

MORRI ROSSETTI

17 maggio 2017

*Le principali novità legislative nell' ambito
del diritto finanziario bancario e i loro probabili impatti
in campo organizzativo e nei servizi legali*

Marco Zanchi
Of Counsel Morri Rossetti e Associati
Professore di Regolazione dei Mercati Finanziari
Alma Mater Studiorum Università di Bologna

AGENDA

- ✓ Banche ed altri intermediari finanziari : gli imperscrutabili confini
- ✓ La vigilanza bancaria
- ✓ I servizi di investimento
- ✓ I servizi corporate
- ✓ Contratti di conto corrente e mutui (cenni)
- ✓ Mifid 2 : product governance e product intervention (cenni)
- ✓ I servizi legali, la compliance ed il risk management : profili organizzativi ed evolutivi

«Banca» ed «Ente creditizio»

- ✓ La nozione legale di «banca» non è la stessa in tutti gli ordinamenti; dipende dalle scelte effettuate dalle regolazioni pubbliche dei singoli paesi
- ✓ Almeno a livello europeo, con il **regolamento UE 575/2013**, che si applica direttamente negli stati membri senza bisogno di essere recepito con norme nazionali (e quindi evita la proliferazione della nozione di «ente creditizio» a seconda delle singole legislazioni nazionali) , dovrebbero scomparire le differenze tra ordinamenti
- ✓ La nozione europea di «ente creditizio» è pertanto oggi in qualche modo regredita *ab origine* : secondo **l' art.4 del regolamento UE 575/2013** comprende solo imprese che ricevono depositi ed altri fondi rimborsabili dal pubblico ed erogano crediti.

La «Banca» nell'ordinamento italiano

- ✓ Le «banche» sono imprese **autorizzate all' esercizio dell' attività bancaria (art. 14 T.U.B.)** ed anche **iscritte all' albo (art. 13 T.U.B.)**
- ✓ T.U.B. = D.Lgs. 1/9/1993 n. 385
- ✓ Le banche **(art. 10 T.U.B.) possono esercitare** : a) **l' attività bancaria « raccolta del risparmio tra il pubblico per l' esercizio del credito»** b) **ogni altra attività** (escluse le attività riservate alle assicurazioni ed il servizio di gestione collettiva del risparmio); c) **le attività strumentali e connesse**
- ✓ Le banche sono **le sole imprese che possono esercitare (art. 10 ed 11 T.U.B.): «la raccolta di fondi a vista ed ogni forma di raccolta collegata all' emissione ed alla gestione di mezzi di pagamento a spendibilità generalizzata»** oltre all' attività di erogazione del credito
- ✓ Le banche possono *limitarsi ad esercitare anche solo altre attività finanziarie*, quali ad esempio i servizi di investimento

Attività delle Banche I

- ✓ **RACCOLTA DEL RISPARMIO** (artt. 10,11,12 T.U.B.) : depositi bancari (c.c. 1834 e T.U.B. 1); «pronti contro termine»; obbligazioni (T.U.B. 12); titoli di deposito (T.U.B. 12); prestiti subordinati, irredimibili ovvero rimborsabili previa autorizzazione Bankit (T.Uu.B.12) a nozione legale di «banca» non è la stessa in tutti gli ordinamenti; dipende dalle scelte effettuate dalle regolazioni pubbliche dei singoli paesi
- ✓ **ESERCIZIO DEL CREDITO** (art. 10 T.U.B.) : apertura di credito (cc. 1842); mutuo (cc. 1813); sconto (cc. 1858); anticipazione bancaria (cc. 1846); prestiti vari (T.U.B. 1 : crediti al consumo, crediti con garanzia ipotecaria, factoring, cessioni di credito pro-soluto e pro-solvendo, credito commerciale, forfaiting); leasing (T.U.B 1) ; rilascio di garanzie ed impegni di firma (T.U.B 1)

