

Gli intermediari non bancari disciplinati dal Testo Unico Bancario: alcune considerazioni generali alla luce della disciplina “riformata”

SOMMARIO: 1. Linee comuni della disciplina degli intermediari disciplinati dal t.u.b. – 2. Gli intermediari del titolo V tra vecchio e nuovo regime normativo. – 3. Le ragioni e il contenuto della riforma del titolo V. - 4. ...e dei titoli *V-bis* e *V-ter*. – 5. La disciplina delle crisi degli intermediari del titolo V, *V-bis* e *V-ter*.

Linee comuni della disciplina degli intermediari disciplinati dal t.u.b.

Dopo il susseguirsi di recenti interventi legislativi il testo unico bancario si presenta arricchito nel suo contenuto e di complessa lettura. Uno dei segmenti che ha subito maggiori innovazioni è quello che contiene le norme relative agli intermediari finanziari. Le note che seguono offrono un quadro ricostruttivo delle più rilevanti novità, anche alla luce dell'evoluzione storica che le ha contraddistinte.

La disciplina contenuta nei titoli V, *V-bis* e *V-ter* del testo unico bancario, quali risultanti a seguito dei provvedimenti di riforma che li hanno interessati – vale a dire, in ordine temporale: il d.lgs. n. 11 del 2010, il d.lgs. n. 141 del 2010, il d.lgs. n. 230 del 2011, il d.lgs. n. 45 del 2012 e, da ultimo, il d.lgs. n. 169 del 2012¹ – pare presentare come tratto unificante la definizione di un *genus* rappresentato dagli “intermediari finanziari” e la tendenza della relativa disciplina ad omologarsi – pur mantenendo specifici tratti di differenziazione – a quella “archetipica” individuata nella normativa bancaria. Tali intermediari potranno essere, per comodità, identificati come intermediari del t.u.b.: non rientrano, quindi, in tale ge-

¹L'art. 3 novella l'art. 7 del d.lgs. n. 141 del 2010, che a sua volta opera un'articolata riscrittura degli art. 107-113 del t.u.b., in materia di soggetti operanti nel settore finanziario.

nus i soggetti che operano nel mercato mobiliare ² - oggetto di disciplina nel t.u.f. - né quelli che operano nel settore assicurativo, disciplinati dal codice delle assicurazioni.

Il processo di progressiva e tendenziale “assimilazione” alla normativa bancaria, peraltro, non ha seguito percorsi uniformi: nel caso degli IMEL (ora disciplinati all’interno del Titolo *V-bis*), ad esempio, l’accostamento è stato in passato “necessitato” dalla disciplina comunitaria, che li aveva qualificati enti creditizi; nel caso degli intermediari del Titolo V il processo di “assimilazione” parte da epoca più remota (potrebbe dirsi dalla emanazione stessa del testo unico); infine, quanto agli Istituti di Pagamento (disciplinati nel Titolo *V-ter*), tale processo è stato dovuto alla condivisione con le banche, in regime di riserva, della prestazione dei servizi di pagamento ³.

La collocazione nel contesto del t.u.b., con la conseguente attrazione, seppure non completa, al regime delle banche, comporta da un punto di vista pratico che l’applicazione di un notevole numero di norme dettate per le banche venga estesa a tutti, o per lo meno a gran parte degli intermediari del t.u.b.: si rende così possibile individuare delle linee comuni nell’ambito di tale plesso normativo. Particolare valore assume, per esempio, l’estensione del regime di trasparenza delle condizioni contrattuali, dettato dal Titolo VI, capo I che, in virtù del co. 1 dell’art. 115, si applica alle banche e agli intermediari finanziari disciplinati dagli artt. 106-114 nel titolo V ⁴ e, per esplicito rinvio da

² Sebbene possano essere autorizzati a prestare servizi di investimento.

³ Fortemente critico nei confronti della “bancarizzazione” degli istituti di pagamento è il MERUSI, *Fra omissioni ed eccessi: la recezione della Direttiva comunitaria sui servizi di pagamento*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, p. 1174, per il quale, sotto vari profili, l’attuazione nell’ordinamento italiano non appare conforme alle indicazioni della direttiva.

⁴ Si tratta di un regime non uniforme, in quanto per la prestazione dei servizi di pagamento (capo II *bis*) e per le operazioni di credito al consumo (capo II) è previsto un regime di trasparenza differenziato. La disciplina di trasparenza di cui all’art. 115 t.u.b. ha assunto un valore residuale, applicandosi solo in assenza di specifiche discipline di settore. Così SPENA, *Trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *Testo unico bancario, Commentario, Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Milano, 2011, p. 36. Si veda ampiamente NIGRO, *Linee di tendenza nella disciplina di trasparenza*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche clienti. Oltre la trasparenza*, Torino, 2011, p. 29. In particolare per i servizi di pagamento RISPOLI FARINA, *Commento all’art. 34, co. 1, lett b) del d. lgs. n. 11 del 2010*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROLANO, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 521 ss.

parte delle norme che li disciplinano, agli altri “nuovi intermediari”⁵.

Altrettanto dicasi per il sistema alternativo di soluzione delle controversie tra banche e clienti, rappresentato dall’ABF, la cui procedura è applicabile anche alle questioni sorte tra gli intermediari del t.u.b. e i clienti⁶. Molte altre norme del t.u.b., che verranno più compiutamente esaminate nelle note che seguono, risultano applicabili in forza di rinvio.

Detto questo con riferimento alla relazione tra disciplina degli intermediari del testo unico bancario e disciplina bancaria, ci si potrebbe ulteriormente domandare se nella prima si rinviengano elementi che consentano di individuare una linea di parentela anche con gli intermediari assicurativi e gli intermediari del mercato mobiliare.

Tali tratti di continuità sono individuabili e distinguibili, ma proprio in virtù della circostanza che anche tali ultime tipologie di intermediari hanno subito un notevole “influsso” attrattivo della disciplina bancaria, quanto almeno alla regolamentazione dei soggetti.

Per il settore del mercato mobiliare e assicurativo emergono infatti delle differenze che concernono gli atti e i mercati, ma dal punto di vista dei soggetti è possibile individuare dei principi e delle regole comuni (che a loro volta ricalcano, come si anticipava, la disciplina originariamente prevista per le banche). Si pensi alla circostanza che per tutti gli intermediari italiani⁷, in sostanza, ha assunto valore di principio generale la regola della preventiva autorizzazione amministrativa, subordinata alla presenza di condizioni prestabilite che presentano tra di loro tratti di notevole analogia; pur se l’autorizzazione assume il carattere di atto

⁵ Emblematico è il rinvio all’applicazione delle norme del Titolo VI, in quanto compatibili, operato dall’art. 114-*undecies* per gli Istituti di Pagamento.

⁶ I soggetti passivi della procedura instaurata davanti l’ABF, sono indicati nelle Disposizioni della Banca d’Italia, che vi ricomprendono le banche, gli intermediari finanziari iscritti nell’albo previsto dall’articolo 106 del t.u.b., i confidi iscritti nell’elenco previsto dall’articolo 112 del t.u.b., Poste Italiane S.p.A. in relazione all’attività di Bancoposta, le banche e gli intermediari esteri che svolgono in Italia nei confronti del pubblico operazioni e servizi disciplinati dal titolo VI del t.u.b., gli istituti di pagamento, gli intermediari finanziari iscritti negli elenchi previsti dagli artt. 106 e 107 del t.u.b. che operano nei confronti del pubblico, gli Imel e gli Istituti di Pagamento. V. BANCA D’ITALIA, *Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari.*, nonché il recente contributo di CARRIERO, *Morfologia e funzioni dell’arbitro bancario e finanziario*, in *Foro It.*, 2012, V, p. 213 ss., ove ampia bibliografia. Per l’applicazione agli istituti di pagamento delle *Alternative Dispute Resolution* si veda RISPOLI FARINA, *Commento all’ art. 40*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO, a cura di, *La nuova disciplina*, cit., p. 709 ss.

