

UNIVERSITÀ COMMERCIALE LUIGI BOCCONI
DOTTORATO IN DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA
XX CICLO

TESI SI DOTTORATO
IL MERCATO UNICO DEI SERVIZI BANCARI AL DETTAGLIO
TRA ARMONIZZAZIONE E CONCORRENZA

TUTOR: PROF.SSA GIOVANNA ADINOLFI
CANDIDATA: DOTT.SSA PIERANNA BUIZZA
MATRICOLA: 1003623

INDICE

Indice	II
Lista delle abbreviazioni	VII
Introduzione	
I. L'armonizzazione dei mercati finanziari nell'Unione Europea	1
II. Piano di lavoro	13
Capitolo Primo	
Le tappe della creazione di un mercato unico finanziario.	
1. Gli ostacoli alla creazione di un mercato unico finanziario.	16
2. Il mercato comune nel Trattato di Roma del 1957: prestazione di servizi e stabilimento.	19
2.1 La libera circolazione di capitali e pagamenti.	21
3. Sviluppi normativi: il Libro bianco sulla creazione del mercato interno.	23
3.1 La nuova strategia: il mutuo riconoscimento...	25
3.2 ... e l'eliminazione delle barriere tecniche ai servizi.	26
3.3. L'accento posto dal Libro bianco sulla liberalizzazione dei capitali.	30
3.4 L'Atto unico europeo del 1986.	31
3.5 Dal Piano Delors al Trattato di Maastricht.	32
3.6 L'avvento dell'Unione economica e monetaria.	34
3.7 Il ruolo del Comitato di Basilea.	36
4. L'attuazione degli obiettivi del Libro bianco nel settore finanziario.	41
4.1 Il settore bancario.	41
4.2 Il mercato assicurativo.	52
4.3 Il mercato mobiliare	55
5. La creazione del mercato dei servizi finanziari. Il Piano d'azione sui servizi	

finanziari (PASF) del 1999.	60
5.1 Il mercato all'ingrosso.	62
5.2 I mercati al dettaglio aperti e sicuri.	70
5.3 Norme prudenziali e di vigilanza adeguate ai più recenti sviluppi	74
5.4 Condizioni più generali per un mercato finanziario unico ed ottimale.	76
5.5 La riforma dell'apparato legislativo.	77
6. Conclusioni: il mercato al dettaglio è ancora frammentato.	83

Capitolo Secondo

Il settore dei servizi bancari al dettaglio: la direttiva 2006/48 sull'accesso all'attività bancaria e suo esercizio.

1. La direttiva 2006/48: ambito di applicazione.	88
2. Condizioni di accesso e di esercizio dell'attività bancaria.	90
2.1 Le partecipazioni qualificate.	92
3. Il passaporto europeo. Libertà di stabilimento.	94
4. Libera prestazione dei servizi bancari.	97
5. Il ruolo del Paese ospitante.	100
6. Principi di vigilanza prudenziale. Cooperazione tra autorità di vigilanza.	102
7. Lo scambio di informazioni e il segreto d'ufficio.	104
8. Obbligo delle persone incaricate della revisione dei conti annuali e dei conti consolidati.	107
9. Strumenti tecnici di vigilanza prudenziale.	107
10. I fondi propri.	110
11. Requisiti patrimoniali minimi per rischi di credito e operativi.	113
12. La concentrazione dei rischi: la disciplina dei grandi fidi.	116
13. Partecipazioni qualificate al di fuori del campo finanziario.	120
14. Vigilanza e comunicazioni da parte delle autorità competenti.	122
15. Informativa da parte degli enti creditizi.	129
16. Conclusioni	131

Capitolo Terzo

Norme bancarie a tutela dei consumatori

1. Introduzione.	134
2. Il credito al consumo.	139
3. La direttiva 87/102. Ambito di applicazione: un'ipotesi di armonizzazione parziale.	144
4. La disciplina generale.	146
5. La nuova proposta di riforma della direttiva.	151
6. Contenuti della proposta.	154
7. La commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.	160
8. Il quadro giuridico di riferimento, in particolare il rapporto con la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico.	163
9. L'ambito di applicazione oggettivo.	167
10. L'ambito di applicazione soggettivo.	169
11. Il diritto all'informazione. Un esempio di armonizzazione minima.	171
11.1 (<i>segue</i>) I contratti conclusi mediante telefonia vocale.	174
12. Il diritto di recesso.	175
12.1 (<i>segue</i>) L'armonizzazione parziale del diritto di recesso: le deroghe.	176
12.2 (<i>segue</i>) Pagamento del servizio fornito prima del recesso.	178
13. Le carte di pagamento.	180
14. Servizi e comunicazioni non richieste.	181
15. Sanzioni e onere della prova.	183
16. Il diritto di ricorso giurisdizionale, amministrativo e extragiudiziale.	183
16.1 (<i>segue</i>) I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e la rete FIN-NET, cenni.	184
17. Conclusioni. Tutela dei consumatori: armonizzazione solo tendenzialmente massima.	187

Capitolo Quarto

I servizi di pagamento

1. Premessa.	193
2. Il quadro giuridico comunitario. La direttiva 97/5 sui bonifici transfrontalieri.	199
3. Ambito di applicazione.	200
4. Gli obblighi di trasparenza.	201
5. Gli obblighi minimi degli enti e il contenuto del contratto.	202
6. Il regolamento 2560/2001 sui trasferimenti transfrontalieri in Euro.	204
7. Ambito di applicazione.	206
8. I principi di parità e di trasparenza delle commissioni.	207
9. Misure per facilitare i bonifici transfrontalieri e gli ulteriori obblighi degli Stati membri.	208
10. Il progetto di un'area unica per i pagamenti in Euro (<i>Single Euro Payment Area</i>).	208
11. Strumenti e infrastrutture del SEPA.	211
12. Impatto del SEPA.	214
13. Il quadro giuridico di riferimento del SEPA: la proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.	216
14. Ambito di applicazione e oggetto.	217
15. Un'autorizzazione unica per gli istituti di pagamento. Cenni.	218
16. Le norme in materia di trasparenza.	218
17. Diritti e obblighi in relazione alla prestazione di servizi di pagamento.	222
18. Conclusioni	226

Capitolo V

I servizi di pagamento, di conto corrente ed accessori tra concorrenza ed integrazione

1. Premessa.	229
2. La disciplina comunitaria della concorrenza: gli accordi tra imprese (art. 81).	236
2.1 (<i>Segue</i>) Il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante (art. 82).	239
2.2 (<i>Segue</i>) Il regolamento 1/2003 in materia di applicazione delle regole di concorrenza.	241
3. La concorrenza nei sistemi di pagamento.	244
3.1 Gli accordi sui prezzi: le commissioni multilaterali uniformi nei confronti della clientela.	247
3.2 (<i>Segue</i>) Le commissioni multilaterali uniformi a livello interbancario.	251
3.3 (<i>Segue</i>) Le commissioni interbancarie nell'indagine di settore.	255
4. Le disposizioni relative al funzionamento dei sistemi di pagamento: la clausola di non discriminazione e il divieto di sovrapprezzo.	260
5. Altri rilievi dell'indagine di settore relativamente ai servizi di pagamento. Le barriere di tipo strutturale.	264
6. Il problema dell'accesso alle <i>essential facilities</i> . I sistemi di pagamento.	267
6.1 (<i>Segue</i>) L'accesso alle infrastrutture di pagamento.	274
6.2 (<i>Segue</i>) La decisione nel caso <i>Clearstream</i> .	277
7. I riscontri dell'indagine di settore sulla concorrenza nel mercato dei conti correnti e dei servizi correlati.	282
7.1 Il <i>product tying</i> e la pratica di fissazione dei prezzi.	283
8. Le infrastrutture del mercato dei conti correnti: i sistemi di scambio di informazioni tra istituti finanziari sulla solvibilità dei clienti.	285
9. La cooperazione tra banche.	290
10. Il problema della <i>customer mobility</i> .	291
11. Conclusioni: possibili soluzioni di integrazione dei mercati al dettaglio.	296

Conclusioni.	301
Bibliografia	309

LISTA DELLE ABBREVIAZIONI

ACGM	Autorità garante della concorrenza e del mercato
BCE	Banca Centrale europea
BCN	Banche centrali nazionali
CE	Comunità europea
CESR	Committee of European Securities Regulators
DG	Direzione Generale
EFTA	European Free Trade Area
EPC	European Payment Council
ESC	European Securities Commission
FSPG	Financial Services Policy Group
GUCE	Gazzetta Ufficiale della Comunità europea
GUUE	Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
IF	Interchange Fees
MIF	Multilateral Interchange Fees
NDR	Non Discrimination Rule
PAFS	Piano d'azione sui servizi finanziari
<i>Racc.</i>	Raccolta della Giurisprudenza
RTGS	Real-Time Gross Settlement
SEBC	Sistema europeo delle banche centrali
SEPA	Single Euro Payment Area
TCE	Trattato che istituisce la Comunità europea

TCEE

Trattato che istituisce la Comunità
economica europea

UE

Unione europea

INTRODUZIONE

I. L'armonizzazione dei mercati finanziari nell'Unione Europea.

I mercati finanziari sono di importanza centrale per il funzionamento delle moderne economie e dalla loro integrazione dipende la efficiente ripartizione delle risorse economiche ed i risultati economici nel lungo periodo. La loro integrazione nell'ambito della Comunità europea costituisce condizione necessaria per la creazione di un mercato comune, è elemento cruciale nella strategia di Lisbona elaborata dal Consiglio europeo del 2000 per le riforme economiche ed è essenziale per la competitività dell'Unione Europea nel mondo. Per garantire la flessibilità e il dinamismo all'interno dell'economia europea, per aumentare la produttività, la crescita e creare occupazione, conformemente agli obiettivi di Lisbona, sono essenziali mercati di servizi finanziari efficienti, i quali costituiscono “a precondition to make the European Union the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world”¹.

La Commissione europea ha sin dall'inizio deciso di intervenire sulla regolamentazione del sistema finanziario disciplinando separatamente i tre tradizionali comparti degli intermediari creditizi, assicurativi e mobiliari, mediante l'emanazione di specifiche direttive, che omologando le regole strutturali e prudenziali, hanno posto le condizioni per la creazione del c.d. passaporto unico delle imprese finanziarie, attuando, quindi in questo settore le libertà fondamentali di stabilimento e libera prestazione dei servizi.

Un secondo saliente momento del processo di integrazione dei mercati finanziari è consistito nella introduzione della moneta unica. Con la creazione dell'Unione economica e monetaria è iniziata una nuova fase di integrazione europea, che ha visto la nascita di una nuova politica unica, quella monetaria, la quale ha influito sensibilmente sulla creazione ed uniformazione del mercato finanziario europeo. In primo luogo, l'introduzione dell'Euro, nel 1999 per i pagamenti e nel 2002 quale moneta avente effettivo corso legale, è stato catalizzatore di modernizzazione, apportando profondi cambiamenti nell'organizzazione

¹ Communication by Commissioner Kroes in Agreement with Commissioner McCreevy. Memorandum on Sector Inquiries in Financial Services (Retail Banking and Business Insurance), par. 6, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/communication_en.pdf.

delle piazze finanziarie dell'Unione europea, specie nelle relazioni tra le diverse borse valori e nel consolidamento dei sistemi di pagamento e di regolamento delle operazioni su titoli. In secondo luogo, vi è un'unica politica monetaria e di cambio, esercitata esclusivamente dal Sistema europeo delle Banche centrali e dalla Banca Centrale europea, informata all'obiettivo principale della stabilità dei prezzi e a quello subordinato del sostegno delle politiche economiche generali.

Ultimo intervento programmatico della Comunità volto alla creazione del mercato unico finanziario, conseguente all'introduzione della moneta unica, è stata la pubblicazione nel 1999, del Piano d'azione sui servizi finanziari (PASF), dettagliata pianificazione dei provvedimenti volti all'uniformazione delle regole prudenziali relative ai vari intermediari finanziari, all'integrazione dei mercati finanziari all'ingrosso e al dettaglio, dal quale è scaturita copiosissima regolamentazione.

Ai fini del presente lavoro è il mercato dei servizi finanziari, soprattutto bancari, al dettaglio quello che maggiormente interessa. Tale comparto certamente è il più importante, rappresentando più del 50% di tutta l'attività bancaria dell'Europa occidentale. Nel 2004 esso ha prodotto il 2% di tutto il PIL comunitario. Esso comprende servizi come conti correnti, pagamenti, prestiti personali, mutui, risparmi, pensioni, prodotti di investimento e assicurativi forniti a clienti privati, compresi gli investitori al dettaglio, commercializzazione dei servizi a distanza e credito al consumo.

La Commissione ha recentemente rinnovato il proprio interesse nei confronti di questo settore, il quale, nonostante l'adozione delle misure di attuazione del PASF, resta frammentato e compartimentato lungo i confini nazionali.

Con il recente *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*, del 2007 l'istituzione comunitaria prende atto degli scarsi risultati del PASF nel settore in questione, fa una ricognizione delle caratteristiche di tale mercato, riesamina il funzionamento del mercato unico per verificare l'adeguatezza delle sue politiche² e rilancia l'obiettivo di integrare i mercati al dettaglio, data la loro vitale importanza per le economie nazionali e comunitaria.

² COM(2007) 226 def., del 30.4.2007. "I servizi finanziari al dettaglio sono un aspetto essenziale della vita quotidiana dei cittadini dell'UE. Nonostante i consistenti progressi nella creazione di un mercato unico per i servizi finanziari negli ultimi anni, gli studi realizzati mettono in luce che non si è ancora sfruttato tutto il potenziale dell'integrazione dei servizi finanziari al dettaglio e che in alcuni settori la concorrenza è insufficiente", p. 2.

La necessità di aumentare la concorrenza nella fornitura di tali servizi e di superare i confini nazionali nei quali rimane contenuta, nasce anche dalla esigenza di dare una adeguata tutela ai consumatori, che ne sono i principali utenti, secondo la nuova ottica comunitaria che vede nell'utilizzo degli strumenti offerti dal mercato unico il mezzo per migliorare il benessere dei cittadini³.

La Commissione europea ha chiarito in numerosi documenti che alle iniziative del PASF farà seguito una pausa legislativa e non ci sarà un altro piano d'azione sui servizi finanziari. Tuttavia, sia il Parlamento che il Consiglio hanno indicato che l'integrazione finanziaria rimane una priorità chiave della strategia da realizzarsi tra il 2005 e il 2010. Con il Libro bianco relativo alla *Politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010*⁴, la Commissione ha individuato due punti chiave da perseguire in questi anni: una migliore legislazione e una migliore integrazione dei mercati, da raggiungere mediante un'azione coordinata alla politica della concorrenza e dei consumatori⁵.

L'obiettivo dell'integrazione dei mercati finanziari è molto caro alla Comunità europea, proprio per le sue implicazioni macro-economiche. Come ribadito dal Consiglio europeo di Barcellona del 2002, "solo mediante un mercato dei capitali europeo integrato ed efficiente i consumatori e le imprese possono sfruttare appieno i vantaggi offerti dall'introduzione dell'Euro. Mercati finanziari competitivi offriranno ai consumatori e agli investitori una scelta più ampia e prezzi più bassi, con un idoneo livello di protezione"⁶.

A partire dal 1999, con l'adozione del Piano d'azione sui servizi finanziari, l'insufficiente stato di integrazione dei mercati finanziari al dettaglio è stato denunciato da più parti. Nel settembre 2004 la riunione informale del Consiglio ECOFIN in Scheveningen ha preso nota del basso livello di consolidamento nel settore bancario. Nel 2005 il *Financial Integrator Monitor Report* della Commissione, presentando i fattori connessi all'integrazione dei mercati finanziari al dettaglio, ha confermato che " EU retail markets remain fragmented, thus

³ COM(2007) 60 def., del 22.2.2007, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale Europeo e al Comitato delle Regioni - *Il mercato unico per i cittadini - Relazione intermedia per il Consiglio europeo della primavera 2007*.

⁴ COM(2005) 629 def., dell'1.12.2005.

⁵ RYM AYADI, ODILE PILLEY, *The Internal Market for Retail Financial Services: Much remains to be done . Prospectus for a CEPS Task Force*, 2005, p. 2, reperibile all'indirizzo <http://ceps01.link.be/files/TF/ProspectusTF.pdf>

⁶ Conclusioni del Consiglio europeo di Barcellona del 15-16 marzo 2002, par. 35.

preventing consumers from reaping the full benefits of integrated EU financial markets”⁷. Anche il *Report* dell’High Level Group ha sottolineato che la necessità di facilitare l’integrazione dei mercati finanziari al dettaglio costituisce “a natural follow-up to the FSAP to ensure lower costs, greater efficiency, more access to credit on more competitive terms and more consumer friendliness - and also to help SMEs have better access to finance”⁸. Il Libro bianco del 2005, già citato, ha sottolineato la necessità di identificare gli ostacoli che si frappongono all’integrazione dei mercati al dettaglio, quale punto di partenza, onde individuare l’azione più idonea a rimuoverli.

Ad impedire l’integrazione dei mercati in questione, e quindi a limitare la prestazione transfrontaliera di servizi finanziari al dettaglio, intervengono ostacoli c.d. legali ed impedimenti naturali. Tra i primi rientrano le regole nazionali che presiedono alla commercializzazione dei servizi in ciascuno Stato membro e le prassi commerciali; le norme imperative nazionali, a cui sono sottese, normalmente, esigenze di salvaguardia di interessi generali, quali, per esempio, la tutela del consumatore o della stabilità finanziaria; le differenze fiscali. Tali ostacoli, una volta individuati sono suscettibili di essere rimossi mediante un intervento legislativo.

Meno semplice, ma non impossibile, è invece, eliminare le barriere naturali, quali le diversità linguistiche, le preferenze culturali, le considerazioni di vicinanza geografica, che impediscono al consumatore di accedere ai servizi e prodotti finanziari prestati altrove e che non possono essere soppressi mediante un intervento legislativo.

L’aggiramento di tali ostacoli sembrerebbe, o è sembrato in passato, possibile solo mediante lo stabilimento di una succursale nello Stato in cui si vogliono estendere i propri affari e, quindi, solo mediante la presenza fisica della banca che voglia prestare i propri servizi oltre frontiera.

In realtà progressi potrebbero essere raggiunti mediante l’utilizzo di una “lingua franca” e le distanze geografiche potrebbero essere superate mediante lo sviluppo delle tecnologie informatiche e di internet, con la conseguenza che, come è stato detto, grazie ai progressi in

⁷ Commission Staff Working Document, *Financial Integration Monitor*, 2005, p. 15, reperibile all’indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/cross-sector/fin-integration/050708fim.pdf.

⁸ High Level Group, *Facing the Challenge: The Lisbon Strategy for Growth and Employment*, 2004, p. 26, reperibile all’indirizzo http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/kok_report_en.pdf.

tali settori “many natural barriers now increasingly represent management challenges rather than insurmountable obstacles”⁹.

Il presente lavoro si concentra sul progetto di integrazione del mercato unico bancario e in particolare del settore dei servizi bancari al dettaglio, il quale si inserisce nel più ampio obiettivo di attuazione delle quattro libertà fondamentali (lavoro, servizi, merci e capitali) e quindi di costruzione del mercato unico comunitario, obiettivo da raggiungersi mediante tappe successive, l’adempimento di alcune delle quali porta alla fissazione di ulteriori traguardi¹⁰ (approccio funzionalistico)¹¹.

Come affermato dalla Commissione “il mercato unico ha carattere dinamico, è in costante evoluzione e si adatta alle nuove realtà. In quanto tale, esso non sarà mai ‘realizzato’ o ‘compiuto’ (...) Man mano che il mercato si evolve, si palesano nuovi tipi di barriere. È imperativo preservare i vantaggi del mercato unico per i consumatori e per le piccole imprese, mettendo a loro disposizione tutti i profitti che ne derivano. Mentre inizialmente, nel perseguire il mercato unico, ci si è incentrati sulla soppressione dei maggiori ostacoli transfrontalieri che si frapponivano alle imprese, il mercato unico del XXI secolo deve evolversi in modo da consentire ai mercati di operare meglio e di apportare vantaggi ancora più tangibili a tutti i cittadini, imprenditori, lavoratori e consumatori europei nell’UE ampliata”¹².

Principale strumento su cui si basa la politica comunitaria di creazione del mercato unico, anche finanziario, è dato dall’art. 95 TCE (ex art. 100 A TCEE) finalizzato alla introduzione di misure comuni volte al “ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno”. Tale articolo è stato introdotto dall’art. 18 dell’Atto unico europeo, al

⁹ RYM AYADI, ODILE PILLEY, *The Internal Market*, cit., p. 4.

¹⁰ “L’Europa non si costruirà in un colpo solo né attuando un qualche piano d’insieme: si costruirà su risultati concreti” (Robert Schuman). Il mercato comune viene inteso come “l’operare di un processo evolutivo”. Esso viene inteso non “come un sistema statico governato da leggi immutabili, ma viceversa come un sistema per sua natura in espansione, il cui buon funzionamento presuppone e richiede una progressiva integrazione”. cfr. ROSSI, *Il “buon funzionamento del mercato comune”. Delimitazione dei poteri fra Cee e Stati membri*, Milano, 1990, p. 5 ss. e p. 202.

¹¹ Cfr. ENGLE, *The EU means Business: A Survey of Legal Challenge and Opportunities in the New Europe*, in *De Paul Business & Commercial Law Journal*, 2006, par. 1. Per un’analisi delle teorie che stanno alla base dell’integrazione europea cfr. SELK, RHINARD, HÄGE, *The Evolution of European Legal Integration*, in *European Journal of Law and Economics*, 2007, p. 187-200.

¹² COM(2007) 60 def., cit., p. 3 s.

fine di agevolare la creazione del consenso in seno al Consiglio, prevedendo la possibilità di adottare tali misure con maggioranza qualificata (e dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht con procedura di codecisione), in deroga al principio della unanimità già previsto dall'art. 100 TCEE (attuale art. 94 TCE).

In base all'art. 95 la Comunità è competente a legiferare al fine superare gli ostacoli creati da quelle norme nazionali che pregiudicano l'attuazione delle quattro libertà fondamentali o che incidono negativamente sui meccanismi della libera concorrenza¹³.

L'armonizzazione comporta l'omogeneizzazione delle numerose e diverse norme nazionali relative ad una determinata materia, oggetto di una direttiva comunitaria, la quale può provocare un diverso grado di uniformazione a seconda del livello di consenso e di compromesso raggiunto tra gli Stati membri e delle modalità di attuazione da loro utilizzate. Il problema (o se si vuole, la caratteristica) della legislazione comunitaria di ravvicinamento delle disposizioni nazionali è connesso all'essenza stessa della Comunità, composta da ventisette Stati membri, ciascuno con una propria identità, storia, tradizione e con i propri interessi da tutelare. L'organo legislativo della Comunità europea non è indipendente, ma anzi, il Consiglio è composto dai ministri dei Paesi comunitari. Ne deriva che ogni proposta legislativa proveniente dalla Commissione (organo effettivamente indipendente) deve necessariamente trovare il *placet* della maggioranza qualificata degli Stati. La nuova normativa unica solo a fatica trova il benessere di tutti i Paesi membri: ben si capisce come il compromesso sia elemento caratteristico della legislazione comunitaria, e come da ciò spesso dipenda la qualità della medesima.

¹³ La competenza della Comunità non si estende a tutti i casi in cui il mercato non funziona perfettamente, poiché essa non ha una generale funzione legislativa in merito all'approssimazione delle legislazioni nazionali. Per esempio, l'art. 95 par. 2 esclude che si possano ravvicinare ai sensi del par. 1 le legislazioni fiscali, quelle relative alla libera circolazione delle persone e dei lavoratori. Inoltre, l'intervento comunitario ai sensi dell'art. 95 dovrebbe rimanere contenuto nella "misura necessaria al funzionamento del mercato comune", clausola che agisce da limite all'espansione delle competenze della Comunità, alla quale non è attribuito un generico potere di intervenire a garanzia del funzionamento del mercato, bensì solo quello di regolare determinate materie al fine di raggiungere tale scopo (Cfr. BERNARD, *The Future of the European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 633-666, p. 640. Cfr. anche ROSSI, *Il "buon funzionamento del mercato comune"*, cit., p. 199 ss.). L'art. 95 è stato utilizzato per il ravvicinamento di legislazioni appartenenti ad un'ampia gamma di settori: tutela dei consumatori, dell'ambiente, dei lavoratori, armonizzazione degli standard tecnici per la produzione e commercializzazione di beni e servizi, e così via. Cfr. WHEATHERILL, *Harmonisation: How Much, How Little?*, in *European Business Law review*, 2005, p. 533-545, p. 534 s.

Nel corso del tempo la Comunità ha conosciuto diverse intensità di ravvicinamento delle legislazioni nazionali ed ha adottato misure di armonizzazione massima o totale, minima, parziale, alternativa, misure di c.d. *reflexive harmonization* o armonizzazione raggiunta per mezzo del mutuo riconoscimento. Tali diverse tecniche legislative hanno caratterizzato, e continuano a caratterizzare, anche il settore finanziario.

