stati membri la possibilità di fissare condizioni supplementari, seppure nel rispetto delle disposizioni contenute nei successivi sei articoli della Direttiva e dell'obbligo aggiuntivo di comunicare alla Commissione Europea.

Il primo limite alla autonomia dei Paesi membri si incontra nel citato art. 8, il quale vieta che la richiesta di autorizzazione – corredata del programma dell'attività<sup>144</sup> e dell'organigramma dell'ente ai sensi del veduto art. 7 – ven-

<sup>140</sup> Cfr. T. PADOA-SCHIOPPA, *Regulating*, cit., p. 19 ss. La disciplina comunitaria appare in linea con il pensiero dell'A, il quale sottolinea la necessità di preservare l'equilibrio fra il controllo pubblico e la *self-regulation*, sia perché un semplice coordinamento volontario fra gli attori economici non appare – complice le esperienze maturate nel passato, capace di correggere un fallimento del mercato – sia perché le banche rappresentano il necessario anello di congiunzione fra l'istituto di credito centrale, gli ulteriori soggetti finanziari e l'intero ambito economico al fine di assicurare una stabile liquidità al sistema.

<sup>141</sup> Si avverte però il rischio di una eccessiva frammentazione della attività di vigilanza: sul punto cfr. ASSOCIAZIONE DISAVANO PERRI, *Banche*, cit., p. 5 ss. Il documento sottolinea, in particolare, come a fronte dell'attuale ineluttabilità di un coordinamento fra le autorità nazionali per un controllo *cross-border*, sia comunque «... necessario porre al centro dell'attenzione il problema di una sempre maggior armonizzazione nelle attività delle Autorità di Vigilanza all'interno dell'area comunitaria».

<sup>142</sup> Cfr. R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 317. L'A sottolinea come la limitatezza della discrezionalità consentita all'autorità nazionale giustifichi la qualificazione del relativo provvedimento come di un provvedimento di mero accertamento».

<sup>143</sup> Sulla natura unitaria della autorizzazione adottata dal legislatore comunitario sulla falsariga del modello tedesco, contrapposta al modello anglosassone e italiano, basato sul doppio vincolo concessorio necessario alla costituzione della persona giuridica ed al successivo esercizio della attività creditizia, cfr. F. MERISI, *Autorizzazioni*, cit., p. 104 ss.

<sup>144</sup> Sottolinea la necessità della presentazione del programma ai fini dell'accoglimento della

ga valutata alla luce delle esigenze economiche del mercato, con ciò evitando che gli Stati comunitari possano dirigersi, almeno localmente, l'economia europea, contemperando l'equilibrio dell'indirizzo liberale ed al tempo stesso di omogenea garanzia adottato dal legislatore in omaggio ai principi del Trattato CE<sup>145</sup>.

La libertà delle autorità nazionali viene ulteriormente contenuta dall'art. 13, che pone dei limiti temporali all'attività delle stesse. La norma dispone che il diniego motivato all'esercizio dell'attività creditizia debba essere trasmesso entro sei mesi dalla presentazione della domanda o, quando richiesta, dalla sua eventuale integrazione; in quest'ultimo caso la procedura non potrà comunque superare la durata complessiva di un anno. Oltre ad evitare il rischio di un *iter* eccessivamente lungo, la soluzione normativa adottata appare implicitamente volta anche a contrastare l'ipotesi di eventuali stasi che la procedura potrebbe venire a subire per volontà delle autorità stesse<sup>146</sup>. Tale esigenza trova conforto nell'art. 55 del *banking code* ove si prevede, recependo l'originale previsione dettata già dall'art. 13 della Direttiva 77/780/CEE, che gli enti possano presentare ricorso in sede giurisdizionale avverso i provvedimenti intrapresi o non assunti dalle pubbliche amministrazioni nazionali nel termine di sei mesi dalla data di presentazione delle domande di autorizzazione. Al fine di assicurare la piena trasparenza dell'operato di queste ultime, l'art. 14 prevede inoltre che le autorizzazioni concesse vengano notificate alla Commissione, indicando gli estremi identificativi dell'ente approvato<sup>147</sup>; per garantire la piena pubblicità delle decisioni assunte – divulgazione resa necessaria dalla pienezza della libertà di stabilimento riconosciuta – quest'ultimo organo pro-

domanda, seppur non incidente ai fini della valutazione, che rischierebbe altrimenti di ristrette i caratteri della discrezionalità M. CENA, *Condizioni*, cit., p. 95 s. Sul punto, cfr. anche V. CALABRIA, *Buonvura*, *La Banca*, cit., p. 67; R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 322 s.

<sup>145</sup> In esecuzione del progetto di riforma contenuto in CONM/2004/486, l'articolo in questione è stato tipizzato quale terza norma del titolo dedicato dalla nuova Direttiva alla fissazione dei requisiti degli enti creditizi al fine di aumentare il peso del principio nella lettura delle successive disposizioni. Così anche la Banca Centrale Europea, che nel parere emesso sul progetto di Direttiva citato, del 17 febbraio 2005 CON/2005/4, il cui testo è pubblicato in G.U.E., n. C 52 del 2 marzo 2005, ha evidenziato al punto 11 come «*The reduction of national options is of the utmost importance, as this would simplify the regulatory framework, assist the convergence of supervisory practices, and contribute to a level playing field*». Cfr. M. CENA, *Condizioni*, cit., p. 92. L'A sottolinea sul punto come «... l'autorizzazione sociale non può essere strumento di regolamentazione del mercato, ma serve unicamente al controllo dei soggetti che vi vogliono accedere».

<sup>146</sup> Per una analisi del punto (che rimane sostanzialmente inmutato alla luce dell'art. 10 della previgente Direttiva 2000/12/CE), cfr. F. MERISI, *Autorizzazioni*, cit., p. 110 s.

<sup>147</sup> Rispetto all'art. 11 della Direttiva 2000/12/CE, la formulazione contenuta nel nuovo art. 14 del *banking code*, si riferisce esplicitamente alla «ragione sociale» dell'ente creditizio autorizzato quale oggetto di iscrizione. Benché non sia esplicitamente previsto, si deve supporre che il contenuto delle comunicazioni non comprenda solo l'individuazione degli estremi identificativi dell'ente approvato, ma debba contenere anche un cenno alle motivazioni adottate a giustificazione del provvedimento positivo assunto così come esplicitamente disposto in tema di revoca delle autorizzazioni ex art. 17, par. 2.

cederà all'iscrizione di ogni impresa in un elenco riprodotto sulla Gazzetta Ufficiale.<sup>148</sup>

Anche a causa dell'intervento estensivo operato dalla Direttiva 2002/87/CE in tema di conglomerati finanziari, in parte rivisto dalla Direttiva 2007/44/CE, l'attuale disciplina riserva una maggiore attenzione alle ipotesi della concessione dell'autorizzazione ad una impresa controllata. In particolare l'art. 15 prevede l'obbligo per le autorità nazionali coinvolte di procedere ad una preventiva consultazione nei confronti delle filiazioni appartenenti ad un ente autorizzato in altro Stato dell'Unione, o ad un gruppo già comprendente un altro ente ammesso ad un diverso mercato nazionale, o, quantomeno, controllato da persone fisiche e/o giuridiche che già detengano il dominio di un altro operatore creditizio intracomunitario. Pur se non espressamente previsto, è facile intuire come la ratio della norma risieda nel reciproco scambio di informazioni fra le autorità nazionali, al fine di semplificare l'*iter* procedurale garantendo al contempo una uniformità di giudizio, quantomeno nell'applicazione dei requisiti minimi imposti dal legislatore europeo.

La seconda parte dell'art. 15, frutto dell'intervento operato dalle sopraccitate Direttive, prevede specularmente che debbano essere coinvolte le autorità dello Stato membro comunitario preposte alla attività di vigilanza del settore assicurativo e delle imprese di investimento, qualora l'ente autorizzando sia finalizzato da una impresa attiva in tali ambiti oppure faccia parte di un conglomerato finanziario.

L'oggetto della cooperazione fra le autorità indicate dai primi due paragrafi dell'art. 15 risiede nella valutazione dell'*«... idoneità degli azionisti e la reputazione e l'esperienza dei dirigenti partecipanti alla gestione di un'altra impresa dello stesso gruppo»*, a fronte dello scambio delle informazioni raccolte e reputate utili per la concessione — o per il mantenimento — della autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia.<sup>149</sup>

È degno di nota osservare come la disciplina della consultazione prevista dall'art. 15 non contenga alcun termine temporale, a differenza della procedura dettata dall'art. 13 in tema di richiesta di autorizzazione. Se tale lacuna può facilmente risolversi nella durata massima pari ad un anno, imposta dall'art. 13 per la procedura d'autorizzazione, al contrario non trova soluzione la necessità di limitare la durata della consultazione incidentalmente prevista per l'attività

<sup>148</sup> La Commissione Europea è tenuta a curare anche gli eventuali aggiornamenti dell'elenco: nel silenzio della normativa comunitaria sul punto si deve presumere che anche le revisioni dei dati pubblicati avvengono su impulso delle singole autorità nazionali, come per il procedimento di iscrizione.

<sup>149</sup> La valutazione si raccorda con quanto disposto dall'art. 19-ter, frutto di una modifica apportata dalla Direttiva 2007/44/CE: la norma dispone infatti che le competenti autorità nazionali debbano procedere ad una valutazione preventiva dell'acquisto di una partecipazione rilevante in un ente creditizio da parte di un ente creditizio, di una impresa di assicurazione, di riassicurazione o di investimento già autorizzate o di una società di gestione di OICVM, di una loro *«impresa madre»* o da parte di una persona fisica o giuridica che ne detenga comunque il controllo.

di *«... ordinaria valutazione del rispetto delle condizioni di esercizio»* prevista nell'ultima locuzione del terzo paragrafo della norma.<sup>150</sup>

Anche nell'ambito dei provvedimenti assumibili nei confronti dei soggetti detentori di una partecipazione in un ente, e della revoca dell'autorizzazione il *banking code* traccia una disciplina «elementare», concedendo ampi spazi applicativi ai singoli Stati membri.