Attività delle Banche II

- ✓ **ALTRE ATTIVITA' FINANZIARIE** (art. 10 T.U.B.) : servizi di pagamento ed emissione e gestione di mezzi di pagamento (T.U.B. 1); servizi di investimento (T.U.B. 11); consulenza alle imprese (T.U.B. 9); servizi di intermediazione finanziaria tipo *money broking* (T.U.B. 10).
- ✓ **ATTIVITA' STRUMENTALI E CONNESSE** (art. 10 T.U.B.) : **STRUMENTALI** a) proprietà e amministrazione di immobili; b) gestione di servizi anche informatici c) altre attività non finanziarie con carattere ausiliario **CONNESSE** : a) custodia e amministrazione di valori mobiliari (12 T.U.B.) b) servizi di informazione commerciale (13 T.U.B.) c) locazione di cassette di sicurezza (14 T.U.B.) d) altre attività non finanziarie che consentano alle banche di promuovere e sviluppare l'attività principale , purchè componente marginale ed accessoria.

Linea di confine : intermediari finanziari non bancari

- ❑ Tracciare una netta demarcazione tra banche ed altri intermediari finanziari non è facile . L' unica operazione esclusiva delle banche è la «raccolta a vista»
- ❑ Il ruolo dell' **INNOVAZIONE FINANZIARIA** porta ad ulteriori contaminazioni : **SHADOW BANKING SYSTEM**
- ❑ Un ruolo determinante è giocato dai veicoli delle cartolarizzazioni, dagli **strutctured investment vehicles**, dai **money markets funds**, dagli **hedge funds** tutti soggetti che possono concedere prestiti operando in alcuni casi a leva finanziaria elevata
- ❑ In Italia la legislazione è molto rigida e non consente di fatto di ricorrere allo **shadow banking system**; tuttavia la legislazione formale fatica a contenere il fenomeno sostanziale

Principali aree di innovazione giuridica tra gli intermediari finanziari non bancari (esclusi assicurativi)

- ✓ VEICOLI DELLA CARTOLARIZZAZIONI
- ✓ «STRUCTURED INVESTMENT VEHICLES»
- ✓ FONDI COMUNI, MONETARI E NON
- ✓ «HEDGE FUNDS»

- ✓ IMEL E ISTITUTI DI PAGAMENTO
- ✓ SOCIETA' FINANZIARIE E OPERATORI DEL MICROCREDITO
- ✓ SIM
- ✓ POSTE, CCDDPP

- ✓ SOCIETA' FIDUCIARIE (*sui generis*)

Special Purpose Vehicles Disciplinati in Italia dalla legge 30 aprile 1999 n. 130 poi modificata dalla 11 agosto 2014 n. 116

- ✓ Gli strumenti finanziari : *senior, mezzanine e junior rappresentano una posizione creditizia analoga a quella di un titolare di obbligazione societaria*, pertanto senza obbligo di restituzione, pertanto *bankruptcy free : crediti senza debiti al passivo (utili di fatto far sparire i rischi di credito dai bilanci delle banche. Nella costruzione giuridica italiana non hanno le caratteristiche tipiche di una banca.*

SIV

«Structured investment vehicles» SIV

- ✓ *All' attivo hanno crediti (titoli derivanti da cartolarizzazioni) al passivo debiti (strumenti finanziari a scadenza medio-lunga, commercial papers a breve) : svolgono una funzione bancaria (trasformazione delle scadenze, ma non raccolta a vista). Sostanzialmente vietati in Italia*
- ✓ *Co-intestabilità libera del mandato fiduciario (soggetti diversi possono partecipare ad una iniziativa di investimento restando a libro soci evidente la sola fiduciaria);*
- ✓ *Gestione dei diritti di opzione da parte della fiduciaria;*
- ✓ *Gestione di pagamenti rateizzati o differiti con mandato congiunto e trasferimento di partecipazioni.*

1. FONDI COMUNI

Fondi comuni mobiliari

- ✓ Patrimoni autonomi , suddivisi in quote di pertinenza, gestiti «a monte» da SGR, senza diritto alla restituzione della quota se chiusi. Sono disciplinati dalla cd. Ucits IV (DIR. 2009/65/CE) quindi non posso vendere allo scoperto strumenti finanziari né concedere prestiti in forme diverse da operazioni a termine su strumenti finanziari.

