



Bruxelles,

[indicare il numero dell'infrazione]

C()

(Signora/Signor) Ministro,

Mi prego attirare l'attenzione del Suo Governo sul fatto che un'incompatibilità con la normativa comunitaria potrebbe sorgere dalle regole e procedure in Italia riguardanti le acquisizioni da parte di banche di partecipazioni in altre banche italiane, quando applicate ad acquisizioni di banche provenienti da altri Stati dell'Unione europea.

A. L'AMBITO DELLA NORMATIVA VIGENTE A VARI LIVELLI

1. Diritto comunitario primario

L'acquisizione da parte di altre banche europee di partecipazioni in banche italiane riguarda o gli investimenti di portafoglio o gli investimenti diretti. Entrambe le operazioni sono considerate come movimenti di capitali¹. L'articolo 56 del Trattato che istituisce la Comunità Europea stabilisce che "... sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.". Inoltre, gli investimenti diretti rientrano nell'ambito della libertà di stabilimento. L'articolo 43 del Trattato CE che regola il diritto di stabilimento prevede che "*le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate [...]*". Nell'ambito degli investimenti intra-comunitari nel settore bancario, entrambe le libertà del Trattato sono applicabili contemporaneamente in caso di investimenti diretti, laddove nel caso di investimenti di portafoglio si applica la libertà di movimenti di capitali. Di conseguenza, un esame distinto delle misure oggetto del

¹ Sebbene il Trattato non definisca il termine "movimenti di capitali", è stabilito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che la Direttiva 88/361/EEC del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'Articolo 67 del Trattato (GUCE 1988 L 178, p. 5), congiuntamente alla nomenclatura in allegato possa essere usato per definire il termine movimenti di capitali. Vedi Commissione contro Portogallo, caso C-367/98, §37; Commissione contro Francia, caso C483/99, §36, Commissione contro Belgio, caso C-503/99, §37, Commissione contro Spagna, caso C-463/00, §52, Commissione contro Regno Unito, caso C-98/01, §39 e Trummer and Mayer, caso C-222/97, §§20-21. .

presente procedimento alla luce delle norme del Trattato riguardanti la libertà di stabilimento non appare necessario, ma è sufficiente concentrarsi sulla libertà di movimento dei capitali, di cui all'articolo 56 del Trattato CE.

2. Diritto comunitario derivato

Le direttive comunitarie nel settore finanziario hanno stabilito un certo numero di principi fondamentali per garantire l'onorabilità dei dirigenti e la solidità delle istituzioni finanziarie. In particolare, l'articolo 16(1) della direttiva 2000/12/CE relativo all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (la "direttiva banche")² stabilisce che "*[G]li Stati membri prevedono che tutte le persone fisiche o giuridiche che intendano detenere, direttamente o indirettamente, in un ente creditizio una partecipazione qualificata debbano informarne preventivamente le autorità competenti e comunicare l'ammontare di tale partecipazione. Le persone fisiche o giuridiche sono parimenti tenute a informare le autorità competenti quando intendano modificare l'ammontare della propria partecipazione qualificata in modo che la quota dei diritti di voto o del capitale da esse detenuta raggiunga o superi i limiti del 20%, 33% o 50% oppure l'ente creditizio divenga una loro filiazione. [...] le autorità competenti dispongono di un termine massimo di tre mesi dalla data della comunicazione prevista al primo comma per opporsi a detto progetto se, per tener conto della necessità di garantire una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, non sono soddisfatte della qualità delle persone di cui al primo comma.*". Se da un lato, la "direttiva banche" in una certa misura armonizza le condizioni sulle quali si devono basare le decisioni delle autorità nazionali di vigilanza, essa, in particolare l'Articolo 16, non definisce la nozione di "gestione sana e prudente".

3. Il Testo unico bancario italiano e le Istruzioni di vigilanza per le banche

L'Italia ha recepito la Direttiva bancaria tramite il Testo unico bancario del 1993. L'articolo 19 del suddetto Testo unico bancario prevede l'autorizzazione preventiva della Banca d'Italia in caso di partecipazioni superiori al 5% del capitale di una banca rappresentato da azioni o quote con diritto di voto. La Banca d'Italia autorizza preventivamente "*le variazioni delle partecipazioni quando comportano partecipazioni al capitale della banca superiori ai limiti percentuali stabiliti dalla medesima Banca d'Italia e, indipendentemente da tali limiti, quando le variazioni comportano il controllo della banca stessa*". L'articolo 23(1) del Testo unico bancario stabilisce che "*... il controllo sussiste... nei casi previsti dall'articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile*". L'articolo 23(2) del Testo unico bancario stabilisce che "*Il controllo si considera esistente nella forma dell'influenza dominante, salvo prova contraria, allorché ricorra una delle seguenti situazioni: 1) esistenza di un soggetto che, in base ad accordi con altri soci, ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori ovvero dispone da solo della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; [...]*". Le decisioni della Banca d'Italia nell'ambito di tale procedura di autorizzazione sono soggette a controllo giurisdizionale in virtù dell'Articolo 113 della Costituzione

² GUCE L126 del 26.5.2000.