L'armonizzazione massima ricorre nelle ipotesi in cui per superare le distorsioni del mercato comunitario è necessario porre in essere un quadro legislativo completo¹⁴. Esso si caratterizza per l'ampiezza e il dettaglio della norma comunitaria, la quale priva gli Stati membri della facoltà di interagire con essa, impedendo loro di discostarsi dalla sua lettera, salva la possibilità di ricorrere alle disposizioni previste dal quarto e quinto paragrafo dell'art. 95, che permettono allo Stato, nelle sole materie espressamente indicate da tali disposizioni, previa notifica e autorizzazione da parte della Commissione, di "mantenere legislazioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'articolo 30 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro" (par. 4), o di introdurre nuove regole "fondate su nuove prove scientifiche inerenti alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, giustificate da un problema specifico a detto Stato membro insorto dopo l'adozione della misura di armonizzazione" (par. 5). Il ricorso a tali paragrafi è escluso per esigenze diverse da quelle della tutela ambientale, del lavoro o dalle esigenze di cui all'art. 30 TCE. Nel campo che ci interessa, per esempio, una volta adottata una direttiva di armonizzazione totale, gli Stati membri non possono né adottare né mantenere legislazioni che introducono standard più elevati a tutela degli interessi finanziari dei consumatori¹⁵.

Tale tipo di legislazione impone regole rigide, che gli Stati sono tenuti ad attuare, senza poter introdurre standard di protezione più elevati. Le direttive di armonizzazione massima o totale pongono in essere regole dettagliate che la dottrina americana definisce nei seguenti termini: "A legal directive is "rule"-like when it binds a decisionmaker to respond in a determinate way to the presence of delimited triggering facts. Rules aim to confine the decisionmaker to facts, leaving irreducibly arbitrary and subjective value choices to be worked out elsewhere. A rule captures the background principle or policy in a form that

¹⁴ KURCZ, *Harmonisation by Means of Directives – Never-Ending Story?*, in *European Business Law review*, 2001, p. 287-307, p. 295.

¹⁵ ROTT, *Minimum Harmonisation for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 1107-1135, p.1130.

from then on operates independently. A rule necessarily captures the background principle or policy incompletely and so produces errors of over- or under-inclusiveness. But the rule's force as a rule is that decisionmakers follow it, even when direct application of the background principle or policy to the facts would produce a different result"¹⁶.

Tuttavia, tali misure richiedono anni prima di poter essere adottate poiché, data la natura non modificabile delle regole da esse poste, ogni Stato si preoccupa di assicurare la tutela degli specifici interessi nazionali. Sicuramente esse costituiscono gli strumenti che meglio assicurano la creazione di un *level playing field* per la concorrenza e di un'unica regolamentazione finanziaria a livello comunitario, incentivando la prestazione transfrontaliera dei servizi e lo stabilimento di succursali all'estero. Tuttavia, le medesime presentano una serie di svantaggi, poiché eliminando la discrezionalità statale impediscono le possibilità di diversificazione dei prodotti e di sperimentazione. A tali inconvenienti gli Stati pongono normalmente rimedio mediante deroghe, clausole di *opt-out*, in modo tale da "accomodare" la regolamentazione comune alle esigenze nazionali.

Alla tecnica della armonizzazione massima, nel settore finanziario, sembrerebbero (o vorrebbero) informarsi le direttive sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari¹⁷ e la proposta di direttiva sul credito al consumo¹⁸, entrambe rispondenti ad un obiettivo di tutela dei consumatori. Rientra sicuramente in questa tipologia di regole, anche se previsto da un diverso atto normativo, il patto di crescita e stabilità¹⁹, il quale è stato elaborato al fine di garantire la disciplina di bilancio degli Stati membri, per evitare disavanzi eccessivi e per contribuire, quindi, alla stabilità monetaria. Esso prevede regole rigide e fissa

¹⁶ SULLIVAN, *The Supreme Court 1991 Term: Foreword: The Justice of Rules and Standards*, in *Harvard Law Review*, 1992, par. II.

¹⁷ Dir. 2002/65/CE, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in GUUE L 271 del 9.10.2002, p. 16-24.

¹⁸ Proposta modificata di dir. del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori, che modifica la dir. 93/13/CE del Consiglio, COM(2005) 483 def., del 7.10.2005.

¹⁹ Il Patto di crescita e stabilità è disciplinato dalla Risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno 1997 (in GUCE C 236 del 02.08.1997, p. 1-2) e da due regolamenti: reg. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi (in GUCE L 209 del 02.08.1997, p. 6-11), che chiarisce e accelera la procedura riguardante i disavanzi eccessivi, in modo che essa possa svolgere una funzione effettivamente dissuasiva; reg. 1466/97 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, (in GUCE L 209 del 02.08.1997, p. 1-5), che mira a sorvegliare le posizioni di bilancio degli Stati membri e coordinarne le politiche economiche.

il valore di riferimento per il disavanzo pubblico al 3% del prodotto interno lordo (PIL). Il superamento di tale valore è consentito solo in circostanze eccezionali, quando sia determinato da un evento inconsueto non soggetto al controllo dello Stato membro interessato che abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione oppure nell'eventualità di una grave recessione economica. In ogni altro caso l'infrazione di tale regola è sanzionata con decisione del Consiglio, il quale non può tener conto delle ragioni e giustificazioni nazionali.

Le direttive di armonizzazione totale mirano a disciplinare l'intera materia nel dettaglio ed impongono agli Stati membri due principali obbligazioni: quella di permettere la circolazione dei prodotti o i servizi conformi alle direttive e di vietare la commercializzazione di quelli non conformi. Questo approccio si differenzia da quello della c.d. armonizzazione parziale, dove determinati ambiti della medesima materia vengono armonizzati totalmente e determinati altri vengono lasciati alla discrezionalità degli Stati membri. Tipico esempio di armonizzazione parziale, come vedremo, è dato dalla direttiva sul credito al consumo.

Capita, inoltre, che la maggior parte delle norme della direttiva si inquadrino nella fattispecie della armonizzazione totale, mentre un articolo introduca una clausola di armonizzazione minima.

Si parla di armonizzazione alternativa quando la direttiva lascia la possibilità agli Stati di dare attuazione alla direttiva scegliendo tra le diverse soluzioni proposte dalla medesima.

Con armonizzazione minima si fa riferimento alla imposizione da parte della Comunità di soli principi minimi, necessari per il funzionamento del mercato comune, con la espressa facoltà lasciata agli Stati membri di adottare regole più dettagliate e standard più elevati, in altre parole "the applicable Community legislation sets a floor, the Treaty itself sets a ceiling and the Member States are free to pursue a discretion between these two parameters"²⁰.

Le direttive che operano una armonizzazione minima offrono un buon compromesso tra la necessità di creare un *level playing field* per la concorrenza (ponendo standard minimi) e le esigenze nazionali (con la facoltà per gli Stati di superare il livello minimo). Il metodo della armonizzazione minima è l'unico che è espressamente codificato nel Trattato CE. Gli

²⁰ WEATHERILL, *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional change in the European Community*, in O'KEEFE, TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, p. 13-33, p. 25.

articoli 137, par. 2 (in materia di disposizioni sociali), 153, par. 5 (in materia di tutela dei consumatori) e 176 (in materia di tutela dell'ambiente), vi fanno, infatti, espresso riferimento. La possibilità di ricorrere al descritto metodo di legiferazione è stato per la prima volta codificato con l'Atto unico europeo che ha introdotto la possibilità di ricorrere all'uso di prescrizioni minime in alcuni ambiti materiali²¹ lasciando agli Stati la possibilità di superare il livello minimo di regolamentazione comune.

In questi casi “[a] legal directive is “standard”-like when it tends to collapse decisionmaking back into the direct application of the background principle or policy to a fact situation. Standards allow for the decrease of errors of under- and over-inclusiveness by giving the decisionmaker more discretion than do rules. Standards allow the decisionmaker to take into account all relevant factors or the totality of the circumstances. Thus, the application of a standard in one case ties the decisionmaker’s hand in the next case less than does a rule - the more facts one may take into account, the more likely that some of them will be different the next time”²².

La pratica della armonizzazione minima si accompagna spesso alla previsione del mutuo riconoscimento degli standard tecnici nazionali, prassi frequentemente utilizzata per l'armonizzazione del settore finanziario. Essa è stata ufficializzata con l'Atto unico europeo²³ a seguito della pubblicazione del *Libro bianco sul completamento del mercato interno*²⁴ che ha auspicato un cambiamento nell'approccio legislativo comunitario: l'abbandono, o meglio l'accantonamento, della tecnica di armonizzazione dettagliata ex art. 100 TCEE (attuale art. 94 TCE) e delle sue lungaggini²⁵, l'introduzione di norme che permettessero l'adozione di misure con la sola maggioranza qualificata e il recepimento, anche nel settore

²¹ Cfr. art. 21 AUE che ha introdotto l'art. 118 A TCEE ora rinfuso nell'art. 138 TCE, in materia di politiche sociali.

²² SULLIVAN, *The Supreme Court 1991 Term: Foreword*, cit., par. II.

²³ L'Atto unico europeo non disciplina espressamente la tecnica del mutuo riconoscimento. Tuttavia un implicito riconoscimento della medesima si riscontra nell'art. 19 che ha introdotto l'art. 100 B TCEE (successivamente abrogato con il Trattato di Amsterdam) il quale stabiliva, tra le altre cose che “[il] Consiglio, deliberando secondo le disposizioni dell'art. 100 A, può decidere che talune disposizioni in vigore in uno Stato membro devono essere riconosciute come equivalenti a quelle applicate da un altro Stato membro”.

²⁴ Libro bianco della Commissione per il completamento del mercato interno, COM(1985) 310 def., del 28-29 giugno 1985.

²⁵ L'art. 100 TCEE, attuale art. 94 TCE, era l'originale norma prevista dal Trattato in materia di ravvicinamento delle disposizioni legislative nazionali. Essa prevedeva che le misure di armonizzazione venissero adottate all'unanimità. Questa circostanza, unita alla volontà della Commissione di emettere norme di armonizzazione dettagliata, era causa di enormi ritardi nella adozione delle direttive.

dei servizi, del principio del mutuo riconoscimento enunciato per la prima volta, in materia di libera circolazione delle merci, dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Cassis de Dijon*²⁶. In base a tale principio i beni o servizi prodotti in uno Stato membro conformemente alle legislazioni nazionali vigenti, possono circolare liberamente in tutto il territorio comunitario, senza dover superare alcun esame di conformità rispetto alle normative degli altri Paesi europei. In tal modo si sancisce l'equivalenza degli standard tecnici nazionali (perché coerenti con la normativa comunitaria) e la validità del controllo effettuato dal Paese d'origine. Grazie al mutuo riconoscimento la direttiva ha mutato le proprie caratteristiche. Non è più un atto normativo nuovo, o completamente nuovo, difficile da emanare perché si devono mettere d'accordo ventisette Paesi, ognuno dei quali desidera vedere riconosciuta come norma comune la propria legislazione nazionale. Essa, invece, si limita a fissare i principi o le condizioni minime necessarie affinché la legislazione di un Paese possa essere riconosciuta in tutti gli altri²⁷.

Il mutuo riconoscimento nel settore finanziario si è accompagnato, quindi, all'emanazione di direttive di armonizzazione minima. Prima fra queste, emessa con tale tecnica legislativa è stata la c.d. seconda direttiva bancaria 89/646²⁸ (il cui contenuto è oggi rinfuso nella direttiva 2006/48²⁹) la quale, proprio grazie al mutuo riconoscimento, ha attuato la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi degli enti creditizi nel territorio comunitario. Essa pone una regolamentazione prudenziale minima comune a tutti gli Stati con lo scopo precipuo di creare un mercato bancario comunitario, abolendo i maggiori ostacoli alla libertà di stabilimento degli istituti di credito e alla libertà di prestare servizi transfrontalieri. Al fine di raggiungere l'obiettivo prefissosi, fa ricorso a due importanti strumenti: la "licenza unica bancaria", basata sul principio del mutuo riconoscimento e sul principio del controllo dello Stato membro d'origine, e la creazione di un gruppo di norme comunitarie volte ad armonizzare i requisiti per il rilascio dell'autorizzazione oltre alcuni essenziali standard

²⁶ Corte di Giustizia, sent. 20.2.1979, causa 120/78, *Reve v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Racc.* 1979, p. 649 ss.

²⁷ GUARINO, *L'atto unico e il processo di integrazione europea*, in ID, *Dalla costituzione all'Unione Europea. Del fare del diritto per cinquant'anni*, Napoli, 1994, p. 481-489, p. 483.

²⁸ Seconda dir. 89/646/CEE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, in GUCE L 386 del 30.12.1989 p. 1-13.

²⁹ Dir. 2006/48 relativa all'accesso, all'attività degli enti creditizi e al loro esercizio, in GUUE L 177 del 30.6.2006, p. 1-200.

prudenziali, quali il capitale minimo, il controllo delle partecipazioni bancarie in settori non bancari e il controllo degli assetti proprietari. Grazie all'introduzione della licenza unica, gli istituti di credito autorizzati dal proprio Stato d'origine non necessitano più di alcuna ulteriore autorizzazione da parte dello Paese ospite, il quale si trova obbligato a riconoscere gli standard prudenziali sulla base dei quali il primo ha rilasciato la propria licenza.

Ultimo approccio di armonizzazione caratterizzante la legislazione comunitaria (anche quella finanziaria) è la c.d. *reflexive harmonization*, la quale si caratterizza per la progressività della formazione delle norme. Al livello comunitario compete l'adozione dei soli principi generali e minimi, mentre la predisposizione della regolamentazione al dettaglio è effettuata in un secondo momento. Tipico esempio è dato dal procedimento posto in essere in seguito alla pubblicazione del *Lamfalussy Report* del 2001³⁰ (con il compito di valutare le problematiche regolatorie connesse alla creazione di un mercato europeo nel settore dei valori mobiliari) il quale prevede quattro livelli di regolamentazione: l'adozione di una direttiva contenente principi e standard generali (primo livello), seguita dalla formulazione di regole dettagliate ad opera della Commissione assistita da organi tecnici e specializzati (secondo livello). Il terzo livello concerne l'attuazione della nuova regolamentazione negli Stati membri, mentre il quarto prevede il controllo della Commissione nella fase di attuazione nazionale.

Le misure comunitarie pongono talvolta delle precise e dettagliate regole (*rules*) che non consentono alcuna discrezionalità durante la fase attuativa nazionale; tal'altra, e più frequentemente, le direttive stabiliscono dei principi o standard minimi che non escludono la possibilità di ogni Stato membro di dare attuazione alle direttive mediante l'introduzione di regole al dettaglio diverse, sempre che determinino una maggiore protezione dei destinatari della direttiva e siano, perciò, ad essi più favorevoli. A ciascuna delle due tecniche legislative sono connessi numerosi vantaggi ed altrettanti svantaggi.

La predisposizione di regole, *rules*, determina una maggiore prevedibilità del diritto, elimina l'attività discrezionale degli Stati all'atto della adozione delle misure comunitarie, comportando quindi una maggiore certezza del diritto e una migliore coerenza del sistema

³⁰ Cfr. Committee of Wise Men, *Final Report on Regulation of European Securities Markets*, del 15.02.2001, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf.

giuridico europeo³¹. L'abolizione delle differenze tra legislazioni nazionali facilita il movimento di servizi, capitali e lavoro ed incrementa la concorrenza transfrontaliera, determinando così una maggiore integrazione dei mercati³².

Tuttavia non mancano gli svantaggi connessi all'utilizzo della tecnica di armonizzazione massima. La stessa rigidità della norma, là dove porta una maggiore certezza del diritto, costituisce anche il suo limite. La legge non può, infatti, prevedere tutto: determinati fatti sfuggono al suo controllo, altri rientrano nell'ambito di applicazione della medesima senza possibilità che essa tenga in considerazione le esigenze del caso concreto. Inoltre, la rigida previsione normativa impedisce la diversificazione dei prodotti e servizi tipici nazionali e non consente di modellare le normative comunitarie tenendo conto degli interessi anche nazionali³³.

Gli standard, per loro natura flessibili, permettono una applicazione maggiormente discrezionale dei medesimi, consentendo di adeguare le norme ai casi concreti e soprattutto agli specifici interessi nazionali.

D'altro canto, le medesime caratteristiche determinano una diminuzione della certezza, della chiarezza del diritto e della sua prevedibilità³⁴, aumentando il rischio di frammentazione del mercato interno: a livello comunitario l'armonizzazione di principi si riduce in una regolamentazione al dettaglio diversa da Stato a Stato che si traduce in un ostacolo alla libera prestazione dei servizi e alla concorrenza.

II. Piano di Lavoro

Il presente lavoro, si concentra in primo luogo sull'analisi delle direttive di armonizzazione emesse nel settore dei servizi bancari al dettaglio, in attuazione del secondo obiettivo del PASF, relativo all'integrazione dei citati mercati finanziari. In secondo luogo analizza gli interventi che la Commissione e la Corte di Giustizia hanno effettuato nel medesimo settore in applicazione delle norme sulla concorrenza.

³¹ LIBRETTA, *The Economic Monetary Union: a Standards or Rules-Based Institution?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2003, par. IV. Cfr. anche SULLIVAN, *The Supreme Court 1991 Term: Foreword*, cit.

³² KURCZ, *Harmonisation by Means of Directives*, cit., p. 295.

³³ Ibidem.

³⁴ LIBRETTA, *The Economic Monetary Union*, cit., par. IV.

L'intero l'impianto del lavoro è volto a vagliare il tipo e l'efficacia degli sforzi comunitari. Vengono analizzate le tecniche di armonizzazione utilizzate dalle direttive (dir. bancaria 2006/48, dir. 87/102 sul credito al consumo, dir. 2002/65 relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, dir. 97/5 sui bonifici transfrontalieri, reg. 2560/2001 sui pagamenti in euro, la proposta di direttiva (COM(2005) 603) relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno) e a fronte della apparente insufficienza di tali misure al raggiungimento del risultato sperato ci si pone una domanda: sono le misure adottate nel settore dei servizi finanziari al dettaglio sufficienti per il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi della Comunità di integrazione di tali mercati e di creazione di condizioni concorrenziali degli stessi? Ci si chiede, in sostanza, se la tecnica utilizzata dalla Comunità sia adeguata agli obiettivi che essa si pone, se cioè le direttive di armonizzazione possano o non possano creare davvero un mercato unico finanziario, tentando di verificare la natura delle norme in essa poste: se esse siano delle vere e proprie regole e se quindi il sistema comunitario finanziario sia *rule-based* o se, invece, si basi sull'enunciazione di standard (*principle based system*).

Il primo capitolo svolge una panoramica descrittiva e storica delineando il quadro della legislazione finanziaria attualmente vigente e le varie tappe che, a partire dall'adozione del Libro bianco del 1985 sul completamento del mercato interno, hanno portato alla sua adozione. Il secondo capitolo introduce la direttiva bancaria 2006/48, che offre il quadro prudenziale essenziale alla operatività di un mercato unico bancario, ponendo le basi del c.d. passaporto unico delle banche comunitarie. I capitoli successivi si concentrano sull'analisi di alcune delle norme, scaturite dalla volontà di dare attuazione al PASF. L'ambito di ricerca è limitato alle misure proprie del mercato dei servizi bancari tradizionali al dettaglio direttamente indicate nel secondo obiettivo del PASF, dedicato espressamente alla creazione di mercati al dettaglio aperti e sicuri, e a quelle che, pur non espressamente previste, sono da esso scaturite³⁵. In particolare, il terzo capitolo analizza le direttive relative al credito al consumo e alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari. Il quarto capitolo si

³⁵ Non sono stati presi in considerazione i servizi di investimento e nemmeno, quindi, la direttiva che direttamente se ne occupa, ossia la n. 2004/39 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le direttive 85/611 e 93/6 del Consiglio e la direttiva 2000 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22 del Consiglio, in GUUE L 145 del 30.4.2004, p. 1-44. Essa è stata adottata, in attuazione del terzo obiettivo del PASF, dedicato alla creazione di mercati all'ingrosso.

occupa del mercato dei servizi di pagamento, analizzando le innumerevoli e importanti innovazioni che, anch'esse figlie del Piano d'azione, modificheranno profondamente il citato settore economico già dai prossimi anni: sono esaminate la direttiva sui bonifici transfrontalieri, il regolamento sui pagamenti in euro, il progetto dell'Eurosistema della BCE e della Commissione di creazione un'area unica per i pagamenti in Euro (*Single Euro Payment Area*, SEPA) e la proposta di direttiva della Commissione che ne porrà le regole di funzionamento.

Infine, il quinto capitolo analizza i progressi apportati al progetto di integrazione dei mercati al dettaglio, dallo strumento comunitario posto a tutela del mercato unico: le regole della concorrenza. In esso si analizza l'applicazione delle norme antitrust, considerando le decisioni e le sentenze adottate in attuazione degli articoli 81 e 82 TCE e, in particolare, i risultati dell'indagine di settore lanciata dalla Commissione nel 2006 e conclusasi nel 2007 sugli ostacoli alla concorrenza nel mercato dei servizi bancari al dettaglio, ossia i mercati dei pagamenti, dei conti correnti e dei servizi ad essi correlati.

Fino ad oggi gli interventi dell'autorità antitrust comunitaria (per il settore *retail*) si sono principalmente concentrati sul settore dei sistemi di pagamento (commissioni interbancarie e commissioni applicate alla clientela). L'indagine di settore fa intuire che azioni comunitarie (o delle autorità nazionali) potranno e dovranno essere prese anche in altri ambiti per verificare la compatibilità col mercato comune (o nazionale) delle pratiche di fissazione dei prezzi dei conti correnti e di *product tying*, delle banche dati di raccolta delle informazioni sulla insolvenza dei clienti, delle loro regole di accesso e di quelle proprie dei sistemi di pagamento in generale (...). Molti degli ostacoli individuati dall'indagine di settore possono e devono essere risolti non solo tramite l'applicazione delle norme antitrust, ma con l'adozione di norme di armonizzazione. La proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e l'attuazione del progetto di costituzione di un'area unica per i pagamenti in Euro sembrano risolvere talune di queste questioni, ponendo regole di funzionamento, anche molto dettagliate, e strutture comuni per la prestazione di servizi di pagamento nella zona Euro. Altre risposte potrebbero arrivare dalla adozione di una direttiva relativa ai servizi di prestito e mutuo ipotecario (prospettiva ancora lontana, ma ben presente tra gli obiettivi della Commissione, che dopo i primi studi dei gruppi di lavoro

si accingerà alla redazione di un Libro bianco sui mutui ipotecari), altre ancora derivano dalla proposta di una nuova direttiva sul credito al consumo.

CAPITOLO PRIMO

LE TAPPE DELLA CREAZIONE DI UN MERCATO UNICO FINANZIARIO

1. Gli ostacoli alla creazione di un mercato unico finanziario. 2. Il mercato comune nel Trattato di Roma del 1957: prestazione di servizi e stabilimento. 2.1 Libera circolazione di capitali e pagamenti. 3. Sviluppi normativi: il Libro bianco sulla creazione del mercato interno. 3.1 La nuova strategia: il mutuo riconoscimento... 3.2 ... e l'eliminazione delle barriere tecniche ai servizi. 3.3. L'accento posto dal Libro bianco sulla liberalizzazione dei capitali 3.4 L'Atto unico europeo del 1986. 3.5 Dal Piano Delors al Trattato di Maastricht. 3.6 L'avvento dell'Unione economica e monetaria. 3.7 Il ruolo del Comitato di Basilea. 4. L'attuazione degli obiettivi del Libro bianco nel settore finanziario. 4.1 Il settore bancario. 4.2 Il mercato assicurativo. 4.3 Il mercato mobiliare 5. La creazione del mercato dei servizi finanziari. Il Piano d'azione dei servizi finanziari (PASF) del 1999. 5.1 Il mercato all'ingrosso. 5.2 I mercati al dettaglio aperti e sicuri. 5.3 Norme prudenziali e di vigilanza adeguate ai più recenti sviluppi 5.4 Condizioni più generali per un mercato finanziario unico ed ottimale. 5.5 La riforma dell'apparato legislativo. 6. Conclusioni: il mercato al dettaglio è ancora frammentato.

1. Gli ostacoli alla creazione di un mercato unico finanziario.

L'obiettivo della creazione di un mercato finanziario europeo è parte integrante del progetto comunitario, espresso dall'art. 2 del Trattato di Roma che ha istituito la Comunità economica europea³⁶, di costituire un mercato unico europeo, inteso come “spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”³⁷. Il completamento di questo progetto richiedeva che anche i servizi e gli intermediari finanziari potessero circolare liberamente.