Fondi comuni monetari

- ✓ Sono di fatto sostituti dei depositi , a basso rischio teorico (spesso attivo BOT) , e senza obbligo di restituzione

2. HEDGE FUNDS - IN ITALIA «FONDI COMUNI SPECULATIVI»

- ✓ **CANTIERE APERTO DI INNOVAZIONE GIURIDICA E FINANZIARIA. Riservati ad investitori professionali (TUF) e non (purchè investimento da 500.000 euro in su) operano in deroga alle norme di contenimento e frazionamento del rischio . La disciplina cd. Aifmd che recepisce la 2011/61/UE ha introdotto una disciplina unitaria dei fondi di investimento diversi da quelli disciplinati da Ucits IV.** getti diversi possono partecipare ad una iniziativa di investimento restando a libro soci evidente la sola fiduciaria);

IMEL e Istituti di pagamento

IMEL sono intermediari specializzati nell' emissione di moneta elettronica (dir. 2009/110/CE)

- ✓ Ricevono somme in moneta legale che sono obbligati a trasformare rapidamente in moneta elettronica (nella normativa europea un valore monetario rappresentato da un credito nei confronti dell' emittente memorizzato su un dispositivo elettronico, la cui emissione è riservata a banche ed a Istituti di moneta elettronica. Gli IMEL NON possono effettuare credito non strettamente connesso ai servizi di pagamento. In Italia, a differenza che nel resto d' Europa non sono mai stati considerate «banche» (**titolo V-bis del T.U.B.**).

«Merchant Banking» nel senso di assunzione di partecipazioni

- ✓ Attività oggi completamente liberalizzata

«Microcredito»

- ✓ (**T.U.B. 111**) . A questi soggetti, che possono essere o non essere intermediari, è fatto divieto di raccolta del risparmio.

Hanno per oggetto la prestazione dei servizi di investimento in via esclusiva oltre che servizi accessori e altre attività finanziarie, nonché attività connesse e strumentali (art. 18 T.U.F.)

- ✓ I servizi di investimento (negoziazione per conto proprio; esecuzione di ordini per conto di clienti; sottoscrizione e/o collocamento con esecuzione di ordini per conto di clienti; sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell' emittente; gestione di portafogli; ricezione e trasmissione di ordini ; consulenza in materia di investimenti; gestione di sistemi multilaterali di negoziazione).
- ✓ Le SIM sostanzialmente prestano SERVIZI ALLA CLIENTELA, senza assumere rischi in proprio, a meno che non negozino per proprio conto oppure collochino titoli con assunzione di garanzia.. Prevalentemente sono soggette al Codice Civile.
- ✓ Le SIM quotate possono altresì emettere obbligazioni senza limiti quantitativi, senza poter effettuare «raccolta a vista»

Trust, affidamento fiduciario e mandato fiduciario

TRUST

Strumento giuridico dell'Inghilterra medioevale.

Con la Convenzione dell' Aja del 1.7.1985 entra a far parte dell'Ordinamento Italiano, ma resta un negozio unilaterale atipico con causa variabile regolato da una legge diversa da quella italiana.

In linea generale è un istituto triangolare in cui un *settlor* trasferisce la proprietà ad un altro soggetto *trustee* che la amministra nell'interesse di terzi beneficiari *beneficiaries*. La protezione avviene attraverso la segregazione.

Il disponente perde il controllo dei beni.

AFFIDAMENTO FIDUCIARIO

Accordo con il quale il fiduciante trasferisce la proprietà alla società fiduciaria realizzando l'effetto reale ed un doppio effetto obbligatorio:

1. la fiduciaria deve disporre del bene per realizzare interessi del beneficiario;
2. La fiduciaria ha l'obbligo di restituire il bene al termine del rapporto fiduciario.

Trattasi dunque di un trasferimento di proprietà temporaneo e limitato sorretto dalla causa fiduciae.

Con la legge n. 112/2016 il legislatore ha voluto dare pieno riconoscimento nel nostro ordinamento alla figura (già elaborata dalla dottrina) del "contratto di affidamento fiduciario", trasformandolo così da contratto socialmente tipico in un vero e proprio contratto "nominato"

MANDATO FIDUCIARIO

Strumento giuridico italiano il cui impianto normativo originario risale al 1926 (legge 1966 del 23 novembre 1939 tuttora in vigore) .