Alla luce di tale giurisprudenza, la regolamentazione nazionale applicabile alle decisioni dell'autorità di vigilanza aventi ad oggetto l'acquisto di partecipazioni in banche italiane da parte di banche di altri Stati membri (cfr. sezione A3) appare insufficiente¹⁵, in quanto le norme attualmente vigenti consentono un esercizio dell'azione di vigilanza mediante una prassi amministrativa che manca di trasparenza sul piano sia dei criteri applicati che della procedura, il che crea incertezza giuridica per gli operatori.

Questa regolamentazione nazionale (di cui sopra – sezione A.3) non è conforme ai principi interpretativi stabiliti dalla Corte di giustizia europea. Essa è insufficiente poiché gli investitori non ricevono chiare indicazioni sulle specifiche ed obiettive circostanze in presenza delle quali un'autorizzazione sarà concessa o negata. La mancanza di criteri specifici utilizzati per la valutazione di carattere prudenziale, in particolare il fatto che la nozione di *"controllo"* e la sua interpretazione da parte della Banca d'Italia rimangono non specificate, determinano una situazione in cui l'autorità di vigilanza può rifiutare, sospendere o revocare l'autorizzazione basandosi su motivazioni non trasparenti, quali ad esempio riguardo la *"stabilità della gestione"*. In questi casi, i soggetti richiedenti l'autorizzazione non ricevono neanche una chiara indicazione sui criteri utilizzati per valutare se la struttura dell'azionariato risultante dall'operazione prospettata garantisce un chiaro ed esclusivo controllo della banca oggetto dell'offerta, poiché tali criteri non sono prestabiliti in un testo normativo.

1) Nell'esempio illustrativo del BBVA, di cui sopra, la Banca d'Italia, con la sua decisione del 13 maggio 2005, concedeva solo l'autorizzazione per l'acquisto di una percentuale di azioni superiore al 50%¹⁶. La Banca d'Italia non poneva specifiche condizioni che avrebbero esplicitato le sue preoccupazioni relative alla gestione della BNL e che le avrebbero permesso di autorizzare l'acquisizione di una quota pari o inferiore al 50%. In sintesi, l'autorità di vigilanza non ha fornito i criteri in base ai quali essa avrebbe valutato se l'assetto azionario e la composizione degli organi amministrativi risultanti dall'operazione avrebbero assicurato un chiaro ed esclusivo controllo della banca oggetto dell'operazione in questione.

2) Inoltre, nel caso del BBVA, con solo il 28,4% dei voti BBVA e i suoi alleati avevano la maggioranza assoluta di componenti del nuovo consiglio di amministrazione della BNL che era stato approvato dall'assemblea ordinaria annuale degli azionisti per un periodo di tre anni a partire dal 21 maggio 2005. Come illustrato nella sezione A.3 di cui sopra, l'articolo 23 (2) del Testo unico bancario consente anche l'assunzione di un controllo de facto. La quota azionaria all'epoca detenuta da BBVA nella BNL si è tradotta in una situazione di controllo de facto secondo il Testo unico. Nel caso in questione, la Banca d'Italia non ha specificato le sue preoccupazioni relative alla *"stabilità della gestione"*, il che dimostra la mancanza di criteri prestabiliti in base ai quali viene utilizzata l'una o l'altra nozione di *"controllo"* (de facto o de jure).

¹⁵ Sui requisiti riguardanti la regolamentazione nazionale applicabile alle decisioni di vigilanza sull'acquisizione di partecipazioni in banche europee, cfr. la Comunicazione della Commissione sugli investimenti intra-comunitari nel settore dei servizi finanziari C/2005/4080

¹⁶ Il fatto che la Banca d'Italia abbia poi chiarito che *"non ha condizionato la sua autorizzazione al fatto che il BBVA raggiungesse una partecipazione superiore al 50% del capitale della BNL, ma ha semplicemente indicato che, in tal caso, essa avrebbe dovuto verificare, dopo la procedura di offerta, se il BBVA sarebbe stato capace di esercitare un controllo effettivo sulla BNL, assicurando la stabilità del management bancario e la fluidità del processo decisionale"*, dimostra solo che per l'investitore vi era un'esigenza iniziale di chiarimenti sulle ragioni della decisione della Banca d'Italia.