Rimandando al secondo capitolo per l'analisi dei singoli atti che le autorità nazionali possono porre in essere nei confronti dell'ente, dei suoi dirigenti e dei detentori delle partecipazioni qualificate dello stesso qualora non vengano adempiti gli obblighi di informazione preventiva o sia ostacolata una gestione sana e prudente dello stesso, in questa sede ci si soffermerà unicamente su una breve analisi di taluni aspetti della revoca dell'autorizzazione, in quanto utili a chiarire il contenuto della procedura di autorizzazione. La drastica soluzione dell'esclusione dell'ente dal mercato è racchiusa nella lett. c) del par. 1 dell'art. 17 della Direttiva, la quale impone l'adozione del provvedimento per sopraggiunta mancanza dei requisiti necessari al rilascio della concessione: l'assenza di una approfondimento legislativo sul punto sembra poter essere tranquillamente supplita dalla lettura specularmente negativa del dettato degli articoli del titolo secondo del *banking code* in precedenza esaminato. Una parziale specificazione si rinviene comunque nell'ipotesi contenuta nella successiva lett. d): la norma dispone infatti la revoca per l'ente non più dotato di fondi propri, o comunque di fondi non sufficienti a garantire la solvibilità dello stesso con riguardo per l'integrità dei depositi affidati: il mancato riferimento al capitale svolto dalla norma sembra definitivamente avvalorare la lettura del dettato del par. 1 dell'art. 9 in precedenza proposta.<sup>151</sup>

Ulteriori motivi di annullamento della concessione sono previsti dall'art. 17 qualora l'ente abbia fornito false informazioni o abbia ottenuto l'accesso al mercato creditizio *«con qualsiasi altro mezzo irregolare»* (ex lett. b), abbia rinunciato allo svolgimento dell'impresa o non la abbia intrapresa entro un anno dall'ottenimento del permesso o quantomeno esercitata continuativamente per un semestre (ex lett. d), oltre che negli altri casi previsti dalle singole legislazioni nazionali (ex lett. e). L'ultima previsione indicata potrebbe rappresentare un *visus* alla disciplina dell'autorizzazione unica, potendo indirettamente costituire il calco negativo di un illecito provvedimento osativo alla concessione

<sup>150</sup> Un termine per l'obbligo di comunicazione reciproca delle informazioni raccolte potrebbe essere recuperato dalla lettura del 2° comma del par. 2 dell'art. 19, il quale — a seguito delle modifiche apportate dalla Direttiva 2007/44/CE — prevede in tema di acquisizione di partecipazioni qualificate che le autorità dispongono di un periodo di sessanta giorni dalla data della comunicazione per opporsi al progetto di cessione della quota, nell'ipotesi che le qualità dei cesionari non soddisfino la necessità di garantire una sana e prudente gestione dell'ente; pertanto si può presumere che anche l'adempimento dell'obbligo di consultazione fra le autorità coinvolte debba subire lo stesso termine perentorio — fatte salve le eventuali proroghe dettate dal par. 3 e 4 — peraltro quando questo abbia ad oggetto l'esame dei partecipanti qualificati.

<sup>151</sup> *Supra*, par. 3.

dell'autorizzazione rilasciata in base alla disciplina costruita attorno ai requisiti minimi. Per contenere tale rischio la Direttiva impone che, al pari di quanto previsto per i provvedimenti concessori, le revoke debbano essere motivate e comunicate, oltre che agli enti interessati, alla Commissione che sarà così messa in grado di valutarne la correttezza. Pur se non previsto esplicitamente, quest'ultima ne dovrà curare anche la successiva ammortazione nel registro degli enti creditizi autorizzati e la conseguente pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, al fine di assicurare la pubblicità dovuta dalla tutela dell'affidamento del mercato.<sup>152</sup>

## 6. Le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi creditizi

L'articolata architettura normativa predisposta dal legislatore europeo al fine di dare attuazione al progetto di un mercato unico esteso al settore creditizio trova la sua chiave di volta nel titolo terzo del *banking code*, dedicato alle libertà di stabilimento e di prestazione dell'attività creditizia e dei servizi finanziari connessi<sup>153</sup>, rappresentando il *continuum* logico all'imposizione di una univoca procedura autorizzativa basata sulla fissazione dei requisiti minimi, comuni ed essenziali analizzati nei paragrafi precedenti<sup>154</sup>.

In questa direzione l'art. 23 riconosce agli enti creditizi autorizzati e sottoposti al solo controllo della competente autorità nazionale il diritto di esercitare l'attività bancaria all'interno di tutti gli Stati membri dell'Unione<sup>155</sup>, anche attraverso la creazione di una o più succursali<sup>156</sup>, tale possibilità concretizzata in

<sup>152</sup> Sul problema dell'assenza di una indicazione dei motivi specifici per l'adozione del provvedimento di revoca presente già nel testo della prevegente Direttiva 2000/12/CE, cfr. F. MARCU-54, *Autorizzazione*, cit., p. 112 ss.

<sup>153</sup> Per una analisi della scelta legislativa - ribadita nel *considerando* n. 14 della Direttiva - di comprendere nel nuovo riconoscimento anche le attività finanziarie diverse dalla raccolta del risparmio e dall'esercizio del credito, adottando il modello della banca universale, cfr. F. CARRIGLIONE, *Libertà*, cit., p. 156; F. VELLA, *L'esercizio*, cit., p. 132; A. URBANI, *L'impresa*, p. 106 s.; R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 370 s.

<sup>154</sup> Sulla tendenza al restringimento del numero degli operatori del settore bancario all'interno dei singoli mercati nazionali quale effetto del consolidamento comunitario e conseguente rischio di perdita di beneficio dei consumatori cfr. C. WALKNER, J. P. RAES, *Integration*, cit., p. 16 ss.

<sup>155</sup> Sulla possibile lettura di una attribuzione da parte del legislatore comunitario di una «... prevalenza al dato formalistico dell'autorizzazione rispetto all'effettivo esercizio dell'attività bancaria», cfr. F. CARRIGLIONE, *Libertà*, cit., p. 156.

<sup>156</sup> Per espreso chiarimento apportato dal *considerando* n. 17 (che modifica in parte il tenore della seconda parte del *considerando* n. 14 della Direttiva 2000/12/CE), l'esercizio del diritto di stabilimento e della libera prestazione di servizi delle attività non contemplate nell'allegato I sono sottoponibili dallo Stato membro ospitante alle norme specifiche del proprio ordinamento, «*quindi, da un lato, queste disposizioni sono compatibili con il diritto comunitario e motivate da ragioni di interesse generale e, dall'altro, detti enti o dette attività non sono sottoposti a regole equivalenti nel sistema legislativo o regolamentare dello Stato membro d'origine*».

particolare il diritto di stabilimento, facoltà comunque non necessariamente collegata alla libertà di prestazione, potendo l'ente condurre la propria attività d'impresa tramite l'opera di controllate o anche a distanza, prescindendo dalla costituzione di sedi locali all'interno della nazione ospite<sup>157</sup>. L'ipotesi descritta trova una parziale disciplina nella Direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002<sup>158</sup>, avente ad oggetto l'attività di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari rivolti ai consumatori<sup>159</sup>. Il testo normativo indica infatti esplicitamente la possibilità che la prestazione dei servizi anche non creditizi - esercitabili dagli istituti bancari secondo la visione c.d. universale degli stessi adottata in ambito comunitario - sia direttamente rivolta al pubblico dei consuma-

<sup>157</sup> Cfr. Corte di giustizia Europea C-410/96 *Criminalprocuurings v. André Ambry*, la cui motivazione è reperibile in K. J. HOPT-E. WYMERSCHE, *European Company*, cit., p. 133. La Corte ha stabilito infatti la comparabilità all'art. 49 del Trattato e alla Direttiva 89/646/CEE, della disposizione nazionale che imponeva ad un *krasni operator*, già garantito da una istituzione finanziaria estera comunitaria, di stipulare un ulteriore contratto con un ente finanziario dello Stato ove intendeva operare. L'indirizzo trova conferma in C-484/93 *Peter Swenson et Lena Gustafsson v. Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, la cui disposizione può essere reperita in J. HOPT-E. WYMERSCHE, *op. cit.*, p. 260. Ha stabilito infatti la Corte in tema di prestazione di benefici per l'accensione di nuovi abitativi che «*it is not compatible with article 49 of the Treaty for a Member State to make the grant of a housing benefit, in particular any interest rate subsidy, subject to the requirements that the loans intended to finance the construction, acquisition or improvement of the housing which is to benefit from the subsidy have been obtained from a credit institution approved in that Member State, which implies that it must be established here*». Sul punto, cfr. anche R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 376; A. TIZZANO, *La seconda Direttiva banche*, cit., c. 435; G. GODANO, *Aspetti generali*, cit., c. 441; N. MOLONEY, *EC Securities*, cit., p. 341 s.

<sup>158</sup> Il provvedimento legislativo è stato adottato dal legislatore comunitario tenendo presente che «*per il buon funzionamento del mercato interno è essenziale che i consumatori possano negoziare e concludere contratti con un fornitore insediato in altri Stati membri, indipendentemente dal fatto che il fornitore sia o meno legalmente stabilito nello Stato membro di residenza del consumatore*» (*considerando* n. 4 della Direttiva). La Direttiva si caratterizza nel dettare una disciplina tesa alla massima protezione del consumatore, prevedendo un intenso regime informativo a carico dell'ente creditizio (artt. 3 e 4), il diritto di recesso del risparmiatore (art. 6) e la conseguente salvaguardia dei pagamenti effettuati (artt. 7 e 8), oltre alla difesa dal riciclaggio di informazioni o servizi non richiesti (artt. 9 e 10). Il legislatore ha inoltre fissato alcune regole generali in tema di ricorsi giudiziari - coinvolgenti anche associazioni od organismi di tutela dei consumatori - ed extragiudiziali (artt. 13 e 14), dettando l'investimento dell'onere della prova a carico del fornitore per quanto riguarda la dimostrazione dell'adempimento degli obblighi informativi e l'ottenimento del consenso del consumatore, disponendo la configurabilità di «*clausole abusive*» per tutte le disposizioni contrattuali contrarie a tale norma imperativa (art. 15). Per un esame della disciplina, cfr. F. RONCARATI, *La Direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Banca, Impresa, Società*, 2004, I, p. 81 ss.

<sup>159</sup> Tale possibilità è indicata quale elemento positivo per la creazione di un mercato unico da C. WALKNER, J. P. RAES, *Integration*, cit., p. 14 s. CH. A. Sottolunco infatti come «*so-called "national" barriers to banking consolidation emerge in form of national-based market differences, which relate to language, cultural preferences and considerations of geographical proximity. While such barriers are very difficult to overcome completely, developments in recent years have mitigated their effect. For example, barriers related to geographical distance or a high cost of cross border information and communication have been eased by advances in information technology*...». Sul punto cfr. anche F. CARRIGLIONE, *Libertà*, cit., p. 169 ss.

tori dal «fornitore», eventualmente anche con l'appoggio di un «professionista»<sup>160</sup> o di una propria diretta rappresentanza (ex art. 3, par. 1, n. 1, lett. a), b) e c)).

Questi'ultima struttura, per poter essere identificata quale succursale dell'ente ai sensi del *banking code* – per poter quindi operare direttamente sul mercato – dovrà rivestire i caratteri di semplice organo dell'impresa autorizzata non dotato di personalità giuridica, altrimenti dovendo essere inquadrato quale ente controllato, escluso, peraltro, dal beneficio dell'univoca vigilanza prudenziale dell'autorità del Paese d'origine<sup>161</sup> in quanto esposto alla duplice verifica condotta dall'autorità del Paese ospite e da quella connazionale, anche su base consolidata<sup>162</sup>. La rilevanza delle caratteristiche dettate dalla definizione di succursale contenuta nel punto 3 del quarto articolo del c.d. testo unico motiva l'esclusione della possibilità che gli Stati ospiti esigano una autorizzazione ulteriore o la costituzione di un fondo di garanzia *ad hoc* per i rami delle aziende bancarie estere, qualora gli stessi appartengano ad una impresa a cui sia già stata riconosciuta la capacità all'esercizio del credito nello Stato d'origine<sup>163</sup>.