⁷ PORZIO, *Le imprese bancarie*, Torino, 2007, p. 45 s.

dovuto, tuttavia l'autorità amministrativa, attraverso il canale dell'approvazione del Programma e la regola della «sana e prudente gestione», conserva ancora una certa discrezionalità.

Altri elementi comuni sono rappresentati dalla presenza di particolari regole di comportamento, che ineriscono sia ai rapporti con i terzi, sia alla gestione economica finanziaria dell'impresa; dalla sottoposizione a vigilanza di pubbliche Autorità, variamente composta e articolata; da forme «parassicurative» a tutela degli investitori, da procedure di disciplina delle crisi diverse da quella fallimentare e ricollegabili, ancorché non coincidenti, con l'amministrazione straordinaria e alla liquidazione amministrativa, previste per le banche fin dalla legge del 1936.

Nella disciplina del t.u.b., vigente fino alla recente riforma introdotta con il d.lgs. n.141 del 2010, i principi e le regole suenunziati non erano estendibili in via generale agli intermediari disciplinati dagli artt. 106⁸, né agli Istituti di Pagamento, ancor prima dell'emanazione dei provvedimenti attuativi del d.lgs. n. 11 del 2010⁹, né agli Imel. Alla luce delle nuove discipline ricordate all'inizio di tale contributo, il quadro è profondamente mutato, tanto da rendere doverosa la risposta all'interrogativo se possa individuarsi una linea di continuità che percorra la disciplina dei vari “segmenti” degli intermediari finanziari, divenuta via via più evidente nel tempo, o se sussistano ancora decisivi elementi di “discontinuità”, che il legislatore ha inteso confermare in relazione a specifiche esigenze e valutazioni, relativamente a singoli intermediari o “famiglie” di essi.

2. Gli intermediari del titolo V tra vecchio e nuovo regime normativo.

La disciplina degli intermediari racchiusa nel nuovo Titolo V del t.u.b. rappresenta per alcuni versi un «ritorno al passato» e per altri un evidente segno dei mutamenti che la crisi finanziaria globale del 2008 ha indotto negli ordinamenti finanziari, comunitari, nazionali e d'oltreoceano¹⁰. Giova

⁸ Per i quali non si applicava né la “autorizzazione preventiva”, né il sistema assicurativo per il clienti, né speciali procedure per la crisi diverse dalla procedura fallimentare ordinaria.

⁹ Per i quali si veda BANCA D'ITALIA, *Disposizioni di vigilanza sugli Istituti di Pagamento*.

¹⁰ Per uno sguardo generale v. RISPOLI FARINA, ROTONDO, a cura di, *Le crisi finanziarie*, Milano, 2009. Si vedano i pregevoli saggi contenuti in *Studi in onore di Capriglione*, Padova, 2010 nonché in PRINCIPE, a cura di, *Impresa bancaria e crisi dei mercati finan-*

allora ripercorrere alcuni tratti della storia del nostro sistema creditizio: il problema di sottoporre a una disciplina analoga a quella bancaria soggetti che si caratterizzavano per la «capacità di erogare credito» si era già posto all'attenzione dei redattori della prima fondamentale riforma del credito, costituita dalla legge bancaria del 1936¹¹, che intendevano porre in essere, attraverso il «comando unico» del credito un sistema di controlli su tutte le forme di finanziamento all'epoca vigenti. Fu il Comitato dei Ministri, nelle prime applicazioni della legge, in un'interpretazione ampia della formula «raccolta del risparmio sotto ogni forma e esercizio del credito», che delimitava l'ambito dei soggetti sottoposti ai pubblici controlli stabiliti dalla legge, ad estendere, con apposita delibera, alcuni poteri degli organi di controllo anche alle aziende che esercitavano il credito, senza raccogliere il risparmio, come le società finanziarie, che andavano tuttavia iscritte in un apposito Albo, diverso da quello delle «aziende di credito»¹². La scelta suscitò non poche opposizioni e censure, tali da comportare l'abbandono del disegno di comprendere anche intermediari finanziari diversi dalle aziende di credito ordinario e dagli Istituti di credito speciale, nel sistema dei controlli previsti della legge bancaria¹³.

Nei successivi anni '50 ci si limitò – ma solo a fini fiscali – a dettare regole per le *holding*, e di seguito, con la l. 216/1974, di riforma del diritto

ziari, Napoli, 2010. Tra i recenti contributi della dottrina economica si vedano PALMA, *The revenge of the market on the rentiers: why neo-liberal reports of the end of history turned out to be premature*, in *Cambridge Journal of Economics, Special Issue on the Global Financial Crisis*, 2009, 33 (4), pp. 829-866; PANICO, PINTO, PUCHET ANYUL, *Income distribution and the size of the financial sector: a Sraffian analysis*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2012, 36, pp. 1455-77; SCHINASI e TRUMAN, *Reform of the global financial architecture*, in *Peterson Institute for International Economics, Working Paper Series*, 2010, pp. 10-14; WHITE, *Lessons from the history of bank examination and supervision in the United States*, in GIGLIOBIANCO e TONIOLO, a cura di, *Financial Market Regulation in the Wake of Financial Crises: The Historical Experience*, 2009, pp. 1863-2008; COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sistema bancario ombra*; SAVONA, *Eresie, esorcismi e scelte giuste per uscire dalla crisi*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2012, p. 49.

¹¹ Su cui si rinvia al fondamentale contributo costituito dal volume PORZIO, a cura di, *La legge bancaria. Note e documenti sulla sua storia segreta*, Bologna, 1981. Si sofferma sul «comando unico» RISPOLI FARINA, in *Il controllo sull'attività creditizia. Dalla tutela del risparmio al dirigismo economico*, ivi, pp. 83-121.

¹² Si veda ampiamente PORZIO, a cura di, *La legge bancaria*, cit, p. 23 ss.

¹³ Si veda RISPOLI FARINA, *Gli intermediari finanziari e la Direttiva CEE 12 novembre 1977, relativa al coordinamento delle disposizioni riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizie al suo esercizio*, in MIMOLA, PRINCIPE, RISPOLI FARINA, *L'attuazione delle Direttive CEE in materia creditizia*, Milano, 1983, pp. 397-402.

societario, ad attribuire alla Consob compiti di informazione al pubblico e trasparenza del mercato anche nei confronti delle *holding*.

Il progressivo incrementarsi dello svolgimento di attività finanziarie al di fuori del canale bancario, e lo sviluppo del cosiddetto «parabancario» non trovò adeguato riconoscimento normativo fino alla «legge antiriciclaggio» n. 197 del 1991 che, cogliendo l'occasione del rapporto tra lotta al riciclaggio e disciplina dell'intermediazione finanziaria, individuò in primo luogo una sorta di griglia ricognitiva di intermediari, attivi nell'intermediazione finanziaria, ma non sottoposti a disciplina, prescindendo dall'operatività o meno nei confronti del pubblico¹⁴.

La legge affiancò, ai compiti antiriciclaggio dell'Uic, poteri di controllo della Banca d'Italia. Si intervenne così, per la prima volta dopo i tentativi falliti nella prima applicazione della legge del '36, su una larga fetta di attività finanziaria, non soggetta a disciplina, dando vita a un *corpus* organico di disposizioni che confluirà poi, con alcune modifiche, nel Testo unico del 1993, la cosiddetta «nuova legge bancaria».

Parve allora che venisse a crearsi così un sistema di «vigilanza unitaria», seppure con strumenti non del tutto analoghi a quelli disposti per le banche¹⁵, in un primo processo di «bancarizzazione»¹⁶ *soft* degli intermediari finanziari, che vide il suo culmine nell'introduzione del principio della «esclusività dell'oggetto sociale» e della «riserva di attività», tipici della disciplina delle banche.

L'art. 106, nella versione originaria, prevedeva, infatti, l'iscrizione in un apposito «elenco» di soggetti che svolgessero, nei confronti del pubblico, attività di «assunzione di partecipazioni, concessione di finanziamenti, servizi di pagamento, intermediazione nei cambi», sulla base di requisiti quasi analoghi a quelli previsti per le banche. Se iscritti in un elenco speciale, previsto dall'art. 107, a tali intermediari si applicava an-

¹⁴ Si veda ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2011, n. 1, p. 29.