Tuttavia la creazione di un mercato unico finanziario è proceduta con lentezza, dovendo affrontare le numerose difficoltà legate, sia alle peculiari esigenze di tutela degli interessi generali connesse al settore creditizio, sia alle profonde differenze tra le legislazioni nazionali che perseguivano tali obiettivi.

³⁶ Tale Trattato è stato firmato a Roma il 25 marzo 1957 a Roma ed è entrato in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo per i sei Stati membri originari della Comunità economica europea (CEE, dal 1993 Comunità Europea, CE). Esso è stato successivamente modificato con la conclusione dell'Atto unico europeo (AUE, in GUCE L 169 del 29.6.1987), con i Trattati di Maastricht (conosciuto anche come Trattato sull'Unione europea, TUE, in GUCE C 191 del 29.7.1992), di Amsterdam (in GUCE C 340 del 10.11.1997) e di Nizza (in GUCE C 80 del 10.4.2001), oltre che dai Trattati di adesione dei nuovi Stati membri. Una versione consolidata è pubblicata in GUCE C 321E del 29.12.2006. Nel dicembre 2007 è stato firmato a Lisbona un nuovo Trattato di riforma dei precedenti, che entrerà in vigore entro il giugno 2009. Di seguito l'acronimo TCEE indicherà il Trattato nella sua versione originaria, mentre la versione attuale sarà individuata dalla sigla TCE.

³⁷ Art. 14 del Trattato di Roma, introdotto dall'art. 13 dell'Atto Unico Europeo e riferito al *mercato interno*, espressione equivalente a quella di *mercato unico* e *mercato comune*.

Inizialmente i mercati finanziari nazionali erano poco sviluppati e assolutamente distinti tra loro, non solo a livello europeo, ma anche a livello nazionale. Nel 1957, all'interno dell'allora Comunità economica europea, infatti, erano individuabili sei diversi mercati bancari, sei mercati assicurativi e sei mercati dei valori mobiliari³⁸, ciascuno dei quali si configurava quale sistema a sé stante, autosufficiente e chiuso sia alla concorrenza straniera, che alla concorrenza nazionale³⁹.

La diversità di tali sistemi normativi si spiega in ragione della complessità del diritto finanziario, che è un diritto composito. Le norme riguardanti l'esercizio dell'intermediazione finanziaria si affiancano a norme miranti al raggiungimento di obiettivi d'interesse pubblico, quali la tutela del risparmio e del credito e il mantenimento della stabilità finanziaria e monetaria⁴⁰. Se è vero che tutti gli Stati perseguivano tali obiettivi, è ugualmente vero che diverse erano le valutazioni di priorità degli stessi e differenti erano criteri, standard di compatibilità, requisiti, giudicati idonei a raggiungerli. Le profonde divergenze tra le discipline nazionali rendevano decisamente difficile per gli istituti finanziari comunitari sia stabilirsi nel territorio di Stati membri diversi da quello di incorporazione, sia fornire servizi oltre frontiera. La libera circolazione dell'attività bancaria, assicurativa e d'investimento (nelle sue forme di prestazione dei servizi o stabilimento) era sostanzialmente impedita. Diverse erano da Stato a Stato le forme giuridiche richieste per le imprese esercenti tali attività, il numero di succursali consentite, le limitazioni di fatturato, le regole prudenziali e le modalità di vigilanza sugli istituti finanziari, la necessità o meno di mantenere fondi propri separati, la terminologia tecnica, il numero e il tipo di servizi che le banche e gli altri istituti potevano svolgere, i controlli sugli assetti proprietari e molti altri aspetti ancora⁴¹. Di conseguenza risultava impossibile che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività finanziaria rilasciata da uno Stato membro sulla base della legislazione interna venisse riconosciuta dall'ordinamento degli altri. La grande varietà e le differenze di requisiti richiesti dai singoli

³⁸ I mercati di Italia, Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo e Olanda, Stati membri originari della CEE.

³⁹ Nel senso che i diversi intermediari finanziari, banche, assicurazioni e imprese d'investimento non concorrevano tra di loro essendo deputate all'esercizio di attività ben distinte. Inoltre, in quegli Stati in cui vigeva il principio di specializzazione, vi era una limitazione della concorrenza anche tra banche.

⁴⁰ CAMPET, *Le Marché Commun Bancaire*, in *Revue du Marché Commun*, 1970, p. 441-446, p. 442.

⁴¹ Per quanto riguarda il settore bancario cfr. FOWEL, *1992: Its Impact on European Banks, Their Structure, Operation and Accounts*, in CRANSTON (ed.), *1992: The Legal Implication for Banking*, London, 1989, p. 19-42, p. 21 ss.

Paesi al fine di autorizzare un istituto creditizio, assicurativo o mobiliare, faceva sì che un ente abilitato nel proprio Stato, dovesse uniformarsi anche ai requisiti posti dagli altri, onde ottenerne l'autorizzazione, laddove avesse voluto esercitare la propria attività anche nel territorio di questi ultimi. Un medesimo istituto di credito, per esempio, doveva sottoporsi alle procedure d'autorizzazione di tutti gli Stati in cui avrebbe voluto prestare i suoi servizi. I tempi, i costi e le difficoltà connesse all'ottenimento della seconda o terza autorizzazione scoraggiavano quindi l'attività, per così dire, europea delle banche nazionali.

Tra gli Stati membri della Comunità europea, non sussistevano solo differenze di standard prudenziali e finanziari a cui era subordinato il rilascio dell'autorizzazione, ma esistevano anche diversità nella struttura societaria degli istituti finanziari e nel tipo di attività che essi erano abilitati a svolgere. Per esempio, in Italia e in Spagna vi erano principalmente piccoli istituti bancari di varia natura e fortemente specializzati⁴². In Francia e in Italia le banche erano partecipate o del tutto possedute dallo Stato, il che aveva portato alla creazione di un mercato bancario statico e privo di qualsiasi spinta competitiva. Germania, Olanda e Regno Unito, invece, erano caratterizzate da un approccio più liberale e il mercato bancario nazionale era già più aperto. Le banche di questi ultimi Paesi erano universali e fornivano, quindi, tutti i servizi tipici bancari senza che vi fosse distinzione sulla base dei servizi e dell'attività da esse svolte⁴³.

Ulteriori ostacoli all'integrazione del mercato finanziario erano inoltre collegati alla presenza di sistemi di controllo dei cambi e di limitazione del movimento dei capitali, che furono progressivamente aboliti solo a partire dal 1990. Lo stretto legame che caratterizza attività finanziaria e movimento di capitali era inoltre ribadita espressamente dall'art. 61 TCEE (ora abrogato), secondo cui la liberalizzazione i servizi bancari, assicurativi e finanziari doveva attuarsi in armonia con la liberalizzazione progressiva della circolazione dei capitali per la

⁴² In Italia vi era una netta distinzione tra “aziende di credito”, abilitate alla raccolta del credito a breve termine, e “istituti di credito”, enti raccoglitori del risparmio a medio e lungo termine, cui corrispondeva una diversa disciplina. Tale distinzione deriva dalla prima legge bancaria (R.D.L del 6 maggio 1926 n. 812) ed è stata mantenuta anche dalla seconda legge bancaria, R.D.L del 12 marzo 1936 n. 375 (convertito con L. 7 marzo 1938, n. 141). Il processo di despecializzazione inizia proprio grazie alle direttive europee i cui principi sono stati recepiti dal Testo Unico Bancario del 1993, d.lgs. 385/1993. Per un quadro completo, anche in chiave storica, del diritto bancario italiano cfr. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005.

⁴³ FOWEL, 1992: *Its Impact on European Banks*, cit., p. 20.

quale il Trattato prevedeva tempi e modalità di attuazione diversi rispetto alle altre libertà fondamentali⁴⁴ (*infra*).

Le caratteristiche appena descritte denotavano, quindi, una situazione di estrema chiusura dei sistemi finanziari nazionali. D'altra parte le stesse circostanze resero ben chiaro ai più coraggiosi sostenitori del progetto comunitario, che nessun mercato comune avrebbe preso piede senza un mercato comune anche finanziario. L'opera di armonizzazione della normativa finanziaria, iniziata nel 1973⁴⁵ (*infra*), e che andremo ad illustrare nel presente capitolo, si inserisce, quindi, nel più ampio disegno comunitario di consentire il raggiungimento della libertà di stabilimento, di prestazione di servizi e la libera circolazione dei capitali all'interno della Comunità, e, quindi, del completamento del mercato comune.

2. Il mercato comune nel Trattato di Roma del 1957: prestazione di servizi e stabilimento.

Gli elementi base per la creazione di un mercato unico finanziario, diritto di stabilimento (art. 43 TCE, ex art. 52 TCEE), libertà di fornire servizi oltre confine (art. 49 TCE, ex art. 59 TCEE) e libera circolazione dei capitali e dei pagamenti (art. 56 TCE, ex artt. 67 e 106 TCEE), erano previsti già nella versione originaria del Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea e sono stati attuati per via giurisprudenziale o mediante l'adozione di direttive in materia di regolamentazione dell'attività bancaria, assicurativa e relativa ai servizi finanziari.

Per quanto riguarda le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, il Trattato aveva previsto un periodo transitorio di 12 anni entro il quale le istituzioni comunitarie avrebbero dovuto darvi gradualmente attuazione mediante l'adozione di programmi generali,

⁴⁴ Le limitazioni alla circolazione dei capitali e dei servizi bancari era ispirato all'obiettivo generale di "mantenere alle banche e al sistema monetario quella situazione di stabilità di cui si son fatti carico i sistemi giuridici nazionali". Così MENGOZZI, in DE CATERINI, GREMENTIERI, (a cura di), *Libera circolazione dei capitali e disciplina comunitaria delle banche*, Milano, 1987, p. 87-100, p. 87.

⁴⁵ GRUSON, FEURING, *A European Union Banking Law: the Second Banking and Related Directives*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market and The Law of Banking*, London, 1995, p. 25-58, p. 26; USHER, *The Implication of the Single European Market for Banking and Finance: an Overview*, Ivi, p. 1-21; ARORA, FAVRE-BULLE, *The Single European Market and the Banking Sector*, in *European Business Law*, 1996, p. 197-222, p. 204.

documenti contenenti le linee guida dell'azione comunitaria, e direttive⁴⁶ imponendo agli Stati, al contempo, un obbligo di *stand still*, ossia di astensione dall'emanare nuove misure restrittive del livello di integrazione esistente alla data dell'entrata in vigore del Trattato.

Il processo di attuazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, tuttavia, rimase a lungo latente (diversamente da quanto avvenne per l'istituzione della tariffa doganale comune, entrata in vigore ben 18 mesi prima della scadenza del periodo transitorio). L'attività della Comunità, si era, infatti, limitata all'emanazione di un *Programma Generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento*⁴⁷ e di un *Programma Generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di prestazione dei servizi*⁴⁸, i quali rimasero a lungo inattuati, tanto da far ritenere che l'inerzia del legislatore comunitario, protrattasi per tutto il periodo transitorio, fosse tale da rendere inoperante l'esercizio effettivo delle libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi.

La prima attuazione delle libertà in questione avvenne negli anni Settanta per via giurisprudenziale, con le due sentenze della Corte di Giustizia sui casi *Reyners*⁴⁹, relativo alla libertà di stabilimento, e *Van Binsbergen*⁵⁰, per la prestazione di servizi, che stabilirono che le

⁴⁶ Il Trattato prevedeva l'adozione di direttive per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento (art. 54, ora abrogato) e alla libera circolazione dei servizi (art. 63, oggi art. 52, par. 1 e 2), di direttive volte a coordinare le disposizioni nazionali relative all'accesso ad attività salariate e al loro esercizio (art. 57, par. 2 ora abrogato), nonché direttive sul reciproco riconoscimento dei diplomi (art. 57, par. 1 e art. 55 ora abrogati).

⁴⁷ In GUCE, n. 2 del 15.1.1962, p. 36-45.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 32-35. Tale programma aveva previsto specifiche disposizioni per l'abolizione delle restrizioni allo stabilimento nel settore bancario, ma si rivelarono insufficienti per raggiungere l'obiettivo della completa abolizione di ogni ostacolo nel termine posto dalla fine periodo transitorio, 31 dicembre 1969. Cfr. DASSESSE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, London, 1994, p. 7.

⁴⁹ Corte di Giustizia, sent. 21.6.1974, causa 2/74, *Reyners c. Belgio*, in *Racc.* 1974, p. 631 ss. In tale occasione la Corte ha evidenziato che il principio di trattamento nazionale, nella misura in cui fa riferimento ad un complesso di disposizioni nazionali, è sicuramente idoneo ad essere fatto valere direttamente dai cittadini di tutti i Paesi membri. Essa ha aggiunto che l'art. 52 TCEE (ora art. 43 TCE) impone un obbligo di risultato preciso, il cui adempimento deve essere facilitato, ma non condizionato, dall'attuazione di un programma di misure graduali. Di conseguenza, la diretta efficacia della norma coincide con la fine del periodo transitorio e può, quindi, esser invocata dai cittadini comunitari che intendano valersi di tale diritto fondamentale conferito dal Trattato (punti 24-27). In definitiva, l'art. 52 TCEE è una disposizione direttamente efficace e ciò nonostante la mancanza eventuale, in un dato settore, delle direttive di cui agli artt. 44, par. 2 e 47, par. 1 TCEE (ora abrogati) (punto 32).

⁵⁰ Corte di Giustizia, sent. 3.12.1974, causa 33/74, *Van Binsbergen c. Van de Drijfsvereniging vor de Metaalnijverheid*, in *Racc.* 1974, p. 1299 ss. La Corte, premessa che la libertà di prestazione di servizi costituisce una libertà fondamentale del sistema comunitario, ha rilevato che l'applicazione dell'art. 59 TCEE (ora art. 49 TCE), subordinata durante il periodo transitorio all'emanazione di direttive, non è più sottoposta, scaduto il termine, ad alcuna condizione (punti 23-27). Ne consegue che gli artt. 59 e 60 TCEE (ora artt. 49 e 50 TCE) "hanno efficacia diretta e possono venir fatti valere innanzi ai giudici nazionali, almeno nella parte in cui impongono la soppressione di tutte le discriminazioni che colpiscono il prestatore di un servizio a causa della sua nazionalità o della sua residenza in uno Stato diverso da quello in cui il servizio viene fornito" (punto 27).

disposizioni inerenti a tali libertà fondamentali, nonostante la loro mancata attuazione, avessero comunque effetto diretto a partire dalla fine del periodo transitorio.

2.1 La libera circolazione di capitali e pagamenti.

Il Trattato di Roma del 1957 stendeva una diversa disciplina per il movimento di capitali⁵¹, intesi quali operazioni finanziarie che si traducono in un investimento ovvero in un'allocazione delle risorse senza collegamento alcuno con una prestazione ovvero con scambi di beni e servizi, e per i pagamenti correnti⁵², ossia quei trasferimenti di valuta al di là delle frontiere che vengono posti in essere in relazione ad operazioni di scambio di merci e servizi. La distinzione tra le due fattispecie assumeva fondamentale importanza, poiché ad essa era collegato un diverso grado di liberalizzazione. Se da un lato, infatti, le norme sui movimenti di capitali non perseguivano un obiettivo di completa liberalizzazione, l'art. 106 TCEE comportava, invece, una liberalizzazione piena ed incondizionata dei pagamenti correnti⁵³.

La circolazione dei capitali, pur essendo disciplinata e considerata a tutti gli effetti quale una delle quattro libertà fondamentali della Comunità, presentava una disciplina “meno liberale” rispetto a quella propria delle altre libertà. Infatti, per stabilimento e di prestazione dei servizi, gli art. 53 e 59 TCEE (attuali artt. 43 e 49 TCE), disponevano che “ le restrizioni vengono gradatamente soppresse...”; quanto alla circolazione dei lavoratori, art. 48 TCEE (attuale art. 39 TCE) era previsto che essa fosse “assicurata”. Tali norme imponevano senza mezzi termini l'attuazione di tali libertà ed è tenuto conto anche di questo aspetto che, scaduto il periodo transitorio, la Corte di giustizia, con le già citate sentenze *Reyners* e *Van Binsbergen*, ha ritenuto che gli articoli relativi a prestazione di servizi e stabilimento producessero effetti diretti, nonostante non fosse intervenuta nessuna normativa

⁵¹ Artt. 67-73 TCEE.

⁵² Art. 106 TCEE, il quale non era collocato nella sezione dedicata alle libertà fondamentali, bensì in quella relativa alla bilancia dei pagamenti. Il Trattato di Maastricht è intervenuto modificando le discipline di capitali e pagamenti unificandole negli artt. 56 ss. TCE.

⁵³ Dai primi paragrafi dell'art. 106 TCEE si desumeva chiaramente l'assoluto parallelismo tra liberalizzazione della circolazione di merci e servizi e liberalizzazione dei relativi trasferimenti di valuta, tanto che si parlava anche di quinta libertà. Per un approfondimento cfr. la relazione di CONTI, in DE CATERINI, GREMENTIERI (a cura di), *Libera circolazione dei capitali*, cit., p. 40-51.

comunitaria di attuazione. L'art. 67 TCEE, invece, disponendo che “gli *Stati membri sopprimono gradatamente tra loro*, durante il periodo transitorio e nella *misura necessaria al buon funzionamento* del mercato comune, le restrizioni ai movimenti dei capitali appartenenti a persone residenti negli Stati membri e parimenti le discriminazioni di trattamento fondate sulla nazionalità o la residenza delle parti o sul luogo di collocamento del capitale” (corsivo nostro), non solo demandava agli Stati membri la scelta di eliminare durante il periodo transitorio gli ostacoli alla circolazione dei capitali, ma subordinava la stessa alla “misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune”.

A differenza di quanto avvenne per le libertà di stabilimento e servizi, quindi, la Corte non dichiarò la diretta efficacia di tale normativa allo scadere del periodo transitorio, ma semmai intervenne per statuire l'esatto contrario. Con la sentenza *Casati*⁵⁴, la Corte ha rilevato la peculiarità della disciplina dei capitali, in quanto complementare alla progressiva liberalizzazione degli altri fattori, nonché ai progressi nel coordinamento delle politiche monetarie degli Stati⁵⁵, escludendone la diretta efficacia. Anche la dottrina del tempo era concorde nel ritenere che le disposizioni sul movimento dei capitali non costituivano un autonomo principio di completa liberalizzazione, essendo accessorie e funzionali alle altre libertà e dovendo essere raccordate con le norme statali di politica economica⁵⁶.

I primi passi di liberalizzazione vennero fatti negli anni Sessanta del XX secolo. Le prime direttive finalizzate a liberalizzare il movimento dei capitali risalgono al maggio 1960 e al

⁵⁴ Corte di Giustizia, sent. 11.11.1981, causa 203/80, *Casati*, in *Racc.* 1981, p. 2595 ss., punto 9. A partire dal 1984, la Corte di Giustizia, ha abbandonato la posizione rigidamente presa con la sentenza *Casati* e, pur continuando ad escludere l'efficacia diretta dell'art. 67, ha iniziato una graduale opera di alleviamento dei poteri di controllo degli Stati rispetto alla circolazione dei capitali. Cfr. sent. 31.1.1984, cause 286/82 e 26/83, *Luisi e Carboni c. Ministero del Tesoro*, in *Racc.* 1984, p. 377 ss.; sent. 24.6.1986, causa 157/85, *Brugnoli e Ruffinengo c. Cassa di risparmio di Genova e Imperia*, in *Racc.* 1986, p. 2013 ss. Per un commento cfr. la relazione di GREMENTIERI, in DE CATERINI, GREMENTIERI (a cura di), *Libera circolazione dei capitali*, cit., p. 25-40.

⁵⁵ Sent. *Casati*, cit., par. 9 s.: “I movimenti di capitali presentano anche stretti legami con la politica economica e monetaria degli Stati membri. Nella fase attuale non si può escludere che l'assoluta libertà di qualsiasi movimento di capitali possa compromettere la politica economica di questo o quello Stato membro o provocare uno squilibrio della sua bilancia dei pagamenti, pregiudicando così il buon funzionamento del mercato comune. L'art. 67, par. 1 del Trattato CEE differisce dalle disposizioni concernenti la libera circolazione della merci, delle persone e dei servizi, nel senso che l'obbligo di liberalizzare i movimenti di capitali è contemplato solo nella “*misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune*”. L'ampiezza di tale limitazione, che resta in essere dopo la scadenza del periodo transitorio, varia nel tempo e dipende dall'apprezzamento delle necessità del mercato comune e dalla valutazione sia dei vantaggi, sia dei rischi che la liberalizzazione potrebbe presentare per detto mercato, tenuto conto della situazione del momento e, in specie, del grado di integrazione raggiunto nei settori per i quali i movimenti di capitali hanno un'importanza particolare”.

⁵⁶ Così GREMENTIERI, in DE CATERINI, GREMENTIERI, (a cura di), *Libera circolazione dei capitali*, cit., p. 26.

dicembre 1962⁵⁷. Esse erano volte alla completa liberalizzazione dei movimenti di capitali corrispondenti e funzionali all'esercizio delle libertà fondamentali (scambi di merci, servizi e diritto di stabilimento).

Nel 1972, sotto la spinta della difficile situazione economica causata dalla crisi petrolifera, il Consiglio, sulla base dei poteri conferitigli dall'art. 108 TCEE, intervenne ad irrigidire la disciplina vigente, autorizzando, con la direttiva 72/156⁵⁸, gli Stati membri ad adottare le misure idonee ad arginare gli effetti negativi della crisi in atto. Molti Stati, tra cui Italia, Francia e Irlanda reintrodussero, quindi, controlli e limitazioni del movimento dei capitali.

Il programma di liberalizzazione andò quindi incontro ad un iniziale fallimento, dovuto, tuttavia, più alle pressioni economiche internazionali che ad un cambio nella politica della Comunità.

3. Sviluppi normativi: il Libro bianco sulla creazione del mercato interno.

Terminato il periodo di recessione economica, nuova enfasi venne posta sulla creazione del mercato unico⁵⁹. Nel 1982 i capi di Stato e di Governo riunitisi a Copenhagen nel Consiglio europeo, richiamarono l'attenzione del Consiglio dei Ministri della Comunità europea sulla

⁵⁷ Prima direttiva del Consiglio dell'11.5.1960, sulla libera circolazione dei capitali, in GUCE n. 43 del 12 luglio 1960, p. 921-932 e Seconda direttiva del Consiglio 63/21/EEC che completa e modifica la prima direttiva sull'applicazione dell'art. 67 del trattato, in GUCE n. 9 del 22 gennaio 1963, p. 62-74. Tali atti avevano suddiviso il movimento di capitali in quattro categorie: le prime due, connesse al commercio intracomunitario, per cui era prevista la completa liberalizzazione; le seconde due, relative principalmente ai movimenti monetari e bancari, per i quali si provvedeva ad una liberalizzazione solo parziale. Ai movimenti di capitali liberalizzati (categoria A) appartenevano gli investimenti diretti, come la costituzione di succursali o di nuove società, l'acquisto di una partecipazione azionaria, prestiti a lungo termine, in breve i trasferimenti legati allo stabilimento e ai rapporti economici durevoli. C'erano, inoltre, investimenti immobiliari, crediti a medio e breve termine, i movimenti connessi ad operazioni in titoli di borsa (categoria B). Erano poi prefigurati, nella categoria C, alcuni movimenti di capitali che gli Stati erano tenuti ad autorizzare, salvo incompatibilità con gli obiettivi delle rispettive politiche economiche: emissione e collocamento dei titoli su mercato estero, operazioni in titoli non trattati in borsa, crediti a medio e lungo termine anche a fronte di scambi in merci e servizi. Infine, la categoria D riguardava i movimenti non liberalizzati per i quali gli Stati membri avevano conservato il diritto di sottoporre a limitazioni e restrizioni: investimenti a breve termine in titoli, conti correnti bancari, movimenti di mezzi correnti di pagamento non collegati a scambi di merci e servizi. Cfr. ARORA, FAVRE-BULLE, *The Single European Market and the Banking Sector*, cit., p. 205; TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 551 s.;

⁵⁸ Dir. 72/156/CEE, per la regolazione dei flussi finanziari internazionali e la neutralizzazione dei loro effetti indesiderabili sulla liquidità interna, in GUCE L 91 del 18.4.1972, p. 13.

⁵⁹ ARORA, FAVRE-BULLE, *The Single European Market*, cit., p. 197.

necessità di decidere sulle proposte della Commissione atte a rinforzare il mercato interno⁶⁰, considerate un obiettivo prioritario. Tale impegno fu riaffermato in occasione delle successive riunioni di Fontainebleau⁶¹ nel giugno del 1984, di Dublino⁶² nel dicembre dello stesso anno e di Bruxelles⁶³ nel marzo del 1985.