La declinazione del diritto di stabilimento, quale anticipata nella descritta prima parte dell'art. 16, viene così a coniugarsi con il successivo art. 25, espressamente dedicato alla previsione delle procedure attuative dello stesso. La norma dispone infatti che l'ente intenzionato ad aprire una succursale<sup>164</sup> – anche a mezzo di più filiali, da considerarsi comunque quali un'unica entità ai fini della applicazione della normativa, come precisa il successivo art. 27 – debba notificare la propria decisione all'autorità nazionale del Paese di origine, specificando l'ambito territoriale coinvolto dall'operazione, l'indirizzo di recapito eletto presso lo Stato ospite<sup>165</sup>, oltre ai nominativi dei dirigenti della sede este-

<sup>160</sup> Da intendersi quale impresa esercitata con professionalità e non (solo) quale persona fisica dedicata ad una attività di tipo professionale.

<sup>161</sup> Sul rischio che gli Stati membri approntino una disciplina che favorisca l'esercizio dell'attività creditizia attraverso la costituzione di succursali, risparmiandosi l'onere del controllo altrimenti dovuto nel caso della costituzione di un ente creditizio controllato, cfr. C. WALKER, J.P. RAAS, *Integration*, cit., p. 38 s.

<sup>162</sup> È forse questo il motivo per cui all'interno del mercato unico, nell'anno 2002, si potevano contare 571 succursali di enti creditizi e solamente 333 società controllate: dati pubblicati dalla Commissione Europea in *Financial integration monitor 2004, Commission Working Documents*, 28 aprile 2004, p. 18.

<sup>163</sup> Per una analisi della disciplina della Direttiva 77/780/CEE, caratterizzata dall'obbligatorietà del rilascio di una concessione dello Stato ospite anche per la creazione di succursali, nonché della sua trasposizione nell'ordinamento nazionale, cfr. F. VALLA, *Le succursali*, cit., p. 127 ss.; A. URBANI, *L'impresa*, p. 161 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., pp. 345 ss. e 366 ss.

<sup>164</sup> Ad esclusione di quelli ospitati prima del primo gennaio 1993, presunti già autorizzati ai sensi della disciplina dell'art. 26, par. 4, del *banking code*. La salvaguardia di tali enti abbraccia anche le imprese esercitanti l'attività creditizia non stabilite in altri Stati comunitari ex art. 28, par. 3.

<sup>165</sup> Indirizzo che potrebbe non coincidere con la sede della costituzione succursale, data la

ra ed al programma di attività previsto per la stessa (art. 25, par. 2)<sup>166</sup>. La redazione di quest'ultimo documento in particolare dovrà delineare «una chiara struttura organizzativa con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi...» tracciando anche «... adeguati meccanismi di controllo interno, su comprese valide procedure amministrative e contabili», «... completi e proporzionati alla natura, all'ampiezza e alla complessità delle attività dell'ente creditizio», così come richiesto dal combinato degli artt. 16 e 22<sup>167</sup>.

L'autorità ricevente ha il compito di vagliare tali informazioni esprimendo un giudizio sull'adeguatezza degli aspetti amministrativi e finanziari dell'ente entro il breve termine di un trimestre dal ricevimento della comunicazione (art. 25, par. 3). La valutazione potrà essere meramente implicita in caso di esito positivo, trovando concretizzazione nella trasmissione dei dati approvati alla corrispondente autorità dello Stato membro ospite ed all'ente creditizio richiedente; a completare il corredo della comunicazione dovranno essere allegati anche gli elementi contabili raccolti ai fini dell'attività di vigilanza prudenziale<sup>168</sup>, indicanti l'ammontare dei fondi propri ed il raggiunto coefficiente di solvibilità dell'ente creditizio ex art. 75. Solamente nell'ipotesi di un rifiuto ad assolvere il descritto onere informativo quale esito di un provvedimento negativo assunto dall'autorità nazionale, la stessa dovrà precisare i motivi su cui poggia la decisione assunta, entro il breve termine del trimestre successivo alla presentazione della documentazione da parte dell'ente. A salvaguardia dei diritti di quest'ultimo il *banking code* prevede il possibile ricorso avanti alle autorità giurisdizionali del Paese d'origine, omettendo ogni indicazione circa i contorni procedurali dello stesso, resi liberamente determinabili dai singoli Stati membri (ex artt. 25, par. 4, e 55)<sup>169</sup>.

funzione di mero receipt ove richiedere i documenti: tale discrezionalità non sarebbe contraria al principio di effettività della sede ricordato alla fine del *considerando* n. 10, che impone unicamente che la amministrazione centrale dell'ente autorizzato sia posta entro i confini del proprio Stato d'origine.

<sup>166</sup> Eventuali variazioni dei dati raccolti dovranno essere oggetto di comunicazione rivolta sia alla autorità connazionale, sia alla autorità controllante il mercato estero ex art. 26, par. 3. Quest'ultima dovrà pronunciare il proprio giudizio entro due mesi ex par. 4, mentre l'autorità del Paese d'origine potrà godere dei tempi più lunghi previsti dall'art. 25, par. 3 e 4.

<sup>167</sup> Tali requisiti sono esito del progetto di riforma COM/2004/486: in precedenza la lettura congiunta degli artt. 13 e 17 della Direttiva 2000/12/CE suggeriva che il programma dovesse soddisfare il principio di «... buona organizzazione amministrativa e contabile...», precisando unicamente che lo stesso dovesse contemplare «... adeguate procedure di controllo...». Per uno sguardo sulle difficoltà legate all'esercizio di un controllo sul modello c.d. remano di amministrazione recentemente adottato da alcuni primari istituti bancari italiani, cfr. R. COSTI, F. VALLA, *Sistema dualistico e vigilanza bancaria alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2007, II, p. 481 ss.

<sup>168</sup> Per un esame dei quali cfr. *infra*, cap. II.

<sup>169</sup> «Il diritto di stabilimento viene, in tal modo, espressamente inquadato come diritto soggettivo». F. CAPRIGLIONE, *Libertà*, cit., p. 161. Denuncia il rischio di una chiusa protezionista.

L'unico margine riconosciuto dal *banking code* alla compressione della regolamentazione economica del Paese ospite trova espressione nella facoltà che lo Stato membro possa predisporre la vigilanza sulla succursale nel breve termine di due mesi, eventualmente dettando le condizioni di esercizio dell'attività all'interno del suo territorio. Tale previsione contraria al *lex Motu* della libertà di esercizio e di stabilimento riconosciuta dalla Direttiva agli enti autorizzati, potrà esser assunta a fronte dei «*motivi di interesse generale*» richiamati dal par. 1 dell'art. 26.<sup>170</sup> La statuzione trova la sua ragion d'essere nella necessità di prevedere dei correttivi, seppur minimali, che possano contenere le conseguenze derivanti dalla perdita della piena sovranità nazionale in un settore-chiave quale quello creditizio.<sup>171</sup> Data la generica formula impiegata e conchiusa la non prevista concordabilità transnazionale delle applicazioni della norma, il compromesso raggiunto rischia tuttavia di veder limitata la libertà di esercizio potendo essere in parte sottratta agli enti alloggiati la facoltà di esercitare talune attività nei mercati esteri, con evidente vantaggio dei «campioni nazionali».<sup>172</sup> In tal senso appare significativa anche l'ampiezza del disposto del-

ca del mercato finanziario italiano, sottolineando al contrario un accoglimento della piena competenza quale motore per lo sviluppo del settore economico, ASSOCIAZIONE DIRIGENTI BANCHE, cit., p. 4 s.

<sup>170</sup> La norma risolve in parte il pericolo legato dalla «... convenienza nello stesso ambito territoriale di più ordinamenti...» (evidenziata, fra gli altri, da R. LUZZATTO, *La libera prestazione di servizi*, cc. 450 s. e 453 s.) nascente dal diritto degli enti creditizi stabiliti di esercitare la propria attività allo stesso modo che nello Stato d'origine, ma non affronta il problema della mancanza di una qualsiasi armonizzazione dei contratti bancari derivante dalla lettura del contratto n. 16 della Direttiva 89/646/CEE. Il considerando n. 17 del *banking code* ripropone il contrasto, indicando il principio di non contraddittorietà con «... le disposizioni legali di interesse generale...». Sul punto cfr. anche L.G. RADICANI DI BAZZANO, *L'ambito di applicazione della legge del paese d'origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella CEE*, in *Foro it.*, 1990, p. IV, cc. 453 s. e 457 ss. L'A. suggerisce la lettura di un intervento degli Stati ospiti limitato alla disciplina dell'esercizio delle filiali, precedendo la non ingerenza dello Stato ospite nella fissazione delle condizioni dei contratti manualmente riconosciuti elencati nell'allegato I.

<sup>171</sup> Cfr. considerando n. 18.

<sup>172</sup> Per una critica sul punto, cfr. A. TIZZANO, *La «seconda Direttiva banche»*, cit., c. 434; G. GODANO, *Aspetti generali*, cit., c. 442; R. LUZZATTO, *La libera prestazione*, cit., c. 452 s. La giurisprudenza della Corte di giustizia Europea ha definito il concetto di «*pubblico interesse*», richiamando la necessità di prevedere eccezioni a favore della tutela dei consumatori, della chiarezza delle transazioni commerciali, dell'integrità del sistema finanziario, oltre che per garantire una applicazione uniforme e coerente del sistema fiscale; sul punto cfr. il *leading case* C-222/79. *Société commerciale immobilière Parodi vs. Banque H. Albert de Bary et Cie*, il cui summo può essere reperito in K.J. HOVY, E. WYWERSCHE, *European Company*, cit., p. 135 s. La Corte ha stabilito infatti, in merito ad una richiesta di autorizzazione imposta da uno Stato membro ad un ente creditizio già autorizzato in altro Stato, che la stessa, sottoposta all'allora vigente Direttiva 89/646/CEE, doveva essere considerata illecita a meno che non fossero soddisfatti i seguenti criteri: «... si deve avere la certezza che la persona che si occupa dell'attività in questione è in grado di assicurare l'obiettivo perseguito non sia altrimenti ottenibile. Per uno sguardo specifico in merito al settore bancario, cfr. L.E. PANOURJAS, *Banking Regulation*, cit., p. 36 s.

<sup>173</sup> Anche in questo ambito opera una «*regulator's clause*» a salvaguardia dei diritti acquisiti dagli enti creditizi operanti prima del primo gennaio 1993, cfr. art. 28 par. 3.