¹⁵ Si veda PORZIO, *Dall'ordinamento bancario all'ordinamento finanziario*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Rispoli Farina, Napoli, 1995, p. 22.

¹⁶ Si vedano ANTONUCCI, *Gli intermediari finanziari residuali dalla legge antiriciclaggio al testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Rass. Ec.*, 1994, p. 248; MOTTI, *Intermediari finanziari non bancari e industria dei pagamenti*, in *Studi sugli intermediari non bancari*, a cura di Rispoli Farina, Napoli, 1998, p. 49; TROIANO, *I soggetti operanti nel settore finanziario*, *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2010, II, p. 587; ROTONDO, *Commento all'art. 106*, in *Testo unico bancario. Commentario*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, Milano, 2010, p. 587.

che la cosiddetta «vigilanza regolamentare, informativa ed ispettiva della Banca d'Italia», attuando così una pressoché totale equiparazione con le banche ¹⁷.

Il sistema di regolamentazione, che emerge dal t.u.b. del 1993, basato su un elenco «generale» ed un elenco «speciale», nel quale vanno inseriti gli intermediari ad elevato rischio «sistemico», oscilla tra controlli meramente cartolari e controlli di tipo conformativo, di trasparenza della proprietà e di vigilanza regolamentare. In sezioni speciali, sono poi inseriti intermediari come le società di *factoring*, società per la cartolarizzazione ¹⁸, Confidi, società finanziarie per l'innovazione, pur permanendo la duplicità degli elenchi (generale e speciale).

L'assetto di «vigilanza unitaria» che emergeva dal testo unico del 1993, non appariva peraltro soddisfacente dal punto di vista della disciplina introdotta ¹⁹: mentre per le banche la regolamentazione appariva completa, per gli intermediari finanziari si era ancora in una fase di passaggio, cosicché permaneva l'incertezza se si potesse parlare ormai di un ordinamento finanziario, o ancora di un ordinamento bancario, con la concessione di qualche norma per gli intermediari finanziari ²⁰.

L'assetto del Titolo V si è infatti mostrato via via inadeguato rispetto all'evoluzione dell'attività degli intermediari e al sopravvenire di nuovi soggetti. L'elenco generale dell'art. 106, ha subito un ampliamento eccessivo e ha compreso attività (riservate) estremamente eterogenee rendendo difficile l'utilizzo degli strumenti di tipo cartolare per i controlli. La soppressione dell'Uic, cui ha fatto seguito il trasferimento di competenze antiriciclaggio ad apposito Ufficio della Banca d'Italia – l'Unità di Informazione Finanziaria – ha visto confluire le funzioni antiriciclaggio ²¹ e la gestione degli elenchi, non più solo quello dell'art. 106, ma anche gli albi dei mediatori e degli agenti in attività finanziaria ²². Nel contempo la

¹⁷ Ha avuto il ruolo di norma di chiusura l'art. 155 t.u.b., che ha inserito via via nella disciplina degli intermediari finanziari «bancari», altri soggetti. Trai primi le finanziarie di sviluppo della legge n. 317 del 1991 e le agenzie di prestito su pegno. Trattamento in parte differenziato per i Consorzi fidi, iscritti in una sezione speciale dell'elenco dell'art. 106 come i cambia valute, per opera del d.lgs. n. 342 del 1999.

¹⁸ ANTONUCCI, *L'intermediazione*, cit., p. 29.

¹⁹ PORZIO, *Dall'ordinamento*, cit., p. 23.

²⁰ PORZIO, *Ibidem*. Con riferimento all'ipotesi di configurare di un ordinamento «settoriale», composto da banche e dagli intermediari finanziari dell'art. 106.

²¹ Implementate dall'attuazione della Direttiva 2005/60.

²² Sull'evoluzione della disciplina si veda CRISCUOLO, *Collaboratori esterni all'attività finanziaria*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, cit., p. 9 ss.

crisi finanziaria ha imposto alle Autorità l'adozione di misure di rafforzamento della solidità degli intermediari finanziari, per evitare gli effetti di ritorno di rischio, connessi alle difficoltà di rimborso dei finanziamenti da parte dei beneficiari, imprenditori e famiglie ²³.

3. Le ragioni e il contenuto della riforma del Titolo V.

L'occasione della riforma è stata data dall'attuazione nell'ordinamento interno della direttiva 2008/48/CE in materia di credito al consumo. Nella legge comunitaria 2008 (l. 7 luglio 2009, n. 88), all'art. 33, è stata conferita la delega al Governo, tra l'altro, per introdurre una serie di modifiche ed integrazioni alla disciplina relativa ai soggetti operanti nel settore finanziario di cui al t.u.b., ai mediatori creditizi e agli agenti in attività finanziaria.

In particolare, la lett. *d*) del co. 1 dell'art. 33 dispone una rimodulazione della disciplina di cui al Titolo V e all'art. 155 del t.u.b., prevedendo: 1) l'introduzione di strumenti di controllo più efficaci, modulati anche sulla base dell'attività svolta dall'intermediario; 2) la rideterminazione dei requisiti per l'iscrizione, al fine di consentire di operare con il pubblico soltanto a soggetti che assicurino affidabilità e correttezza dell'iniziativa imprenditoriale; 3) la previsione di sanzioni amministrative, pecuniarie ed accessorie, tra cui il divieto di intraprendere nuove operazioni, il potere di sospensione ed il rafforzamento del potere di cancellazione; 4) l'attribuzione di poteri sanzionatori e di intervento alla Banca d'Italia, in un'ottica di «semplificazione, trasparenza, celerità, economicità e efficacia dell'azione amministrativa e dei provvedimenti sanzionatori».

Lo schema di decreto legislativo, recante attuazione della delega assegnata con l'art. 33, approvato in via definitiva il 30 luglio 2010, fu sottoposto al parere parlamentare e diede poi vita al decreto n. 141 del 13 agosto 2010 ²⁴.

Sulla nuova disciplina, introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, prevista dagli artt. 128-*quater* e 128-*quaterdecies* t.u.b. si veda BELLÌ, CORVESE, *Commento al titolo VI-bis, Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi*, in *Testo unico bancario. Commentario, Addenda di aggiornamento*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, cit., pp. 125-134.

²³ ANTONUCCI, *L'intermediazione*, cit., p. 32.

²⁴ Il decreto incide profondamente nella disciplina del t.u.b. Per un Commento si veda *Testo Unico bancario. Commentario Addenda di aggiornamento*, a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina, Santoro, cit. In particolare, sulle modifiche al titolo V

Nel corso dei lavori preparatori al decreto n. 141²⁵, si è posto in particolare evidenza come il quadro legislativo relativo all'intermediazione finanziaria non bancaria, all'agenzia in attività finanziaria e alla mediazione creditizia, avesse mostrato lacune e criticità che ostacolavano il pieno conseguimento degli obiettivi.

Si è sottolineato come l'iniziativa legislativa traesse sì origine dall'esigenza di attuare nel nostro ordinamento la nuova normativa europea che, approvata dopo un dibattito durato oltre cinque anni, ha introdotto significative novità nel relativo segmento di mercato, quali strumenti di tutela del consumatore incisivi, uniformi, di massima armonizzazione, ma cogliesse anche l'occasione per realizzare una riforma più ampia, che incidesse non solo sulla trasparenza e correttezza dei comportamenti con la clientela, ma anche sulla disciplina degli intermediari non bancari e dei loro canali distributivi.

L'intervento è stato inquadrato dalle Autorità nel conseguimento degli obiettivi cui tende la regolamentazione finanziaria anche nel settore dell'intermediazione non bancaria, ovvero l'*efficienza* del sistema finanziario, la sua *stabilità* e *integrità*. Pertanto si è ritenuto fondamentale assicurare la presenza di operatori finanziari professionalmente idonei, patrimonialmente solidi e adeguati dal punto di vista organizzativo; predisporre la possibilità di canali distributivi diversificati, al fine di favorire anche la concorrenza nel settore, con l'ingresso di soggetti muniti di adeguate competenze e che presentano affidabilità dei comportamenti; essenziale è infine apparso statuire adeguate regole di tutela della clientela, assistite da un sistema di *enforcement*.