La reazione ai richiami del Consiglio europeo non tardò ad arrivare. Con il *Libro bianco sul completamento del mercato interno*⁶⁴ la Commissione rispose all'invito che il Consiglio europeo di Bruxelles del 1985 le aveva rivolto perché essa adottasse un programma dettagliato, con un calendario preciso, volto a “realizzare entro il 1992 un grande mercato unico, creando così un ambiente più propizio all'incentivazione dell'iniziativa imprenditoriale, della concorrenza e degli scambi”⁶⁵. La Commissione stessa sottolineava che “oggetto del presente Libro bianco è precisamente la definizione di tale programma e del calendario” (Libro bianco, par. 3).

Il documento in questione elencava circa 300 proposte (le c.d. “300 direttive”), successivamente ridotte a 279, che la Commissione si impegnava a sottoporre all'approvazione del Consiglio dei Ministri entro la fine del 1992 per l'eliminazione degli ostacoli allo sviluppo di un vero mercato interno, affrontato settore per settore⁶⁶. Tale documento analizzava nel dettaglio l'eliminazione delle barriere alla libera circolazione delle merci, della manodopera, alla creazione di un mercato comune nel settore dei servizi e al

⁶⁰ “Il Consiglio europeo (...) incarica il Consiglio di decidere, entro il mese di marzo del 1983, sulle misure prioritarie proposte dalla Commissione per rafforzare il mercato interno”. Dichiarazione del Consiglio europeo di Copenhagen del 3-4 dicembre 1982, come riportata dal *Libro bianco della Commissione per il completamento del mercato interno*, COM(1985) 310 def., del 28-29 giugno 1985, p. 3 (d'ora in poi Libro bianco).

⁶¹ “Il Consiglio europeo (...) chiede al Consiglio e agli Stati membri di avviare immediatamente lo studio delle misure idonee a realizzare in tempi brevi la soppressione di tutte le formalità di polizia e di dogana alle frontiere intracomunitarie per la circolazione delle persone”. Dichiarazione del Consiglio europeo di Fontainebleau del 25-26 giugno 1984, come riportata dal Libro bianco, p. 3.

⁶² “Il Consiglio europeo (...) ha convenuto che il Consiglio, nella composizione a ciò idonea intraprenda i passi necessari per completare il mercato interno, compresa l'attuazione di norme tecniche europee”. Dichiarazione del Consiglio europeo di Dublino del 3-4 dicembre 1984, come riportata dal Libro bianco, p. 3.

⁶³ “Il Consiglio europeo ha posto l'accento più particolarmente sui seguenti (...) campi d'azione: a) azioni volte a realizzare entro il 1992 un grande mercato unico, creando così un ambiente più propizio all'incentivazione dell'iniziativa imprenditoriale, della concorrenza e degli scambi; esso ha invitato la Commissione a elaborare a tal fine, prima della prossima sessione, un programma dettagliato con un calendario preciso”. Dichiarazione del Consiglio europeo di Bruxelles del 29-30 marzo 1985, come riportata dal Libro bianco, p. 3.

⁶⁴ COM(1985) 310 def., cit.

⁶⁵ Dichiarazione del Consiglio europeo di Bruxelles del 29-30 marzo 1985, come riportata dal Libro bianco, p. 3, par. 1-3.

⁶⁶ In realtà il Libro bianco non esauriva tutti i campi in cui era necessaria una azione. Cfr. ARORA, FAVRE-BULLE, *The Single European Market and the Banking Sector*, cit., p. 199.

movimento dei capitali. In ultimo si concentrava sulla liberalizzazione in materia di appalti pubblici e sull'eliminazione delle barriere fiscali⁶⁷.

3.1 La nuova strategia: il mutuo riconoscimento...

Il Libro bianco ha rivoluzionato il metodo fino ad allora seguito per la creazione del mercato unico. Per i primi venticinque anni la pietra angolare dell'azione della comunitaria fu costituita dal principio dell'armonizzazione ex art. 94 TCE (art. 100 TCEE), il quale prevede che “il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune”.

Tuttavia, riconosciuta da un lato la necessità di proseguire con tale azione e dall'altro la difficoltà e la lentezza dell'uniformazione delle normative nazionali ad esso connessa, a causa del necessario consenso di tutti gli Stati membri, la Commissione, ha proposto di semplificare il procedimento di ravvicinamento delle legislazioni nazionali mediante due fondamentali strumenti: l'introduzione di una tecnica di armonizzazione fondata sul criterio della maggioranza qualificata, che consentisse, quindi, di superare le difficoltà e le lungaggini derivanti dall'utilizzo dell'art. 94 e l'adozione del principio del mutuo riconoscimento e dell'equivalenza⁶⁸.

Tale ultima strategia riconosceva l'equivalenza essenziale degli obiettivi perseguiti, pur con mezzi diversi, dalle legislazioni degli Stati membri e comportava una distinzione tra i settori da armonizzare totalmente⁶⁹ rispetto a quelli da lasciare al mutuo riconoscimento delle normative e regolamentazioni nazionali, previa la fissazione di standard minimi comuni.

⁶⁷ Cfr. URBANI, *L'impresa bancaria italiana nella prospettiva del mercato unico europeo*, Padova, 2005, p. 39.

⁶⁸ Libro bianco, par. 13, 58, 102. Cfr. CRANSTON, HADJIEEMANUIL, *Banking Integration in the European Community: The European Commission's unfinished Agenda*, in NORTON, ANDENAS, FOOTHER (eds.) *The Changing World of the International Law in the Twenty-First Century: a Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, The Hague, 1998, p. 341-384, p. 345, 350; USHER, *The Implication of the Single European Market for Banking and Finance*, cit., p. 9. Cfr. Anche ORTINO, *Il mutuo riconoscimento e l'integrazione comunitaria dei mercati dei servizi finanziari*, in *Banca impresa società*, 2006, p. 185-219.

⁶⁹ Infatti la Commissione era consapevole della necessità di continuare con l'opera di armonizzazione, nonostante l'introduzione del mutuo riconoscimento. Cfr. Libro bianco, par. 64-65.

La regola del principio del mutuo riconoscimento era stata inizialmente applicata al settore delle merci. A partire dalla sentenza *Cassis de Dijon*⁷⁰, infatti, si è fatto largo il principio secondo cui, in mancanza di una normativa comune, un bene venduto in uno Stato membro può essere venduto anche in ogni altro Stato membro della Comunità sulla base della riconosciuta equivalenza degli standard tecnici e qualitativi. La sentenza stabilisce il principio per cui gli ostacoli alla circolazione intracomunitaria derivanti dalle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti vadano accettati solo qualora tali prescrizioni siano necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare all'efficacia dei controlli fiscali, alla tutela della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali, alla difesa dei consumatori in conformità a quanto previsto dall'art. 30 del Trattato (ex art. 36). La strategia del mutuo riconoscimento trova fondamento giuridico nella formulazione delle norme disciplinanti la circolazione delle merci, là dove vietano le misure nazionali che avrebbero effetti restrittivi eccessivi ed ingiustificabili sul mercato unico, permettendo, al contrario, solo quelle misure restrittive che siano giustificate da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali e di preservazione degli animali, di protezione del patrimonio storico o archeologico nazionale o di tutela della proprietà intellettuale e commerciale, che non costituiscano mezzo di discriminazione arbitraria e/o una restrizione dissimulata al commercio intracomunitario. In seguito all'adozione della sentenza citata e del Libro bianco, il principio del mutuo riconoscimento ha assunto un ruolo centrale in particolare nell'ambito del diritto europeo del mercato interno⁷¹.

3.2 ... e l'eliminazione delle barriere tecniche ai servizi.

⁷⁰ Sent 120/78, *Rene v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, cit., p. 649 ss.

⁷¹ Il Trattato CE ne fa applicazione in due ipotesi precise. In primo luogo, l'art. 47 TCE prevede l'adozione di direttive "intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli", al fine di facilitare la libertà di stabilimento per l'esercizio delle attività non salariate. La seconda norma è contenuta nell'art. 293 TCE, che prevede che gli "Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini [...] il reciproco riconoscimento delle società". Sul mutuo riconoscimento cfr. LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1989, p. 183-195; CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law*, Oxford, 1998, p. 582 ss.; ORTINO, *Il mutuo riconoscimento e l'integrazione comunitaria dei mercati finanziari*, cit., p. 185 ss.

Il Libro bianco ha paragonato espressamente gli ostacoli alla libera circolazione dei beni agli ostacoli alla libera prestazione dei servizi. Questi ultimi “potrebbero forse essere considerati come una categoria a sé stante; essi costituiscono, per altro, in realtà, barriere analoghe a quelle tecniche che ostacolano la libera circolazione delle merci: è quindi forse più opportuno considerarli come parte della stessa categoria. (...) Gli ostacoli tecnici sono ostacoli tecnici, si applichino essi alle merci o ai servizi, e dovrebbero essere applicati su un piano di parità. In questo campo la Commissione intende impostare la sua azione, in generale, insistendo non più sul concetto di armonizzazione, quanto piuttosto su quello di mutuo riconoscimento e di equivalenza. Non verrà meno l’impegno diretto al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri ai sensi dell’art. 100 (ora art. 94) del Trattato”⁷².

La Commissione ha, quindi, proposto di utilizzare lo stesso approccio di liberalizzazione, il mutuo riconoscimento, anche per il settore dei servizi, e ciò nonostante non vi fosse alcuna norma che prevedesse quanto l’articolo 30 (ex art. 36) disponeva per i prodotti. In questo modo la Commissione ha fatto propri i principi già enucleati dalla Corte di giustizia in diverse occasioni. Infatti, la Corte aveva già previsto che restrizioni alla libera circolazione dei servizi potessero essere giustificate solo alla luce di criteri di interesse generale simili a quelli elencati nell’art. 30 (ex art. 36)⁷³ e con la sentenza *Van Waesemael*⁷⁴, sulla base della diretta efficacia delle disposizioni sulla libertà di prestazione dei servizi, aveva riconosciuto il principio dell’equivalenza degli standard tecnici applicati dagli Stati membri ai propri servizi. Il Libro bianco insisteva, inoltre sulla libera circolazione dei prodotti finanziari, “resa sempre più facile dagli sviluppi della tecnologia, assimilando l’approccio che la Commissione ha seguito nei riguardi dei prodotti industriali ed agricoli dopo la sentenza della Corte di Giustizia *Cassis de Dijon* e ciò che occorre fare nel campo delle polizze di assicurazione, dei contratti di risparmio, per l’accesso della proprietà della casa, del credito al consumo, della partecipazione a programmi collettivi di investimento (...). Dovrebbe essere possibile facilitare lo scambio di tali «prodotti finanziari» a livello della Comunità,

⁷² Libro bianco, par. 13.

⁷³ Corte di Giustizia, sent. 18.3.1980, causa 52/79, *Procuratore del Re c. Marc Devaue*, in *Racc.* 1980, p. 833 ss.; sent. 3.2.1993, causa 148/91 *Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, in *Racc.* 1993, p. I-487 ss. Cfr. USHER, *The Implication of the Single European Market for Banking and Finance*, cit., p. 6.

⁷⁴ Corte di Giustizia, sent.18.1.1979, cause 110 e 111/78, *Ministère Public c. Van Maesemael*, in *Racc.* 1979, p. 35 ss.

applicando un minimo di coordinamento delle norme (particolarmente in campi quali l'autorizzazione, il controllo finanziario e la riorganizzazione, la liquidazione della società), come base per il reciproco riconoscimento, da parte degli Stati membri, di ciò che viene fatto da ciascuno di essi per salvaguardare gli interessi del pubblico”⁷⁵.

Il Libro bianco ha introdotto anche un altro importante principio in tema di “prodotti finanziari”. Infatti, un’armonizzazione di tale settore, fondata sul principio del mutuo riconoscimento dovrebbe ispirarsi al principio del “controllo del Paese d’origine”⁷⁶, in base al quale spetta alle competenti autorità dello Stato membro d’origine il compito fondamentale di vigilare sull’istituto finanziario, lasciando alle autorità dello Stato ospite solo un ruolo accessorio. Infine, la Commissione ha sottolineato la necessità di stabilire un minimo di armonizzazione delle norme di vigilanza, avendo cura di evitare i ritardi normalmente connessi alla volontà di trovare un accordo politico in seno al Consiglio⁷⁷.

Per lo specifico settore bancario il Libro bianco riteneva necessario (i) armonizzare gli standard di stabilità finanziaria che gli istituti di credito debbono soddisfare e i principi di buona gestione dell’azienda (fondi propri, *solvency*, liquidità, grandi fidi, ecc.); (ii) adattare le norme contenute nella quarta e nella settima direttiva societaria (relative ai conti annuali e ai conti consolidati) in modo da renderli applicabili al settore bancario, (iii) coordinare le condizioni per l’accesso ai mercati nazionali, per il risanamento o la liquidazione di un ente creditizio in crisi; (iv) operare per rendere possibile il reciproco riconoscimento sia delle

⁷⁵ Libro bianco, par. 102. Tale presa di posizione venne fatta propria anche dalla Corte di Giustizia, che un anno più tardi ebbe modo di pronunciarsi in materia di libertà di prestazione dei servizi assicurativi. Essa fece il medesimo paragone tra ostacoli alla circolazione dei beni e ostacoli alla circolazione dei servizi finanziari. Con la sentenza *Commissione c. Germania* (sent. 4.12.1986, causa 205/84, in *Racc.* 1986, p. 3755 ss.), la Corte riconobbe l’applicabilità del principio dell’uguaglianza degli standard tecnici e qualitativi anche al settore assicurativo, stabilendo che, data la diretta efficacia delle norme sulla libera circolazione dei servizi, uno Stato membro possa limitare la prestazione di servizi assicurativi da parte di un’impresa stabilita in un altro Stato membro ed applicare proprie leggi inerenti riserve o accantonamenti tecnici e le condizioni di assicurazione, solo se tali prescrizioni non vadano oltre quanto necessario a detta tutela e a patto che non si riducano in doppiioni di condizioni legali equivalenti già richieste dallo Stato d’origine. Cfr. USHER, *The Implication of the Single European Market for Banking and Finance*, cit., p. 7; DASSESSE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, cit., p. 14 s.

⁷⁶ Con “Paese membro d’origine” si fa riferimento allo Stato secondo la cui legge l’ente è stato autorizzato all’esercizio dell’attività bancaria, assicurativa o mobiliare. Lo Stato membro ospite è quello nel quale un ente, che abbia ottenuto la licenza da un altro Stato membro, esercita l’attività per cui è stato autorizzato.

⁷⁷ Libro bianco, par. 103.

tecniche finanziarie applicate dagli istituti di credito ipotecario, sia delle norme applicabili alla vigilanza su tali istituti⁷⁸.

Per il settore assicurativo il Libro bianco (par. 105) auspicava la veloce adozione di una direttiva finalizzata a facilitare l'effettivo esercizio della libera prestazione dei servizi assicurativi, tenuto conto che le direttive già in vigore⁷⁹ coordinavano “le norme e le pratiche da seguire per la vigilanza sulle attività del settore assicurativo, e in particolare sulla loro stabilità finanziaria (...). Il terreno si trova così preparato per la libera prestazione dei servizi al di là delle frontiere”.

Quanto al settore mobiliare, al par. 106, il documento della Commissione ribadiva l'opportunità di adottare i metodi del mutuo riconoscimento e del controllo del Paese d'origine anche a riguardo degli organismi d'investimento collettivo mediante il coordinamento delle garanzie offerte dal prodotto finanziario in questione. Al par. 107 sottolineava la necessità di “garantire che i mercati dei titoli mobiliari funzionino in maniera soddisfacente, nel migliore interesse per gli investitori”. Risultava quindi prioritario abbattere le barriere tra le borse valori, creare un sistema di commercializzazione, su scala comunitaria, dei titoli d'interesse internazionale, stabilire un collegamento elettronico tra le borse valori al fine di migliorare liquidità e ampiezza delle stesse.

Data la diversità delle regolamentazioni prudenziali nazionali, il nuovo approccio della Commissione ha semplificato enormemente le difficili negoziazioni, facendo sì che solo gli aspetti basilari e più importanti venissero fatti oggetto di regolamentazione comune, lasciando al mutuo riconoscimento tutto il resto. Proprio al fine di facilitare l'accordo in seno al Consiglio per l'adozione di direttive di armonizzazione, il Libro bianco suggeriva, tra l'altro, anche l'opportunità di modificare il metodo di decisione, sostituendo il criterio dell'unanimità con quello della maggioranza qualificata, cosa puntualmente adempiuta dall'Atto Unico Europeo, con la modifica degli art. 57 (ora abrogato) e l'introduzione dell'art. 100 A TCEE (attuale art. 95).

⁷⁸ Libro bianco, par. 104.

⁷⁹ Prima dir. 73/239/CEE recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di accesso e di esercizio dell'assicurazione diretta diversa dall'assicurazione sulla vita, in GUCE L 5 del 7.1.1978, p. 27; prima dir. 79/267/CEE recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività dell'assicurazione diretta sulla vita ed il suo esercizio, in GUCE L 63 del 13.3.1979, p. 1-18.

Riassumendo, l'approccio innovativo della Commissione al raggiungimento del mercato unico dei servizi finanziari era basato su tre caratteristiche principali: (i) l'esistenza di un gruppo minimo e concordato di regole armonizzate, (ii) al di fuori del quale avrebbe operato il principio del mutuo riconoscimento delle regolamentazioni degli Stati membri (iii) e il principio del controllo del Paese d'origine, secondo cui le regole dello Stato d'origine che ha autorizzato l'ente finanziario si sarebbero applicate ad ogni istituto incorporato sotto la propria legge che si fosse trovato a svolgere la propria attività in uno degli altri Stati membri della Comunità europea, a prescindere dalla regolamentazione applicata dallo Stato ospite.

Tali principi sono stati successivamente ripresi, a livello generale, dall'Atto Unico Europeo e nelle direttive di attuazione dei mercati bancario, assicurativo e mobiliare (*infra*).

3.3 L'accento posto dal Libro bianco sulla liberalizzazione dei capitali

Il Libro bianco ha posto un particolare accento sulla priorità di liberalizzare il mercato dei capitali, quale parte integrante ed essenziale per lo sviluppo di un mercato di servizi finanziari e per il completamento del mercato interno. Ivi era sottolineata la necessità di liberalizzare la circolazione dei capitali, sia al fine di ottenere un mercato totalmente integrato di beni e servizi, sia per promuovere la libera circolazione dei lavoratori. La Commissione sottolineava come la libera circolazione dei capitali fosse un incentivo per i governi dei Paesi membri all'adozione di politiche economiche capaci di risultare nella stabilità dei prezzi e dei cambi, necessaria all'avvento dell'Unione economica e monetaria, per lo sviluppo di maggiori opportunità di scelta per gli investitori europei e di servizi più efficienti ed, infine, per una migliore allocazione del risparmio⁸⁰.

Infatti il controllo dei cambi allora esistenti era un efficace strumento di protezione delle autorità finanziarie rispetto alla concorrenza straniera, poiché impediva l'uscita di capitali verso mercati d'investimento stranieri. Il controllo dei capitali ostacolava la distribuzione dei risparmi e degli investimenti su base europea, vincolandola o limitandola alla sfera nazionale. Un cittadino, per esempio italiano, non avrebbe potuto depositare marchi in

⁸⁰ Libro bianco, par. 125-127.

Germania, e nemmeno avrebbe potuto aprire un conto in lire in una banca tedesca. Questo tipo di regolamentazione impediva agli individui di trarre vantaggi dalla maggiore efficienza dei servizi stranieri e limitava il commercio internazionale di alcuni servizi finanziari.

Dal Libro bianco emergeva chiaramente che i benefici di un mercato comune non si sarebbero potuti ottenere senza una previa liberalizzazione della circolazione dei capitali.

3.4 L'Atto Unico Europeo del 1986.

Le linee direttrici del Libro bianco costituirono la base della Conferenza intergovernativa di Lussemburgo del 1985, durante la quale furono poste le strategie per il rilancio dell'integrazione europea, che portarono alla adozione nel 1986 dell'Atto Unico Europeo⁸¹ (AUE, entrato in vigore il primo luglio dell'anno successivo). Questo Trattato si proponeva innanzi tutto di accelerare i meccanismi operativi della Comunità, sia rafforzando i poteri di esecuzione della Commissione, sia modificando l'iter di adozione delle direttive. Inoltre, esso fissava il termine finale per il completamento del mercato unico al 1° gennaio 1992.

L'AUE ha modificato il processo decisionale per l'adozione di atti da parte del Consiglio, abolendo il requisito dell'unanimità espressamente previsto dal testo originale dell'art. 57 per le materie relative alla tutela del risparmio, alla distribuzione del credito e all'attività bancaria, introducendo il criterio della maggioranza qualificata, per altro adottato anche in merito all'emanazione di direttive per il coordinamento degli Stati membri in materia cambio.

Sempre in attuazione delle indicazioni del Libro bianco, l'art. 18 dell'AUE ha inserito nel testo del Trattato di Roma l'art. 100 A (attuale art. 95 TCE,) il quale in deroga alle disposizioni dell'art. 100 TCEE (attuale art. 94 TCE), consente l'adozione di direttive di ravvicinamento delle disposizioni nazionali, aventi ad oggetto "l'instaurazione ed il

⁸¹ L'Atto Unico Europeo venne emanato al precipuo scopo, dettato dal Consiglio europeo di Milano del 28-29 giugno 1985, di individuare gli strumenti giuridico-istituzionali necessari per il rapido completamento del mercato interno. Tale trattato venne chiamato Atto Unico Europeo, perché conteneva due diverse categorie di norme, tali da poter essere formulate in trattati diversi: nella prima parte venivano introdotte disposizioni modificative dei trattati istitutivi, nella seconda si dava una base giuridica alla cooperazione europea in materia di politica estera. Cfr. URBANI, *L'impresa bancaria*, cit., p. 41 ss. Sull'Atto Unico cfr. anche CANGELOSI, *Dal progetto di Trattato Spinelli all'Atto Unico Europeo*, Milano, 1987; TELCHINI, *L'Atto Unico Europeo e la scadenza del 1992*, Calliano, 1989; MAJOCCHI, VITALE (a cura di), *Europa 1992, dall'Atto Unico al Governo europeo*, Milano, 1990.

funzionamento del mercato interno”, con la sola maggioranza qualificata dei voti degli Stati membri secondo la procedura di codecisione⁸².

Infine, l’AUE ha ufficializzato i principi della “armonizzazione minima”, espressamente previsto nel campo della legislazione sociale⁸³, e del “mutuo riconoscimento”. Infatti, con l’art. 19 l’AUE introduceva nel testo del Trattato di Roma l’art. 100 B (attualmente abrogato), il quale prevedeva che nel corso del 1992 la Commissione procedesse all’inventario delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, che pur ricadendo nell’ambito di applicazione dell’art. 100 A, aventi cioè per oggetto l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno, non fossero state ancora armonizzate. Prevedeva, quindi, che il Consiglio potesse decidere che alcune disposizioni in vigore in uno Stato membro dovessero essere riconosciute come equivalenti a quelle applicate da un altro Paese comunitario.

Le novità introdotte dall’AUE, e in particolare gli artt. 100 A e 100 B, hanno consentito la veloce attuazione degli obiettivi del Libro bianco: nel 1992, la Commissione aveva adottato il 95% delle direttive proposte e il 77% delle medesime era già entrato in vigore. Risultato irraggiungibile in vigenza delle precedenti normative⁸⁴.

3.5 Dal Piano Delors al Trattato di Maastricht

Successivamente all’adozione dell’Atto Unico, che aveva auspicato anche una veloce abolizione del controllo dei cambi, la Commissione Delors, diede nuovo impulso alla liberalizzazione dei movimenti di capitali. Nel 1986 venne pubblicato Il “Programma di una liberalizzazione dei movimenti dei capitali nella Comunità”, c.d. “Piano Delors”⁸⁵. Tale progetto prevedeva un processo di liberalizzazione articolato in tre fasi, la prima comportante la liberalizzazione dei movimenti di capitali a medio e lungo termine; la seconda aveva ad oggetto la completa liberalizzazione dei movimenti dei capitali; la terza

⁸² Fanno eccezione all’applicazione dell’art. 95, par. 1 le disposizioni fiscali, quelle relative alla libera circolazione delle persone e ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti.

⁸³ L’AUE ha espressamente previsto la possibilità di ricorrere all’uso di prescrizioni minime lasciando agli Stati la possibilità di superare il livello minimo di regolamentazione comune. Cfr. ad esempio l’art. 21 AUE che ha introdotto l’art. 18 A TCEE ora rinfuso nell’art. 138 TCE

⁸⁴ MATJISEN, *A Guide to European Union Law*, London, 1995, p. 263 s.

⁸⁵ COM(1986) 292 def., del 23.5.1986.

prevedeva l'effettivo riconoscimento dei principi di libertà di stabilimento e prestazione dei servizi bancari e finanziari.

