
Nuove norme per l'accesso all'attività degli enti creditizi, per la vigilanza prudenziale degli stessi enti e delle imprese di investimento

di [Vincenzo Mirra](#)

Pubblicato il 27 Giugno 2015

un riassunto di tutte le novità relative alla vigilanza sugli enti creditizi (cioè le banche), con particolare attenzione a tutte le norme innovate in tema di vigilanza cosiddetta 'prudenziale'

1. Premessa.

La crescente integrazione del mercato unico europeo dei servizi finanziari e delle attività dei gruppi bancari transfrontalieri ha evidenziato, soprattutto con la crisi finanziari del 2009, un sistema di vigilanza europea carente in quanto fortemente frammentato a livello nazionale e non adeguato alle criticità emerse proprio a seguito della menzionata crisi.

Le necessarie risposte di riforma non si sono fatte attendere. Infatti è stata approvata una:

- nuova architettura di vigilanza europea, con la creazione del Comitato per i Rischi Sistemici (ESRB), con l'obiettivo di fornire regole uniche per gli operatori di mercato e così dirimere in modo vincolante eventuali dispute tra autorità nazionali sulla vigilanza dei gruppi transfrontalieri;
- regolamentazione comunitaria relativa al settore bancario, con la direttiva 2013/36/UE ed il Regolamento UE 575/2013, relativi alla vigilanza prudenziale.

La normativa in questione rappresenta un tassello fondamentale in questo processo di riforma in quanto, da un lato, ha garantito la piena operatività del meccanismo Unico di Vigilanza già dal novembre dello scorso anno, dall'altro, ha consentito alla Banca Centrale Europea, superando le preesistenti normative nazionali, di applicare gli stessi strumenti di vigilanza a tutti gli istituti bancari dell'area euro sottoposte al suo controllo.

Ancora, la predetta normativa, considerata la legislazione di base sull'armonizzazione delle norme di vigilanza nel settore bancario, realizza il c.d. *Single Rulebook*, un codice unico tendente a fornire un insieme di norme prudenziali armonizzate che tutte le istituzioni dell'UE devono rispettare¹, in modo da rafforzare i requisiti patrimoniali e la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle imprese di investimento della stessa Unione.

Il Regolamento UE 575/2013 era applicabile già a partire dal 1° gennaio 2014, mentre la direttiva 2013/36/UE doveva essere recepita entro il 31 dicembre 2013, ma detto termine non è stato rispettato con la conseguente apertura nei confronti del nostro paese di una procedura d'infrazione.

Va detto però che una parte della citata direttiva, che non comporta modifiche al Testo Unico Bancario (TUB), di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, è stata recepita direttamente dalla Banca d'Italia, con la circolare 17 dicembre 2013, n. 285, dando così attuazione alle disposizioni in tema di:

- processo prudenziale;
- misure prudenziali (considerando anche la disciplina sulle riserve di capitale aggiuntive);
- governo societario, controllo interno e gestione dei rischi;
- accesso al mercato e struttura (con la normativa sull'autorizzazione all'attività degli istituti e dei gruppi bancari, e sull'operatività transfrontaliera attraverso le succursali e in libera prestazione dei servizi);
- informativa al pubblico Stato per Stato;
- politiche e prassi di remunerazione e incentivazione.

Con il decreto legislativo 12 maggio 2015, n. 72 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 12 giugno 2015, n. 134), elaborato in stretto raccordo con Banca d'Italia e Consob, si è provveduto a recepire la restante parte della menzionata direttiva, che ha apportato modifiche alle disposizioni del TUB.

Analizziamo, di seguito, le principali novità di detto decreto.

2. Le novità relative agli esponenti aziendali, ai partecipanti al capitale e all'Autorità di vigilanza.

Nell'ambito della riforma della materia, prevista dal decreto in questione, è stato attribuito al Ministro dell'Economia e delle Finanze il compito di emanare un apposito decreto in cui vengano integrati i requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali con quelli di competenza e correttezza.