C. ANALISI DELLA LEGISLAZIONE ITALIANA SULLA BASE DELLE PRESCRIZIONI DI DIRITTO COMUNITARIO.

Proibizione delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento (Articolo 56 e 43 CE) e possibile giustificazione di tali restrizioni.

Come già indicato, l'acquisizione di partecipazioni nelle banche italiane da parte delle banche di altri Stati membri comporta un investimento di portafoglio o un investimento diretto; entrambe le operazioni sono considerate come movimenti di capitale ai sensi dell'articolo 56 CE. Il caso specifico dell'offerta pubblica di BBVA per l'acquisto di azioni della BNL è un'operazione di investimento diretto che, inoltre, viene effettuata nel contesto della libertà di stabilimento, di cui all'articolo 43 CE. Il requisito di un'autorizzazione dell'autorità di vigilanza per tali operazioni rappresenta una restrizione tanto della libertà di circolazione dei capitali, quanto del diritto di stabilimento. Tale requisito potrebbe comunque rappresentare una restrizione *giustificata* di entrambe le libertà.

La Corte ha stabilito che la libera circolazione dei capitali, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo in due casi: primo, dalle regole comunitarie o nazionali che sono giustificate da eccezioni contenute espressamente nel Trattato, oppure, in secondo luogo, da esigenze imperative di interesse generale elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea sulla base del Trattato. In particolare, l'articolo 58 (1) (b) del Trattato permette agli Stati membri " *di prendere tutte le misure necessarie per prevenire violazioni dei regolamenti e della legge nazionale, in particolare nel settore della...vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie*". Tutte le deroghe ai diritti conferiti dal Trattato devono essere interpretate in modo restrittivo ed il loro ambito di applicazione non può essere determinato unilateralmente dagli Stati membri al di fuori di ogni controllo da parte delle Istituzioni comunitarie¹².

Secondo la giurisprudenza della Corte, le misure nazionali che rischiano di ostacolare o che comunque dissuadono dall'esercizio delle libertà fondamentali stabilite dal Trattato devono essere applicate in modo non discriminatorio; tali misure devono essere conosciute in anticipo dalle parti interessate, devono essere giustificate ed idonee a raggiungere il legittimo obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto necessario per il conseguimento dell'obiettivo stesso¹³. Per quanto concerne le norme legislative nazionali disciplinanti le procedure di autorizzazione, la Corte di giustizia europea ha stabilito che gli investitori devono ricevere chiare indicazioni sulle specifiche ed obiettive circostanze nelle quali un'approvazione preventiva sarà concessa o negata¹⁴.

Gli addebiti della Commissione relativi all'esigenza di trasparenza

¹² Cfr. la sentenza Commissione contro Belgio, causa C-503/99, paragrafo 47 relativo al requisito di pubblica sicurezza come deroga al principio fondamentale di libera circolazione dei capitali.

¹³ Causa C-55/94 Gebhard, paragrafo 37 e successivi riferimenti.

¹⁴ Cfr. la sentenza Commissione contro Spagna, causa C-463/00, paragrafo 74; Chiesa di Scientology, causa C-54/99, paragrafo 21 e 22, così come la sentenza Canal Satélite Digital, causa C-390/99, paragrafo 35 e Analir ed altri, causa C-205/99, paragrafo 38.

4. La rilevanza del diritto comunitario primario

Come accennato in precedenza, il Testo unico bancario e le *Istruzioni di vigilanza* prevedono regole più restrittive di quelle previste all'Articolo 16 della Direttiva bancaria. Il punto n.12 della motivazione della direttiva 2000/12/CE permette agli Stati Membri l'adozione di regole più restrittive di quelle previste all'Articolo 16. Assoggettare l'autorizzazione a condizioni finalizzate a garantire la gestione sana e prudente di una banca non è di per sé contrario all'articolo 16 della "*direttiva banche*": al contrario, l'articolo 16 risulta esigere le stesse condizioni. Tuttavia, nel legiferare e nelle loro prassi amministrative, gli Stati Membri devono rispettare sia le libertà fondamentali garantite dal Trattato CE, sia le norme di diritto comunitario derivato⁹. L'applicabilità dell'Articolo 16 della "*direttiva banche*" (*lex specialis*) a decisioni delle autorità nazionali di vigilanza non esime le autorità nazionali dal rispetto delle regole relative all'esercizio delle libertà del Trattato (*lex generalis*). Tale principio è confermato dal punto n. 16 della motivazione della direttiva banche, in base al quale gli Stati membri possono richiedere il rispetto di specifiche disposizioni delle proprie leggi o regolamentazioni nazionali, "*purché ... queste disposizioni siano compatibili con il diritto comunitario [...]*".