Con la direttiva 86/566⁸⁶ si diede attuazione alla prima fase prevista dal Piano Delors. Nel 1988 la direttiva 88/361⁸⁷ completò l'opera iniziata il ventennio precedente, garantendo la liberalizzazione incondizionata entro il 1990 di tutti quei movimenti di capitali, anche dei movimenti a breve e dei trasferimenti di valuta *tout court*, senza corrispondenza in una transazione commerciale o in una prestazione di servizi, con la sola eccezione dell'acquisto di case secondarie, oggetto di possibili restrizioni. Di rilievo è stata anche l'abolizione di qualsiasi possibilità di un doppio mercato dei cambi, per le transazioni correnti e per i movimenti di capitali, che riguardavano il Belgio e il Lussemburgo. Conseguentemente la quasi totalità degli ostacoli alla circolazione dei capitali venne eliminata nel 1989 e al più tardi nel 1990⁸⁸, incidendo profondamente sul panorama finanziario europeo.

Il successivo Trattato di Maastricht non ha potuto fare a meno di prendere atto di tale profondo mutamento ed ha, quindi, abrogato le previgenti discipline relative alla circolazione di capitali e pagamenti, riformulandole in maniera unitaria negli artt. 56 ss. TCE. L'art. 56, par. 1, munito di effetto diretto, riprende la direttiva 88/361 e stabilisce che “sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi”⁸⁹.

⁸⁶ Dir. 86/566/CEE che modifica la prima dir. dell'11.5.1960 per l'applicazione dell'art. 67 del Trattato, in GUCE L 19 del 21.1.1987, p. 35-36. Tale atto ha portato alla completa liberalizzazione anche dei movimenti di capitali della categoria B.

⁸⁷ Dir. 88/361/CEE per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato, in GUCE L 178, dell'8 luglio 1988, p. 5-18. Tale atto completò l'opera iniziata con le due direttive precedenti e liberalizzò anche i movimenti di capitali previsti dalle categorie C e D.

⁸⁸ Da sottolineare che il Regno Unito aveva abolito ogni controllo dei cambi nel 1979.

⁸⁹ Sono previste due sole deroghe al principio di tale assoluta liberalizzazione. L'art. 57 TCE, pone la c.d. *grandfather clause* stabilendo che “le disposizioni di cui all'articolo 56 lasciano impregiudicata l'applicazione ai Paesi terzi di qualunque restrizione in vigore alla data del 31 dicembre 1993 in virtù delle legislazioni nazionali o della legislazione comunitaria per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti da Paesi terzi o ad essi diretti, che implicino investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari”. La seconda deroga è contemplata dall'art. 58 TCE (c.d. *exception clause*), che prevede che “le disposizioni dell'articolo 56 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale; b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza”, a patto che non costituiscano un

3.6 L'avvento dell'Unione economica e monetaria.

Con la creazione dell'Unione economica e monetaria è iniziata una nuova fase di integrazione europea, che vede la nascita di una nuova politica unica, quella monetaria, affidata alle esclusive competenze della Banca Centrale Europea (BCE) e del Sistema europeo delle Banche Centrali (SEBC) (art. 105-124 TCE)⁹⁰.

Tale avvenimento, nonostante coinvolga solo alcuni degli Stati membri, è stato di fondamentale importanza per l'integrazione ed uniformazione dei mercati bancari e finanziari, in virtù dei profondi cambiamenti apportati sia a livello nazionale, dove gli Stati si sono visti spogliati di una delle funzioni tipicamente statali più importanti⁹¹, sia nel mercato comunitario, creando nuovi sbocchi e nuove prospettive di integrazione del mercato finanziario. Le novità hanno riguardato tanto il profilo strutturale ed istituzionale, con la creazione di organi esclusivamente competenti alla gestione della politica monetaria, quanto il profilo sostanziale grazie alla radicale trasformazione derivata al mercato unico dalla circolazione di un'unica moneta. Tre aspetti di tale trasformazione influiscono sensibilmente sulla creazione ed uniformazione del mercato finanziario europeo.

In primo luogo, l'introduzione dell'Euro, nel 1999 per i pagamenti e nel 2002 quale moneta avente effettivo corso legale, è stato catalizzatore di modernizzazione apportando profondi cambiamenti nell'organizzazione delle piazze finanziarie dell'Unione europea, specie nelle relazioni tra le diverse borse valori e nel consolidamento dei sistemi di pagamento e di regolamento delle operazioni su titoli. Tale avvenimento è stato preceduto, oltre che dalle misure statali volte ad uniformarsi ai c.d. parametri di Maastricht⁹², da una intensa attività legislativa comunitaria atta a preparare il campo all'avvento dell'Euro e volta a far sì che si

mezzo di discriminazione arbitraria, o una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'articolo 56.

⁹⁰ Per un approfondimento circa le istituzioni incaricate della gestione della politica monetaria cfr. MALATESTA, *La Banca Centrale Europea*, Milano, 2003.

⁹¹ Si tratta di uno dei "massimi esempi di limitazione di sovranità accettate dagli Stati sovrani nella storia della cooperazione internazionale". Così MALATESTA, *La Banca Centrale Europea*, cit., p. 10.

⁹² La creazione dell'Unione economica e monetaria era prevista in tre tappe: la prima tappa si è conclusa nel 1990 con la liberalizzazione dei movimenti di capitali; la seconda, iniziata il 1° gennaio 1994, prevedeva un periodo di 5 anni entro cui gli Stati avrebbero dovuto uniformarsi ai criteri di convergenza previsti dall'art. 104 TCE. L'ultima fase prevedeva l'introduzione della moneta unica nel 1999 per i pagamenti e nel 2002 quale moneta avente corso legale.

potesse “beneficiare pienamente dei vantaggi della moneta unica e assicurare un funzionamento ottimale del mercato finanziario europeo”⁹³. L’introduzione della moneta unica è intesa, infatti, come “opportunità unica di dotare l’UE di una moderna struttura finanziaria che riduca al minimo il costo del capitale e dell’intermediazione finanziaria”⁹⁴. Le misure necessarie al raggiungimento di tali obiettivi sono state previste dal *Piano d’azione per i servizi finanziari* emanato dalla Commissione nel 1999, il quale, prevedendo una dettagliata azione di ammodernamento suddivisa in tre capitoli, (la costituzione di un mercato finanziario comunitario, la tutela dei mercati al dettaglio dei servizi finanziari e il consolidamento delle regole e strutture di vigilanza degli intermediari finanziari) ha steso un calendario, che è stato puntualmente rispettato, con l’adozione nel 2005 di 41 delle 42 misure in esso previste⁹⁵ necessarie alla creazione di un mercato finanziario unico.

In secondo luogo, vi è un’unica politica monetaria e di cambio, esercitata esclusivamente dal SEBC e dalla BCE, informata all’obiettivo principale della stabilità dei prezzi e a quello subordinato del sostegno delle politiche economiche generali. Altro compito del SEBC, tradizionalmente attribuito alle banche centrali nazionali, consta della promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento⁹⁶. Conseguentemente all’introduzione di una moneta unica e alla necessità di un coordinamento dei sistemi di pagamento è stato istituito, nel gennaio 1999, un sistema di pagamento unico per i pagamenti all’ingrosso, ispirato a un ampio decentramento di funzioni alle singole banche centrali nazionali, noto con il nome di sistema TARGET, avente ad oggetto le transazioni interbancarie in Euro, di dimensioni e natura realmente comunitarie.

Dal punto di vista sostanziale, la Comunità è intervenuta con l’adozione di una regolamentazione in materia di pagamenti transfrontalieri in Euro, al fine di creare

⁹³ COM(1998) 625 def., del 28.10.1998, Servizi finanziari: elaborazione di un quadro d’azione.

⁹⁴ Piano d’azione sui per i servizi finanziari, COM(1999) 232 def. dell’11 maggio 1999, p. 3.

⁹⁵ Cfr. European Commission, *Evaluation, Part I: Process and Implementation*, 2005, disponibile sul sito http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/index/051028_fsap_evaluation_part_i_en.pdf.

⁹⁶ Art. 105 quarto trattino e art. 22 del protocollo SEBC allegato al TCE, che prevede che la BCE e Banche centrali nazionali (BCN) possano accordare facilitazioni e la BCE possa adottare regolamenti al fine di assicurare sistemi di compensazione e pagamento efficienti ed affidabili all’interno della Comunità e nei rapporti con i Paesi terzi.

nell'Unione Europea (UE) un'area di pagamenti unica⁹⁷ e con l'obiettivo di allineare i costi delle transazioni transfrontaliere con quelli delle operazioni svoltesi entro i confini nazionali⁹⁸.

Un terzo aspetto di rilievo per questa trattazione consta nella attribuzione di competenze in materia di vigilanza prudenziale al SEBC e alla BCE⁹⁹. L'art. 105.5 TCE (ripetuto nell'art. 3.3 del protocollo SEBC) stabilisce che il SEBC debba contribuire ad una buona conduzione delle politiche perseguite dalle competenti autorità per quanto riguarda la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e la stabilità del sistema finanziario. A questo scopo è stato costituito il Comitato per la vigilanza bancaria, che riunisce i rappresentanti delle banche centrali nazionali (BCN) e degli altri organismi nazionali incaricati della supervisione, fungendo da sede di discussione e di scambio di informazioni.

L'art. 105.6 TCE (art. 25.1 prot. SEBC) ha previsto anche che il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione della BCE, nonché previo parere conforme del Parlamento europeo, possa affidare alla BCE compiti specifici in merito alle politiche che riguardano la vigilanza prudenziale degli enti creditizi e delle altre istituzioni finanziarie, escluse le imprese di assicurazione. Fino ad oggi nessuna delibera del Consiglio è intervenuta ad attribuire tale competenza normativa alla BCE ed è invece da ritenersi che la stessa svolga un ruolo puramente consultivo anche se di carattere non facoltativo, bensì obbligatorio.

3.7 Il ruolo del Comitato di Basilea.

Grande impulso alla regolamentazione del mercato bancario e societario è stato dato dal Comitato di Basilea¹⁰⁰. Verso la fine degli anni '70 del secolo scorso ci si rese conto di

⁹⁷ Reg. 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro, in GUCE L 344 del 28.12.2001, p. 13-16. Cfr. anche la proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamenti nel mercato interno, COM(2005) 603 def., dell'1.12.2005.

⁹⁸ Cfr. anche il capitolo successivo relativo al progetto SEPA.

⁹⁹ Per approfondimenti cfr. HADJEMMANUIL, *The European Central Bank and Banking Supervision*, London, 1996.

¹⁰⁰ Vi sono inoltre altri organismi che svolgono un ruolo importante emettendo norme c.d. di *soft law* nel settore dei mercati finanziari. Fra di essi vi è il *Financial stability forum*, il quale si propone di migliorare il coordinamento e lo scambio di informazioni tra le autorità finanziarie. Un altro organismo di rilievo è l'*International Organisation of Securities Commissions* (IOSCO), il cui compito è quello di promuovere standard di vigilanza, per favorire l'efficienza e la stabilità dei mercati, nonché lo scambio di informazioni tra le autorità

quanto l'industria bancaria avesse subito modifiche sia nella struttura, sia nel tipo di attività svolte, tanto che la regolamentazione esistente si rivelava insufficiente a garantire il raggiungimento contemporaneo degli obiettivi quali la stabilità dei sistemi finanziari, l'apertura al sistema finanziario internazionale e la tutela dei risparmiatori. Inoltre la diversità delle regolamentazioni nazionali provocava distorsioni e consentiva la messa in atto di pratiche anticompetitive nei mercati internazionali¹⁰¹.

L'obiettivo di stabilire un *minimum* di standard prudenziali e di parità competitiva, è stato perseguito da due enti sopranazionali, la Commissione europea, nei modi e con i mezzi che stiamo illustrando, e il Comitato di Basilea.

Il Comitato di Basilea è stato istituito dai governatori delle Banche centrali dei dieci Paesi più industrializzati (c.d. G10) alla fine del 1974. I membri attuali del Comitato provengono da Belgio, Canada, Francia, Germania, Italia, Giappone, Lussemburgo, Paesi Bassi, Spagna, Svezia, Svizzera, Regno Unito e Stati Uniti. Il Comitato opera in seno alla BRI, Banca dei Regolamenti Internazionali¹⁰², con sede a Basilea, un'organizzazione internazionale che ha lo scopo di promuovere la cooperazione fra le banche centrali ed altre agenzie equivalenti allo scopo di perseguire la stabilità monetaria e finanziaria.

Sin dal principio Comitato e Commissione hanno collaborato proseguendo di pari passo, come dimostra il confronto tra i documenti redatti dal Comitato in materia di supervisione bancaria¹⁰³, che lo sostituì, e la prima direttiva bancaria (*infra*). Tuttavia lo scopo, per così dire, ideologico che muove i due enti è diverso. Il Comitato di Basilea si occupa della vigilanza delle banche che operano a livello internazionale, mentre l'attività della Commissione è rivolta a tutte le banche comunitarie, a prescindere dal fatto che operino a livello transnazionale o solo nazionale. I documenti del Comitato del 1975 del 1983 si concentravano sulle questioni della vigilanza *cross-border* degli istituti bancari, dell'allocatione delle responsabilità tra le diverse autorità di vigilanza nazionali e della cooperazione tra le

nazionali. Per quanto riguarda il settore assicurativo svolge un ruolo simile l'*International Association of Insurance Supervisors* (IAIS). Cfr. BRESCIA MORRA, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell'autoregolamentazione, Quaderni di Ricerca Einaudi n 44*, 2003, p. 13 ss, reperibile all'indirizzo http://www.entelugieinaudi.it/pdf/Pubblicazioni/Quaderni/Q_44.pdf

¹⁰¹ DASSESSE, ISSAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, cit., p. 73.

¹⁰² Cfr. BAFFI, *Le origini della cooperazione tra le banche centrali: l'istituzione della Banca dei regolamenti internazionali*, Roma, 2002; CECCHINI, *La Banca dei regolamenti internazionali origini e sviluppi*, Padova, 1986.

¹⁰³ Cfr. Basel Committee on Banking Supervision, *Report on the Supervision of Banks' Foreign Establishments - Concordat*, September 1975 e *Principle for the Supervision of Bank's Foreign Establishment*, May 1983.

stesse¹⁰⁴. D'altro canto la prima direttiva specifica, nel suo preambolo, che lo scopo dell'azione programmata della Commissione è quello di introdurre una unica autorizzazione valida su tutto il territorio comunitario sulla base del principio del mutuo riconoscimento delle autorizzazioni e sulla base del principio del controllo del Paese d'origine¹⁰⁵.

Il Comitato non possiede alcuna autorità sovranazionale e le sue conclusioni non hanno alcuna forza legale. Le linee guida, gli standard, le raccomandazioni sono formulati nell'aspettativa che le singole autorità nazionali possano redigere disposizioni operative che tengano conto delle realtà dei singoli Stati. In questo modo il Comitato incoraggia la convergenza verso approcci comuni e comuni standard.

Il Comitato di Basilea ha prodotto gli accordi di Basilea sui requisiti patrimoniali delle banche. Nel 1988 ha introdotto il sistema di misurazione del capitale comunemente chiamato "Accordo di Basilea sul Capitale". E' il primo accordo di Basilea¹⁰⁶. Ad esso hanno aderito, fino ad oggi, le autorità centrali di oltre 140 Paesi¹⁰⁷. In sintesi, tale documento definisce l'obbligo per le banche di accantonare capitale nella misura dell'8% del capitale erogato, allo scopo di garantire solidità alla loro attività. L'accordo del 1988 presenta dei limiti di particolare rilevanza. L'8% di accantonamento può essere giudicato troppo per una controparte poco rischiosa e troppo poco per una controparte giudicata rischiosa: la quantità di capitale assorbito era giudicata non sensibile al rischio, e ciò, nonostante alcuni

¹⁰⁴ "Adequate supervision of banks' foreign establishments calls not only for an appropriate allocation of responsibilities between parent and host supervisory authorities but also for contact and cooperation between them. It has been, and remains, one of the Committee's principal purposes to foster such cooperation both among its member countries and more widely". Basel Committee on Banking Supervision, *Principle for the Supervision of Bank's Foreign Establishment*, May 1983, p. 1.

¹⁰⁵ Dalla prima dir. bancaria 77/780/CEE, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, in GUCE L 322 del 17.12.1977, p. 30-37: "Considerando che, al fine di facilitare l'accesso all'attività degli enti creditizi ed il suo esercizio, è necessario eliminare le differenze più sensibili tra le legislazioni degli Stati membri per quanto riguarda il regime al quale detti enti sono sottoposti", (Considerando secondo). "Considerando tuttavia che, l'importanza di tali differenze non è possibile porre in essere con un'unica direttiva le condizioni regolamentari richieste per un mercato comune degli enti creditizi; che occorre quindi procedere per tappe successive; che il risultato finale di tale processo dovrebbe, in particolare, agevolare il controllo generale di un ente creditizio che opera in vari Stati membri da parte delle autorità competenti dello Stato membro nel quale l'ente creditizio ha la sede sociale, in debita concertazione con le autorità competenti degli altri Stati membri interessati", (Considerando terzo). "Considerando che lo scopo perseguito è quello di introdurre in futuro, in tutta la Comunità condizioni uniformi di autorizzazione per categorie simili di enti creditizi; che tuttavia, in una prima tappa, occorre limitarsi a stabilire determinate condizioni minime che tutti gli Stati membri dovranno imporre", (Considerando decimo).

¹⁰⁶ Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard (updated to April 1998)*, July 1988.

¹⁰⁷ RONZO, *Attività preparatorie delle banche locali all'accordo di Basilea*, in *Banche e banchieri*, 2004, p. 255-259, p. 255.

correttivi introdotti negli anni successivi. Tuttavia esso ha influenzato positivamente il coefficiente di solvibilità delle banche, passato dal 9% circa del 1989 all'11-12%¹⁰⁸.

Nel gennaio 2001 il Comitato di Basilea ha pubblicato il documento “*The New Basel Capital Accord*”¹⁰⁹, un documento di consultazione per definire la nuova regolamentazione in materia di requisiti patrimoniali delle banche. L’obiettivo è quello di giungere, attraverso il confronto con le autorità di vigilanza dei vari Paesi ed una serie di indagini quantitative, ad un testo definitivo entro la fine del 2003, che è invece stato adottato nel giugno del 2004¹¹⁰ ed è entrato in vigore nel gennaio 2007.

Con l’emanazione del nuovo accordo si è inteso rivedere il requisito patrimoniale minimo obbligatorio in maniera tale da rispecchiare meglio l’effettiva rischiosità creditizia del portafoglio delle attività bancarie. I contenuti del nuovo accordo si basano su tre grandi “pilastri”. Il primo riguarda i requisiti minimi patrimoniali: rimangono invariate le regole che definiscono il patrimonio permanendo il coefficiente minimo richiesto dell’8%. Diversi sono invece metodi impiegati per misurare i rischi bancari. Essi sono volti a migliorare la valutazione della rischiosità da parte delle organizzazioni bancarie. Il secondo pilastro è relativo al controllo prudenziale dell’adeguatezza patrimoniale: gli Istituti di Vigilanza godono di maggiore discrezionalità nel valutare l’adeguatezza patrimoniale delle banche. Infine, il terzo è costituito dai requisiti di trasparenza delle informazioni: vengono introdotte nuove regole di trasparenza¹¹¹.

Non è scopo di questo testo analizzare in dettagli gli accordi sul capitale adottati in seno al Comitato di Basilea. Ciò che ci preme sottolineare è il ruolo fondamentale svolto da tale organismo nell’opera comunitaria di armonizzazione della legislazione bancaria e societaria

¹⁰⁸ Dati riferiti all’anno 2004. Cfr. RONZO, *Attività preparatorie*, cit., p. 255.

¹⁰⁹ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel II: The New Basel Capital Accord - Second Consultative Paper*, January 2001.

¹¹⁰ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard*, June 1994. Tale documento è stato tuttavia successivamente aggiornato e sostituito da, *Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard: a Comprehensive Version*, June 2006, reperibile all’indirizzo <http://www.bis.org/publ/bcbs128.htm>. L’Accordo di Basilea 2 è stato attuato a livello comunitario dalla dir. 2006/48/CE del relativa all’accesso all’attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (rifusione) (in GUUE L 177 del 30.6.2006, p. 1-200), che ha armonizzato i requisiti patrimoniali minimi e dalla dir. 2006/49/CE relativa all’adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi (rifusione) (in GUUE L 177 del 30.6.2006, p. 201-255), che ha previsto un importo minimo dei fondi propri degli enti creditizi e delle imprese d’investimento.

¹¹¹ Per un’approfondita analisi dell’Accordo di Basilea 2, cfr. POGLIAGHI, VANDALI, MEGLIO (a cura di), *Basilea 2, LAS e nuovo diritto societario*, Roma, 2004.

e della regolamentazione prudenziale. Se è vero, infatti che oltre 140 Stati hanno adottato l'accordo di Basilea 1 e che ci si aspetta che almeno altrettanti adotteranno Basilea 2, è vero pure che tali accordi hanno influenzato sia l'emanazione che il contenuto delle direttive comunitarie in materia bancaria¹¹², in particolare quelle volte all'armonizzazione degli standard prudenziali più importanti, quali la seconda direttiva bancaria, in materia di accesso all'attività degli enti creditizi¹¹³, la direttiva concernente i fondi propri¹¹⁴ e quella relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi¹¹⁵, continuamente aggiornate anche sulla base delle indicazioni provenienti dal Comitato di Basilea¹¹⁶, e molte altre direttive in materia di standard contabili¹¹⁷ e di adeguatezza patrimoniale degli istituti di credito e di investimento¹¹⁸.

¹¹² FOLLAK, *International Harmonization of Banking Supervision and Regulation*, in WEBER, *Währung und Wirtschaft, das Geld im Recht*, Baden Baden, 1997, p. 379-396, p. 380.

¹¹³ Seconda dir. 89/646/CEE relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE, in GUCE L 386 del 30.12.1989, p. 1-13.

¹¹⁴ Dir. 89/299/CEE concernente i fondi propri degli enti creditizi GUCE L124 del 5.5.1989, p. 16-20.

¹¹⁵ Dir. 89/647/CEE relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi, in GUCE L 386 del 30.12.1989, p. 14-22.

¹¹⁶ Dir. 92/16/CEE che modifica la dir. 89/299 concernente i fondi propri degli enti creditizi, in GUCE L 75 del 21.3.1992, p. 48-50; dir. 95/67/CE recante modifica tecnica della dir. 89/647/CEE relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi, per quanto concerne la definizione delle «banche multilaterali di sviluppo», in GUCE L 314 del 28.12.1995, p. 72-72; dir. 98/33/CE che modifica l'articolo 12 della dir. 77/780/CEE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, gli articoli 2, 5, 6, 7, 8 e gli allegati II e III della dir. 89/647 relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi e l'articolo 2 e l'allegato II della dir. 93/6/CEE del Consiglio relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, in GUCE L 204 del 21.7.1998, p. 29-36.

¹¹⁷ Reg. 1606/2002 relativo all'applicazione di principi contabili internazionali, in GUCE L 243 dell'11.9.2002, p. 1-43.

¹¹⁸ Dir. 92/30/CEE relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, in GUCE L 110 del 28.4.1992, p. 52-58; dir. 92/12/CEE sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi, in GUCE L 29 del 5.2.1993, p. 1-8; dir. 93/6/CE relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, in GUCE L 141 dell'11.6.1993, p. 1-26; dir. 95/15/CE che modifica la dir. 89/647/CEE relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi per quanto concerne la definizione tecnica di «zona A» e la ponderazione degli elementi dell'attivo che rappresentano crediti assistiti da esplicita garanzia delle Comunità europee, in GUCE L 125 dell'8.6.1995, p. 23-24; dir. 95/26/CE, che modifica le dir. 77/780/CEE e 89/646/CEE relative agli enti creditizi, le dir. 73/239/CEE e 92/49/CEE relative alle assicurazioni diverse dalle assicurazioni sulla vita, le dir. 79/267/CEE e 92/96/CEE relative alle assicurazioni sulla vita, la dir. 93/22/CEE relativa ai servizi di investimento e la dir. 85/611/CEE in materia di taluni organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) al fine di rafforzare la vigilanza prudenziale, in GUCE L 168 del 18.7.1995, p. 7-13; dir. 98/31/CE che modifica la dir. 93/6/CEE del Consiglio relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, in GUCE L 204 del 21.7.1998, p. 13-25; dir. 2000/28/CE che modifica la dir. 2000/12 relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, in GUCE L 275 del 27.10.2000, p. 37-38; dir. 2002/87/CE relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le dir. 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE, 98/78/CE e 2000/12/CE, in GUUE L 035 dell'11.2.2003, p. 1-27.

4. L'attuazione degli obiettivi del Libro bianco nel settore finanziario.

La libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi hanno trovato attuazione mediante l'adozione di svariate direttive nei settori bancario, assicurativo e mobiliare con le quali è stato introdotto il principio della licenza unica, basata sul mutuo riconoscimento e sul controllo dello Stato d'origine.

