



## **Sulla revisione delle norme del Testo Unico Bancario sui poteri e le attribuzioni della Banca d'Italia in materia di fusioni ed acquisizioni**

*di Luisa Torchia – Pubblicato in “ASTRID – Rassegna” n. 18 del 2005*

### *1. La vigilanza sul sistema creditizio*

I poteri e le attribuzioni della Banca d'Italia in materia di fusioni ed acquisizioni di enti creditizi rientrano nella più generale funzione di vigilanza sul sistema creditizio, al fine di assicurarne la stabilità.

Si prescinde, qui, dalle possibili opzioni di riallocazione della funzione – in alcuni paesi europei essa è affidata ad autorità diverse dalla banca centrale – per concentrare l'analisi, invece, sulle sue caratteristiche, sulla compatibilità dell'attuale disciplina con la normativa comunitaria e sulle modifiche che sarebbe utile e necessario apportare per assicurare un esercizio imparziale, trasparente ed efficace dell'attività di vigilanza.

### *2. I poteri della banca centrale alla luce del diritto comunitario.*

Il ruolo della banca centrale si è modificato significativamente, in Italia come negli altri paesi europei, in conseguenza della costituzione della BCE e del passaggio all'euro, in particolare per quanto riguarda le attribuzioni in materia di politica monetaria e di sistema dei pagamenti.

La banca centrale nazionale non è più, quindi, né autorità monetaria, né banca delle banche, ma ha mantenuto un assetto organizzativo e regole di esercizio dei propri poteri che erano stati configurati in ragione della peculiare natura e rilevanza di quei ruoli. Di converso, la banca centrale ha mantenuto la funzione di vigilanza sul sistema creditizio, storicamente

strettamente connessa alla politica monetaria e al sistema dei pagamenti ed esercitata all'interno di un ordinamento sezionale, composto quasi esclusivamente di banche pubbliche, sottoposte a veri e propri poteri di direzione da parte della banca centrale (che, ad esempio, decideva se e in quale numero si potevano aprire nuovi sportelli, oppure su quale segmento – credito a breve o credito a medio-lungo periodo – la banca poteva operare; e così via).

Questo assetto è stato modificato in profondità dal diritto comunitario e dal processo di trasformazione delle banche italiane da istituti di diritto pubblico in società per azioni. Le direttive in materia di enti creditizi hanno trasformato i poteri di direzione della banca centrale in poteri di vigilanza e di controllo, finalizzati ad accertare che sussistano le condizioni e i requisiti stabiliti dalle norme e non più a valutare la “bontà” o l’“opportunità” o la “convenienza” di un determinato progetto di fusione o acquisizione, dato che nel settore creditizio stabilità del sistema, concorrenza fra gli enti e integrazione dei mercati nazionali nel mercato unico europeo devono coesistere.

La disciplina comunitaria in materia di fusioni ed acquisizioni riflette, quindi, la disciplina dettata per l'autorizzazione a costituire e rendere operativa l'impresa bancaria. Dall'art. 9 della direttiva 12/2000 (come modificata) emerge con chiarezza che l'autorizzazione è un atto vincolato e che quando ricorrono i requisiti prescritti dalla legge (e non dall'autorità di vigilanza), l'esercizio dell'impresa bancaria è un diritto che non può essere negato.

E, di conseguenza, le operazioni di fusione o di acquisizione di enti creditizi devono essere sottoposte alla stessa logica: tanto è vero che la direttiva, all'art. 16, non prevede neanche un'autorizzazione, ma solo un obbligo di informazione preventiva alle autorità competenti, che dispone di un termine massimo di tre mesi per opporsi al progetto *“se, per tener conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, non sono soddisfatte della qualità delle persone”* fisiche o giuridiche che devono realizzare il progetto.

Il TUB ha, però, recepito questa disciplina in modo da mantenere in capo alla banca centrale un ambito di discrezionalità che, per così dire, “esorbita” dalla vigilanza a fini di stabilità.

In primo luogo, il TUB prevede che le operazioni di fusione e di acquisizione siano soggette ad apposita autorizzazione e, quindi, ad un procedimento più gravoso di quello della informazione preventiva prevista dalla direttiva, in quanto esso deve comunque concludersi con un provvedimento espresso. Secondo il diritto comunitario sarebbe sufficiente, invece, riconoscere all'autorità di vigilanza la possibilità di opporsi entro un determinato termine, di

modo che in mancanza di opposizione l'operazione potrebbe comunque concludersi. La regola così configurata consente anche all'autorità di vigilanza di concentrarsi solo sulle operazioni effettivamente rilevanti e controverse, mentre la previsione di un'autorizzazione obbligatoria richiede che si svolga un procedimento e si assuma un provvedimento espresso per ogni operazione.

In secondo luogo, il TUB separa in due parti distinte il criterio dettato dalla direttiva. Questa consente, infatti, all'autorità di opporsi all'operazione se la qualità delle persone fisiche o giuridiche che la propongono è tale da non garantire una gestione sana e prudente dell'ente creditizio. Il TUB tratta, invece, come requisiti distinti e separati la qualità delle persone e il criterio di sana e prudente gestione, con l'effetto di ampliare di molto, sin quasi a renderne indeterminati i confini, la discrezionalità dell'autorità.