Il plesso normativo degli artt. 106-114, così come risulta dalle modifiche imposte dal decreto 141/2010 e successive modifiche, si apre con una nuova versione dell'art. 106 (intitolato) "Albo degli intermediari finanziari", che è dedicato all'enunciazione delle attività, il cui esercizio nei "confronti del pubblico" è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, ai sensi del successivo art. 107 e iscritti in un apposito Albo, nonché ad elencare le altre attività che questi possono esercitare.

(Soggetti operanti nel settore finanziario) introdotte dall'art. 7 del decreto 141, v. il *Commento* di GRECO, pp. 23-44.

²⁵ Si veda in particolare SZEGO, *Audizione del titolare della divisione normativa primaria. Normativa e politiche di vigilanza della Banca d'Italia*, Senato della Repubblica, Roma, 7 luglio 2010, in <http://www.banquaditalia.it/media/notizie/szego-080710>.

La nuova formulazione – che prevede, al primo comma, come oggetto di attività riservata, la “attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma” – ha suscitato non poche perplessità²⁶ per l’esclusione di attività precedentemente previste, come la “intermediazione in cambi” e la “assunzione di partecipazioni”; essa sancisce poi, al secondo comma, la possibilità, per gli intermediari iscritti nell’Albo, di prestare servizi di pagamento, se autorizzati e iscritti nel relativo Albo (art. 114-*novies*, co. 4), nonché di prestare servizi di investimento, se autorizzati ai sensi dell’art. 18, co.3 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

Inoltre, ai soggetti iscritti è consentito di svolgere altre attività, su previsione di legge, nonché attività connesse e strumentali, nel rispetto delle disposizioni da emanare a cura della Banca d’Italia.

Come in passato, spetta ancora al Ministro dell’economia e delle Finanze, sentita la Banca d’Italia, dare contenuto alla previsione dell’art. 106, co. 1, individuando il contenuto della “attività di concessione di finanziamenti”, nonché in quali circostanze ricorra l’esercizio “nei confronti del pubblico”.

Ma la sofferta modifica dell’art. 106 non è si conclusa con il d.lgs. n. 141, giacché, con il recente d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45, di attuazione della direttiva 2009/110/CE, concernente l’esercizio dell’attività e la vigilanza prudenziale sugli Istituti di moneta elettronica (IMEL), la disciplina è stata ulteriormente modificata e, in virtù di una disposizione contenuta nell’art. 2 del decreto, gli intermediari dell’art. 106 possono, oltre alle attività già elencate, di cui al co. 1: emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento (se autorizzati ai sensi dell’art. 114-*quinquies*, co. 4, e iscritti nel relativo Albo), oppure prestare solo servizi di pagamento se autorizzati ai sensi dell’art. 114-*novies*, co. 4, e iscritti nel relativo Albo; prestare servizi di investimento nelle forme e modalità già previste; esercitare le altre attività consentite dalla legge, nonché attività connesse e strumentali, così come precisato dalla Banca d’Italia, con apposite disposizioni.

Rilevante appare, quindi, l’ampliamento della sfera di attività degli intermediari iscritti nell’Albo dell’art. 106, così da comprendere lo svolgimento di servizi finanziari di recente introdotti, o riformulati, nell’ottica concorrenziale che la disciplina comunitaria che ispira i nuovi IMEL e gli Istituti di Pagamento intende promuovere.

Il nuovo art. 107 sancisce la sparizione dell’Albo speciale tenuto dalla Banca d’Italia (e il sistema “a cerchi concentrici” che dal 1991 contraddi-

²⁶ GRECO, *Commento*, cit., p. 28.

stingueva gli intermediari finanziari del t.u.b.). Abrogata risulta anche la sezione dell'elenco generale prevista dall'art. 113, in cui andavano iscritti i soggetti che non svolgessero prevalentemente attività nei confronti del pubblico, mentre viene ora previsto che sia la Banca d'Italia a tenere l'elenco previsto dall'art. 111 e a vigilare sul rispetto da parte degli iscritti della disciplina cui essi sono sottoposti anche ai sensi dello stesso art. 111, co. 5^{27,28}. Per l'espletamento di tali compiti, i poteri di cui ai commi 1, 2 e 3 spettanti alla Banca d'Italia, sono invece attribuiti ad un Organismo ad *hoc* solo quando il numero di iscritti nell'elenco è sufficiente per consentirne la costituzione.

La scelta del legislatore è quindi rivolta a ridurre ad unità le attività riservate e a considerare irrilevante l'attività di finanziamento se non esercitata nei confronti del pubblico, creando un'unica categoria (nuova) ed un unico (nuovo) albo, che presenta regole più intense e rigorose delle precedenti, fortemente ispirate a quelle delle banche. Il nuovo art. 107 è infatti con tutta evidenza formulato sulla falsariga dell'art. 14 t.u.b. con il suo riferirsi all'autorizzazione, al programma di attività, alla "sana e prudente gestione"²⁹, anche se non è riprodotta la norma che, come il co. 3 dell'art. 14, prescrive l'impossibilità di dar corso al procedimento per l'iscrizione nel registro delle imprese in assenza dell'autorizzazione³⁰. Ma tra la mera "iscrizione" nel vecchio elenco speciale e la "autorizzazione" all'esercizio dell'attività corre una profonda differenza che sancisce il *progress* degli intermediari finanziari iscritti all'elenco speciale verso un

²⁷ Articolo così sostituito dall'art. 7 d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, come modificato dall'art. 3, co. 1, lett. *u*), d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169.

²⁸ In particolare, viene eliminato l'obbligo di iscrizione in apposita sezione dell'elenco degli esercenti il microcredito per i soggetti diversi dalle banche che, costituiti prima della vigenza del d.lgs. 141/2010, senza fine di lucro raccolgono tradizionalmente in ambito locale somme di modesto ammontare ed erogano piccoli prestiti (cd. "casse peota"). Si prescrive che essi possano dunque continuare a svolgere la propria attività, in considerazione del carattere marginale della stessa, nel rispetto delle modalità operative e dei limiti quantitativi determinati dal CICR.

²⁹ Con una modifica all'art. 107 del t.u.b. si chiarisce che, ai fini dell'iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari e nell'elenco degli operatori del microcredito, le forme giuridiche richieste agli enti sono quelle di società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa per azioni a responsabilità limitata.

Di conseguenza, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, anche gli esponenti aziendali del richiedente debbono possedere specifici requisiti di professionalità, indipendenza e onorabilità (non solo, dunque, gli azionisti di controllo o che esercitino un'influenza notevole sulla società).

³⁰ Si veda ancora GRECO, *Commento*, cit., p. 30.

ampliamento operativo sia sul fronte della raccolta che delle attività esercitate. La portata innovativa del nuovo art. 107 è segnalata dalla Relazione illustrativa al decreto, laddove si pone l'accento sulla introduzione di "un vero regime autorizzativo".

Della "bancaizzazione" *heavy*, degli intermediari finanziari, è ulteriore segnale il regime della vigilanza previsto dall'art. 108, che rafforza i precedenti poteri ispettivi e informativi, incrementando la vigilanza regolamentare con "poteri di convocazione degli organi aziendali e di adozione di provvedimenti specifici" previsti al co. 3 dell'art. 55 per le banche³¹. Con le novità introdotte dal d.lgs. n. 169/2012 si specifica, altresì, che tra i poteri di vigilanza regolamentare della Banca d'Italia rientra anche l'emanazione di disposizioni concernenti il governo societario, i sistemi di remunerazione e di incentivazione degli intermediari abilitati; tra i provvedimenti specifici che può adottare l'autorità è annoverato anche, con riferimento a strumenti finanziari computabili nel patrimonio a fini di vigilanza, il divieto di pagare interessi.