E' un mandato senza rappresentanza (art. 1703 e 1705 c.c.), revocabile in qualunque momento, dove il fiduciante rimane proprietario e la società fiduciaria diviene il soggetto intestatario/detentore del bene ed è il soggetto legittimato, dietro istruzione del proprietario, all' esercizio dei diritti relativi al bene.

Detenere un patrimonio non significa poterne godere e disporre liberamente: la detenzione è un potere di mero fatto (art. 1140 c.c.), la proprietà è un diritto reale sulla res (art. 832 c.c.).

Intestazione fiduciaria: oltre la riservatezza

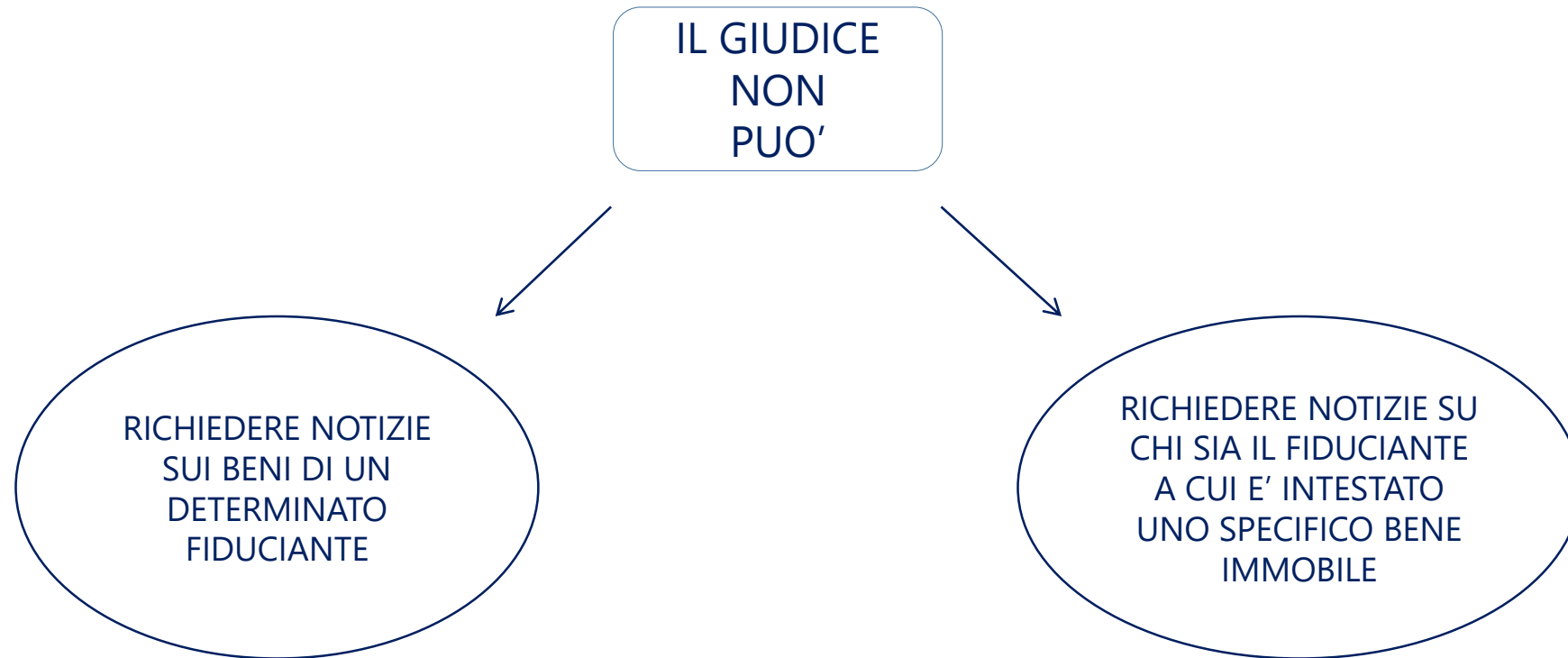
- ✓ E' il primo istituto giuridico utile di riferimento; va gestito con intelligenza e creatività ed integrato con altri strumenti tecnici.
- ✓ E' uno strumento tattico, atto a rendere poco riconoscibile ai terzi (che non siano l'Amministrazione Finanziaria o altri Enti) il proprio patrimonio; per questo motivo occorre pianificare *as is*, come se si potesse vedere tutto.
- ✓ E' peraltro uno strumento di protezione intra-familiare, commerciale e professionale formidabile ed evoluto.