Ciò consentirà all'intermediario una valutazione più completa dell'idoneità.

Il momento di prima valutazione è stato fissato al primo rinnovo degli organi successivo all'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione dell'Autorità di vigilanza.

Per le modifiche introdotte sono stati considerati gli articoli 23 "*Requisiti dei partecipanti al capitale*" e 91 "*Requisiti dei membri dell'organo di gestione*" della direttiva in argomento, nonché le linee guida emanate dall'Autorità bancaria europea ed i principi di vigilanza adottati dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria.

Sono inoltre stati previsti dei limiti al cumulo degli incarichi in quanto, nel pieno rispetto del principio sancito dall'articolo 91, par. 3, della direttiva 2013/36/UE, gli esponenti aziendali debbono dedicare un

tempo adeguato all'espletamento dell'incarico.

L'art. 53-bis (67-ter per i gruppi bancari) del decreto raccoglie tutti i poteri di intervento dell'Autorità di vigilanza, ai quali si aggiunge quello di poter rimuovere uno o più esponenti aziendali quando la loro permanenza in carico possa creare nocimento alla sana e prudente gestione dell'istituto di credito e non sia possibile, per ragioni di opportunità ed urgenza, provvedere alla pronuncia di decadenza per perdita di requisiti.

L'art. 70-bis, inoltre, consente alla Banca d'Italia di utilizzare il c.d. *Removal*, ovvero disporre la rimozione dell'intero *board*, quale misura alternativa alla gestione dell'amministrazione straordinaria della banca, e di convocare successivamente l'assemblea per il rinnovo degli organi.

Analoghe disposizioni sono state previste nei novellati articoli 7 e 12 del TUF (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

Siffatta innovazione, da tempo raccomandata dal Fondo Monetario Internazionale, non è contemplata dalla direttiva 2013/36/UE, ma è stata introdotta dall'articolo 3, comma 1, lettera e), della legge 7 ottobre 2014, n. 154 (legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre).

Si evidenzia inoltre che l'Autorità di vigilanza, così come disposto dall'articolo 6, comma 3-bis, TUB e dall'articolo 2, comma 2-bis, TUF, può esercitare i poteri di intervento attribuiti anche per assicurare il rispetto del Regolamento UE 575/2013, delle relative disposizioni di attuazione della Commissione europea ovvero degli atti direttamente applicabili dell'Autorità bancaria europea (EBA) e dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA).

3. Le modifiche in tema di *whistleblowing* e di conflitto d'interesse.

La direttiva 2013/36/UE ha previsto, all'articolo 71, l'introduzione del *whistleblowing*, ovvero un meccanismo di segnalazione, sia all'interno degli intermediari sia verso l'autorità di vigilanza, di eventuali violazioni normative poste in essere da parte del personale degli istituti di credito.

Il meccanismo è stato poi recepito dal decreto in argomento che ha introdotto gli articoli 52-bis e 52-ter del TUB, nonché gli articoli 8-bis e 8-ter del TUF rinviando però la definizione degli aspetti applicativi all'emanazione di specifici regolamenti.

L'articolo 2391 del codice civile, così come novellato dalla riforma del diritto societario del 2004, aveva di fatto soppresso l'obbligo di astensione dell'amministratore in conflitto di interesse.

Quest'ultimo, secondo le disposizioni vigenti, ha invece l'obbligo di comunicare al consiglio di amministrazione l'interesse di cui è portatore in una determinata operazione.

La vigente disciplina prevista dall'articolo 136 TUB fa un richiamo alla normativa civilistica, mentre la regolamentazione bancaria, in materia di conflitto di interesse e attività di rischio verso soggetti collegati,

detta ulteriori rigorose norme.

Vista l'importanza della questione e le raccomandazioni del menzionato Fondo Monetario Internazionale, il quale considera l'obbligo di astensione un presidio necessario, la menzionata legge 154/2014 ha reintrodotto il citato obbligo.