Grazie alla previsione della licenza unica, un istituto finanziario autorizzato dallo Stato membro d'origine è titolato a stabilire liberamente le proprie succursali e a prestare liberamente i propri servizi in uno qualsiasi degli altri Stati membri, senza bisogno di una ulteriore autorizzazione da parte di questi ultimi. In virtù di tale principio le licenze rilasciate dai Paesi membri in conformità alle proprie leggi risultano valide su tutto il territorio dell'Unione, come una sorta di "passaporto europeo" delle imprese bancarie assicurative e mobiliari.

Il principio in questione opera sulla base dell'armonizzazione delle condizioni d'accesso all'esercizio dell'attività finanziaria e dei requisiti prudenziali essenziali, nonché sulla base del principio del mutuo riconoscimento, per il quale le autorità di vigilanza nazionali riconoscono l'autorizzazione rilasciata dagli altri Stati, permettendo a banche, assicurazioni e società d'investimento straniere, già autorizzate, di stabilirsi liberamente e di prestare servizi transfrontalieri.

Il terzo principio fondamentale di creazione dei tre distinti mercati finanziari è quello del controllo del Paese d'origine, in base al quale le funzioni di vigilanza degli istituti che operano a livello transfrontaliero sono svolte, non dall'autorità dello Stato in cui svolgono le proprie attività, bensì da quella che ha autorizzato l'ente finanziario all'esercizio della attività nel proprio territorio nazionale.

4.1 Il settore bancario.

Il primo settore ad essere liberalizzato è stato quello bancario, mediante l'emanazione di numerose direttive che hanno gradualmente portato all'adozione dei principi sopra descritti.

La prima misura adottata in tale campo fu la direttiva del Consiglio 73/183¹¹⁹, intesa ad attuare il *Programma Generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento* relativamente al settore bancario e finanziario. Essa richiedeva che venissero abolite tutte le misure nazionali che impedivano od ostacolavano il libero stabilimento di istituti di credito di un altro Stato membro, imponendo l'attuazione del principio del trattamento nazionale¹²⁰. Essa si applicava non solo alle banche, ma anche ad una lunga serie di istituti elencati nel suo II allegato¹²¹.

Tuttavia fu subito chiaro che la sola abolizione delle restrizioni discriminatorie alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi non sarebbe stata sufficiente per creare un mercato unico bancario. Le differenze nelle regolamentazioni bancarie nazionali erano tali e tante che la mera garanzia del trattamento nazionale alle banche di altri Stati membri non era in grado di assicurare l'esistenza di un mercato comune¹²², rendendo invece palese l'opportunità e la necessità di un'armonizzazione progressiva delle legislazioni statali¹²³. In questa direzione si mosse la direttiva 77/780¹²⁴, conosciuta anche come prima direttiva

¹¹⁹ Dir. 73/183/CEE per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari, in GUCE L 45 del 19.2.1975, p. 21.

¹²⁰ Tale direttiva fu superata, resa ridondante e superflua dall'intervento della Corte di Giustizia nel 1974 con le sentenze *Reyners* (causa 2/74) e *Van Binsbergen* (causa 33/74) cit., che statuirono la diretta efficacia dei principi di libero stabilimento e libera prestazione dei servizi a partire dal 1970, fine del periodo transitorio previsto dal Trattato, a prescindere dall'esistenza di normative di attuazione.

¹²¹ Di seguito è riportato l'elenco degli istituti dell'allegato II. Categoria 1 - Banche: banche d'affari, banche di sconto; Categoria 2 - Istituti finanziari di risparmio e di crediti speciali: istituti di finanziamento per le vendite a credito, istituti di finanziamento per le vendite al minuto, istituti di finanziamento per le vendite di merci, società di costruzioni e prestiti, agenzie di credito immobiliare, istituti di credito ipotecario edilizio, istituti di credito ipotecario agricolo, istituti di garanzia del credito ipotecario, istituti di credito, istituti di credito a breve termine, istituti di credito agricolo, istituti di credito commerciale, istituti di credito industriale, istituti di crediti personali, istituti finanziari di sviluppo, casse di risparmio, casse di risparmio e di credito, istituti di sconto di crediti, istituti finanziari, istituti di risconto, società finanziarie, finanziatori in proprio, Holdings di controllo, società di portafoglio, holdings di finanziamento, monti di Pietà; Categoria 3 - Sindacati: consorzi finanziari, sindacati di cauzione, sindacati di garanzia; Categoria 4 - Agenti di cambio e di borsa: agenti di borsa, agenti di cambio, operatori in coulisse, commissionari (remisiers), intermediari per le trattazioni di titoli non quotati; Categoria 5 - Intermediari: mediatori di effetti in proprio, agenti bancari, mandatarî finanziari; Categoria 6 - Varie: borse valori, borse dei metalli preziosi, consulenza finanziaria, stanze di compensazione, società fiduciarie, uffici di cambio. A differenza della prima, la seconda direttiva bancaria non elenca i tipi di istituti cui si applica la disciplina da essa stesa, bensì individua le attività a cui gli istituti di credito possono essere abilitati.

¹²² CLAROTTI, *Progress and Future Developments of Establishment and Services in the EC in Relation to Banking*, in *XXII Journal of Common Market Studies*, 1984, p. 199-226, p. 200.

¹²³ L'opera di armonizzazione trovava un ulteriore ostacolo nella previsione dell'art. 57 TCEE che subordinava l'emanazione delle direttive relative al settore bancario all'unanimità in seno al Consiglio.

¹²⁴ Prima dir. 77/780/CEE, cit. In materia cfr. DASSESSE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, cit., p. 17 ss.; CRANSTON, HADJIEMMANUIL, *Banking Integration in the European Community*, cit., p. 341-384, p. 344 ss.

bancaria. Tale atto si concentrava sul coordinamento delle condizioni necessarie allo svolgimento delle attività bancarie negli Stati membri, al fine di stabilire delle linee guida comuni su diverse questioni relative alla vigilanza degli istituti di credito comunitari. Come testimoniato dal terzo considerando della direttiva, essa costituiva solo il primo dei passi previsti, e necessari, per la creazione di un mercato comune ed integrato degli enti creditizi¹²⁵.

Fino all'emanazione della seconda direttiva bancaria nel 1989, la direttiva 77/780 è rimasta l'unica base per l'espansione dell'attività bancaria comunitaria, permettendo alle banche di esercitare la propria libertà di stabilimento, a condizione che le stesse rispettassero tutte le leggi, regolamenti e standard posti dall'ordinamento dello Stato ospite¹²⁶.

La direttiva in questione riguardava l'accesso alla attività bancaria, il suo esercizio e forniva una definizione di "istituto di credito" come "un' impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto" (art. 1). Tale definizione, tuttora valida, è delimitata da due elementi. Da un lato la caratteristica dei depositi e dei fondi, che devono essere rimborsabili, esclude dal campo di applicazione le assicurazioni e gli organismi di investimento collettivo. Dall'altro il fatto che l'impresa debba anche garantire il credito limita il campo d'applicazione data la grande quantità di imprese finanziarie che pur permettendo depositi non offrono il servizio di prestito.

La prima direttiva obbligava gli Stati a subordinare l'esercizio dell'attività bancaria al previo rilascio di una autorizzazione¹²⁷ in presenza di requisiti quali l'esistenza di fondi propri distinti, di fondi propri minimi sufficienti, la presenza di almeno due persone effettivamente determinanti l'attività dell'ente creditizio e in possesso di idonei requisiti di esperienza ed onorabilità (art. 3.2), oltre a quelli ulteriori ed eventuali richiesti dallo Stato. Inoltre, e

¹²⁵ Cfr. anche decimo considerando, che precisa che "lo scopo perseguito è quello di introdurre in futuro, in tutta la Comunità condizioni uniformi di autorizzazione per categorie simili di enti creditizi; che tuttavia, in una prima tappa, occorre limitarsi a stabilire determinate condizioni minime che tutti gli Stati membri dovranno imporre".

¹²⁶ Sui limiti della prima direttiva cfr. FINE, *The Second EEC Banking Directive: a Practical Overview*, in *IJBL*, 1988, p. 197 ss.

¹²⁷ L'art. 1 della direttiva definiva l'"autorizzazione" come segue: "un atto emanante dalle autorità, sotto qualsiasi forma, dal quale deriva la facoltà di esercitare l'attività di ente creditizio". Tale definizione è ripresa dalla seconda direttiva bancaria e conseguentemente dalla direttiva di codificazione 2006/48 ed è ripresa in termini simili dalle direttive emanate nel settore assicurativo e mobiliare, vedi *infra*.

sempre al fine del rilascio dell'autorizzazione, l'art. 3.4 onerava le imprese della presentazione di un programma di attività dove fossero indicati il tipo di operazioni previste e la struttura dell'ente creditizio¹²⁸.

Lo Stato che concede l'autorizzazione era, ai fini della direttiva ed è anche attualmente, lo "Stato d'origine".

L'atto in questione si occupava, inoltre, di regolamentare il diritto degli istituti di credito di stabilire succursali in altri Stati membri, imponendo una doppia autorizzazione: la prima rilasciata dallo Stato d'origine all'istituto di credito madre e la seconda accordata alla succursale dallo Stato ospite sulla base del rispetto delle eventuali condizioni da esso stabilite¹²⁹.

La direttiva 77/780 è stato solo il primo passo verso la liberalizzazione del mercato bancario. Chiaramente, data la scarsa armonizzazione degli standard prudenziali, non si ritenne ancora applicabile il principio del controllo del Paese d'origine, che rimase tuttavia chiaro obiettivo da raggiungere. Nonostante la normativa di tale atto sia ora ampiamente superata dall'evolversi della legislazione, in particolare dall'adozione della seconda direttiva e dalla successiva codificazione del diritto bancario con la direttiva 2000/12¹³⁰, recentemente abrogata e rinfusa nella direttiva 2006/48¹³¹, non si può dire che essa non abbia contribuito in modo decisivo a cambiare la situazione statica e frammentata del mercato bancario europeo: in primo luogo ha introdotto una regolamentazione bancaria in Stati in cui mancava (per esempio nel Regno Unito) e ha portato importanti cambiamenti nelle regolamentazioni già esistenti (come in Olanda, Lussemburgo e Danimarca). In secondo luogo ha previsto un sistema istituzionale di cooperazione tra organi di vigilanza nazionali, i ministri responsabili per le politiche bancarie e i membri della Commissione¹³² e ha reso

¹²⁸ La direttiva presumeva l'esistenza dell'autorizzazione per quelle banche che alla data d'entrata in vigore della stessa (15 dicembre 1979) fossero già attive sul territorio dello Stato (art. 10).

¹²⁹ Art. 4.1, dir. 77/780/CEE. Il rifiuto di tale autorizzazione doveva essere motivato (art. 3, par. 6) e non poteva essere giustificato dal criterio della necessità economica del mercato, se non nei casi previsti (art. 3, par. 3, lett. d).

¹³⁰ Dir. 2000/12/CE di codificazione del diritto bancario, in GUCE L 126 del 26.5.2000, p. 1-59.

¹³¹ Dir. 2006/48/CE, cit.

¹³² L'art. 11 ha istituito il "Comitato consultivo delle autorità competenti degli Stati membri della Comunità economica europea", con il compito di assistere la Commissione nell'assicurare la corretta attuazione della direttiva in questione e della direttiva 73/183. Tale organo è stato sostituito dal Comitato Bancario Europeo (*European Banking Committee*, EBC), che si è riunito per la prima volta nel luglio 2005 e che è composto dalle alte cariche degli Stati ed è presieduto da un rappresentante della Commissione europea. Si riunisce tre volte

obbligatoria la cooperazione delle autorità di vigilanza dello Stato d'origine e dello Stato ospite delle banche stabilite in un Paese comunitario. Essa si concretizza, inoltre, nel primo passo verso l'attuazione del principio del controllo del Paese d'origine ed ha posto le basi per una politica comune con le banche di Paesi terzi¹³³. Essa, fornendo un'unica definizione di "istituti di credito" e sottoponendoli tutti ad una stessa regolamentazione, ha iniziato il processo che ha portato alla despecializzazione delle banche e alla creazione di "banche universali". In ultimo si può sicuramente concludere che la prima direttiva bancaria è stato un piccolo passo verso la creazione dell'Unione economica e monetaria¹³⁴.

Successivamente vennero adottati altri atti sempre volti ad uniformare i requisiti prudenziali: la direttiva 83/350 relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi¹³⁵, ossia vigilanza sulla base dei conti finanziari consolidati del gruppo intero, senza riguardo delle singole personalità giuridiche distinte all'interno del gruppo¹³⁶; la direttiva 86/635¹³⁷, che ha armonizzato i requisiti relativi ai conti annuali e ai conti consolidati delle banche e degli istituti finanziari; infine la Commissione ha emesso una raccomandazione non vincolante sulla vigilanza e sul controllo dei grandi fidi degli enti creditizi¹³⁸ e una raccomandazione relativa all'instaurazione di sistemi di garanzia dei depositi¹³⁹.

l'anno col compito di assistere la Commissione nella sua attività di adozione e attuazione di misure relative al settore bancario. Il Comitato è anche conosciuto come Comitato del "livello 2" del processo Lamfalussy. Siedono in seno ad esso anche osservatori della Banca Centrale, del *Committee of European Supervisors*, dei Paesi candidati all'entrata nella Unione europea o Paesi appartenenti all'*European Free Trade Association* (EFTA).

¹³³ Art. 9, par. 1 per cui "Gli Stati membri non applicano alle succursali di enti creditizi aventi la loro sede sociale fuori della Comunità, per quanto riguarda l'accesso all'attività e per il suo esercizio, disposizioni da cui risulti un trattamento più favorevole di quello cui sono sottoposte le succursali di enti creditizi aventi la loro sede sociale nella Comunità".

¹³⁴ DASSESSE, ISAAC QC, PENN (eds), *Ec Banking Law*, cit., p. 22.

¹³⁵ Dir. 83/350/CEE relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi in GUCE L 193 del 18.7.1983 p. 18-20. Tale direttiva venne emanata in seguito al fallimento del Banco Ambrosiano. Infatti, in tale caso, le autorità italiane avevano preso provvedimenti a tutela dei depositanti nazionali, ma avevano respinto ogni responsabilità riguardo la sussidiaria stabilita in Lussemburgo. A loro volta anche le autorità lussemburghesi rifiutavano di assumersi responsabilità in merito, allegando il fatto che essa era stata autorizzata come una *holding company* e non come una banca e di conseguenza non era sottoposta alla sua giurisdizione. Successivamente la direttiva in questione venne abrogata dall'art. 10 della dir. 92/30/CEE, cit., a sua volta abrogata dalla dir. 2006/48/CE.

¹³⁶ Emanata sulla base dei risultati raggiunti in seno al Comitato di Basilea.

¹³⁷ Dir. 86/635/CEE relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, in GUCE L 316 del 23.11.1988, p. 51-52. Successivamente modificata dalla dir. 2001/65/CE, in GUCE L 283 del 27-28.10.2001 e dalla direttiva 2003/51/CE, in GUUE L 178 del 16-17.7.2003.

¹³⁸ Raccomandazione 87/62 della Commissione del 22.12.1986, in GUCE L 33 del 4.2.1987, p. 10-15, ora sostituita dalla dir. 92/121/CEE sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi, in GUCE L 29 del 05.2.1993, p. 1-8.

¹³⁹ Raccomandazione 87/63 della Commissione del 22.12.1986, in GUCE L 33 del 4.2.1987, p. 16-17.

Tuttavia, nessuna di tali misure ha avuto un impatto apprezzabile in termini di integrazione del mercato bancario. Il requisito dell'autorizzazione dello Stato ospite contribuiva a mantenere separati i mercati bancari nazionali, soprattutto perché ancora non erano stati armonizzati i requisiti prudenziali e finanziari, che conseguentemente rimanevano eterogenei e costituivano un ostacolo alla concessione della autorizzazione. Un istituto bancario autorizzato ad esercitare l'attività nel proprio Paese d'origine sulla base della legislazione nazionale ivi vigente, non poteva ottenere l'autorizzazione dello Stato ospite a meno che si uniformasse anche ai diversi standard previsti dalla particolare legislazione lì applicata. Inoltre, i membri della CEE continuavano ad esercitare uno stretto controllo sulle banche per scopi monetari e di politica economica generale, le concezioni di vigilanza divergevano enormemente e la libertà di circolazione dei capitali non era ancora del tutto attuata.

Il tassello centrale dell'opera comunitaria di creazione del mercato unico bancario è la direttiva bancaria 89/646, relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, recante modifica alla direttiva 77/780¹⁴⁰. La seconda direttiva bancaria si applicava agli "enti creditizi", così come definiti dall'art. 1 della prima direttiva, come imprese "la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto"¹⁴¹. Essa non si è preoccupata di indicare a quali istituti fosse applicabile, né di definire quali struttura e caratteristiche legali dovesse possedere un istituto di credito, rimandando per questo alla discrezionalità degli Stati membri. Invece si focalizzava sulla definizione dell'attività tipica dell'ente creditizio (art. 1, par. 1) e sulle attività che gli enti autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria da parte di uno Stato

¹⁴⁰ Seconda direttiva 89/646/CEE, cit. (la direttiva in questione è stata sostituita dalla citata dir. 2006/48, nella quale sono codificati i principi base del mercato e del diritto bancario europeo). Cfr. GODANO, *Le banche*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto private dell'Unione europea*, Torino, 2000, p. 315-388, p. 322 ss.; CRANSTON, HADJIEMMANUIL, *Banking Integration in the European Community*, cit., p. 348 ss.; ARORA, FEVRE BULLE, *The Single European Market*, cit., p. 206 ss.; GRUSON, FEURING, *A European Union Banking Law: the Second Banking and Related Directives*, in CRANSTON (ed), *The Single Market*, cit., p. 25-58; FOWLE, SMITH, *The European Union Single Banking and Finance Market*, Ivi, p. 75-96; GRIFFI, *Riflessioni sulla seconda direttiva bancaria*, in *Banca impresa società*, 1991, p. 419-429.

¹⁴¹ Cfr. art. 1, par. 1 della seconda direttiva, che rimanda alla definizione contenuta nell'art. 1, par. 1 della prima direttiva n. 77/780. Essa è stata ampliata dall'art. 4, punto 1 lett. b) della dir. 2006/48 aggiunge che si intende per ente creditizio anche "un istituto di moneta elettronica ai sensi della direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica".

membro potevano svolgere senza limitazioni nel mercato comune: l'allegato alla direttiva forniva, infatti, l'elenco delle attività c.d. ammesse al mutuo riconoscimento¹⁴².

Tale direttiva recepiva *in toto* le linee guida contenute nel Libro bianco. Il suo scopo precipuo consisteva nel creare un mercato bancario comunitario, abolendo i più importanti ostacoli alla libertà di stabilimento degli istituti di credito e alla loro libertà di prestare servizi transfrontalieri. Al fine di raggiungere l'obiettivo prefissosi, faceva ricorso a due importanti strumenti: la "licenza unica bancaria", basata sul principio del mutuo riconoscimento e sul principio del controllo dello Stato membro d'origine, e la creazione di un gruppo di norme comunitarie volte ad armonizzare i requisiti minimi per il rilascio dell'autorizzazione e alcuni essenziali standard prudenziali¹⁴³, quali il capitale minimo¹⁴⁴, il controllo delle partecipazioni bancarie in settori non bancari¹⁴⁵ e il controllo degli assetti proprietari¹⁴⁶.

¹⁴² Il mutuo riconoscimento era limitato a quella una serie di attività che sono elencate dall'allegato. Le attività ammesse al mutuo riconoscimento sono qui di seguito elencate: 1. raccolta di depositi o di altri fondi rimborsabili; 2. operazioni di prestito (credito al consumo, credito con garanzia ipotecaria, factoring, cessioni di credito pro soluto e pro solvendo, credito commerciale compreso il "forfaiting"); 3. leasing finanziario; 4. servizi di pagamento; 5. emissione e gestione di mezzi di pagamento (carte di credito, travellers cheques, lettere di credito); 6. rilascio di garanzie e di impegni di firma; 7. operazioni per proprio conto o per conto della clientela in: a) strumenti di mercato monetario (assegni, cambiali, certificati di deposito, ecc.); b) cambi; c) strumenti finanziari a termine e opzioni; d) contratti su tassi di cambio e tassi d'interesse; e) valori mobiliari; 8. partecipazione alle emissioni di titoli e prestazioni di servizi connessi; 9. consulenza alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché di consulenza e servizi nel campo delle concentrazioni e del rilievo di imprese; 10. servizi di intermediazione finanziaria del tipo "money broking"; 11. gestione o consulenza nella gestione di patrimoni; 12. custodia e amministrazione di valori mobiliari; 13. servizi di informazione commerciale; 14. locazione di cassette di sicurezza.

¹⁴³ Cfr. il quarto considerando che precisa che "l'impostazione adottata consiste nella realizzazione dell'armonizzazione essenziale, necessaria e sufficiente per pervenire ad un reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale che consenta il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta la Comunità e l'applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d'origine".

¹⁴⁴ L'art. 3.2. della prima direttiva bancaria si limitava a stabilire, fra le condizioni per l'autorizzazione all'inizio dell'attività, che gli enti creditizi fossero dotati di un capitale "sufficiente". L'art. 4 della seconda direttiva bancaria, invece fissava un ammontare unico per tutti gli istituti di credito dei Paesi della Comunità. Per poter ottenere l'abilitazione all'esercizio dell'attività bancaria in uno degli Stati membri, l'ente creditizio doveva possedere un capitale minimo iniziale di almeno cinque milioni di ECU. Inoltre, l'art. 10 prevedeva che i fondi propri di un ente creditizio non potessero mai divenire inferiori al capitale iniziale richiesto al momento dell'autorizzazione ed era fatto divieto agli Stati membri ospitanti di chiedere alle succursali il fondo di dotazione (art. 6).

¹⁴⁵ Al fine di evitare il rischio di instabilità finanziaria, la seconda direttiva si preoccupava di uniformare anche i requisiti relativi alle partecipazioni bancarie in imprese non bancarie. Tali investimenti possono, infatti, intaccare la stabilità finanziaria dell'istituto di credito e meritano una particolare attenzione. La direttiva si occupava, quindi di armonizzare i diversi standard nazionali stabilendo il divieto per un istituto di credito "di detenere una partecipazione qualificata (non inferiore al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto oppure che comporta la possibilità di esercitare un'influenza notevole) il cui importo superi il 15% dei propri fondi in un'impresa che non sia né un ente creditizio, né un ente finanziario, né un'impresa la cui attività è menzionata nell'art. 43, par. 2, lett.f) della direttiva 86/635" (art. 12 par. 1). Era inoltre previsto che "l'importo totale delle partecipazioni qualificate in imprese diverse dagli enti creditizi, dagli enti finanziari o dalle imprese la cui

L'art. 18 introduceva il concetto della licenza unica, stabilendo che “gli Stati membri prevedono che le attività figuranti nell'elenco allegato possano essere esercitate nel loro territorio secondo le disposizioni degli articoli 19, 20 e 21, tramite lo stabilimento di una succursale o mediante prestazioni di servizi, da parte di tutti gli enti creditizi autorizzati e controllati dalle autorità competenti di un altro Stato membro, in conformità delle disposizioni della presente direttiva, sempre che tali attività siano coperte dall'autorizzazione”. Ai successivi artt. 19 e 20 erano disciplinate, rispettivamente per stabilimento e libera prestazione di servizi, le procedure atte ad ottenere tale licenza, stabilendo un articolato sistema di comunicazioni e notifiche. Il potere di rilascio e revoca della autorizzazione era previsto in capo allo Stato d'origine, cui spettava, poi, anche il compito di vigilare sull'attività dell'ente autorizzato. Lo Stato ospite conservava taluni poteri di controllo, in particolare a fini statistici e di legalità dell'attività dell'ente creditizio¹⁴⁷.

attività è menzionata all'articolo 43, par. 2, lettera f) della direttiva 86/635 non (potesse) essere superiore al 60 % dei fondi propri dell'ente creditizio” (art. 12, par. 2).

¹⁴⁶ La direttiva disciplinava, inoltre gli assetti proprietari delle banche e il controllo delle stesse, al fine di evitare i rischi della finanza incrociata ed i conflitti di interesse. Per questa ragione l'autorità di vigilanza incaricata di rilasciare l'autorizzazione doveva essere informata dell'identità degli azionisti che detenevano una partecipazione qualificata, onde verificarne l'onorabilità, e l'ammontare della partecipazione. Era previsto che le autorità di vigilanza avessero il potere di rifiutare l'autorizzazione laddove non fossero soddisfatte le qualità degli azionisti e dei soci (art. 5). Le persone fisiche o giuridiche erano parimenti tenute a informare le autorità competenti della volontà di aumentare l'ammontare della propria partecipazione qualificata fino a raggiungere o superare i limiti del 20 %, 33 % o 50 % oppure quando l'ente creditizio diventasse una loro filiazione. Inoltre era previsto che tutte le persone fisiche o giuridiche che non intendevano più detenere, direttamente o indirettamente, in un ente creditizio una partecipazione qualificata dovessero informarne preventivamente le autorità competenti e comunicare l'ammontare della partecipazione prevista. Esse dovevano parimenti informare le autorità competenti dell'intenzione di diminuire la loro partecipazione qualificata fino sotto la soglia del 20 %, 33 % o 50 % oppure nel caso in cui l'ente creditizio avesse cessato di essere una loro filiazione. Infine, l'art. 7 stabiliva che dovesse formare oggetto di consultazione delle autorità competenti dell'altro Stato membro l'autorizzazione di un ente creditizio che fosse (i) filiazione di un ente creditizio autorizzato in un altro Stato membro; (ii) filiazione dell'impresa madre di un ente creditizio autorizzato in un altro Stato membro; (iii) controllato dalle stesse persone fisiche o giuridiche che controllano un ente creditizio autorizzato in un altro Stato membro.