Patrimonio e riservatezza

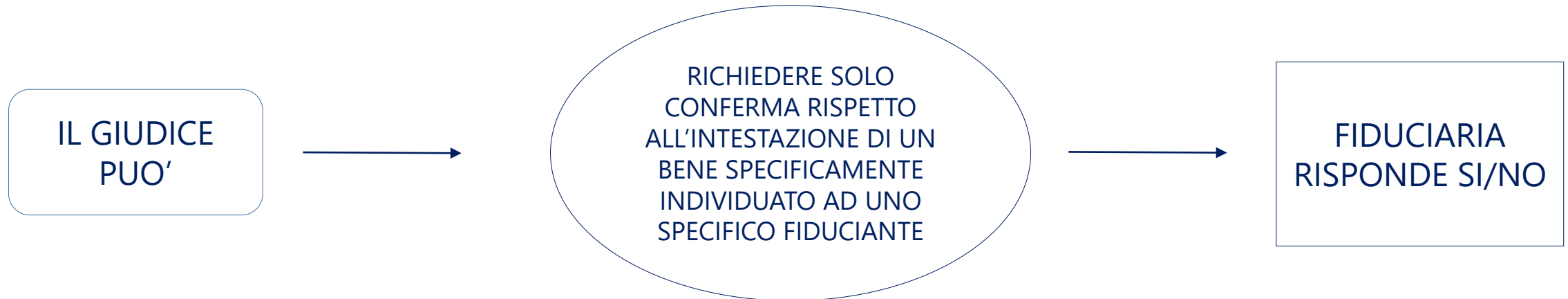
I poteri di indagine consentiti all'Amministrazione Finanziaria.

- ✓ Possono essere esercitati a condizione che l'oggetto sia precisamente (ed inequivocabilmente) individuato con specifica e precisa indicazione:
 1. del periodo interesse;
 2. del bene fiduciariamente intestato;
 3. inoltre, deve essere ben precisato il collegamento tra intestazione fiduciaria ed attività di indagine svolta nei confronti dei soggetti sottoposti o sottoponibili ad accertamento.

Esempio nell'ambito di un'indagine di diritto familiare



Esempio nell'ambito di un'indagine di diritto familiare



Patrimonio e riservatezza

Il mandato fiduciario è tecnicamente un mandato senza rappresentanza con implicito e tutelato obbligo di riservatezza.

- ✓ La dottrina ed anche la giurisprudenza concordano pienamente su tale principio ed obbligo di riservatezza e sulla opponibilità dello stesso nei confronti di chiunque ed in ogni circostanza.
- ✓ Vi sono delle situazioni individuate di deroga a tale principio di riservatezza, dettate da interessi generali e superiori individuati esplicitamente dalla legge (es. nominatività obbligatoria dei titoli azionari RD 29 marzo 1942 n. 239).
- ✓ In generale non sono possibili, nemmeno per l'Amministrazione Finanziaria, indagini a campione.

Vigilanza : strutturale e prudenziale

- ❑ La **VIGILANZA STRUTTURALE** interviene sulla struttura di mercato e sul grado di concentrazione (vincoli all'entrata o all'uscita di mercato o al tipo di attività da svolgere, esempio regole di specializzazione degli intermediari oppure licenze bancarie)
- ❑ La **VIGILANZA PRUDENZIALE** pone **limiti sui rischi** che gli intermediari possono assumere in relazione ad indicatori di bilanci o al credito erogabile in relazione ai bilanci delle imprese affidande
- ❑ Vi è una continua oscillazione tra la prevalenza ideologica dei due modelli che tendenzialmente convivono. Basilea 2004 puntava su requisiti patrimoniali, controllo prudenziale e disciplina di mercato