Conseguentemente sono stati modificati anche gli articoli 53, comma 4, TUB e 6 TUF (obbligo di astensione di soci ed amministratori in conflitto di interesse) ed è stata prevista la connessa sanzione amministrativa per la relativa violazione².

4. La riforma delle sanzioni amministrative e le criticità del principio del *favor rei*.

Anche l'apparto del sistema sanzionatorio amministrativo è stato oggetto di riforma da parte della normativa comunitaria, con il puntuale coinvolgimento degli stati nazionali.

Infatti, l'articolo 65, comma 2, della citata direttiva prevede un sistema tendente a sanzionare *in primis* l'ente e, solo sulla base di specifici presupposti che saranno determinati dal diritto dei singoli stati, anche l'esponente aziendale.

Il nostro legislatore ha quindi ritenuto opportuno prevedere un sistema sanzionatorio, in materia finanziaria, coerente ed organico con lo scopo di evitare che gli stessi soggetti e le medesime violazioni siano assoggettati a procedure diverse in ragione dell'autorità (Banca d'Italia o Consob) competente ad irrogare la sanzione.

Ecco quindi che la citata legge delega 154/2014 ha disciplinato la revisione del sistema sanzionatorio amministrativo, secondo i criteri indicati dalla menzionata direttiva comunitaria, sia del TUB che del TUF.

È stato stabilito uno specifico criterio di delega relativo ai minimi e massimi edittali del predetto sistema applicabile alle violazioni della disciplina degli emittenti.

In tal modo vengono inoltre evitate possibili interferenze fra le competenze delle Autorità di vigilanza e le rispettive procedure.

Sempre la legge delega ha attribuito al legislatore di:

- valutare l'introduzione del principio del *favor rei* nell'ipotesi di modifica della vigente normativa al momento in cui è stata commessa la violazione (articolo 3, comma 1, lettera m, n. 1);
- prevedere efficaci strumenti per la deflazione del contenzioso, anche conferendo alle Autorità di vigilanza la facoltà di escludere l'applicazione della sanzione per condotte prive di effettiva offensività o pericolosità (articolo 3, comma 1, lettera m, n. 5).

Il principio del *favor rei* non è stato introdotto in quanto esso:

- è rimasto sempre escluso, fatta salva la materia tributaria, da tutti gli alti ambiti per i quali è prevista la sanzione amministrativa;

- non è stato previsto dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, da sempre considerata “la norma portante” delle sanzioni amministrative e che invece accoglie il principio di legalità, ma nella mera accezione del principio di irretroattività della legge.

La soluzione negativa adottata si spiega per l’evidente presenza di alcune criticità.

La prima: l’applicazione del principio solo ad alcune sanzioni previste dal TUB e dal TUF.

Appare evidente come non sia possibile limitare il principio stesso solo ad alcune fattispecie, né come la legge delega potesse estenderne il suo contenuto onde evitare uno “sconfinamento”.

A ciò si aggiunga che, detto principio comporta l’applicazione delle disposizioni più favorevoli, entrate in vigore successivamente al momento in cui è stata commessa la violazione, applicabili a tutti i procedimenti sanzionatori ancora pendenti.

Orbene, se il sistema introdotto dalla normativa comunitaria commina la sanzione all’ente e successivamente alla persona fisica, possiamo dire di trovarci di fronte ad un regime più favorevole per gli esponenti aziendali.

Con quali conseguenze?

L’azzeramento di tutti i procedimenti ancora *sub iudice* e l’esclusione della responsabilità diretta dell’ente per le violazioni commesse prima dell’entrata in vigore della nuova disciplina.

Come ha sottolineato la Banca d’Italia, ci troveremmo nella paradossale situazione di non poter perseguire un soggetto nonostante l’esplicita richiesta da parte della Banca Centrale Europea.