<sup>174</sup> Sul problema dell'incompletezza di una disciplina uniforme dei contratti bancari e sul possibile intervento correttivo dello Stato nella fissazione delle modalità di esercizio dell'attività

l'art. 37, ove con la stessa formula si riconosce allo Stato ospitante la possibilità di comprimere il diritto dell'ente creditizio a pubblicizzare i propri prodotti per ciò che attiene la forma o il contenuto del messaggio.

Tralasciando le ipotesi problematiche di una interpretazione deviana della normativa, ad ogni modo passibile di intervento della Corte di giustizia Europea non supportata da corretta motivazione<sup>173</sup>, occorre notare come il diritto di stabilimento ed il connesso diritto di esercizio godano di un pronto riconoscimento, potendo trovare attuazione dal giorno della ricezione della approvazione comunicata dallo Stato ospite o comunque allo scadere dei due mesi concessi per predisporre la vigilanza, quale effetto del silenzio-assenso (art. 26, par. 2). Ciò implica che gli enti accedano al mercato ed operino conservando la loro denominazione originale, potendo prescindere dal rispetto degli specifici termini di attività, quali ad esempio «*banca*» o «*caixa di risparmio*», che possono essere imposti dai singoli ordinamenti nazionali coinvolti. Solamente a fronte del pericolo di vedere generata una confusione all'interno del mercato derivante dal differente valore legato ad una traduzione letterale dei singoli lemmi nelle lingue ufficiali degli Stati membri, l'art. 18 prevede che gli Stati ospiti possano ai fini di chiarezza parzialmente modificare la denominazione dell'ente estero, dotandola di una appropriata specificazione.

Come accennato in precedenza, il diritto di esercizio appare comunque spiegato da una presenza reale dell'ente creditizio sul territorio. Tale ipotesi è regolata dall'art. 28, che richiama in buona parte i passaggi informativi già tracciati dall'art. 25; anche in questo caso l'Istituto proponente ad ampliare la propria attività all'estero senza la costituzione di una succursale dovrà darne comunicazione all'entità di origine nazionale, precisando quali fra le attività elencate nel primo allegato al *banking code* si intendano realizzare. Quest'ultima – apparentemente priva della possibilità di sindacare la scelta operata<sup>174</sup>, al contrario di quanto previsto dall'art. 26 – sarà tenuta a sua volta a trasmettere la documentazione presentata dall'ente alla corrispondente autorità estera competente, entro un mese dalla presentazione della richiesta<sup>175</sup>. In questa direzione

<sup>173</sup> *Direttiva banche*, cit., c. 427 s. Evidenzia l'assenza di un automatismo del mutuo riconoscimento stante la penultima dell'esame da parte della autorità del Paese ospite, F. CARRIGLIONE, *Libertà*, cit., p. 161. Cfr. anche C. WALKER, J.P. RAS, *Integration*, cit., p. 34 s.; G. ALDA, *Armonizzazione*, cit., p. 15; G. GODANO, *Aspetti dell'integrazione*, cit., c. 103.

<sup>174</sup> Sul punto, per tutti, cfr. G. TESSARO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2003, p. 245 s. L'A. richiamando la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia CE intervenuta sul punto, rileva i principi evidenziati a giustificazione della corretta applicazione del principio dell'interferenza generale, ovvero la presenza di una normativa applicabile a tutti i soggetti del mercato nazionale, l'assenza di una legislazione dello Stato di provenienza che già risulti l'interesse e che l'obiettivo perseguito non sia altrimenti ottenibile. Per uno sguardo specifico in merito al settore bancario, cfr. L.E. PANOURJAS, *Banking Regulation*, cit., p. 36 s.

<sup>175</sup> Anche in questo ambito opera una «*regulator's clause*» a salvaguardia dei diritti acquisiti dagli enti creditizi operanti prima del primo gennaio 1993, cfr. art. 28 par. 3.

<sup>176</sup> Sul problema dell'incompletezza di una disciplina uniforme dei contratti bancari e sul possibile intervento correttivo dello Stato nella fissazione delle modalità di esercizio dell'attività



La citata Direttiva 2002/65/CE, dedicata alla disciplina dei servizi finanziari offerti a distanza dai consumatori, offre un primo esempio di disciplina uniforme a livello comunitario attraverso la quale poter esercitare l'attività creditizia senza l'esercizio del diritto di stabilimento. Nell'ampia definizione di servizio finanziario contratto a mezzo di una tecnica di comunicazione, vengono riacchiusate anche le operazioni bancarie concluse fra un consumatore e l'ente creditizio geograficamente separati. A differenza di un rapporto direttamente ratificato, la particolare formazione dell'accordo contrattuale implica, oltre al riconoscimento del diritto di recesso, una disciplina particolarmente intensa delle informazioni precontrattuali che debbono essere garantite al cliente al fine di permettere una consapevole adesione all'offerta<sup>176</sup>.

degl'enti ospitati, in quanto sottoposti alla sola normativa del proprio ordinamento nazionale, che I. G. RADICCHI DI BACZALO, *Il cambio di applicazione*, cit. c. 461 ss. 17.A., interpretando «... le disposizioni legali di interesse generale...» richiamate dal considerando n. 16 della Direttiva 89/646/CEE, individua «... una forte presunzione di inapplicabilità da parte dell'autorità amministrativa dello Stato ospitante di qualsiasi norma del proprio ordinamento avente per effetto di impedire il compimento, o di snaturare le caratteristiche economiche o giuridiche, di operazioni compiute nell'allegato compilate da banche autorizzate ad effettuare nel paese d'origine. Le difficoltà legate alla applicabilità della «*home country law*» e della competenza giurisdizionale evidenzia il apparato ormai in via di isolazione, sia a fronte della ormai intrapresa opera di armonizzazione contrattuale comunitaria, sia a fronte della adozione del Regolamento (CE) n. 44/2001 (il cui testo è contenuto in C.U.C.E. n. 12 del 16 gennaio 2001). Al sera dell'art. 5, n. 1, lett. b), della citata disciplina si prevede infatti che nel caso di prestazioni di servizi, salvo pattuizione contraria, il loro compimento sia quello dello Stato in cui i servizi sono stati o debbono essere prestati. Tuttavia nel caso si eserciti la libertà di stabilimento, il successivo n. 5 prevede che la competenza, «... qualora si tratti di controversie concernenti l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività, [appartenga] al giudice del luogo in cui essa è stabilita...». Un'importante correttivo alla regola descritta si ritrova nella successiva quarta sezione del medesimo capo, dedicata alla regolamentazione dei rapporti contrattuali coinvolgenti i consumatori. In questa ipotesi, il loro compimento sarà scelto dal consumatore fra quello connesso al proprio domicilio od a quello di contrattare ex art. 15, par. 1, lett. a), e par. 2, mentre l'ente potrà agire solo avanti al giudice estero ex art. 16 (salvo le deroghe concordabili successivamente all'instaurarsi del contenzioso, previste dall'art. 17). La previsione si lega con quanto disposto dagli articoli 3, 4 e 5 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 1980. L'insieme normativo sembra chiarire che in regola della «*home country law*» appartenga principalmente agli sporadici servizi trovati a soggetti professionali, esercitati in assenza di stabilimento. Sul punto cfr. F. CARPAGNONE, *Libertà*, cit. p. 163 ss.; J.H. DAVIDSON, *Home and host country regulatory control*, cit. p. 416 s. La lettura trova un primo indirizzo secondo nella preoccupazione del legislatore di evitare il pericolo di vedere generata una pressione del mercato da una equivocabile dicombinazione dell'ente stabilito, espressa nella previsione correttiva inserita nell'art. 18 del *banking code*, tuttavia è nella considerazione che una applicabilità generale del diritto nazionale nella prestazione dei servizi oltre confine comporterebbe una inaccettabile concorrenza fra gli ordinamenti, che si ritiene forse la motivazione più salda nel sostenere una applicabilità del diritto privato del mercato ospite, ove non sostituito dalla legislazione comune.

<sup>176</sup> L'art. 3 della Direttiva, alla lett. e) ed f) prevede che il fornitore indicato in legislazione su cui si basano i rapporti precontrattuali con il consumatore, oltre a qualsiasi clausola contrattuale nel suo competente o sulla legislazione applicabile al contratto. La previsione tuttavia si lega al considerando n. 8 che prevede che «... la presente Direttiva, ed in particolare le disposizioni relative alle informazioni concernenti i rischi contrattuali sulla legislazione applicabile al contratto

Il complesso percorso di accesso ai singoli mercati comunitari sopradescritto è reso applicabile dall'art. 24 anche all'ipotesi di un esercizio del diritto di stabilimento attuato tramite il controllo di «*entità finanziarie*», ovvero attraverso la costituzione o l'acquisizione di imprese libere di svolgere le attività contenute nell'allegato I della Direttiva 177; la norma impone tuttavia che le stesse siano debenture – anche congiuntamente – almeno per il 90% del capitale esprimamente il diritto di voto da enti creditizi già autorizzati ed eserciti in patria. L'attività oggetto dell'ente finanziario (ex art. 24, par. 1, comma, lett. a), b), c)). Le imprese madri dovranno inoltre assicurare la prudente gestione nonché garantire gli obblighi assunti dalle stesse, previo il benestare dell'autorità del Paese d'origine, che vede in questo modo riconosciuto il necessario prolungamento operativo del c.d. *home state control principle*, il quale si concretizza in una vigilanza su base consolidata della impresa madre, in particolare per il rispetto dei requisiti patrimoniali minimi, per l'assunzione dei grandi fidi e per le limitazioni in tema di partecipazioni rilevanti (ex art. 24, par. 1, 1° comma, lett. d) ed e)). Il rispetto di queste condizioni – chiaramente dettate per assicurare una integrità del gruppo sia dal punto di vista finanziario che qualitativo 178 – a cui si somma la attestazione della vigilanza su base consolidata e la verifica degli assetti partecipativi e dei rischi assunti dalle società finanziarie, sarà accertato in un apposito documento allegato al *dossier* che dovrà essere notificato all'organo di controllo del mercato coinvolto nella operazione 179.

Il rapporto fra l'autorità nazionale concedente l'autorizzazione, l'ente operante all'interno del mercato estero e l'organo pubblico di controllo di quest'ultimo trova inquadramento nella sezione quinta del titolo terzo. La complessa disciplina dei poteri di intervento assumibili nei confronti dell'ente stabilito o operante direttamente nello Stato membro e la loro ripartizione ai fini dello svolgimento della vigilanza informativa e prudenziale costituirà oggetto

<sup>178</sup> *ex* sui loro competenze, non incide sulla possibilità di applicare alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari il Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, e la convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Pasmannando il testo in buona parte dispositivo della convenzione (art. 3 e 5) ed il contenuto strettamente imperativo del regolamento (art. 15, par. 1, lett. c)), è facile immaginare che le parti potranno decidere per l'applicabilità del diritto dello Stato del fornitore, ma il consumatore potrà sempre accedere alla giurisdizione del giudice connazionale. Sul punto cfr. F. RONCARI, *La Direttiva 2002/65/CE*, cit. p. 110 s.