E, ancora, i nuovi artt. 109 e 110 hanno come falsariga la disciplina bancaria, quando introducono la nozione di "gruppo finanziario" e poteri di vigilanza su base consolidata. Come per il gruppo Sim, la definizione del gruppo finanziario si ispira a quella dell'art. 60 del t.u.b. e ricalca una logica "residuale"³². Mette conto segnalare che, per effetto delle modifiche da ultimo recate dal d.lgs. n. 169/2012 si amplia il novero dei gruppi da assoggettare all'esercizio della vigilanza consolidata della Banca d'Italia: si stabilisce che la società capogruppo possa essere, oltre alle ipotesi già individuate dal d.lgs. n. 141/2010, sia un intermediario finanziario che una società finanziaria. All'interno del gruppo è poi prevista anche la possibilità che vi sia una banca extracomunitaria.

L'art. 110 chiude il cerchio con un rinvio a numerose disposizioni dettate per le banche, che possono applicarsi ai "nuovi intermediari dell'art. 106, "in quanto compatibili", mettendo a dura prova la perizia dell'interprete e dell'operatore finanziario³³. Infine *last, but not least*, assumono

³¹ La relazione al Decreto enfatizza il potenziamento dei controlli e della vigilanza dei soggetti iscritti all'albo, per realizzare un regime di vigilanza equivalente a quello delle banche. Tuttavia l'art. 108, ult. co., dispone che la Banca d'Italia osservi "criteri di proporzionalità", con riguardo alla complessità operativa, dimensionale e organizzativa degli intermediari, nonché alla natura specifica dell'attività svolta.

³² Così GRECO, *Commento*, cit., p. 31.

³³ Si tratta degli artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 47, 52, 61, co. 4 e 5, 62, 63, 64, 78, 79 e 82. Norme che concernono le partecipazioni al capitale delle banche, i requisiti di

particolare rilievo gli artt. 113-*bis* e 113-*ter*, particolarmente dedicati a fenomeni di crisi aziendale, in base ai quali sono previste la sospensione degli organi amministrativi e di controllo, e la revoca dell'autorizzazione: si tratta di una forma di "commissariamento dell'intermediario"³⁴ i cui presupposti, gravi irregolarità nell'amministrazione o gravi violazioni legislative, amministrative o statutarie, nonché ragioni di urgenza, richiamano la disciplina della gestione provvisoria della banca prevista dall'art.76 del t.u.b., esplicitamente richiamato per il rinvio ai co. 2 e 4 di tale norma³⁵.

Ai sensi dell'art.113-*ter*, infine, la Banca d'Italia può revocare l'autorizzazione, con conseguente scioglimento e liquidazione della società, in presenza di presupposti che ripercorrono quelli della liquidazione coatta amministrativa delle banche. La procedura, di liquidazione coatta amministrativa, di cui all'art. 80 t.u.b. si applica, tuttavia, soltanto quando gli intermediari finanziari siano stati autorizzati a prestare servizi di investimento oppure abbiano acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio netto o sia stato accertato lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 82, co. 1.

A completare il quadro del titolo V, vale precisare che l'art. 111, titolato "Microcredito" ha previsto la disciplina di altri soggetti cui è consentito di svolgere attività finanziarie, precisandone le caratteristiche sia quantitative che qualitative, modificando la precedente disposizione contenuta nell'art. 155, norma abrogata dal decreto 141. La relazione al decreto ha precisato che a tali (nuovi) intermediari si applica un regime di vigilanza più leggero, in considerazione del rilievo sociale che essi presentano e della scarsa rilevanza sistemica, così da non rendere necessario un regime "autorizzativo", ma una semplice iscrizione in un apposito albo così come previsto per gli agenti e mediatori creditizi³⁶.

onorabilità dei partecipanti, di onorabilità, professionalità ed indipendenza degli esponenti aziendali, la vigilanza informativa e gli obblighi di comunicazione del collegio sindacale; la disciplina dei gruppi bancari e la gestione delle crisi aziendali (Provvedimenti straordinari e accertamento giudiziale dello stato di insolvenza).

³⁴ Come rileva la Relazione al decreto, l'esigenza di garantire l'accesso al credito a soggetti, "sulle soglie della bancabilità" e beneficiari di finanziamenti erogati da numerosi intermediari precedentemente alla riforma del 106, è alla base della creazione della nuova disciplina del *microcredito*, destinato a sopperire alla carenza di canali di finanziamento per fasce di clientela debole. V. ANTONUCCI, *L'intermediazione*, cit., p. 37.

³⁵ Sulla disciplina e sulle finalità della «gestione provvisoria» si veda NIGRO, *Commento all'art. 76*, in *Testo unico bancario*, *Commentario* a cura di Porzio, Belli, Losappio, Rispoli Farina e Santoro, cit., pp. 665 ss.

³⁶ GRECO, *Commento* cit., p. 32.

L'iscrizione all'albo, tenuto da un Organismo all'uopo costituito, è subordinata al possesso di requisiti organizzativi (forma di società di capitali, capitale minimo iniziale, requisiti di onorabilità dei soci di controllo e rilevanti e di onorabilità e professionalità per gli esponenti aziendali), di oggetto sociale, (attività finanziarie con determinate peculiarità, più attività accessorie e strumentali) e alla presenza di un "programma" di attività. È prevista anche una sezione separata dell'elenco dei soggetti che svolgono il microcredito, senza fini di lucro, che intendano concedere finanziamenti, purché questi rispondano a condizioni più favorevoli di quelle presenti sul mercato e gli enti erogatori siano in possesso dei requisiti che stabiliranno il MEF e la Banca d'Italia ³⁷.

A concludere il novero dei soggetti «non 106» il nuovo art. 112 disciplina i confidi, le "casse peota" e le agenzie di prestito su pegno. Le novità rilevanti per i confidi vedono la previsione di un Organismo di autoregolamentazione, cui i confidi devono necessariamente iscriversi previa valutazione di una serie di requisiti oggettivi e soggettivi. Se il volume di attività supera una certa soglia, scatta per essi l'obbligo di chiedere l'autorizzazione prevista dal nuovo art. 106 t.u.b. Le "casse peote" vengono invece attratte alla disciplina del microcredito, e iscritte in una separata sezione dell'elenco per gli operatori del microcredito, mentre le agenzie di prestito su pegno sono sottoposte alla disciplina del 106, ferma la possibilità, da parte della Banca d'Italia, di escludere l'applicazione di talune disposizioni previste per gli intermediari finanziari.

La disciplina dei soggetti del titolo V, diversi dagli intermediari finanziari autorizzati, appare dunque connotata dal rafforzamento dell'autoregolamentazione nel settore ³⁸, con il crescere di numerosi organismi con personalità di diritto privato, in forma di associazione, dediti a gestire gli elenchi (per i confidi), gli agenti di attività finanziaria e i mediatori creditizi. Come anticipato *supra*, le modifiche all'art. 113 del t.u.b. eliminano il riferimento all'Organismo per la tenuta dell'elenco dei soggetti esercenti il microcredito, nonché per le casse peota, in quanto tale compito viene assegnato *pro tempore* alla Banca d'Italia. Al riguardo la Relazione illustrativa specifica che le modifiche proposte sono volte a consentire l'istituzione dell'elenco degli operatori del microcredito prima della operatività piena del relativo Organismo in quanto, secondo alcu-

³⁷ In merito a requisiti dei beneficiari, forme tecniche, importo massimo dei finanziamenti, informazioni alla clientela.

³⁸ GRECO, *Commento cit.*, p. 34.

ne prime stime, il numero degli operatori potenzialmente idonei a essere iscritti nell'elenco e vigilati dall'Organismo sembra essere insufficiente ad assicurare un flusso di risorse adeguate all'autofinanziamento dell'Organismo. La norma introduce quindi una soluzione ponte, che consente di cominciare a censire e controllare gli operatori attribuendo i relativi poteri alla Banca d'Italia per poi avviare l'Organismo una volta raggiunto un numero adeguato di iscritti. La creazione di un apposito Organismo per il microcredito viene prevista in un momento successivo e subordinata alla presenza, in elenco, di un numero di iscritti sufficiente.

Le funzioni di vigilanza e regolamentazione sono divise tra MEF e Banca d'Italia; per i confidi trattasi di vigilanza di "secondo grado" della Banca d'Italia, che propone la nomina dei componenti e vigila sul loro operato.