La valutazione della qualità delle persone è, infatti, agevolmente ancorabile a requisiti, quali quelli di onorabilità e di correttezza negli affari, che, pur dotati di elasticità, sono riconoscibili secondo indicatori oggettivi (specie di comportamenti o eventi ostativi). Il collegamento fra qualità della persona e gestione sana e prudente consente, appunto, di configurare la sana e prudente gestione come criterio di valutazione del socio, non dell'impresa.

Se, invece, come fa il TUB, la sana e prudente gestione diviene un criterio generale per il rilascio dell'autorizzazione e non più il fine per il quale è necessaria la qualità delle persone, la vigilanza si esercita su di un elemento non previsto dalle norme comunitarie e diventa fortemente discrezionale, con l'ulteriore conseguenza di limitare il sindacato giurisdizionale sull'attività di vigilanza, non potendo il giudice amministrativo entrare nel merito delle scelte discrezionali.

### *3. Le modalità di esercizio del potere.*

La banca centrale mantiene, quindi, nell'attività di vigilanza sul sistema creditizio, un potere discrezionale che stride con la stessa natura dell'attività da svolgere, quasi che si siano volute mantenere proprio per la vigilanza quelle prerogative che la banca centrale aveva – per ragioni del tutto diverse – in quanto autorità monetaria e banca delle banche.

Tale posizione anomala è aggravata dalle modalità di esercizio del potere, sia sul piano della vigilanza regolamentare, sia sul piano dell'attività amministrativa.

La Banca d'Italia dispone, infatti, di una sorta di potere regolamentare atipico, che esercita tramite le Istruzioni di vigilanza, in odio del tutto libero e privo delle garanzie che circondano l'esercizio del potere regolamentare da parte delle altre autorità di vigilanza.

La stessa attività amministrativa mediante la quale si svolgono i procedimenti e si adottano i provvedimenti autorizzatori presenta forti elementi di specialità, per la ridotta applicazione degli istituti della legge generale sul procedimento (la norma prevede che la legge si applichi "in quanto compatibile"): il diritto di accesso è confinato ad aspetti marginali, data la normativa vigente in materia di segreto d'ufficio, la partecipazione all'istruttoria non è prevista, le responsabilità degli uffici non sono sempre chiare, è incerto il rapporto tra attività istruttoria degli uffici e attività provvedimento dell'organo monocratico (il governatore).

La mancanza o l'incertezza di regole in proposito rende possibile anche un uso discriminatorio e parziale del potere autorizzatorio, specie quando, come è accaduto di recente, siano compresenti più progetti di acquisizione dello stesso ente creditizio. Non si tratta, naturalmente, di assicurare una procedura concorsuale, ma solo di garantire imparzialità e parità di trattamento.

#### *4. Prime ipotesi di modifiche normative.*

Si possono dunque identificare, in prima approssimazione, alcuni possibili interventi di modifica dell'attuale disciplina:

- a) la ridefinizione del procedimento richiesto per le fusioni e le acquisizioni, trasformando l'autorizzazione in una informazione preventiva con possibilità di opposizione da parte dell'autorità di vigilanza;
- b) la definizione delle condizioni sulla base delle quali l'autorità può opporsi, riconducendo il criterio di sana e prudente gestione nei limiti definiti dal diritto comunitario;
- c) la definizione delle modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, garantendo la piena applicazione della legge n.241/1990 sul procedimento e dei principi generali di trasparenza e imparzialità;

d) la definizione dei termini per l'adozione di decisioni da parte dell'autorità di vigilanza (ad esempio, si potrebbe introdurre la regola per cui non solo la decisione deve essere presa entro un certo termine, ma non può essere presa prima di un termine minimo – così nella legge USA – in modo da evitare che il tempo sia usato discriminatoriamente);

e) la disciplina del potere regolamentare, con la riconduzione di fonti del tutto speciali, come le Istruzioni di vigilanza, nell'alveo delle fonti ordinarie;

f) la revisione dei poteri del Cibr, che oggi disciplina con delibera le partecipazioni in enti creditizi (v., da ultimo, Deliberazione 19 luglio 2005, ove si precisano anche i poteri di revoca delle autorizzazioni da parte della banca centrale);

g) la revisione di alcuni poteri specifici, che esorbitano dal potere di vigilanza retamente inteso, quale, ad esempio, il potere della Banca d'Italia di inviare al consiglio di amministrazione della banca target, prima che esso si esprima sull'acquisizione, le valutazioni – che finiscono per valere come indicazioni – dell'autorità di vigilanza;

h) di converso, andrebbe rafforzata la vigilanza sulle informazioni fornite dai vigilati, anche al fine di verificarne la veridicità e introdotte previsioni di obbligo di intervento a fronte di informazioni false o incomplete, o che illustrino una situazione di rischio.