<sup>179</sup> Cfr. il considerando n. 16 del *banking code*. Benché l'art. 24, par. 1, si riferisca espressamente alle attività detenute nell'allegato I senza escludere esplicitamente l'attività di raccolta di depositi o di fondi timborsabili, sembra lecito non ricomprendere quest'ultima alla luce della definizione di ente finanziario che non inquadra nell'oggetto di impresa tale attività in quanto riservata ai soli enti creditizi ex art. 5.

<sup>178</sup> Sul punto cfr. F. CARPAGNONE, *Libertà*, cit. p. 158 s.; A. URBANI, *L'impresa*, p. 180 ss.; R. LUZZATTO, *La libertà prestazionale*, cit., c. 449 s.

<sup>179</sup> L'art. 24, nel suo ultimo paragrafo rende applicabili le norme anche alla filiazione di un ente finanziario controllato da un ente creditizio ai sensi del primo comma del par. 1.

di successivo approfondimento nel corso dell'opera.<sup>180</sup> Oltre a ricordare l'art. 29, che fissa il diritto degli Stati membri di ottenere dagli enti - a soli fini statistici - una relazione sulle attività svolte dalle rispettive succursali, in questa sede occorre soffermare l'attenzione unicamente sugli artt. da 30 a 36, che regolano i poteri di intervento delle autorità dello Stato membro ospite e della nazione di origine nel rispetto della prevalenza del controllo di quest'ultima.

In questa direzione l'art. 30 dispone che l'autorità del mercato all'interno del quale l'impresa estera opera direttamente o a mezzo di una rappresentanza stabile, possa segnalare alla corrispondente controparte pubblica le inottemperanze riscontrate all'ordine impartito di cessazione delle irregolarità, affinché quest'ultima assuma le misure necessarie nei confronti dell'ente inadempiente e ne dia informazione alla controparte richiedente.<sup>181</sup> Solo qualora gli interventi non vengano adottati o si rendano insufficienti, oppure qualora i risulti necessari preventive violazioni di leggi adottate a tutela dell'interesse generale, gli artt. 30, par. 3, e 31 concedono all'autorità del mercato ospite il diritto di intervenire direttamente nei confronti dell'impresa per far cessare tali comportamenti, eventualmente anche impedendo l'avvio di nuove operazioni in base al dettato dell'art. 34, o al fine di dare effetto alla revoca dell'autorizzazione ex art. 35. Per evitare il pericolo di un abuso di tali poteri<sup>182</sup>, in tutte le ipotesi è previsto che i provvedimenti siano motivati e comunicati all'ente interessato, il quale ha diritto di impugnazione in sede giurisdizionale presso lo Stato membro che ha assunto la decisione in forza dell'art. 32. La competenza per giudicare la validità delle misure cautelari indispensabili alla protezione degli interessi dei depositanti degli investitori o degli ulteriori clienti a cui vengono prestati i differenti servizi, rimane invece della Commissione, alla quale tali provvedimenti debbono essere comunicati e sui quali la stessa può intervenire ordinando una modificazione od il ritiro ex art. 33.

Il descritto sistema creditizio unitario non è, né potrebbe essere una realtà chiusa<sup>183</sup>; la necessaria permeabilità dello stesso, in un'ottica di globale liberalizzazione dei movimenti di capitale<sup>184</sup>, viene assicurata dal titolo quarto del c.d. testo unico, dedicato alla disciplina dell'accesso e dell'esercizio dell'attività creditizia da parte degli enti bancari extracomunitari nei Paesi membri dell'Unione. La politica adottata dal legislatore comunitario in materia appare caratterizzata dal duplice obiettivo di favorire l'ingresso di soggetti finanziari esteri, non costretti dalle possibili limitazioni nascenti da una rigida applica-

zione del principio di reciprocità vigente nel diritto internazionale, puntando al contempo a tutelare gli interessi delle aziende creditizie europee operanti al di fuori dei confini dell'Unione, nonché a difendere la solidità del sistema finanziario.<sup>185</sup>

In questa direzione l'art. 38 - innovando rispetto al precedente impianto della Direttiva 2000/12/CE<sup>186</sup> - impone che gli Stati membri non applichino un trattamento più favorevole per l'accesso al mercato e per l'esercizio delle attività alle succursali di imprese extracomunitarie rispetto a quello riservato alle corrispondenti dipendenze degli enti aventi la loro sede legale all'interno della Unione. Il rischio di una applicazione non uniforme della disciplina<sup>187</sup> è limitato dal secondo e dal terzo paragrafo dell'art. 38. La prima norma prevede infatti un obbligo di comunicazione delle concessioni rilasciate ai suddetti enti a favore del Comitato Bancario Europeo e della Commissione Europea<sup>188</sup>, quest'ultima, in forza dell'art. 14, 2° comma, ne curerà anche la successiva pubbli-

<sup>180</sup> Cfr. i considerando nn. 19 e 20: «Il regime applicato alle succursali degli enti creditizi aventi la loro sede fuori della Comunità dovrebbe essere analogo in tutti gli Stati membri. Occorre prendere in considerazione che questo regime non possa essere più favorevole di quello delle succursali degli enti originari di uno Stato membro. La Comunità dovrebbe poter concludere accordi con paesi terzi che prevedono l'applicazione di disposizioni che accordano ai tali succursali un trattamento identico in tutto il suo territorio...». «Accordi tra la Comunità ed i paesi terzi dovrebbero essere stipulati, su base di reciprocità, onde permettere che la vigilanza su base consolidata venga esercitata concretamente sulla base geografica più ampia possibile». Sul punto, cfr. G. GODANO, *Aspetti dell'integrazione*, cit., c. 107 ss., *Id.*, *Aspetti generali*, cit., c. 442 s.

<sup>181</sup> In particolare non viene più riprodotto il verso dell'art. 23 che traacciava nei par. 2, 3, 4 e 5 una disciplina volta a favorire e diffondere l'espansione degli enti creditizi comunitari al di fuori dei confini dell'Unione. In questa direzione si prevedeva che i singoli Stati membri potessero comunicare alla Commissione Europea le difficoltà incontrate dalle imprese nazionali, nell'esercizio e nello stabilimento di attività creditizie in Paesi terzi, oltre che nell'acquisizione di partecipazioni. Il Consiglio Europeo, investito del problema a seguito della presentazione della relazione che la Commissione annualmente doveva redigere, poteva decidere a maggioranza qualificata di demandare direttamente alla stessa lo svolgimento delle negoziazioni rese necessarie al raggiungimento di paritarie condizioni d'accesso al mercato. Le eventuali distribuzioni concontrattuali subite dalle imprese europee già operanti nei mercati extracomunitari potevano, invece, essere risolte direttamente dalla Commissione per via diplomatica, senza la necessità di una consultazione preventiva del Consiglio. Oltre a ciò era previsto, adottando la procedura decisionale dettata dal par. 2 dell'art. 60 coinvolgente anche il Comitato Bancario Europeo, che gli Stati membri potessero limitare o bloccare del tutto il rilascio di autorizzazioni necessarie all'accesso o all'assunzione di partecipazioni rilevanti a danno delle imprese del Paese terzo, per un periodo massimo pari a tre mesi. Entro tale lasso di tempo il Consiglio, su proposta avanzata dalla Commissione, poteva assumere, a maggioranza rafforzata, la decisione di prolungare la durata delle procedure litigiose.

<sup>182</sup> Sottintesa come la norma lasci liberi i singoli Stati di stipulare accordi bilaterali, seppur fatto salvo il ruolo di coordinamento, anche nel senso della proposta di un trattato che coinvolge l'intera Unione Europea, F. CARRIGLIONE, *Relazioni*, cit., p. 183. Sul punto cfr. anche R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 377.

<sup>183</sup> Il ruolo centrale della Commissione Europea nella difesa degli interessi europei e del rispetto del principio di reciprocità era evidenziato alla luce della previgente disciplina da F. CARRIGLIONE, *Relazioni*, cit., p. 181 ss.

<sup>180</sup> Cfr. *infra*, cap. II.

<sup>181</sup> L'importanza dello scambio informativo è sottolineato nel considerando n. 22 ss.

<sup>182</sup> La problematica «identificazione delle clausole di interesse generale» invocabili dal singolo Stato in questo ambito è sottolineata da F. CARRIGLIONE, *Libertà*, cit., p. 162 s.

<sup>183</sup> Sul percorso evolutivo della disciplina in materia, iniziato con l'art. 9 della Direttiva 77/1780/CEE, poi proseguito dall'art. 9 della Direttiva 89/647/CEE, cfr. F. CARRIGLIONE, *Relazioni*, cit., p. 179 ss.; R. COSTI, *L'ordinamento*, cit., p. 377 ss.

<sup>184</sup> Cfr. il considerando n. 18 della Direttiva 2000/12/CE.

cazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione. La seconda disposizione emana invece la possibilità che la Comunità possa stipulare accordi con Paesi terzi per assicurare un medesimo trattamento alle imprese straniere su tutto il territorio dell'Unione, oppure - anche su richiesta di singoli Stati membri ex art. 39 - per assicurare una vigilanza consolidata che coinvolga gli enti stranieri o le controllate di enti comunitari situate all'estero.

Nel rispetto dei poteri riconosciuti al Consiglio su iniziativa della Commissione ed esercitabili con l'assistenza dei comitati consultivi speciali in base al dettato dell'art. 300 del Trattato CE, il par. 3 dell'art. 39 dispone contestualmente che la Commissione valuti con l'ausilio del Comitato Bancario Europeo i risultati conseguiti dalla vigilanza allargata derivante dalla adozione degli accordi conclusi con i Paesi terzi.

### 7. Gli istituti di moneta elettronica

Come accennato a margine dello studio del campo di applicazione del *banking code*, la Direttiva 2000/28/CE ha operato una estensione alla definizione di ente creditizio consentita nel primo testo unico coordinandola alla disciplina degli istituti di moneta elettronica introdotta dalla coeva Direttiva 2000/46/CE. All'interno dell'unitaria cornice normativa dell'intermediazione del credito - ora riprodotta dalla attuale Direttiva 2006/48/CE alla quale, tuttavia la normativa il testo del 2000 non è stato coordinato - hanno trovato pertanto collocazione, pur con i necessari adattamenti<sup>197</sup>, anche le imprese o le persone giuridiche dedite all'attività di emissione di mezzi di pagamento in forma di moneta elettronica quali definite dalla lett. a dell'art. 3 della Direttiva citata<sup>198</sup>.