Modificando l'articolo 112-*bis*, recante la disciplina dell'Organismo istituito per tenere l'elenco dei confidi, il d.lgs. 169/2012 elimina l'obbligo che tale soggetto debba costituirsi in forma di associazione; si affida al MEF, sentita la Banca d'Italia, sia l'approvazione del relativo statuto, sia la nomina di un proprio rappresentante nell'organo di controllo (in luogo del potere di nomina ministeriale dei componenti di tale Organismo).

La Relazione illustrativa precisa che dette modifiche sono volte a evitare:

a) che attraverso la menzione della forma associativa sia ravvisabile qualche forma di responsabilità in capo alle associazioni per l'attività dell'Organismo;

b) che sorgano problemi di coerenza tra la natura giuridica di diritto privato dell'Organismo, dichiarata dalla stessa norma, e l'attribuzione al Ministro dell'economia del potere di nomina dei componenti del medesimo (il che potrebbe far sorgere controversie sulla normativa ad esso applicabile, ad esempio in materia di contratti pubblici, di reclutamento del personale ovvero di progressione del personale stesso)³⁹.

Per effetto delle modifiche proposte si affida esplicitamente al Ministro dell'economia e delle finanze – su proposta della Banca d'Italia – il potere di scioglimento degli organi di gestione e di controllo dell'Organismo, qualora risultino gravi irregolarità nell'amministrazione, ovvero

³⁹ Si veda VISCONTI, *La disciplina legislativa del microcredito: gli articoli 111 e 113 del testo unico bancario dopo le modifiche ad essi apportate dal decreto legislativo 169/2012*, in *www.diritto.it*, 19 ottobre 2012, p. 4.

gravi violazioni delle disposizioni legislative, amministrative o statutarie che regolano l'attività dello stesso.

I poteri sull'Organismo sono resi inoltre più articolati, secondo la casistica di riferimento: la Banca d'Italia provvede agli adempimenti necessari alla ricostituzione degli organi di gestione e controllo dell'Organismo, assicurandone la continuità operativa, se necessario anche attraverso la nomina di un commissario; essa può disporre la rimozione di uno o più componenti degli organi di gestione e controllo in caso di grave inosservanza dei doveri ad essi assegnati dalla legge, dallo statuto o dalle disposizioni di vigilanza, e fin'anche dei provvedimenti specifici e di altre istruzioni impartite dalla Banca d'Italia, ovvero in caso di comprovata inadeguatezza, accertata dalla Banca d'Italia, all'esercizio delle funzioni cui sono preposti.

Si specifica altresì che compete al MEF la disciplina dei requisiti degli organi di controllo dell'Organismo, prevedendosi infine forme di collaborazione tra Autorità di vigilanza e Organismo per l'espletamento delle rispettive funzioni e per garantire adeguati flussi informativi.

I legami con le categorie "vigilate" rivestono particolare rilievo in quanto gli organismi assumono la connotazione di anello di congiunzione con la vigilanza della Banca d'Italia, se non di estensione organizzativa della stessa⁴⁰. Al punto tale che, in virtù delle modifiche che il legislatore ha apportato con il d.lgs. 169/2012, in caso di violazioni legislative o amministrative da parte degli iscritti all'elenco tenuto dall'Organismo, il medesimo (e non più la Banca d'Italia, previa istruttoria dell'Organismo) può irrogare sanzioni, nella forma del divieto di intraprendere nuove operazioni o dell'obbligo di ridurre le attività⁴¹.

Per questa miriade di soggetti si ripropone, allora, una situazione che non è paragonabile a quella che fece seguito alla legge bancaria del '36 (v. par. 2): mentre, infatti, per le aziende che erogavano il credito senza raccogliere il risparmio (le finanziarie) si finì con il rinunciare a introdurre forme di controllo, non altrettanto può dirsi per gli intermediari del microcredito dell'art. 111, né dei confidi dell'art. 112. Di certo si è ricreato uno scalino, che trova gli intermediari del 106 sempre più vicini alle banche, e gli altri intermediari del 113 immersi in una nebulosa con "aura sociale".

⁴⁰ ANTONUCCI, *L'intermediazione*, cit., p. 40

⁴¹ Oltre ad eliminare l'obbligo che imponeva all'Organismo dei confidi di costituirsi in forma di associazione, si riformula la disciplina dello scioglimento dell'Organismo.

4...e dei titoli *V-bis* e *V-ter*.

L'introduzione di salienti novità in tema di intermediazione finanziaria non bancaria, non si è arrestata al decreto 141 del 2010, ma ha visto ulteriori sviluppi con la nuova disciplina degli Istituti di moneta elettronica⁴², contenuta nel titolo *V-bis*, e con le modifiche alla disciplina degli Istituti di pagamento, contenuta nel titolo *V-ter* e recentemente introdotta dall'art. 28 del d.lgs. n. 11 del 2010 per essere poi successivamente integrata dal d.lgs. n. 230 del 2011.

I titoli *V-bis* e *V-ter* contengono, quindi, altri due importanti tasselli della disciplina degli intermediari finanziari non bancari, che va esaminata alla luce del precedente contesto normativo, per verificare ancora una volta se nel nuovo assetto disciplinare siano rinvenibili tratti di disciplina comune e soprattutto se istituti o norme possano essere, eventualmente, oggetto di interpretazione estensiva: se, quindi, i titoli *V*, *V-bis* e *V-ter*, diano vita a una disciplina nel complesso autonoma e distinta da quella bancaria.

Per quanto concerne l'ultimo tassello normativo, il decreto n. 45 del 2012 dà attuazione alla direttiva Imel 2⁴³. Gli intenti del legislatore sono chiariti nella Relazione illustrativa, che evidenzia come la direttiva 110 si inserisca in un processo europeo di armonizzazione del mercato dei pagamenti, – che ha già raggiunto un traguardo importante con l'emanazione della direttiva PSD, finalizzata ad accrescere la concorrenza nel settore, ampliando il novero dei prestatori dei servizi di pagamento (e diffondendone l'accessibilità al pubblico) – disciplinando la nuova categoria degli IP, autorizzati a prestare servizi di pagamento (eventualmente

⁴² La disciplina in materia di "istituti di moneta elettronica" è stata introdotta inizialmente con la legge n. 39 del 2002 (c.d. legge comunitaria 2001), che prevede un nuovo Titolo *V-bis*, per dare attuazione alle direttive comunitarie n. 2000/46 e n. 2000/28. Con tali direttive si era provveduto, rispettivamente, ad individuare l'intermediario definito "istituto di moneta elettronica", nonché a rimodellare la definizione di "ente creditizio", in modo tale da ricomprendere, tra le attività consentitegli, quella consistente nella creazione di moneta elettronica, e all'interno della stessa nozione di ente creditizio quella di "istituto di moneta elettronica".

⁴³ Pubblicata il 10 ottobre 2009 la Direttiva 2009/110/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 settembre dello stesso anno "concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica," modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e abroga la direttiva 2000/46/CE" Con la direttiva 110 la figura dell'istituto di moneta elettronica "fuoriesce" dalla nozione di ente creditizio, per assumere connotati autonomi anche a livello di normativa comunitaria.

anche in aggiunta allo svolgimento di attività di impresa di natura non finanziaria), nell'ambito dell'intera Unione Europea.

A tali servizi la direttiva PSD aveva autorizzato anche le banche e gli IMEL. Il successivo intervento del legislatore comunitario è stato necessario, in merito alla disciplina degli istituti di moneta elettronica, soprattutto per il diverso regime di vigilanza e la diversa operatività consentita (attraverso la definizione dell'oggetto di attività), rispettivamente, agli istituti di moneta elettronica ed agli istituti di pagamento.

La scelta di fondo è stata quella di predisporre una regolamentazione articolata su differenti livelli, in cui i requisiti di carattere prudenziale e patrimoniale, previsti al fine di garantire i clienti e il buon funzionamento del sistema dei pagamenti, si intensificano progressivamente in relazione alle attività svolte e ai singoli servizi prestati, in misura proporzionale ai relativi rischi operativi e finanziari intrapresi. In tale logica, la possibilità di emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento è compensata da forme di segregazione patrimoniale e di tutela dei fondi dei clienti.