¹⁴⁷ Cfr. art. 21 della seconda direttiva. Inoltre, ex art. 14: “Lo Stato membro ospitante rimane incaricato, in collaborazione con l'autorità competente dello Stato membro d'origine, della vigilanza sulla liquidità della succursale dell'ente creditizio fino a coordinamento ulteriore. Fatte salve le misure necessarie al rafforzamento del Sistema monetario europeo, esso resta altresì esclusivo responsabile per le misure d'attuazione della sua politica monetaria. Tali misure non possono comportare un trattamento discriminatorio o restrittivo fondato sul fatto che l'ente creditizio ha ricevuto l'autorizzazione in un altro Stato membro. Salvo ulteriore coordinamento delle misure dirette a controllare i rischi derivanti da posizioni aperte sui mercati e qualora detti rischi risultino da operazioni effettuate sui mercati finanziari di altri Stati membri, le autorità competenti di questi ultimi daranno la loro collaborazione alle autorità competenti dello Stato membro d'origine affinché gli enti interessati prendano le misure per coprire i rischi in questione”.

Grazie all'introduzione della licenza unica, gli istituti di credito autorizzati ¹⁴⁸ dal proprio Stato (membro) d'origine non necessitano più di alcuna ulteriore autorizzazione da parte del Paese (membro) ospite, il quale si trova obbligato a riconoscere gli standards prudenziali sulla base dei quali il primo ha rilasciato la propria licenza. La seconda direttiva non ha creato una "autorizzazione comunitaria" per gli istituti di credito, ma ha previsto che tutte le licenze rilasciate dagli Stati membri in conformità alle proprie leggi debbano essere valide su tutto il territorio dell'Unione, come fosse una sorta di "passaporto europeo"¹⁴⁹.

Il principio del mutuo riconoscimento si differenzia radicalmente dal concetto di "trattamento nazionale", tipico della libertà di stabilimento, in quanto ha un campo di applicazione molto più ampio. Infatti le attività elencate dall'allegato alla seconda direttiva, e ammesse al mutuo riconoscimento, possono essere esercitate, previa autorizzazione dello Stato d'origine, sul territorio di tutti gli altri Stati membri, a prescindere dal fatto che lo Stato ospite consenta alle proprie banche l'esercizio di tali attività. Di conseguenza, una banca autorizzata dal proprio Stato d'origine potrà svolgere sul territorio dello Stato ospite anche attività che non sono consentite alle banche nazionali. Il mutuo riconoscimento era destinato a svolgere, ed ha svolto, un ruolo fondamentale, seppur indiretto, di armonizzazione. Pur, infatti, lasciando alla discrezionalità degli Stati la scelta delle attività, tra quelle elencate, che potessero essere svolte dalle proprie banche nazionali, l'esistenza di banche universali, già autorizzate a svolgere nel Paese d'autorizzazione tutte le attività

¹⁴⁸ L'autorizzazione è rilasciata solo agli istituti di credito sulla base della definizione data dalla direttiva del 1977 (come aggiornata dall'art. 4 punto 1, lett. b). Di conseguenza, tutti gli enti che svolgono una o più delle attività elencate dall'allegato, ma che non sono istituti di credito, non godono del beneficio della licenza unica garantita dalla seconda direttiva. Il vantaggio del mutuo riconoscimento era (ed è) accordato, inoltre, dall'art. 18, par. 2, anche agli enti finanziari ossia imprese diverse "da un ente creditizio la cui attività principale consiste nel fornire partecipazioni creditizie (comprese garanzie), per prendere partecipazioni o effettuare investimenti". Tale definizione è data dalla direttiva 83/354 in materia di vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, che siano filiazioni di enti creditizi o filiazione comune di più enti creditizi il cui statuto legale permetta lo svolgimento delle attività elencate dall'allegato, a patto che vengano rispettati determinati requisiti. Anche in questa situazione la responsabilità della vigilanza grava sulle autorità dello Stato membro d'origine che abbia autorizzato l'impresa figlia. Non beneficiano, invece, del mutuo riconoscimento quelle imprese che, pur svolgendo alcune delle attività elencate dall'allegato, non siano state autorizzate all'esercizio delle stesse in qualità di ente creditizio e gli enti che pur essendo autorizzati come enti creditizi svolgono attività non previste dall'elenco steso dall'allegato.

¹⁴⁹ Per un approfondimento relativo al "passaporto europeo" e alle procedure stabilite per ottenerlo cfr. GODANO, *Le banche*, (ed. 2000), cit., p. 343 ss.; Cfr. anche GRALF-PETER CALLIESS, *Heimatstaatsprinzip und Europa-Pass (Single Licence Principle) im europäischen Finanzmarktrecht: Wettbewerb der Finanzdienstler oder der Finanzplätze?*, in *Europäischen Wirtschaft- & Steuerrecht*, 2000, p. 432-442; GRUSON, FEURING, *A European Union Banking Law*, cit., p. 30; SCHNEIDER, *The Harmonisation of the EC Banking Law: the Euro-Passport to Profitability and International Competitiveness of Financial Institutions*, in *Law & Pol'y Int'l Bus*, 1990, p. 267-276, p. 269.

elencate e, che, in seguito all'adozione della direttiva, sono state abilitate a svolgerle senza ostacoli anche nel territorio degli altri Membri, è stato un grande incentivo all'uniformazione delle legislazioni nazionali, delle tecniche finanziarie e alla nascita di banche universali nella Comunità europea. Infatti, le banche universali già esistenti agli inizi degli anni '90 del XX secolo e soprattutto tedesche e olandesi, si sono trovate avvantaggiate sul piano competitivo rispetto alle banche nazionali, per esempio italiane o spagnole, fortemente specializzate, ossia autorizzate all'esercizio di talune solo delle attività succitate. Le banche dei Paesi del nord Europa riuscivano, quindi, a fornire una gamma completa di servizi anche nei territori dove tali servizi non erano consentiti alle banche nazionali. Addirittura c'è chi ha individuato in tale situazione un rischio di “*reverse discrimination*” ossia il pericolo che tale situazione portasse ad un trattamento discriminatorio dei propri cittadini¹⁵⁰. Infatti, la situazione per cui uno Stato membro, mantenendo la libertà di condizionare il rilascio dell'autorizzazione per le proprie banche alla presenza di ulteriori e più stringenti requisiti rispetto a quelli previsti dalla direttiva, senza con questo poter ostacolare l'attività degli istituti di credito autorizzati da altri Stati membri conformemente agli standard minimi imposti dalla direttiva, è potenzialmente produttiva di disuguaglianze foriere di svantaggi competitivi. Per di più il principio del mutuo riconoscimento si estende non solo alla lista di attività elencate nell'allegato, a cui una banca sia stata autorizzata, bensì anche alle tecniche finanziarie. Conseguentemente l'istituto creditizio può svolgere nel territorio dello Stato ospite l'attività per cui è autorizzato nello stesso modo in cui la svolgerebbe nel proprio Stato d'origine col solo limite del rispetto delle norme poste a tutela dell'interesse generale. Anche tale previsione inizialmente comportò svantaggi competitivi per gli Stati che avevano legislazioni più arretrate. Tuttavia la presenza di disuguaglianze tra legislazioni di Stati membri è stata un importante stimolo per la prosecuzione della armonizzazione sia diretta, tramite direttive comunitarie, che indiretta, tramite, cioè, l'uniformazione delle legislazioni statali ai modelli bancari e alle tecniche finanziarie più moderni già esistenti in Europa¹⁵¹. I Governi nazionali, si sono mossi per porre fine a tale

¹⁵⁰ DASSESSE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, cit., p. 28.

¹⁵¹ L'introduzione del principio del mutuo riconoscimento ha instaurato la nascita del processo di c.d. *regulatory competition*, ossia, “[the] process whereby regulators deliberately set out to provide a more favourable regulatory environment in order to promote the competitiveness of domestic industries or to attract more business activity from abroad. In this situation legislation become a comparative parameter which a state uses to create

differenziazioni e per rendere le proprie banche competitive non solo sul piano comunitario, ma soprattutto nel proprio territorio nazionale, portando, conseguentemente ad una spontanea uniformazione delle legislazioni e tecniche finanziarie¹⁵².

Chiaramente i principi della licenza unica e del mutuo riconoscimento si applicano anche alla fornitura di servizi, a patto che questi ultimi siano previsti nell'allegato e l'autorizzazione rilasciata dallo Stato d'origine consenta l'esercizio di tali attività sul proprio territorio (art. 20).

Per le situazioni che non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva, ossia per i casi di istituti di credito autorizzati dal proprio Stato d'origine a compiere attività non presenti nell'allegato, lo Stato ospite mantiene il potere di sottoporre l'esercizio di tali attività alla previa autorizzazione. In questa ipotesi, tuttavia, non essendo applicabili i principi della direttiva, rivivono le norme del Trattato relative alla libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento. Di conseguenza, la concessione di tale autorizzazione non potrà in alcun modo discriminare sulla base della nazionalità della banca; in secondo luogo i requisiti richiesti per l'abilitazione non dovranno ridursi all'equivalente di quelli già imposti dallo Stato d'origine dovendo trovare il proprio fondamento nella necessità di tutelare l'interesse pubblico¹⁵³.

Sempre nell'ottica dell'armonizzazione essenziale o minima, sono state emanate la direttiva sulla solvibilità¹⁵⁴ e la direttiva relativa ai fondi propri¹⁵⁵, opere di armonizzazione necessariamente preliminari alla concreta operatività del principio del mutuo riconoscimento posto dalla direttiva di cui si discute, che sono entrate in vigore contemporaneamente alla seconda direttiva bancaria. Successivamente sono state approvate la direttiva 92/30, relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi¹⁵⁶, la direttiva

competitive advantages for itself in competition for inward investment and other economic benefit". Così SØNDERGAAED BIRKMOSE, *Regulatory Competition and the European Harmonisation Process*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 1075-1097, p. 1076. Cfr. anche DEAKIN, *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?*, in *European Law Journal*, 2006, p. 440-454, p. 440 ss.

¹⁵² Si parla di "market-induced alignment", cfr. DASSESSE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, cit., p. 38 ss.; SMITS, *Banking Regulation in a European Perspective*, in *Legal Issues of European Integration*, 1989, p. 61-87 ss., p. 69.

¹⁵³ DASSESSE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, cit., p. 35 ss. Cfr. quindicesimo considerando della seconda direttiva che stabilisce che "l'esercizio delle attività non figuranti nell'elenco beneficia delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi secondo le disposizioni generali del trattato".

¹⁵⁴ Dir. 89/647/CEE, cit.

¹⁵⁵ Dir. 89/299/CEE, cit.

¹⁵⁶ In GUCE L 110 del 28.4.1992, p. 52-58.

92/121 sulla vigilanza e il controllo dei grandi fidi¹⁵⁷, la direttiva 95/26 che disciplina la trasparenza del gruppo¹⁵⁸. La Commissione ha raggruppato tali direttive in un testo unico, la direttiva 2006/48.

La seconda direttiva bancaria ha costituito la svolta essenziale nel processo di costituzione del mercato finanziario, non solo perchè ha effettivamente aperto il mercato bancario, ma anche perché ha fornito il modello per l’emanazione di direttive nei settori assicurativo e mobiliare. Essa ha apportato profondi cambiamenti all’assetto legale bancario, alle modalità di esercizio dell’attività bancaria all’interno della Comunità¹⁵⁹ e alle modalità di accesso al mercato delle banche non europee¹⁶⁰. Inoltre si è occupata di attuare la libertà di prestazione dei servizi bancari e finanziari¹⁶¹, per i quali, fino ad allora, poco si era fatto. Infatti, se in seguito al *Programma generale per l’abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento* delle banche era stata emanata la direttiva 73/183, nessun atto attuativo della libertà di prestazione dei servizi bancari era stato adottato in seguito all’emanazione del *Programma Generale per l’abolizione delle restrizioni alla libertà di prestazioni dei servizi*.

Grazie all’adozione del principio del mutuo riconoscimento, le profonde diversità delle legislazioni nazionali hanno perso importanza, così come gli ostacoli stessi allo stabilimento e alla libera circolazione di servizi e capitali. Con l’adozione di tale metodo la Commissione ha sostanzialmente risolto il problema, per così dire, scavalcandolo, evitando cioè, una difficile opera di negoziazione di standard comuni.

4.2 Il mercato assicurativo.

¹⁵⁷ In GUCE L 29 del 5.2.1993, p. 1-8.

¹⁵⁸ In GUCE L 168 del 18.7.1995, p. 7-13.

¹⁵⁹ DASSESSE, *Retail Banking Services in the Single Market*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market*, cit., p. 59-74; FOWLE, SMITH, *The European Union Single Banking and Finance Market*, cit., p. 75-96.

¹⁶⁰ La direttiva, riprendendo l’art. 9 della prima direttiva, si preoccupava di definire i rapporti giuridici di cooperazione con banche non comunitarie (art. 8). Prevedeva, infatti che, le filiali di istituti di credito appartenenti a Stati non comunitari, ma stabilite in uno Stato membro e ove avessero ottenuto l’autorizzazione, godessero dei benefici posti dalla seconda direttiva (potendo aprire succursali nel territorio di altri Stati membri sulla base dell’unica autorizzazione), mentre le succursali (che sono prive di personalità giuridica) di istituti non comunitari e non stabiliti nel territorio comunitario (quindi non in possesso del “passaporto europeo”), non potessero godere del medesimo beneficio. Cfr. SCOTT, *Reciprocity and the Second Banking Directive*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market*, cit., p. 97-104; VIGNERON, SMITH, *Il concetto di reciprocità nella normativa comunitaria: l’esempio della seconda direttiva bancaria*, in *Rivista bancaria*, 1992, p. 25-46.

¹⁶¹ Gli ostacoli tipici alla libera circolazione dei servizi finanziari e bancari erano principalmente dati dalle legislazioni nazionali a tutela dei consumatori, fiscali e dalla non ancora compiuta liberalizzazione del movimento dei capitali.

Per quanto concerne il settore assicurativo¹⁶² l'obiettivo della creazione del mercato interno è stato perseguito in tre distinte tappe, mediante l'emanazione di direttive di prima, seconda e terza generazione. La liberalizzazione è stata graduale tenuto conto della necessità di garantire una particolare tutela al contraente assicurato.

Il primo passo verso la creazione di un mercato unico dei servizi assicurativi è stato compiuto mediante l'adozione delle prime direttive in materia di assicurazione contro i danni¹⁶³ e contro la vita¹⁶⁴, le quali erano volte ad attuare il principio del libero stabilimento mediante l'armonizzazione minima delle condizioni di accesso al mercato assicurativo¹⁶⁵, garantendo al contempo “una protezione adeguata degli assicurati e dei terzi in tutti gli Stati membri”¹⁶⁶. Con l'adozione di tali direttive l'accesso all'attività assicurativa è stata condizionata all'ottenimento di una obbligatoria autorizzazione amministrativa, per i quali erano indicate le condizioni per il rilascio e per la revoca. Veniva, inoltre, stabilito, per le imprese di nuova costituzione, il divieto di cumulo dell'attività assicurativa nel ramo danni e vita ed imponeva alle imprese già esistenti ed esercenti in entrambi i settori di tenere distinte le gestioni. Inoltre, la normativa comunitaria stabiliva l'obbligo di tenere riserve tecniche, di costituire il margine di solvibilità, un fondo di garanzia non inferiore ad un terzo del margine di solvibilità. Infine, le prime direttive danni e vita introducevano misure adeguate per affrontare l'eventualità di dissesto dell'impresa assicurativa.

¹⁶² AFFERNI, COSTA, *I servizi assicurativi*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 471-528; DE LUCA, *Le assicurazioni*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 439-448; AFFERNI, *I servizi assicurativi*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, (ed. 2000), cit., 421-453; DI PACE, *Manuale di diritto comunitario dell'economia*, Padova, 2000, p. 415-431.

¹⁶³ Dir. 73/239/CEE, cit.

¹⁶⁴ Dir. 79/267/CEE, cit.

¹⁶⁵ A tal fine le direttive in questione si proponevano di “eliminare le divergenze esistenti tra le legislazioni nazionali in materia di controllo e coordinare le disposizioni relative alle garanzie finanziarie richieste dalle imprese di assicurazione”. Cfr. secondo considerando della dir. 73/239/CEE e primo considerando della dir. 79/267/CEE.

¹⁶⁶ Dir. 73/239/CEE, cit., secondo considerando.

Le direttive di seconda generazione¹⁶⁷ hanno inteso porre le basi per la libera prestazione dei servizi, precisandone il contenuto rispetto allo stabilimento e realizzando alcuni coordinamenti normativi. Tuttavia, la libera prestazione di servizi veniva, con esse, realizzata solo parzialmente. Infatti, nonostante questa seconda tornata di direttive fosse successiva alle sentenze *Van Binsbergen* e *Reiners* precedentemente citate, che stabilivano che gli artt. 52 (attuale art. 43) e 59 e 60 (attuali artt. 49 e 50) del Trattato CEE avessero efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri a partire dalla fine del periodo transitorio, è prevalsa la tesi¹⁶⁸ che in mancanza di un coordinamento legislativo in un settore particolarmente sensibile agli interessi dei consumatori non potesse essere data immediata e generalizzata applicazione del principio del controllo del Paese d'origine. Tali direttive, quindi, distinguevano tra contraenti deboli, a cui accordare una maggiore tutela mediante la previsione del principio del controllo del Paese ospite, e contraenti forti, per i quali vigeva il controllo del Paese d'origine. La seconda direttiva danni distingueva tra “rischi di massa” e “grandi rischi”. Per i primi era previsto un controllo più penetrante, essendo essi normalmente assicurati a livello individuale da persone fisiche, ossia da una clientela più debole. Era quindi prevista l'applicazione del controllo dello Stato dei consumatori, il Paese ospite. Per i grandi rischi (trasporti, credito, incendi, disastri naturali) era previsto invece l'applicazione del principio del Paese d'origine sul presupposto che coloro i quali si assicurano contro tali rischi siano contraenti forti, esercenti attività industriale, commerciale o professionale. La seconda direttiva vita introduceva, il principio del mutuo riconoscimento nel caso di “libertà passiva”, quando cioè il contratto fosse stato concluso per iniziativa dell'assicurato, e fosse quindi regolato dalle norme del Paese in cui l'assicuratore era stabilito. Al contrario il principio del mutuo riconoscimento non operava

¹⁶⁷ Seconda dir. 88/357/CEE recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dell'assicurazione sulla vita, e alla fissazione delle disposizioni volte ad agevolare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e che modifica la dir. 73/239/CEE, in GUCE L 172 del 4.7.1988, p. 1-14; seconda dir. 90/619/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'assicurazione diretta sulla vita, fissa le disposizioni destinate a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi e modifica la dir. 79/267/CEE, in GUCE L 330 del 29.11.1990, p. 50-61.

¹⁶⁸ Elaborata dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 4.12.1986, causa 205/84 *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Federale di Germania*, cit., nella quale ha affermato che la mancanza di coordinamento in materia di garanzie finanziarie e di disciplina contrattuale rendevano difficoltosa un'equa applicazione della libertà di prestazione dei servizi ai rapporti assicurativi a meno che si trattasse di contraenti che per loro natura non avevano bisogno della protezione offerta dal proprio ordinamento nazionale. Cfr. par. 41 ss.

nel caso di “libertà attiva”, quando cioè fosse stato l’assicuratore a proporre la conclusione di un contratto transfrontalero, accettando l’applicazione delle leggi contrattuali del Paese in cui si sarebbe svolta l’obbligazione assicurativa¹⁶⁹.

La piena attuazione della libertà di prestazione dei servizi è stata raggiunta con l’adozione delle direttive di terza generazione¹⁷⁰, mediante la generale applicazione al controllo del Paese d’origine, in base ai principi dell’autorizzazione unica rilasciata dallo Stato d’origine e del mutuo riconoscimento dei sistemi di controllo degli Stati membri¹⁷¹. Tali direttive hanno introdotto il già noto concetto di licenza unica (cfr. art. 4 della terza dir. sulla vita e art. 5 della terza direttiva danni), armonizzando i requisiti e le condizioni essenziali per consentire l’accesso all’attività assicurativa¹⁷², le condizioni di esercizio¹⁷³, gli obblighi d’informazione nei confronti degli assicurati e del pubblico¹⁷⁴ e i meccanismi sanzionatori¹⁷⁵ in caso di violazioni da parte delle imprese in questione.

4.3 Il mercato mobiliare.

L’opera di armonizzazione del mercato mobiliare è stata avviata in tempi più recenti rispetto al settore bancario ed assicurativo¹⁷⁶, con l’adozione della direttive 93/22¹⁷⁷ sui servizi

¹⁶⁹ Per approfondimenti cfr. CAPOTOSTI, *Le linee di definizione di un Mercato Europeo delle assicurazioni sulla vita*, in *Assicurazione*, 1996, p. 42-50, p. 43.

¹⁷⁰ Dir. 92/49/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l’assicurazione diretta diversa dell’assicurazione sulla vita e che modifica le dir. 73/239/CEE e 88/357/CEE (terza direttiva assicurazione non vita), in GUCE L 228, dell’11.8.1992, p. 1-23; dir. 92/96/CEE che coordina le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative riguardanti l’assicurazione diretta diversa dell’assicurazione sulla vita e che modifica le dir. 79/267/CEE e 90/619/CEE (terza direttiva assicurazione vita), in GUCE L 360 del 9.12.1992, p. 1-27. Cfr. CAPOTOSTI, *La disciplina definitiva delle assicurazioni private contro i danni (Terza direttiva assicurazioni danni del 18 giugno 1992, da attuare entro il 1 luglio 1994)*, in *Assicurazioni*, 1992, p. 131-148; ID, *La disciplina definitiva delle assicurazioni private sulla vita (Terza direttiva assicurazioni vita da attuarsi nell’ordinamento interno entro il primo luglio 1994)*, Ivi, 1992, p. 259-270.

¹⁷¹ Recentemente è stata emanata la dir. 2002/83/CEE con la quale la materia assicurativa è stata riorganizzata in un testo unico, in GUCE L 345, del 19.12.2002, p. 1-51.

¹⁷² Cfr. artt. 3-7 della terza dir. sulla vita e artt. 4-8 della terza dir. danni.

¹⁷³ Cfr. artt. 8-31 della terza dir. sulla vita e artt. 9-31 della terza dir. danni.

¹⁷⁴ Cfr. allegato II alla terza dir. sulla vita e artt. terza dir. danni

¹⁷⁵ Cfr. art. 40 della terza dir. sulla vita e art. 40 terza dir. danni

¹⁷⁶ Il ritardo è dovuto al fatto che il Libro bianco del 1985, pur affermando che il mercato dei valori mobiliari era basato sulle borse valori e che era quindi necessario “abbattere le barriere tra le borse valori e creare un sistema di commercializzazione, su scala comunitaria, dei titoli di interesse internazionale” (par. 107) non avanzava nessuna proposta per realizzare tale obiettivo. Nemmeno prevedeva una proposta di direttiva relativa agli intermediari di valori mobiliari. Proponeva, invece, di adottare il principio del controllo del Paese d’origine per gli organismi d’investimento collettivo, successivamente attuata dalla dir. 85/611/CEE. Con l’adozione

d'investimento (DSI), e della direttiva 93/6 sull'adeguatezza del capitale delle imprese d'investimento e degli enti creditizi¹⁷⁸. Fino ad allora, l'opera di armonizzazione comunitaria era rimasta confinata entro le tre direttive di regolamentazione dei mercati mobiliari, risalenti ai primi anni 1980, relative al coordinamento delle condizioni per l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale di una borsa valori (dir. 79/279)¹⁷⁹, al coordinamento delle condizioni di redazione, controllo e diffusione del prospetto da pubblicare per l'ammissione di valori mobiliari alla quotazione ufficiale di una borsa valori (dir. 80/390)¹⁸⁰ e alle informazioni periodiche che devono essere pubblicate dalle società le cui azioni sono ammesse alla quotazione ufficiale di una borsa valori (dir. 82/121)¹⁸¹. Tuttavia tali direttive "lasciavano invariate le competenze statali in materia di formalità e

della seconda direttiva bancaria, l'introduzione del passaporto europeo per gli enti creditizi si rese necessario intervenire anche nel settore delle imprese d'investimento onde evitare discriminazioni tra i due tipi d'intermediari e distorsioni della concorrenza. Infatti, in base alla seconda direttiva bancaria, gli enti creditizi, autorizzati dall'autorità del proprio Stato, potevano esercitare non solo attività tipicamente bancarie, ma potevano fornire anche altri servizi finanziari (tra i quali i servizi d'investimento) su tutto il territorio comunitario. Questa circostanza andava a discapito delle imprese d'investimento, le quali, oltre a non poter svolgere l'attività tipicamente bancaria, riservata esclusivamente agli istituti di credito, nemmeno godevano del passaporto europeo. ROTONDO, *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Napoli, 2004, p. 63 s.; DASSESSE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, cit. p. 28 s.