Oltre a dettare una regolamentazione complementare<sup>199</sup> di questo peculiare settore dei servizi finanziari<sup>200</sup>, la Direttiva 2000/46/CE ha assolto anche il compito di emendare la disciplina riassunta nel primo *banking code*<sup>201</sup> con riferi-

<sup>197</sup> Cf. anche il Regolamento n. 690/2002 della Banca Centrale Europea, che ha emendato l'art. 2 del precedente Regolamento n. 2818/98, escludendo gli istituti di moneta elettronica dalla disciplina del calcolo delle riserve minime dettata dall'Istituto.

<sup>198</sup> Cf. V. TROIANO, *Primi appunti in tema di regolamentazione nazionale degli istituti di moneta elettronica*, in A. SPINNA-G. GAGLIARDINO (a cura di), *Gli istituti di moneta elettronica*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 64. L'A. denota «... una certa ambiguità nella configurazione istituzionale degli istituti...» derivante dall'incerto degli istituti nella definizione, tale da disegnare «... una figura riconducibile alla famiglia degli intermediari finanziari non bancari, ma che per analogi vertici risulta attratta nell'orbita disciplinare degli enti creditizi». Così anche S. CORRADI, *Gli istituti di moneta elettronica e la raccolta del risparmio*, cit., p. 84.

<sup>199</sup> Cf. il *considerando* n. 16.

<sup>200</sup> Cf. V. TROIANO, *Gli istituti*, cit., p. 10.

<sup>201</sup> Cf. M. PRASSINI, *Il diritto commentario dei pagamenti*, in G. CASARETO, V. SANFIORE (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, in *Quaderni di giur. comm.*, n. 284, Giuffrè, Milano, 2005,

mento alla nuova forma di pagamento, evitando tuttavia una previsione degli aspetti puramente tecnici della stessa<sup>202</sup>, per esplicita ammissione il legislatore si è infatti limitato a dipingere un quadro scuro da definizioni e *standards* operativi, eliminando il rischio che gli stessi potessero diventare nel tempo obsoleti<sup>203</sup>.

In questa direzione il coinvolgimento degli enti creditizi «originari» avviene *in primis* sommando l'emissione della moneta elettronica ai sistemi di pagamento contemplati nell'allegato I della Direttiva 2000/12/CE (ora trasposto nella Direttiva 2006/48/CE)<sup>204</sup>, nonché riservandola a favore degli stessi oltre che degli istituti disciplinati dalla normativa specifica in forza del par. 4 dell'art. 1 della Direttiva 2000/46/CE; *in secundis* distinguendo l'attività perseguibile dagli istituti dalla raccolta del risparmio, operazione che rimane oggetto di impresa esclusiva, o quanto meno principale, degli intermediari bancari ai sensi dell'art. 5 della attuale *banking code*<sup>205</sup>.

Il complesso coordinamento fra le normative tracciato dal legislatore trova una prima giustificazione nella natura della moneta elettronica: questa viene infatti definita dalla lett. a) del par. 3 dell'art. 1, quale «valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia: 1) memorizzato su un dispositivo elettronico; 2) emesso dietro ricezione di fondi il cui valore non sia inferiore al valore monetario emesso; 3) accettato come mezzo di pagamento da imprese diverse dall'emittente»<sup>206</sup>. L'elemento della raccolta evidenziato nella se-

<sup>202</sup> P. 174. Sulla iniziale proposta legislativa di riservare l'attività al solo mondo bancario, cf. V. TROIANO, *Gli istituti*, cit., p. 16.

<sup>203</sup> Cf. il *considerando* n. 5. Sulla necessità di non limitare in generale la «flexibility to experimentation», ovvero di consentire all'opposto l'intervento pubblico a favore della capacità autoregolatrice del mercato imponendo aprioristici dettami tecnici, cf. A. GERSHBERG, *Regulating electronic money*, in CARO INSTITUTE, *The Future of Money in the Information Age*, Washington D.C., 1997, il cui testo è reperibile sul sito internet [www.caro.org](http://www.caro.org). Sul punto, cf. anche T. PADOA-SCHIOPPA, *Regulating*, cit., p. 14 s.

<sup>204</sup> Anche la Direttiva 2000/46/CE, all'art. 9, prevede una «guideline» relativa a «sottrazione» degli istituti operanti prima del 27 ottobre 2000, giorno di entrata in vigore della Direttiva ex art. 12, purché soddisfacenti i requisiti dettati dalla stessa ed accettati dalle autorità nazionali. Per un esame della diffusione attuale degli istituti di moneta elettronica nel quadro europeo, cf. C. POZZO, *Le problematiche connesse allo sviluppo della moneta elettronica: alcuni aspetti di natura economica*, in A. SPINNA-G. GAGLIARDINO (a cura di), *Gli istituti*, cit., p. 13 ss.; T. PADOA-SCHIOPPA, *Regulating*, cit., p. 17.

<sup>205</sup> Cf. il *considerando* n. 6. L'esigenza di recepire le innovazioni tecnologiche nel frattempo prodottesi ha indotto la Commissione Europea a formulare una proposta di nuova Direttiva in tema di istituti di moneta elettronica, il cui testo è contenuto in COM/2008/627 del 9 ottobre 2008.

<sup>206</sup> L'art. 1, par. 3, esclude dal proprio ambito applicativo le banche centrali, le agenzie postali e le istituzioni finanziarie locali residue nell'elaborazione contenuta nell'art. 2 del *banking code*.

<sup>207</sup> In altri termini, «... la moneta elettronica può essere considerata un strumento elettronico di moneta metallica e bancario, memorizzato su un dispositivo elettronico, come una carta a microprocessore o una memoria di elaboratore e generalmente destinato all'effettuare pagamenti di importo limitato»; così il *considerando* n. 3 della Direttiva. Appare evidente l'intenzione del legislatore di intendere la moneta elettronica principalmente quale strumento per agevolare il mercato del consumo. Sul punto, cf. M. PRASSINI, *Il diritto*, cit., p. 175. Sullo scostamento di ogni più preciso riferimento tecnico all'interno della definizione, quale consapevole scelta legislativa tesa a

conda caratteristica della definizione, di per sé idoneo ad essere inquadrato quale raccolta del risparmio ai sensi del *banking code* e quindi tale da legittimare una teorica disciplina unitaria, trova tuttavia una opposta lettura nel par. 3 dell'art. 2 della Direttiva 2000/46/CE, in cui si esclude che l'emissione di moneta elettronica possa ledere l'area della riserva legale dettata per l'esercizio dell'attività creditizia, a condizione che la digitalizzazione dei fondi segua immediatamente alla ricezione del conferimento.<sup>199</sup>

Fermo restando il divieto all'esercizio del credito quale previsto dal par. 5 dell'art. 1, la disciplina degli istituti emittenti moneta elettronica sembra parallela legata all'attività di raccolta del risparmio da un secondo elemento parallelo. Il dato emerge dal titolo dell'art. 3 della Direttiva 2000/46/CE dedicato alla disciplina della «*rimborsabilità*» dei fondi raccolti<sup>200</sup>, che rimanda ad una delle caratteristiche necessarie per la realizzazione della intermediazione del credito attuata dalle banche. In realtà il richiamo appare fuorviante, dato che a differenza dei «*fondi rimborsabili*» disciplinati dal *banking code* l'istituto di moneta elettronica non possiede la disponibilità delle somme «raccolte»<sup>201</sup> — pur dovendo destinare un importo equivalente a investimenti sicuri ai sensi dell'art. 5, di cui si dirà a breve — in quanto le stesse appaiono immediatamente spendibili dal titolare della moneta elettronica presso imprese diverse dall'emittente<sup>202</sup>. Fondi che, coerentemente con l'idea di istituire un metodo di pagamento alternativo a quello tradizionale, l'art. 3 prevede debbano essere

non voler costringere il testo giuridico a degradabili descrizioni tecniche, cfr. V. TROIANO, *Gli istituti*, cit., p. 12. Per una analisi della più articolata definizione di moneta elettronica, quale contenuta nella raccomandazione della Commissione Europea 97/489/CE del 30 luglio 1997 (di cui testo è pubblicato in G.U.C.E., n. L 208 del 2 agosto 1997), cfr. G. OLIVIERI, *La nozione di «moneta elettronica»*, in A. SPINA-G. GIANGLIANO (a cura di), *Gli istituti*, cit., p. 50 s.; F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Diritto*, cit., p. 11.

<sup>199</sup> Cfr. il *considerando* n. 7 alla Direttiva.

<sup>200</sup> Si noti che il legislatore comunitario giustifica la disciplina della rimborsabilità quale elemento su cui costruire la fiducia dei consumatori nell'uso della moneta elettronica: cfr. il *considerando* n. 9.

<sup>201</sup> Tale dato appare comprensibile qualora lo si inquadrì dal punto di vista del singolo rapporto istituto-cliente. È evidente infatti che la somma conferita, oltre che tradotta in strumenti di debito sicuri, dovrà essere immediatamente resa disponibile al fine di soddisfare i pagamenti richiesti dai prenditori della moneta elettronica. Ciò implica che oltre a dover investire un corrispondente valore in strumenti di debito sicuri ai sensi dell'art. 5, l'istituto si doti di un autonomo *stock* di liquidità tale da garantire l'immediato adempimento dei debiti legati all'emissione della moneta. In questo aspetto risiede la differenza rispetto agli enti creditizi «tradizionali», che potranno garantire la rimborsabilità della moneta riservando una frazione del risparmio raccolto a tale funzione (in altri termini le banche, rispetto agli istituti, possono garantire la rimborsabilità dei fondi «a scapito» degli stessi risparmiatori). Sull'assenza del «... meccanismo moltiplicatore che caratterizza le passività bancarie...», cfr. C. MORTI, *Emissione di moneta elettronica ed attività bancaria*, in A. SPINA-G. GIANGLIANO (a cura di), *Gli istituti*, cit., p. 101.

<sup>202</sup> Il valore di *alter ego* della moneta reale proprio della valuta elettronica è sottinteso dal momento di perfezionamento del pagamento che si realizza nella semplice accettazione della somma digitale a soluzione della obbligazione pecuniaria. Sul punto, cfr. G. OLIVIERI, *La moneta*, cit., p. 60.

sempre ritraducibili in denaro reale al valore nominale a semplice richiesta del cliente, o quantomeno accreditabili sul conto corrente indicato dallo stesso, con l'unico addebito del costo delle operazioni; necessarie: una caratteristica che appare comunque condivisa con il contratto «riservato» del deposito bancario a vista<sup>203</sup>.

La piena e completa risarcibilità si rende necessaria per assicurare la stabilità del sistema monetario, evitando il pericolo della creazione di falsa valuta ancorché virtuale: tale esigenza sembra giustificare la scelta operata di riaffermare il «dogma» della immediata liquidabilità anche all'interno della prima versione del *banking code*, nell'inserzione dell'art. 33 *bis*, norma che, evocando l'applicabilità dell'art. 3 della Direttiva 2000/46/CE, sottolineava ulteriormente come il concetto di rimborsabilità debba essere inteso assumere un significato diverso per le operazioni di emissione di moneta elettronica attuate dagli enti creditizi<sup>204</sup> rispetto alla raccolta del risparmio ora descritta dall'art. 5 della Direttiva 2006/48/CE<sup>205</sup>.