CAMBIAMENTI DEI CONTROLLI PUBBLICI IN EUROPA DOPO LA CRISI DEBITI SOVRANI 2009-2012

❑ **2009 COMITATO DE LAROSIERE**

Genera una riforma nel Parlamento Europeo del 2010 : 4 nuove autorità 1) CERS Comitato europeo per il rischio sistemico (finalità macroprudenziali) 2,3,4) 3 autorità settoriali (vigilanza micro-prudenziale)

➤ **MODELLO MISTO : armonizzazione delle regole e home country control : transizione verso UN MERCATO UNICO DEI SERVIZI BANCARI IN EUROPA**

❑ Nel **2012 ROAD MAP** verso la **BANKING UNION** , in direzione anche una integrazione economica e fiscale : 3 pilastri : a) meccanismo unico di vigilanza b) meccanismo unico di risoluzione per le banche in crisi b) armonizzazione e rafforzamento dei sistemi di garanzia per i depositi.

Riforma del «sistema bancario « in Italia : un intrico spinoso

- ✓ Parlamento, Governo e Bankitalia hanno dato vita in poco più di un anno ad una corposa riforma del sistema bancario , denominata complessivamente «**bail in**» **in contrapposizione al precedente sistema di «bail out»**
- ✓ Con il **D.I. n.3/2015 conv. in L. 33/2015** corposa riforma del sistema **Banche Popolari;**
- ✓ La Banca d' Italia ha emanato una Circolare (la **285**) con una summa di disposizioni in materia di Vigilanza per le banche
- ✓ Nello stesso giorno **D. Lgs. N. 72 12 maggio 2015** (attuazione della direttiva 2013/36/UE)
- ✓ Quindici giorni dopo prendono vigenza **27 giugno 2015 le modifiche al al D.Lgs. 1.9.1993 n.285 e 24.2.1998 n. 58**

Quasi Bail-in

- ✓ Prima dell' entrata in vigore il Governo approva un decreto legge **(183 del 22.11.2015) per tentare di sottrarre al rigore del bail –in alcune prevedibili categorie di danneggiati (obbligazionisti non subordinati e correntisti)**
- ✓ **Una sorta di super-blindatura (nella legge di stabilità 2016) , che sperimenta su 4 banche in grave crisi la procedura di risoluzione ;**
- ✓ **Nuovo decreto legge, il 59 convertito con modificazioni in 119 del 30.6.2016 a tutela degli obbligazionisti;**

BRDD : rececepimento della direttiva UE 2014/59

- ✓ Filosofia sarebbe quella di **non** impegnare **capitali pubblici**
- ✓ Pilastro **Bank Recovery and Resolution Directive** , risanamento e risoluzione degli enti **pubblici**
- ✓ **Sistema di recepimento italiano in forte affanno e ritardo, quindi agisce disordinatamente**
La Direttiva introduce un potere di Vigilanza dell' autorità bancaria europea

Suggerimenti bibliografici

- Per gli argomenti macro-strutturali

- 1) Pierluigi Ciocca, **La banca che ci manca. Le banche centrali, L' Europa, l' instabilità del capitalismo**, Roma, Donzelli, 2014
- 2) Marco Onado, **Alla ricerca della banca perduta**, Bologna, Il Mulino, 2017

- Per gli argomenti generali di diritto bancario

- 3) Concetta Brescia Morra, **Il diritto delle banche**, Bologna, Il Mulino, 2016

- Per gli argomenti di macro-regolazione finanziaria

- 4) Rainer Maser (a cura di), **Sfide e opportunità della regolamentazione bancaria : diversità, proporzionalità e stabilità**, Roma, Ecra, 2016
- 5) Bracchi, Filotto e Masciandaro, **The italian banks : which will be the «new normal».Industrial, Institutional and Behavioural Economics**, Roma, edibank, 2016

- Per gli argomenti tecnici innovativi

- 6) Marano-Siri (a cura di) , **Le assicurazioni abbinare ai finanziamenti**, Milano, Giuffrè, 2016
- 7) Filippo Annunziata, **Gli Organismi Collettivi del Risparmio (OICR). Fattispecie e forme**, Milano, Egea, 2017

MORRI ROSSETTI

Morri Rossetti e Associati

Piazza Eleonora Duse, 2

20122 Milano (IT)

T +39 02 76 07 971

F +39 02 77 33 17 66

Info@mralex.it

www.mralex.it