B. I FATTI DI UN CASO ILLUSTRATIVO

Nell'ambito dell'applicazione della regolamentazione nazionale (descritta nella sezione A.3 di cui sopra) all'acquisizione da parte di altre banche dell'Unione Europea di partecipazioni in banche italiane, il caso di BBVA e BNL può illustrare le lacune della medesima regolamentazione nazionale.

Il 29 marzo 2005, il Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) ha presentato una richiesta ufficiale di autorizzazione alla Banca d'Italia al fine di acquisire il controllo di Banca Nazionale del Lavoro S.p.A. (BNL). Al momento dell'Assemblea degli azionisti della BNL il 21 maggio 2005, BBVA, congiuntamente ad altri, azionisti possedeva una partecipazione di meno del 30% del capitale¹⁰ (28,4% nel 2004), che, a suo avviso, permetteva il controllo del consiglio di amministrazione della BNL, ai sensi dell'articolo 23(2) del Testo unico bancario. La Banca d'Italia, nel suo ruolo di autorità nazionale di vigilanza responsabile del controllo prudenziale degli istituti di credito in Italia, ha autorizzato l'offerta di BBVA avente ad oggetto la partecipazione nella BNL soltanto a condizione che BBVA acquisisse più del 50% della BNL¹¹. La Banca d'Italia ha espresso delle riserve sulla gestione sana e prudente della BNL in caso di acquisizione da parte del BBVA di meno del 50% del capitale della BNL stessa. Tuttavia, sulla base della regolamentazione nazionale vigente (descritta nella sezione A.3 di cui sopra) la Banca d'Italia non ha ritenuto opportuno tradurre tali riserve in riferimenti specifici a norme della regolamentazione nazionale stessa.

⁹ Cfr. casi congiunti C-193/97 and 194/97, De Castro Freitas and Escallier, § 23.

¹⁰ 36.9% il voto registrato all'Assemblea Ordinaria Annuale

¹¹ In seguito ad una richiesta della Commissione (lettera congiunta dei Commissari Kroes e McCreevy del 13 luglio 2005), la Banca d'Italia ha chiarito in seguito di "non assoggettare la sua autorizzazione al fatto che BBVA raggiunge una partecipazione superiore al 50% del capitale della BNL, ma di indicare semplicemente che in tale scenario dovrà verificare se dopo la procedura di offerta, BBVA sarà in grado di esercitare un controllo effettivo sulla BNL, assicurando la stabilità della gestione della banca e la fluidità del processo decisionale".

Italiana e della legge italiana sulla giustizia amministrativa (*Legge 24 novembre 1971, n. 1199 in materia di ricorsi amministrativi*).

L'articolo 19(9) del Testo unico bancario stabilisce che la Banca d'Italia emana disposizioni attuative dello stesso articolo 19. La Banca d'Italia ha emanato le *Istruzioni di vigilanza per le banche* in base a questo articolo³. Secondo il Titolo II, Capo 1, Sezione 1, Articolo 2, ultimo capoverso, le *Istruzioni di vigilanza* sono basate anche su una deliberazione del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (*Regolamento del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica del 18 marzo 1998, n. 144, recante norme per l'individuazione dei requisiti di onorabilità dei partecipanti al capitale sociale delle banche e fissazione della soglia rilevante*) relativa alla nozione di "controllo" (senza, tuttavia, che ne sia fornita una definizione). La nozione di controllo è menzionata in varie disposizioni delle *Istruzioni di vigilanza*⁴, ma non esiste alcuna precisazione che consenta di capire se tale menzione si riferisca alla nozione di controllo "*de facto*" o di controllo "*de jure*".

Il termine applicabile all'acquisizione di partecipazioni di controllo da parte di altre banche europee in banche italiane è stabilito all'articolo 4⁵ delle *Istruzioni di vigilanza* secondo le quali la Banca d'Italia ha 60 giorni per rispondere alla relativa richiesta di autorizzazione⁶.