Anche la proposta della Consob di un’applicazione “transitoria” del principio in argomento, applicarsi solo alle violazioni commesse dopo l’entrata in vigore del decreto legislativo in questione, non è stata accolta in quanto ritenuta in contrasto con l’introduzione stessa del principio e non conforme alla delega, che fa riferimento alla modifica della disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione.

Relativamente agli strumenti per la deflazione del contenzioso, è stata prevista l’oblazione la cui applicazione è però limitata alla violazione di condotte relative alla disciplina degli emittenti.

Prevedendo infatti sia la legge delega che la direttiva comunitaria un amplissimo intervallo tra minimi e massimi edittali, l’istituto introdotto, fondato su minimi edittali, appariva poco appropriato in quanto prevede l’applicazione di una sanzione di minima afflittività.

In attuazione della direttiva comunitaria sono state inoltre previste ulteriori innovazioni:

- l’elevazione dei massimali delle sanzioni pecuniarie;
- nuovi criteri per la quantificazione delle sanzioni e per la loro pubblicazione;
- misure di carattere non pecuniario, quali la c.d.:
 - *temporary ban*, applicabile quale misura accessoria a quella pecuniaria nei confronti delle persone fisiche per violazioni di particolare gravità, e consistente nell’interdizione temporanea dall’esercizio di funzioni presso intermediari;

- *cease and desist order*, alternativa alla sanzione pecuniaria per violazione di scarsa offensività o pericolosità, consistente nell'ordine di porre termine alle violazioni.

Al fine di assicurare celerità ed efficienza del procedimento sanzionatorio ed allo scopo di rendere omogenee le relative procedure previste dal Testo unico bancario e dal Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, è stata rivista la disciplina di opposizione al provvedimento di applicazione della sanzione, di cui agli articoli 145 TUB, 187-*septies* e 195 TUF, con la costituzione di un rito da *hoc*.

Concludiamo riportando uno stralcio dell'Atto del governo sottoposto a parere parlamentare n. 147 datato 11 febbraio 2015: *“è necessario prendere atto che l'attività normativa dell'Unione europea nel settore bancario e finanziario è costituita in larga parte da normative direttamente applicabili. Tali normative, in ragione dei limiti di competenza dell'Unione europea non prevedono il relativo regime sanzionatorio che è sempre rimesso al livello nazionale. È necessario quindi costruire un meccanismo che abiliti in via generale le Autorità a sanzionare le violazioni di tali norme. D'altro canto non si può non osservare come il principio della riserva di legge non consenta l'adozione di una norma di latitudine potenzialmente illimitata. In particolare per quanto riguarda i poteri sanzionatori, non sembra ammissibile l'adozione di una norma sostanzialmente in bianco, in cui l'identificazione delle condotte sanzionate avviene in modo generico. Il principio è stato quindi accolto (cfr. articolo 144-*quinquies*, t.u.b., e 194-*ter*, t.u.f.), ma con un ambito circoscritto, riconoscendo i poteri sanzionatori solo con riferimento alle disposizioni CRR (Regolamento UE, n.d.r.) e alle relative norme di livello 2 emanate dalla Commissione europea, nonché, dato il limitato novero, ai provvedimenti direttamente applicabili di EBA e ESMA”* (cfr. in particolare la Relazione illustrativa, pagg. 5 e 6).

Ad adiuvandum, si segnala che la legge di delegazione europea 2014 che consentirà il recepimento delle altre direttive in materia di enti creditizi è, al momento, al vaglio parlamentare (AS 1758 – AC 3123).

27 giugno 2015

Fabrizio Stella e Vincenzo Mirra

1“The Single Rulebook aims to provide a single set of harmonised prudential rules which institutions throughout the EU must respect”, si veda <http://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook>.

2 Restano tutt'ora applicabili anche le sanzioni previste dall'articolo 2629 *bis* del codice civile per l'inosservanza degli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 2391, comma 1, dello stesso codice.