Le considerazioni svolte trovano una definitiva conferma nella lettura del *considerando* n. 8, ove si individua la raccolta del risparmio quale definita dal testo unico nell'ipotesi in cui le somme versate non siano immediatamente trasferite sotto forma di moneta elettronica sul supporto tecnologico<sup>206</sup> — come, ad esempio, su una c.d. «carta prepagata» o a mezzo di un credito spendibile sui

<sup>203</sup> Cfr. S. CORTI, *Gli istituti*, cit., pp. 81-84. L'A. evidenzia come la raccolta effettuata dagli emittenti moneta elettronica sia del tutto eguale alla raccolta del risparmio effettuata dall'intermediario creditizio, soddisfacendo l'elemento della raccolta quale assunzione di fondi pienamente disponibili dagli stessi — anche se oggetto di investimento secondo le regole prudenziali stabilite dalla Direttiva — di cui viene garantita la piena rimborsabilità, allo stesso modo in cui la banca assicura la restituzione del deposito a vista. In questo senso cfr. la critica resa dal Comitato Economico e Sociale al punto 3.2.3 del parere CES 69/99 sul testo della futura Direttiva 2000/46/CE del 27 gennaio 1999 (il cui testo è contenuto in G.U.C.E., n. C 101 del 12 aprile 1999), *Comita C. MORTI, Emissione*, cit., p. 96. Così anche l'art. 3 della delibera C.I.C.R. n. 1058 del 19 luglio 2005, il cui testo è pubblicato in G.U. n. 188 del 13 agosto 2005, in cui si esclude la configurabilità della raccolta nell'attività di emissione di moneta elettronica.

<sup>204</sup> È evidente che l'istituto di credito non potrà differire la data di accredito della valuta del giorno dell'esecuzione contabile, lucrando sugli interessi.

<sup>205</sup> Il pericolo è quello di vedere introdotta una falsa ricchezza monetaria nel sistema economico. Un precedente può essere rinvenuto nella storia nordamericana, nell'emissione di certificati di credito contro oro e argento operata abusivamente dalla maggior parte delle banche private statunitensi che poterono emettere in forza del *Michigan Act* del 1837, oppure nel più noto scandalo della Banca Romana del 1892. In entrambi i casi l'emissione di banconote sfociò nel divenire attività esclusiva di un organismo pubblico bancario, ovvero rispettivamente le banche nazionali del *National Banking Act* del 1863, poi condite nella *Federal Reserve* nel 1907, e la Banca d'Italia istituita con legge 10 agosto 1893, n. 449. Per una analisi dei rischi della «free banking era» americana e della loro difficile riviviscenza nell'ormai sviluppato sistema economico, cfr. A. GREENSPAN, *Regulating*, cit. Sul punto, cfr. G. GIANGLIANO, *Sulla genesi della Direttiva 2000/46 e 2000/28*, in A. SPINA-G. GIANGLIANO (a cura di), *Gli istituti*, cit., p. 89 ss.

<sup>206</sup> Per un esame delle tipologie della moneta elettronica, cfr. F. DI FONZO, *La moneta elettronica: confronto tra la disciplina comunitaria e la disciplina italiana*, L.V.I.S.S. Guido Carli, Roma, 2001, p. 3 ss.; C. PORZIO, *Le problematiche*, cit., p. 4 ss.

siti *internet* dedicati al commercio elettronico<sup>207</sup> – venendo al contrario accantonate in un conto intestato a nome del cliente presso l'ente di emissione<sup>208</sup>. La previsione dettata al solo fine apparente di raggiungere una maggior chiarezza fra le due distinte attività perseguibili direttamente dagli enti creditizi «trading», ha tuttavia l'effetto di attrarre l'attenzione sulla possibilità di una lettura espansiva della stessa secondo la quale gli istituti di moneta elettronica potrebbero raccogliere finanziamenti destinati alla realizzazione della loro attività anche sotto altra forma<sup>209</sup>.

A prescindere dalla fissazione del principio del costo minimo per le operazioni descritte di traduzione della moneta elettronica in moneta reale, il par. 2 dell'art. 3 dispone che le condizioni dell'operazione di rimborso siano totalmente lasciate all'autonomia contrattuale, imponendo unicamente che le stesse abbiano i caratteri della chiarezza, con un palese vantaggio per i consumatori-contrattati deboli a favore dei quali la disciplina esplicitamente – anche se non esclusivamente – si rivolge<sup>210</sup>. Il metro richiamo alla nitidezza del testo contrattuale imposto dal legislatore non soddisfa del tutto l'esigenza di veder raggiunta una migliore determinazione del contenuto dell'accordo, lo stesso concetto di «*indicazioni chiare sulle condizioni del rimborso*» dovrà trovare una maggiore concretezza nella trasposizione della disciplina all'interno dei singoli ordinamenti nazionali o quantomeno nella lettura della giurisprudenza: è facile intuire che il criterio sarà oggetto di una interpretazione rigida, soprattutto a fronte della standardizzazione del testo contrattuale che verrà normalmente attuata dall'Istituto emittente e della prevalente destinazione a favore di un pubblico di consumatori. A ristabilire un giusto equilibrio fra le parti contrattuali

<sup>207</sup> La Direttiva sul commercio elettronico, ovvero la 2000/31/CE dell'8 giugno 2000, fa parte del pacchetto di Direttive assunte dal legislatore europeo per dare un maggior impulso alla «società dell'informazione». Per una analisi della trasposizione della normativa Europea nel nostro ordinamento, comunque non applicabile all'ambito bancario, finanziario ed assicurativo, l'esclusione adottata dal legislatore italiano in forza della discussa adozione dell'art. 2 del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, cfr. I. MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, Cedam, Padova, 2005, p. 15 s. Per una analisi delle principali esperienze imprenditoriali e delle possibili prospettive di sviluppo del settore, cfr. C. POZZO, *Le problematiche*, cit., p. 23 ss.

<sup>208</sup> Cfr. G. OLIVIERI, *La nozione*, cit., p. 54, l'A. esclude «... che tale disponibilità debba necessariamente trovare la sua fonte e la sua disciplina in un rapporto di deposito in conto corrente analogo a quello che governa i rapporti tra banca e cliente».

<sup>209</sup> L'interpretazione potrebbe non violare la riserva di attività imposta dalla lett. a) del par. 5 dell'art. 1, di cui si dirà a breve. Sul punto, cfr. V. TROIANO, *Gli istituti*, cit., p. 25.

<sup>210</sup> L'importanza della moneta elettronica nel contesto della moneta unica quale sistema di pagamento transfrontaliero è evidenziata dal Piano d'Azione in Materia e Politica dei Consumatori 1999-2001, redatto dalla Commissione Europea e contenuto in COM/98/0596, p. 14, non pubblicato in G.U.C.E. Sul punto, cfr. M. PERRASSI, *Il diritto*, cit., p. 175 s.; C. POZZO, *Le problematiche*, cit., p. 19. L'A. sottolinea, a margine del pericolo evidenziato di un uso della moneta elettronica a scopo di riciclaggio di proventi illeciti, come «... la smart card, essendo di solito cartolina per importi limitati è uno strumento utilizzabile solo da consumatori mentre l'e-cash si presta ad un impiego anche da parte di grandi operatori, esponendosi al rischio di un uso illegale da parte di soggetti criminali...».

il successivo par. 3 prevede comunque che l'autonomia possa inserire un limite minimo al rimborso, non superiore comunque alla contenuta cifra di dieci Euro, sollevando parzialmente gli istituti dall'onere di compiere operazioni antieconomiche.

L'esigenza avvertita dal legislatore di dare un corretto bilanciamento alla normativa si evidenzia soprattutto nella disciplina del rapporto fra gli istituti di moneta elettronica e gli enti creditizi «trading»: la necessaria duplicità della disciplina appare infatti mitigata dal generale richiamo al testo del (primo) *banking code* per tutti quegli elementi normativi non specificatamente disciplinati dalla Direttiva 2000/46/CE. Il accordo così operato dall'art. 2 si basa sull'indirizzo di assicurare una base normativa la più uniforme possibile, al fine di garantire la concorrenza fra enti ed istituti a vantaggio dell'intero mercato. La soluzione adottata si concretizza in una minore incisività delle norme dettate in tema di vigilanza prudenziale degli istituti rispetto al *banking code*, a cui fa da contrappeso una più stringente disciplina degli assetti finanziari, vincolati al mantenimento della massima solvibilità dell'istituto<sup>211</sup>. In questo modo anche gli emittenti moneta elettronica operanti all'interno dell'Unione Europea beneficiano della fissazione di requisiti minimi, che vengono a comporre una «*armonizzazione essenziale necessaria e sufficiente*...»<sup>212</sup> in base alla quale possono trovare giusta attuazione i principi dell'unica autorizzazione<sup>213</sup>, del mutuo riconoscimento della stessa e del conseguente controllo univoco esercitato dalla autorità nazionale competente, oltre all'attuazione delle libertà di esercizio e stabilimento all'interno del mercato comune.

Come accennato la fase della verifica prudenziale degli emittenti moneta elettronica, seppure articolata similmente a quella prevista dal *banking code*, rispetto a quest'ultimo viene ad avere un contenuto più specifico<sup>214</sup>: la scelta legislativa trova una prima giustificazione a fronte del circoscritto ambito delle attività accessorie al rilascio della valuta virtuale liberamente perseguibili dagli istituti, come ammesse dalla prima parte dell'art. 1 della Direttiva<sup>215</sup>, alle qua-

<sup>211</sup> Cfr. il *considerando* n. 12. Sul punto, cfr. V. TROIANO, *Gli istituti*, cit., pp. 15 e 18.

<sup>212</sup> Cfr. il *considerando* n. 4.

<sup>213</sup> Autorizzazione non sottoposta all'onere di comunicazione alla Commissione, stante l'applicabilità dell'art. 11 della prima versione del *banking code* – ora contenuta nell'art. 14 della Direttiva 2006/48/CE – come sancita dal par. 2 dell'art. 2.

<sup>214</sup> Cfr. il *considerando* n. 11.

<sup>215</sup> Tali sono la «... prestazione di servizi finanziari e non finanziari strettamente correlati, come la gestione di moneta elettronica attraverso lo svolgimento di funzioni operative o altre funzioni accessorie connesse con l'emissione di moneta elettronica, nonché l'emissione e la gestione di altri mezzi di pagamento, esclusa la concessione di qualsiasi forma di credito...» e la «... memorizzazione di dati su un dispositivo elettronico per conto di altre imprese o enti pubblici». Sottolinea correttamente V. TROIANO, *Gli istituti*, cit., p. 21, come «Completivamente si trova l'immagine di un soggetto specializzato sull'intero spettro di iniziative collegabili all'emissione e gestione di strumenti di pagamento alternativi rispetto alla moneta legale [...] Sotto altro profilo, la limitazione all'esercizio del credito pone gli "istituti" in posizione di sostanziale inferiorità non solo rispetto alle banche, ma anche degli altri intermediari finanziari attivi nel campo dell'offerta di mezzi di pa-

Il non si estende il principio del mutuo riconoscimento<sup>216</sup>, la seconda motivazione si coglie nel divieto di detenere partecipazioni in imprese che abbiano ad oggetto attività non connesse allo specifico oggetto della loro impresa. Il dato trova conferma nell'analisi delle norme esplicitamente escluse dall'art. 2 della Diretiva, in quanto sostituite da uno specifico regime approntato dalla stessa.