Il legislatore comunitario è stato quindi posto nella necessità di consentire una analoga capacità operativa alle due tipologie di intermediari.

Il decreto ha inciso sul tessuto normativo di recente formulato: ha innovato l'art. 114-*quinquies*, co. 4 e 5, stabilendo che la Banca d'Italia possa autorizzare all'emissione di moneta elettronica soggetti che esercitino anche altre attività imprenditoriali quando ricorrano le condizioni generalmente previste per concedere l'autorizzazione agli istituti di moneta elettronica (salvi i requisiti di professionalità per gli esponenti aziendali), e purché per l'attività di emissione di moneta elettronica, quella di prestazione di servizi di pagamento e per le relative attività accessorie e strumentali sia costituito un unico patrimonio destinato "con le modalità e agli effetti stabiliti negli articoli 114-*quinquies*, co. 5, e 114-*terdecies*"⁴⁴. Anche per gli IMEL, dunque, come previsto per gli istituti di pagamento – viene configurata la posizione del c.d. "Imel ibrido". Inoltre, dal collegamento della disposizione ora ricordata con il nuovo co. 2 dell'art. 106, si evince che anche gli intermediari finanziari disciplinati *ex novo* dal decreto 141 del 2010, possono essere autorizzati ad emettere moneta elettronica e prestare servizi di pagamento, "a con-

⁴⁴In realtà il contenuto del co. 5 dell'art. 114-*quinquies* è una sostanziale ripetizione del medesimo principio, oltre che un richiamo alla disciplina del patrimonio destinato previsto per gli istituti di pagamento che svolgono anche attività imprenditoriali diverse dalla prestazione dei servizi di pagamento.

dizione che siano a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 114-*quinquies*", adottando anche le forme di segregazione patrimoniale richieste ⁴⁵.

Dall'analisi delle norme sui nuovi IMEL emerge immediatamente il problema, che si presenta in forma più o meno analoga per i nuovi intermediari, e collegato alla riserva di attività, cui il legislatore fa più volte riferimento nelle norme del titolo V, V-*bis* e V-*ter*, di verificare se e in che misura permanga un oggetto sociale esclusivo, come nella passata disciplina. La precedente formulazione dell'art. 114-*quinquies* stabiliva, infatti, che gli istituti potessero svolgere esclusivamente l'attività di emissione di moneta elettronica, mediante trasformazione immediata dei fondi ricevuti. Inoltre "nei limiti stabiliti dalla Banca d'Italia", gli istituti potevano svolgere altresì attività connesse e strumentali, nonché prestare servizi di pagamento; ma non potevano erogare crediti in qualunque forma. L'oggetto sociale risultava quindi fortemente limitato, se non esclusivo.

La capacità operativa degli Istituti di moneta elettronica è stata notevolmente ampliata dall'art. 6 della direttiva 110, così da consentire agli IMEL una serie di attività ulteriori, quali: a) la prestazione di servizi di pagamento; b) la concessione di crediti connessi a servizi di pagamento (con la precisazione che tali crediti non sono concessi utilizzando i fondi ricevuti in cambio di moneta elettronica detenuti dall'istituto); c) la prestazione di servizi operativi e di servizi accessori strettamente connessi all'emissione di moneta elettronica o alla prestazione di servizi di pagamento; d) la gestione dei sistemi di pagamento; e) attività diverse dall'emissione di moneta elettronica, nel rispetto del diritto comunitario e del diritto nazionale applicabile.

Il decreto di attuazione, n. 45, è stato più laconico, limitandosi a stabilire, all'art 114-*quater*, che gli Istituti di moneta elettronica (la cui attività essenziale consiste nel trasformare "immediatamente in moneta elettronica i fondi ricevuti dal richiedente") possono altresì prestare i servizi di pagamento e le relative attività accessorie ai sensi dell'art. 114-*octies*, senza necessità di un'apposita autorizzazione (art. 114-*quater*); in virtù di tale rinvio alle norme suddette, gli Imel possono, quindi, concedere crediti in stretta relazione ai servizi di pagamento, nelle modalità stabilite dalla Banca d'Italia, prestare servizi operativi o connessi, come la prestazione di garanzie per l'esecuzione dei servizi di pagamento, servizi di cambio, custodia e registrazione, oltre a prestare servizi operativi e accessori strettamente connessi all'emissione di moneta elettronica. Anche nel diritto interno, quindi, l'oggetto sociale si è notevolmente ampliato, pur rimanendo

⁴⁵ Da ciò si evince che gli "IMEL ibridi" potranno avere o meno natura finanziaria.

ancorato ad attività fondamentalmente finanziarie. Emerge evidente che la capacità operativa di tali intermediari è molto ampia, perché non richiede le autorizzazioni che invece sono richieste agli istituti di pagamento.

Gli Istituti di moneta elettronica sono sottoposti ad un regime autorizzativo molto simile a quello degli intermediari del 106, e degli Istituti di Pagamento (a loro volta ispirati a quello delle banche) e ad essi si applicano in “quanto compatibili” una serie di disposizioni del testo unico bancario⁴⁶. Le norme richiamate concernono gli assetti proprietari, gli obblighi di comunicazione del collegio sindacale, i requisiti richiesti in capo ai partecipanti al capitale sociale e agli esponenti aziendali, le sanzioni amministrative per la violazione delle regole sulla partecipazione al capitale degli IMEL e degli obblighi di comunicazione relativi a quelle partecipazioni.

Le peculiarità delle condizioni richieste risiedono, quanto al tipo sociale, nella possibilità, da parte dell'IMEL, di adottare anche la forma di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata, o di cooperativa *tout court*; b) nel fatto che il programma iniziale abbia per oggetto non soltanto l'attività iniziale ma anche la struttura organizzativa; c) nella necessità dei requisiti di professionalità anche per i titolari di partecipazioni qualificate; d) la possibilità di negare l'autorizzazione sussiste non soltanto quando dalla verifica delle condizioni non risulti assicurata la sana e prudente gestione, ma anche quando da tale verifica non risulti garantito “il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti”. In sostanza, come già accennato, il regime autorizzativo viene in tutto parificato a quello previsto dall'art. 114-*novies* per gli istituti di pagamento.

Per quanto concerne la disciplina degli Istituti di Pagamento, si rinvengono quindi regole analoghe in punto di costituzione⁴⁷. La disciplina dell'organizzazione e dell'attività è delineata dall'art. 114-*undecies* attraverso la consueta tecnica del rinvio alla disciplina delle banche italiane. La norma estende agli Istituti in parola, in quanto compatibile, la disciplina prevista per le banche in materia di obblighi di comunicazione, poteri di informativa della Banca d'Italia, nozione di partecipazioni indirette e di controllo, requisiti degli esponenti aziendali (con riferimento al solo responsabile del patrimonio destinato nel caso di Istituti «ibridi») e

⁴⁶ L'art. 114-*quinquies* rinvia agli artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 52, 139 e 140, nonché al titolo VI. Agli IMEL “puri”, si applicano anche gli artt. 78, 79, 82, 113-*bis* e 113-*ter*.

⁴⁷ Si vedano PORZIO e CAPONE, *Commenti all'art. 114 novies, commi 1 e 2 e commi 3 e 4*, in MANCINI, RISPOLI FARINA, SANTORO, SCIARRONE ALIBRANDI, TROIANO, *Nuova disciplina*, cit., pp. 437 e 443.

dei partecipanti al capitale (artt. 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26) ^{48 49}.

Il nuovo co. 1 dell'art. 114-*undecies*, come modificato dal d.lgs. 230/2011, nel confermare le altre sanzioni già previste dalla formulazione originaria, estende agli Istituti di Pagamento l'applicazione dell'apparato sanzionatorio (artt. 139 e 140) per la violazione degli obblighi in materia di partecipazione al capitale sociale (autorizzazione della Banca d'Italia e comunicazione alla stessa).