In virtù dell'Articolo 19(5) del Testo unico bancario, "*La Banca d'Italia rilascia l'autorizzazione quando ricorrano condizioni atte a garantire una gestione sana e prudente della banca; l'autorizzazione può essere sospesa o revocata.*" Nel Testo unico bancario, non è fornita alcuna definizione o ulteriore indicazione sulla nozione di "*gestione sana e prudente*". Ai sensi dell'Articolo 5.2⁷ delle *Istruzioni di vigilanza*, il criterio principale per valutare la gestione sana e prudente consiste nella qualità degli azionisti e dei membri della banca. Secondo l'Articolo 5.2.2⁸ delle *Istruzioni di vigilanza*, il giudizio della Banca d'Italia si estende al piano industriale presentato dal soggetto interessato ad acquisire una partecipazione qualificata, il quale deve fornire informazioni sugli assetti proprietari della società al fine di identificare con chiarezza i soggetti controllanti chiamati ad assicurare gli indirizzi gestionali della banca.

Laddove nel presente documento si fa riferimento alla regolamentazione nazionale, tale espressione comprende le succitate disposizioni del Testo unico bancario, le *Istruzioni di vigilanza*, il *Regolamento del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica del 18 marzo 1998, n. 144* nonché l'Articolo 2359, commi primo e secondo, del codice civile.

³ Cfr. Titolo II, Capo 1, Sezione 1, Articoli 1 e 2

⁴ Cfr. Titolo II, Capo 1, Sezione 1, 1. Premessa, §5; Titolo II, Capo 1, Sezione 2, 1. Partecipazioni rilevanti, §1, secondo comma; Titolo II, Capo 1, Sezione 2, 3.1. Progetti di acquisizione; Titolo II, Capo 1, Sezione 2, 3.2. Progetti di dismissione; Titolo II, Capo 1, Sezione 2, 4. Richiesta dell'autorizzazione, §1; Titolo II, Capo 1, Sezione 2, 5.2 Principio della sana e prudente gestione, §1; Titolo II, Capo 1, Sezione 2, 5.2.2 Acquisizione del controllo. Il piano industriale.

⁵ Titolo II, Capo 1, Sezione 2

⁶ Articolo 4 delle *Istruzioni di vigilanza* prevede la possibilità di interrompere tale periodo di 60 giorni ("bloccare il cronometro") se la documentazione presentata dal richiedente è incompleta o insufficiente.

⁷ Titolo II, Capo 1, Sezione 2

⁸ Titolo II, Capo 1, Sezione 2

3) La decisione dell'autorità di vigilanza nel caso del BBVA dimostra anche l'esistenza di un problema di incertezza giuridica poiché gli investitori avrebbero avuto ragione di temere che, in qualunque caso di acquisizione di una banca italiana, la stessa autorità di vigilanza avrebbe potuto concedere ad un istituto di credito di un altro Stato membro un'autorizzazione preventiva solo per acquisizioni di partecipazioni azionarie superiori al 50%. Secondo l'argomentazione addotta nel caso del BBVA, ma non limitata alla specificità di quel caso, l'autorità di vigilanza avrebbe sempre necessità di attendere il risultato dell'offerta pubblica per valutare se l'assetto azionario finale e la struttura di gestione garantiscono un chiaro ed esclusivo controllo della banca oggetto dell'operazione. Mentre l'autorità di vigilanza attende il risultato dell'offerta pubblica, un investitore non riceve nessuna chiara indicazione delle circostanze nelle quali un'autorizzazione sarebbe concessa o negata (nonostante quanto previsto dall'articolo 23 (2) del Testo unico bancario sopra citato).

D. CONCLUSIONI

La presente regolamentazione nazionale risulta pertanto essere insufficiente poiché la sua attuale formulazione consente l'esercizio dell'azione di vigilanza mediante una prassi amministrativa che manca di trasparenza sia sul piano della procedura che per quanto riguarda i criteri utilizzati per la valutazione di carattere prudenziale ed, in particolare, i criteri utilizzati per applicare la nozione di "controllo", il che crea incertezza giuridica per gli operatori.

Per questi motivi, la Commissione delle Comunità europee ritiene che la Repubblica italiana abbia violato gli obblighi ad essa imposti dagli articoli 56 e 43 del Trattato CE.

In forza dell'articolo 226 del Trattato che istituisce la Comunità europea, la Commissione invita il Governo italiano a trasmettere le sue osservazioni in ordine a quanto sopra esposto entro (due mesi, o una scadenza inferiore, a discrezione della Commissione) dal ricevimento di questa lettera.

A seguito dell'esame di queste osservazioni, o se nessuna osservazione sarà trasmessa entro la scadenza prevista, la Commissione si riserva, se necessario, di emettere un parere motivato, come previsto dallo stesso Articolo 226 del Trattato.

Distinti saluti,

Per la Commissione

[Insert Commissioner name]