Un ulteriore elemento di discontinuità si osserva nella sostituzione dell'impianto dell'art. 9 del *banking code* con la disciplina prevista dall'art. 4, questa prevede infatti un capitale minimo più contenuto rispetto agli enti creditizi «tradizionali», pari ad almeno un milione di Euro calcolati ai sensi della Direttiva 86/637/CEE richiamata dall'art. 34 della precedente versione del c.d. testo unico, il cui contenuto è ora riprodotto negli artt. 56 ss. del *banking code*. Per espressa previsione dell'ultima parte del par. 1 dell'art. 4 l'equivalente importo dei fondi propri – comprendenti quindi non il solo capitale – dovrebbe essere considerato inamovibile: nel silenzio del legislatore sul punto, l'espressione deve forse essere letta nel senso della necessità di una immediata interruzione se essere letta nel senso della necessità di una mantenuta tale soglia, a cui farà seguito una procedura necessariamente liquidatoria, compatibile con i dettami imposti in materia dalla Direttiva 2001/24/CE, alla cui successiva trattazione si rimanda.

Al contrario, si potrà innescare il processo di risanamento dell'istituto nell'ipotesi che i fondi propri degli istituti, pur non inaccando il capitale minimo, non pareggino le passività legate all'emissione della moneta elettronica, calcolata al momento attuale o, se superiore, in confronto alla media dei volumi emessi nei sei mesi precedenti. Il parametro di calcolo, indicato dal par. 3 dell'art. 4, risulta obbligatorio per il primo semestre di esercizio dell'ente, mentre per i periodi successivi il tasso verrà stabilito dalla stessa impresa emittente, sulla previsione delle passività resa dal piano industriale adottato, salva l'approvazione e gli eventuali adeguamenti richiesti dalla competente autorità nazionale.

Alla previsione del vincolo sui fondi raccolti si lega la rigida limitazione degli investimenti prevista dall'art. 5, che investe una porzione degli stessi per un valore almeno pari alle passività connesse al rilascio della moneta elettronica, svicolando pertanto tale obbligo dalla fissazione di un coefficiente percentuale di solvibilità a favore di un rapporto fra attivo e passivo fissato almeno nella parità. Al fine di garantire la massima solvibilità è previsto inoltre che gli istituti debbano necessariamente indirizzarsi verso l'acquisto di debito emesso da enti pubblici, sufficientemente liquido, non esposto a ponderazione e di pronto realizzo<sup>217</sup>.

<sup>216</sup> Sulla trasparenza del principio all'interno dell'art. 114 *dir. t.u.b.*, cfr. *Id.*, *governo non riservato*, Sulla trasparenza del principio all'interno dell'art. 114 *dir. t.u.b.*, cfr. *Id.*, *Primi appunti*, cit., p. 69 s.

<sup>217</sup> *Id.*, *La crisi crea, quindi, un regime di doppia vigilanza: home country control per l'emissione e host country control per la gestione*; così F. DI FONZO, *La moneta*, cit., p. 14.

<sup>218</sup> Per esplicita previsione del par. 5 le voci debbono essere calcolate al valore minore del costo di acquisto del valore di mercato.

(ex par. 1, che richiama a sua volta i punti da 1 a 4 del par. 1, lett. a) dell'art. 43 del *banking code*, voci che sembra debbano ritenersi ancora valide in mancanza di un miglior coordinamento con la Direttiva 2006/48/CE). Tale primaria necessità giustifica anche la scelta di limitare a venti volte il valore dei fondi propri l'investimento in depositi a vista detenuti presso enti creditizi appartenenti a Paesi OCSE o che quantomeno abbiano siglato con il Fondo Monetario Internazionale gli Accordi Generali di Prestito<sup>218</sup>, oltre che in strumenti non illiquidi emessi da imprese non pubbliche e non partecipate dagli istituti, identificabili quali «voce dell'allegato I della Direttiva 2006/49/CE (ex art. 5, par. 1 e 2). In questo quadro si inserisce anche l'uso di strumenti finanziari derivati, ammessi al di fuori dei limiti descritti al solo fine della copertura dei rischi connessi al tasso di interesse o di cambio attraverso l'acquisto di titoli a brevissima scadenza<sup>219</sup>, scambi esclusivamente su mercati regolamentati, ovvero non basati sul metodo di contrattazione «over the counter».

I rigidi vincoli finanziari derivati si intersecano con una ampia previsione a favore dell'intervento regolatore e modificativo delle autorità nazionali competenti. Gli Stati membri, oltre a poter inserire ulteriori limiti che si rendessero necessari per limitare i rischi di mercato connessi agli strumenti finanziari ammessi (ex par. 4), sono tenuti (anche a seguito della trasmissione dei dati contabili raccolti nella doppia verifica contabile effettuata dagli istituti ex art. 6 o della comunicazione degli stessi a semplice richiesta dell'autorità nazionale), ad assumere le misure opportune per ovviare allo squilibrio prodotto fra il corrispettivo emesso in moneta elettronica e l'attivo dato dalla somma degli strumenti detenuti, potendo accordare solo temporaneamente l'adozione di forme di investimento generalmente non consentite – presumibilmente caratterizzate da un maggior rendimento – fino ad una massima parte del 5% delle passività o dei fondi propri, nell'ipotesi in cui l'importo di questi ultimi risultasse inferiore.

Oltre alle variabili economiche, il legislatore comunitario ha preso in considerazione anche altri pericoli che possono investire l'emissione della moneta dematerializzata. Tale dato appare testimoniato dal tenore dell'art. 7, norma dedicata alla sana e prudente gestione che gli istituti debbono porre in essere: il principio amministrativo abbraccia sia le incognite finanziarie, sia gli altri rischi industriali, con particolare riferimento alle problematiche tecniche e procedurali, anche derivanti dal subappalto delle funzioni operative o accessorie connesse all'emissione dello strumento di pagamento elettronico<sup>220</sup>. L'ampia

<sup>218</sup> In base al richiamo effettuato agli enti creditizi della zona A, la cui definizione è contenuta nel punto 14 della Direttiva 2006/12/CE, da ritenersi con ogni probabilità ancora applicabile in materia di valutazione patrimoniale degli istituti emittenti moneta elettronica pur non essendo ripresa dall'attuale versione del *banking code*.

<sup>219</sup> La stessa è fissata «*day by day*» o pari, al massimo, ad un periodo bi-settimanale per i soli tassi di cambio.

<sup>220</sup> Sui pericoli derivanti dall'«*outsourcing*» cfr. le riflessioni del legislatore comunitario tra sposte nel *considerando* n. 13.

portata della norma si lega alla politica legislativa di evitare ogni tentativo di regolamentazione degli aspetti tecnici o procedurali, addossando alla libertà imprenditoriale il compito di approntare tutte le procedure ritenute necessarie alla salvaguardia non solo dei fondi raccolti, ma anche degli aspetti informativi e contabili connessi alla gestione della moneta elettronica. L'indirizzo assunto giustifica l'assenza di una ripartizione del rischio e delle responsabilità derivanti dalla circolazione della moneta, al contrario di quanto previsto dalla precedente raccomandazione della Commissione Europea 97/489/CE, la quale faceva ricadere unicamente sul titolare i pericoli connessi all'emissione della valuta virtuale <sup>21</sup>.

L'autonomia nel recepimento della Direttiva è ulteriormente esaltata dal legislatore comunitario, che a conclusione del quadro normativo abbozza una regolamentazione del tutto alternativa che i singoli Stati possono adottare ritagliando, in tutto o in parte, il quadro unitario dato dall'intersezione delle disposizioni della Direttiva 2000/46/CE con il *banking code*. La previsione, contenuta nel par. 1 dell'art. 8, si rivolge ad istituti di moneta elettronica di moderate dimensioni, operanti normalmente entro la soglia di emissione di cinque milioni di Euro, con un margine di tolleranza assoluto di un ulteriore milione di Euro, oppure ad emittenti che gestiscano la moneta elettronica come sistema di pagamento utilizzabile esclusivamente all'interno del gruppo di imprese a cui l'istituto appartiene o in alternativa fra aziende ancorate ad un determinato territorio, legate all'emittente in base ad uno stretto rapporto commerciale (quali, ad esempio, potrebbero essere un consorzio od un gruppo cooperativo paritetico).

L'implicito riferimento di tale disposizione al mercato locale dei consumatori è reso evidente dalla limitazione posta dall'ultimo comma del par. 1 dell'articolo, che impone un limite di caricamento del portafoglio elettronico entro l'esiguo valore di 150 Euro, nonché dall'esclusione che tali istituti possano godere del mutuo riconoscimento presso gli altri Stati membri come previsto dall'art. 18 del precedente *banking code* (attuale art. 23 della Direttiva 2006/48/CE). A chiusura della deroga e come tentativo di salvaguardia dell'integrità del sistema finanziario nazionale ed indirettamente comunitario, è previsto che gli emittenti speciali debbano riferire all'autorità locale competente circa l'attività svolta indicando, fra l'altro, l'importo delle passività assunte. È quantomeno auspicabile che data la stringatezza della previsione i singoli Stati nazionali dettino una disciplina supplente, cosciente della delicata funzione monetaria che gli istituti «speciali» verrebbero comunque a svolgere. Appare infatti evidente che, sebbene la limitazione quantitativa dell'attività ed il confinamento locale possano essere tranquillamente considerati sufficienti a salvaguardare la stabilità finanziaria della singola economia nazionale dai possibili effetti negativi provocati da un'unica emissione di moneta elettronica non supportata da fondi reali, non sembra comunque esclu-

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. G. OLIVERI, *La moneta*, cit., p. 58.

ditibile l'ipotesi che qualora si avvertissero molteplici e contemporanee malversazioni, le conseguenze di queste ultime, riversandosi sui creditori degli istituti, potrebbero espandere la loro portata potendo vedere coinvolto, seppur parzialmente, anche il mercato comune <sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Cfr. il punto 3.7 del parere reso dal Comitato Economico e Sociale Europeo sul testo della futura Direttiva 2000/46/CE del 27 gennaio 1999, n. CES 69/99, ove si sottolinea decisamente il pericolo di abusi derivante da una assenza di disciplina. Sul punto, cfr. F. DI FONZO, *La moneta*, cit., p. 23.