Per gli Istituti di Pagamento ibridi è prevista un'apposita autorizzazione (art.114-*novies*, co. 4) per lo svolgimento dell'attività nei servizi di pagamento e l'opportuna costituzione di un patrimonio separato (destinato) dagli artt. 114-*duodecies* e 114-*terdecies*, la cui disciplina è minutamente dettata, rinviandosi alla disciplina civilistica di cui gli artt. 2447-bis ss. c.c., solo se espressamente richiamata⁵⁰.

5. La disciplina delle crisi degli intermediari del titolo V, V-bis e V-ter.

Se, quindi, per le regole di ingresso al mercato possono ravvisarsi elementi di forte omogeneità, tra gli intermediari del titolo V, V-*bis* e V-*ter*, considerazioni diverse devono operarsi per la disciplina delle crisi. Come si è già rilevato, gli istituti della "crisi" degli intermediari finanziari del 106, vengono delineati dagli articoli 113-*bis* (sospensione degli organi di amministrazione e controllo) e 113-*ter* (revoca dell'autorizzazione), che prevedono procedure che non possono riportarsi a quelle "bancarie" ma neppure a quelle "ordinarie". Si tratta infatti di istituti che si ispirano, in qualche modo, alle procedure del t.u.b.: a ben vedere la sospensione degli organi di amministrazione e controllo rappresenta una sorta di "ibrido" tra la amministrazione straordinaria e la gestione provvisoria bancaria (salvo

⁴⁸ Con riguardo alla disciplina di questi ultimi – spiega la Relazione ministeriale – «si osserva che – sebbene la PSD non prevedeva un obbligo esplicito di autorizzare l'acquisto di partecipazioni rilevanti negli IP – essa richiede tuttavia agli Stati membri di valutare l'idoneità dell'azionista a garantire la «sana e prudente gestione» dell'IP sia nella fase di accesso al mercato, sia successivamente. Qualsiasi cambiamento che incide sulle informazioni comunicate in sede di autorizzazione deve infatti essere comunicato all'Autorità di Vigilanza (art. 14), che ha la possibilità di revocare l'autorizzazione (art. 12)».

⁴⁹ Da cui le perplessità manifestate in dottrina in ordine alla effettiva completa riconducibilità del "patrimonio destinato" in discorso a quello disciplinato da codice civile.

⁵⁰ Si veda ALFANO, *Commento agli artt. 114-duodecies e 114-terdecies*, in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Capriglione, Padova, 2012, p. 1622 ss.

che per la non completa coincidenza dei presupposti oggettivi); per la procedura del 113-*ter*, il confronto è con una liquidazione ordinaria, sottoposta a controllo pubblico, che però è attivata in presenza dei medesimi presupposti oggettivi della liquidazione coatta amministrativa bancaria: la disciplina di quest'ultima (art. 113-*ter*, co. 6), invece, si applica quando l'intermediario sia stato autorizzato allo svolgimento dei servizi di pagamento; quando l'intermediario abbia acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio; quando sia stato accertato giudizialmente lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 82, co. 2. Il legislatore, quindi, invece di predisporre una apposita e compiuta disciplina, ha adottato la tecnica di costruire una disciplina "a mosaico" della crisi degli intermediari, con continui rinvii alla disciplina delle banche, ma senza portare la scelta alle sue estreme conseguenze, quasi a voler riprodurre, anche con riguardo alla disciplina delle crisi la distinzione che pur ancora perdura tra disciplina bancaria e disciplina della intermediazione finanziaria.

Quanto ancora agli IMEL "puri", peraltro, restano applicabili "frammenti" di disciplina bancaria come gli articoli 78 e 79 (relativi ai cc.dd. "provvedimenti straordinari"), l'art. 82 (relativo all'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza). Analogamente dispone l'114-*undecies*, co. 2, per gli Istituti di Pagamento "puri". In sostanza tanto agli IMEL "puri" che agli Istituti di Pagamento "puri" vengono applicate le stesse "procedure" di crisi previste per gli intermediari finanziari *ex* art. 106.⁵¹ Per gli istituti "ibridi", invece, ci si affida alla previsione di patrimoni destinati.

⁵¹ Pertanto né gli IMEL "puri", né quelli "ibridi" saranno sottoponibili alla amministrazione straordinaria prevista dagli artt. 70 ss. del Testo Unico bancario; soltanto gli IMEL "puri" potranno essere sottoposti alla "sospensione degli organi di amministrazione e controllo" prevista dall'art. 113-*bis* (norma che descrive la procedura medesima quale "gestione provvisoria"): la quale ultima, peraltro, non presenta una coincidenza di presupposti oggettivi di applicazione rispetto alla "amministrazione straordinaria bancaria", giacché non vi è riferimento, tra quelli previsti, la "previsione di gravi perdite", e, per lo stesso motivo, neppure con la "gestione provvisoria bancaria" di cui all'art. 76, di cui infatti è richiamata l'applicabilità dei soli co. 2 e 4, e soltanto "in quanto compatibili"; soltanto gli IMEL "puri" potranno essere sottoposti alla speciale "liquidazione controllata" prevista in caso di revoca della autorizzazione di cui all'art. 113-*ter*, i cui presupposti oggettivi coincidono con quelli della "liquidazione coatta amministrativa bancaria" di cui agli artt. 80 ss.; con riguardo, ancora, agli IMEL "puri", laddove ne venga accertato giudizialmente lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 82, co. 1, verrà applicata la vera e propria liquidazione coatta amministrativa bancaria

Non si applicano le disposizioni sulle banche operanti in ambito comunitario (tit. IV, sez. III-*bis*) e sui sistemi di tutela dei depositanti (tit. IV, sez. IV). La prima esclusione si spiega alla luce della scelta del legislatore comunitario di predisporre un regime giuridico unitario per la prestazione di servizi di pagamento con riferimento all'accesso, all'esercizio, alla disciplina dei rapporti contrattuali utente-intermediario, che supera la consueta distinzione tra esercizio domestico e transfrontaliero dell'attività. La seconda trova il suo fondamento nella natura di «intermediari non bancari» degli IP: è escluso che tali soggetti possano raccogliere risparmio tra il pubblico nella forma dei depositi, né i fondi detenuti dagli IP sui conti di pagamento in vista dei futuri pagamenti possono essere considerati tali ⁵². Pertanto, tenuto conto delle scelte operate dal legislatore all'art. 114-*duodecies*, è ragionevole prevedere che la normativa secondaria estenderà l'applicazione delle misure di tutela dei fondi prescritte dalla direttiva per gli IP «ibridi» (art. 9, co. 1 e 2) anche ai fondi ricevuti per conto dei clienti e detenuti dagli IP «puri».

In conclusione, il raffronto operato tra le discipline di recente innovate per gli intermediari dei titoli V, V-*bis* e V-*ter*, e quella bancaria consente oggi di concludere che, ancorché i profili di assimilazione e di tendenziale uniformazione siano largamente evidenti, risulta ancora difficile individuare un elemento conduttore comune. Trattati di discontinuità molto significativi, infatti, sono ravvisabili, come appena evidenziato, nella disciplina delle crisi: discontinuità che, talora, devono ricondursi alla differenza strutturale derivante dall'oggetto sociale dell'intermediario. Ma anche la tecnica normativa contribuisce alla creazione di tali punti di discontinuità, a causa del gioco non sempre organico e logico di sovrapposizione di regolamentazioni, da un lato, e di richiami alla disciplina bancaria, dall'altro.

MARILENA RISPOLI FARINA

in forza del richiamo contenuto nell'art. 113-*ter*, co. 6, reso applicabile agli IMEL «puri» dall'art. 114-*quinquies*. A tale eventualità, del resto, deve ritenersi collegata la previsione, contenuta nell'art. 114-*quinquies*, co. 3, secondo cui «*ai fini dell'applicazione della disciplina della liquidazione coatta amministrativa all'istituto di moneta elettronica, i detentori di moneta elettronica sono equiparati ai clienti aventi diritto alla restituzione di strumenti finanziari*».

⁵² Ai sensi dell'art. 11, co. 2-*ter*, t.u.b. «*Non costituisce raccolta del risparmio tra il pubblico la ricezione di fondi da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento*».