¹⁷⁷ Dir. 93/22/CEE relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, in GUCE L 141 dell'11.6.1993, p. 27-46. Cfr. FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH, (ed.) *Capital Markets in the Age of the Euro, Cross-border, Transaction and Regulation*, London, 2002; GODANO, *I valori mobiliari*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, (ed. 2000), cit., p. 389-419; DI PACE, *Manuale di diritto comunitario dell'economia*, cit., p. 431 ss.; NIELSEN, *The Community Directive on Investment Services*, in *Scandinavian Studies in Law*, 2000, 139-183; FERRARINI, *European Securities Markets-The Investment Services Directive and Beyond*, London, 1998; MOLONEY, *The Investment Services Directive*, in *Irish Journal of European law*, 1998, p. 140-164; POSER, *Automation of Securities Markets and the European Community's Proposed Investment Services Directive*, in *Law and Contemporary Problems, International Regulatory Competition and the Securities Laws*, 1992, p. 29. Per ulteriori approfondimenti cfr. anche CARBONE, MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services in the Member States and its Impact on National Conflict of Laws*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 31-88.

¹⁷⁸ Dir. 93/6/CEE relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, in GUCE L 141 dell'11.6.1993, p. 1-26.

¹⁷⁹ In GUCE L 66 del 16.3.1979, p. 21-32.

¹⁸⁰ In GUCE L 100 del 17.4.1980, p. 1-26.

¹⁸¹ In GUCE L 48 del 20.2.1982, p. 26-29. Successivamente vennero emanate ulteriori direttive: la dir. 88/627/CEE relativa alle informazioni da pubblicare al momento dell'acquisto e della cessione di una partecipazione importante in una società quotata in borsa, in GUCE L 348 del 17.12.1988, p. 62-65; la dir. 89/298/CEE per il coordinamento delle condizioni di redazione, controllo e diffusione del prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica di valori mobiliari, in GUCE L 124 del 5.5.1989, p. 8-15 con la quale è stato introdotto il principio del reciproco riconoscimento del prospetto di offerta pubblica, quale prospetto valido per l'ammissione alla quotazione in borsa; la dir. 89/592/CEE sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate (*insider trading*), in GUCE L 334 del 18.11.1989, p. 30-32. Ulteriore direttiva, emanata, però, successivamente alla DSI è la dir. 97/9/CE relativa ai sistemi di indennizzo degli investitori, in GUCE L 84 del 26.3.1997, p. 22-31.

controlli per l'ammissione dei valori mobiliari ai loro mercati mobiliari, di modalità ed esercizio dell'attività e di norme di funzionamento dei mercati stessi»¹⁸².

La direttiva 93/22 riproduceva invariata la struttura della seconda direttiva bancaria¹⁸³. Il suo obiettivo principale era quello di permettere alle imprese di investimento autorizzate dalle autorità competenti dello Stato membro di origine e sottoposte alla vigilanza delle medesime, di stabilire succursali e di prestare liberamente servizi negli altri Stati membri. A tal fine, la direttiva in questione effettuava un coordinamento di norme, prevedendo che ogni Stato subordinasse l'accesso delle imprese all'attività d'investimento ad una autorizzazione, per il rilascio della quale stabiliva norme comuni¹⁸⁴. Era previsto che in tale autorizzazione fossero specificati quali, tra i servizi elencati nell'allegato, sezione A, della direttiva, la società d'investimento fosse abilitata a fornire¹⁸⁵. La direttiva, inoltre

¹⁸² GODANO, *I Valori mobiliari*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, (ed. 2006), cit., p. 438-470, p. 438 ss.

¹⁸³ I servizi d'investimento possono essere forniti anche dalle banche, per questo motivo alcune norme della DSI si applicavano anche a quest'ultime, in particolare le disposizioni elencate dall'art. 2.

¹⁸⁴ Il rilascio dell'autorizzazione, ex art. 3, par. 3, era subordinato alla presenza di un capitale iniziale sufficiente, come specificato dalla dir. 93/6 e ai requisiti di onorabilità ed esperienza dei soci. Era inoltre previsto alla guida dell'impresa ci fossero almeno due persone, soddisfanti detti requisiti (c.d. regola "dei quattro occhi"). Ai sensi dell'art. 4 le autorità nazionali potevano rifiutare l'autorizzazione laddove nutrissero dubbi sull'idoneità degli azionisti a garantire una gestione sana e prudente.

¹⁸⁵ Ai sensi dell'art. 1, punto 1 della direttiva servizio d'investimento è definito "qualsiasi servizio elencato nella sezione A dell'allegato, relativo ad uno degli strumenti che figurano nella sezione B dell'allegato medesimo prestato a terzi". Inoltre l'autorizzazione può coprire anche uno o più servizi accessori, elencati nella sezione C (ma non può essere rilasciata per servizi che rientrino unicamente in quest'ultima sezione dell'allegato. Si riporta di seguito il contenuto dell'allegato. SEZIONE A: Servizi. Ricezione e trasmissione, per conto di investitori, di ordini in relazione a uno o più strumenti di cui alla sezione B; esecuzione di tali ordini per conto terzi; negoziazione per conto proprio di tutti gli strumenti di cui alla sezione B; gestione, su base discrezionale e individualizzata, di portafogli di investimento nell'ambito di un mandato conferito dagli investitori, qualora tali portafogli includano uno o più strumenti contemplati nella sezione B; assunzione a fermo per tutte o per alcune emissioni degli strumenti di cui alla sezione B e/o collocamento di tali emissioni. SEZIONE B: Strumenti. Valori mobiliari; quote di un organismo di investimento collettivo; strumenti del mercato monetario; contratti a termine fermo (futures) su strumenti finanziari, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti; contratti a termine su tassi d'interesse (FRA); Contratti SWAPS su tassi d'interesse, su valute o contratti di scambio connessi a indici azionari ("*equity swaps*"); opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento contemplato da questa sezione dell'allegato, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti. Sono comprese in particolare in questa categoria le opzioni su valute e sui tassi d'interesse. SEZIONE C: Servizi accessori. Custodia e amministrazione in relazione ad uno o più strumenti di cui alla sezione B; affitto di cassette di sicurezza; concessione di crediti o prestiti agli investitori per consentire loro di effettuare una transazione relativa a uno o più strumenti di cui alla sezione B, transazione in cui interviene l'impresa che concede il credito o il prestito; consulenze alle imprese in materia di struttura finanziaria, di strategia industriale e di questioni connesse, nonché consulenza e servizi concernenti le concentrazioni e l'acquisto di imprese; servizi connessi all'assunzione a fermo; consulenze in materia di investimenti in merito ad uno o più strumenti elencati nella sezione B; servizio di cambio allorquando detto servizio è legato alla fornitura di servizi d'investimento.

armonizzava i requisiti prudenziali essenziali¹⁸⁶ e stabiliva le regole e procedure del passaporto europeo¹⁸⁷. L'art. 11 della direttiva disciplinava inoltre le c.d. regole di condotta, ossia quelle norme che concernono il rapporto tra società d'investimento e la loro clientela, per le quali prevedeva che fossero emanate da ciascuno Stato nel rispetto di determinati principi¹⁸⁸.

In secondo luogo, la DSI introduceva i primi elementi per un regime comune di autorizzazione e vigilanza dei mercati regolamentati, che l'art. 1 punto 13 definiva quali mercati degli strumenti finanziari di cui all'allegato, sezione B, che siano iscritti nell'elenco di cui all'articolo 16¹⁸⁹ redatto dallo Stato membro d'origine, che funzionino regolarmente, organizzati in base a disposizioni, elaborate o approvate dalle autorità competenti, che definiscano le condizioni di funzionamento e di accesso al mercato, le condizioni di

¹⁸⁶ In base all'art. 10 lo Stato membro di origine doveva elaborare norme prudenziali nel rispetto di cinque principi: (i) il possesso di una buona organizzazione amministrativa e contabile, di meccanismi di controllo e di tutela in materia di elaborazione elettronica dei dati, nonché procedure interne di controllo adeguate che comprendano, in particolare, una disciplina per le operazioni personali dei dipendenti dell'impresa; (ii) un regime di separazione quanto ai valori mobiliari appartenenti agli investitori, allo scopo di salvaguardare i loro diritti di proprietà in caso di insolvenza dell'impresa, e per impedire che tali valori mobiliari siano utilizzati dall'impresa d'investimento per conto proprio, salvo accordo esplicito degli investitori; (iii) l'impresa deve inoltre prendere adeguate misure per quanto riguarda i fondi appartenenti agli investitori, allo scopo di salvaguardare i loro diritti, ed impedire che tali fondi siano utilizzati dall'impresa di investimento per conto proprio, ad eccezione degli enti creditizi (iv) è stabilito un obbligo di registrazione di tutte le operazioni effettuate per favorire il controllo delle autorità di vigilanza; (v) infine è necessario strutturare l'impresa in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti d'interesse.

¹⁸⁷ Cfr. artt. 18-20.

¹⁸⁸ Le regole di condotta elaborate dagli Stati dovevano rispettare i seguenti principi: (i) agire, nell'esercizio dell'attività, in modo leale ed equo, nell'interesse, per quanto possibile, dei clienti e dell'integrità del mercato; (ii) agire con la competenza, l'impegno e la diligenza necessari, nell'interesse, per quanto possibile, dei clienti e dell'integrità del mercato; (iii) disporre delle risorse e delle procedure necessarie per portare a buon fine le attività, e ad utilizzarle in modo efficace; (iv) informarsi sulla situazione finanziaria dei clienti, sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obiettivi per quanto concerne i servizi richiesti; (v) trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell'ambito dei negoziati con i clienti; (vi) sforzarsi di evitare i conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, a provvedere a che i clienti siano trattati in modo equo; (vii) conformarsi a tutte le normative applicabili all'esercizio delle sue attività in modo da promuovere per quanto possibile gli interessi dei clienti e l'integrità del mercato. La formulazione delle regole di condotta da parte degli Stati membri si è rivelata ben presto foriera di ostacoli alla prestazione transfrontaliera dei servizi ed è stata modificata con l'emanazione della dir. 2004/39/CE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, che modifica le dir. 85/611/CEE e 93/6/CEE e la dir. 2000/12/CE e che abroga la direttiva 93/22/CEE, in GUUE L 145 del 30.4.2004, p. 1-44.

¹⁸⁹ L'art. 16 disponeva che ciascuno dei Paesi membri disponesse a fini informativi un elenco dei mercati regolamentati di cui è lo Stato membro d'origine e delle norme di organizzazione e funzionamento degli stessi.

ammissione alla quotazione e di negoziazione e che prescrivano il rispetto di tutti gli obblighi di dichiarazione e di trasparenza prescritti in applicazione degli articoli 20 e 21¹⁹⁰.

In materia di accesso ai mercati regolamentati l'art. 15 stabiliva che gli Stati membri ospitanti dovessero provvedere che le imprese d'investimento, autorizzate dalle competenti autorità del loro Paese d'origine potessero, direttamente¹⁹¹ o indirettamente¹⁹², divenire membri dei mercati regolamentati e dei sistemi di compensazione e di liquidazione del Paese ospite o averne accesso. Era, inoltre, previsto l'obbligo per gli Stati di eliminare ogni norma limitante il numero delle persone ammesse ad avervi accesso. Gli Stati, inoltre, potevano discrezionalmente imporre requisiti di adeguatezza patrimoniali ulteriori rispetto a quelli previsti dalla direttiva 93/6. Infine, la direttiva subordinava l'ammissione alle qualità di membro di un mercato regolamentato al rispetto delle regole del medesimo.

Ultima norma relativa ai mercati regolamentati era stesa dall'art. 14 laddove prevedeva la facoltà degli Stati di obbligare le imprese d'investimento ad effettuare tutte le transazioni solo su mercati regolamentati¹⁹³ (c.d. obbligo di concentrazione degli scambi).

La direttiva 93/6 costituiva il completamento della DSI, realizzando l'armonizzazione essenziale necessaria e sufficiente a garantire il reciproco riconoscimento dell'autorizzazione e dei sistemi di vigilanza prudenziale, fissando un quadro comune per l'osservazione dei rischi di mercato cui sono esposte le medesime imprese¹⁹⁴, stabilendo norme comuni in materia di fondi propri (art. 4), stabilendo i requisiti patrimoniali (allegato V), l'entità del capitale iniziale (art. 3) e risolvendo le problematiche connesse alla vigilanza su base consolidata (art. 7)¹⁹⁵.

¹⁹⁰ L'art. 20 stabiliva quali informazioni le imprese d'investimento fossero obbligate a fornire all'autorità del Paese d'origine al fine di facilitare l'attività di vigilanza. L'art. 21 stabiliva le condizioni di trasparenza delle negoziazioni e prevedeva l'obbligo per il mercato regolamentato di mettere a disposizione degli investitori le informazioni necessarie a consentire agli stessi di valutare i termini dell'operazione che essi intendevano fare e di verificarne le condizioni di esecuzione.

¹⁹¹ Costituendo, cioè, una succursale nello Stato membro ospitante.

¹⁹² Ossia, costituendo una società figlia nello Stato membro ospitante o acquisendo un'impresa che è già membro dei suddetti mercati o che ne abbia accesso.

¹⁹³ Anche tale norma è stata abolita con la direttiva 2004/39.

¹⁹⁴ La direttiva in questione era volta a coprire il rischio di mercato ossia il rischio di perdite connesso all'evoluzione sfavorevole dei prezzi, dei tassi e dei cambi.

¹⁹⁵ Per un'approfondita analisi cfr. GODANO, *I Valori mobiliari*, (ed. 2000), cit., p. 407 ss.

5. La creazione del mercato dei servizi finanziari. Il Piano d'azione dei servizi finanziari (PASF) del 1999.

Dopo circa vent'anni dalla pubblicazione del Libro bianco sul completamento del mercato interno, il mercato finanziario unico non poteva ancora dirsi realizzato. Verso la metà degli anni 1990 iniziò ad essere evidente che le norme in materia di stabilimento, il “*single passport*” per istituti di credito, enti assicurativi, imprese d'investimento, imprese d'investimento collettivo, nonché le norme in materia di libera prestazione dei servizi finanziari non erano in grado di affrontare le nuove sfide poste dalla dinamica evoluzione dei prodotti e dei mercati finanziari e non ne consentivano un'effettiva integrazione. Troppi ostacoli si frapponevano al raggiungimento di tale ambizioso obiettivo. I mercati finanziari europei si presentavano, infatti, frammentati, troppe essendo le diversità delle leggi amministrative, fiscali, del diritto contrattuale, delle regole di condotta, delle norme in materia di prospetti e di diritto societario. A ciò si aggiungeva il ricorso sempre più frequente al principio della clausola dell'interesse generale (c.d. *general good exception*) da parte degli Stati Membri¹⁹⁶.

Occasione di riscossa e d'adozione di nuove misure di armonizzazione del mercato fu l'introduzione dell'Euro. La prospettiva di una moneta unica rese chiara la necessità di dotare la CE di una moderna struttura finanziaria in grado di cogliere i vantaggi dell'Euro. Se, infatti, la soppressione delle valute nazionali avrebbe comportato innumerevoli vantaggi, facilitando il flusso di capitali attraverso gli Stati membri e una maggiore integrazione del

¹⁹⁶ Lo Stato ospitante può comunicare alla banca o all'intermediario finanziario le condizioni alle quali, “per motivi d'interesse generale”, questi dovranno uniformare le loro attività, così limitando la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi (cfr. art. 26 della dir. 2006/48/CE e gli artt. 11 e 17,4 della dir. 93/22/CEE, SDI). Nell'interpretazione della Corte di Giustizia (cfr. fra le altre le sent. 17.12.1981, causa 279/80, *Webb*, in *Racc.* 3305; sent. 30.11.1995, causa C-55/94, *R. Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, in *Racc.* I-4165; sent. 8.6.2000, causa C-264/99, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.* I-4417; cfr. anche la comunicazione interpretativa della Commissione, *Freedom to provide Services and the Interest of General Good in the Second Banking Directive*, Brussels, 20.6.1997, SEC (1997) 1193 final) tale eccezione è ammissibile soltanto se: a) esista un interesse pubblico compatibile con il diritto comunitario; b) la restrizione sia applicabile senza discriminazioni anche a coloro che sono stabiliti nello Stato interessato; c) la restrizione sia proporzionale all'interesse che si vuole proteggere. Sul principio dell'interesse generale cfr. AVGOULEAS, *The Harmonisation of Rules of Conduct in EU Financial Markets: Economic Analysis, Subsidiarity and Investor Protection*, in *European Law Journal*, 2006, p. 72-92, p. 77 ss.; O'KEEFFE, CAREY, *Financial Service and the Internal Market*, in FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH, (ed.) *Capital Markets in the Age of the Euro, Cross-border, Transaction and Regulation*, cit., p. 3-16; FERRARINI *Towards a European Law of Investment Services*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 1283-1311.

mercato interno e finanziario¹⁹⁷, l'adozione dell'Euro, da sola, non avrebbe risolto le innumerevoli diversità tra le legislazioni e le prassi nazionali, che avrebbero continuato a fraporsi all'obiettivo di un mercato finanziario unico.

Innanzitutto a tale situazione si avvertì l'esigenza di abbandonare i metodi proposti dal Libro bianco del 1985 e adottati con l'Atto Unico europeo (armonizzazione minima e mutuo riconoscimento) per tornare al metodo dell'armonizzazione (almeno tendenzialmente) massima¹⁹⁸.

Partendo da questo presupposto la Commissione, su invito prima del Consiglio europeo di Amsterdam del 1997, e poi del Consiglio europeo di Cardiff del 1998, ha presentato una comunicazione sui *Servizi finanziari: elaborazione di un quadro d'azione*¹⁹⁹, volta ad individuare "un quadro di azioni intese a migliorare il mercato unico dei servizi finanziari"²⁰⁰. Successivamente veniva istituito il Gruppo per i servizi finanziari (*Financial Services policy Group*, da qui in poi FSPG)²⁰¹ con il mandato di assistere la Commissione nel compito di individuare le priorità d'azione prima della riunione del Consiglio ECOFIN del maggio 1999. Con l'aiuto del FSPG la Commissione ha individuato cinque settori in cui era necessario intervenire: (i) una riforma dell'apparato legislativo; (ii) i mercati all'ingrosso; (iii)

¹⁹⁷ L'introduzione dell'Euro si colloca in un momento in cui l'economia globale è governata dalla c.d. *New Economy*, caratterizzata dall'avvento di nuove tecnologie, dalla globalizzazione dei mercati di merci e servizi, dalle privatizzazioni, liberalizzazioni e dal gioco della libera concorrenza. Conseguenze di tale *trend* sono una maggiore integrazione dei mercati, economie di scala e diversificazione a livello internazionale. L'Unione monetaria ha svolto un ruolo di catalizzatore dei *trend* sopradescritti. L'introduzione dell'Euro ha comportato la scomparsa dei tassi d'interesse nazionali, sostituiti dal tasso Euribor; la comparsa del sistema TARGET; una maggiore integrazione del mercato dell'*equity* mediante processi di fusione tra le varie borse nazionali; la creazione, per il mercato del debito pubblico, di una piattaforma di negoziazione chiamata EuroMTS con sede a Milano; la creazione del COREDAL nel mercato dei bond; inoltre, un processo d'integrazione attraverso concentrazioni transfrontaliere ha preso piede nei settori dei sistemici compensazione e regolamento, dei *securities settlement systems* e nei mercati dei derivati. Cfr. VICUÑA, *The Legal Integration of Financial Markets of the Euro Area*, in *European Business Law Review*, 2001, p. 223-240, p. 223 ss. Per quanto riguarda le borse e le piattaforme di negoziazione cfr. NOBEL, *Stock Exchange Alliances: Towards a Pan-European Finance Market*, in MEIER-SCHATZ, SCHWEIZER, *Recht und Internationalisierung*, Zürich, 2000, p. 271-290, p. 273 s. e p. 280 ss.

¹⁹⁸ MECATTI, *Il futuro dei servizi finanziari in Europa: verso un European Securities Regulator?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 1955-1965, p. 1957; GALANOPOULOU, *The Fsa as an Institutional Model for the Emergence of a Single (Unified) European Financial Services Regulator*, in *European Business Law Review*, 2003, p. 277-323, p. 299.

¹⁹⁹ COM(1998) 625 def., cit. Cfr. WALKER, *European Financial Programme: Content, Structure and Completion*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 305-345, p. 321 ss.

²⁰⁰ Conclusioni del Consiglio europeo di Cardiff del 15-16 giugno 1998, par. 17.

²⁰¹ L'FSPG, istituito nel 1999, era composto da personale rappresentante i Ministri delle Finanze e la Banca Centrale Europea ed era presieduto dall'allora Commissario al Mercato interno, Mario Monti.

mercati al dettaglio; (iv) la cooperazione nella vigilanza; (v) condizioni generali per un mercato finanziario completamente integrato.

Il vero e proprio Piano d'azione veniva pubblicato nel 1999, *Messa in atto del quadro d'azione sui servizi finanziari*²⁰². Con tale comunicazione la Commissione elencava 42²⁰³ misure da adottare entro il 2004²⁰⁴, e volte a raggiungere quattro obiettivi strategici²⁰⁵: (i) un mercato all'ingrosso unico nell'UE; (ii) mercati al dettaglio aperti e sicuri; (iii) norme prudenziali e di vigilanza adeguate ai più recenti sviluppi; (iv) e ulteriori condizioni più generali per un mercato finanziario unico ottimale. Il PASF richiama inoltre la necessità di riformare l'apparato legislativo comunitario in modo tale da poter legiferare più velocemente tenendosi al passo con le continue evoluzioni dei mercati finanziari.

5.1 Il mercato all'ingrosso²⁰⁶.

Con l'espressione "mercati all'ingrosso" la Commissione si riferisce ai mercati dei capitali, dei valori mobiliari e dei prodotti derivati i quali sono stati profondamente coinvolti dall'introduzione dell'Euro che è stato catalizzatore di modernizzazione. Con l'introduzione della moneta unica, infatti, è venuta meno una delle principali barriere alla circolazione dei

²⁰² COM(1999) 232 def., cit., comunemente chiamata Piano d'azione sui servizi finanziari, d'ora in avanti PASF.

²⁰³ Le misure finora adottate sono 44 poiché la comunicazione *Compensazione e regolamento nell'Unione europea-Prospettive future* COM(2004) 312 e il regolamento 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in Euro non erano parte dell'originario Piano d'azione. Tuttavia, invece, non è stata ancora adottata la quattordicesima direttiva sul diritto delle società, volta a consentire alle società di trasferire la propria sede sociale in un altro Stato membro. Ugualmente non è stato raggiunto l'obiettivo indicante la necessità di elaborare una rassegna della tassazione dei servizi finanziari negli Stati membri.

²⁰⁴ Al Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000 e il successivo Consiglio europeo di Stoccolma del 23-24 marzo 2001, i Capi di Stato e di Governo hanno sollecitato la piena esecuzione del Piano d'azione entro il 2005.

²⁰⁵ Le misure elencate dal PASF sono, inoltre, corredate dall'indicazione di un grado di priorità. Quelle per le quali esiste un ampio consenso sull'estrema urgenza della loro adozione rientrano nel primo grado. Il secondo sta ad indicare che la Commissione considera importanti le azioni in questione per il funzionamento del mercato unico dei servizi finanziari. Le azioni contrassegnate dal terzo grado sono quelle inerenti a temi importanti per le quali è necessario mettere a punto una politica coerente entro la fine del periodo transitorio dell'Euro.

²⁰⁶ Cfr. CHIU, *Three Challenges Ahead for New EU Security Regulation Directives*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 121-134; BOLKESTEIN, *The Capital Markets Directives*, in *European Company Law*, 2005, p. 4-8; VICUÑA, *The Legal Integration of Financial Markets*, cit.; MOLONEY, *New Frontiers in EC Capital Markets Law: from Market Construction to Market Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 809-843; CORCORAN, HART, *The Regulation of Cross-Border Financial Services in the EU Internal Market*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, p. 221-291; MEGLIANI, *Il quadro evolutivo dei mercati finanziari europei nella prospettiva internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 677-731;

capitali, che è condizione strettamente connessa all'integrazione finanziaria²⁰⁷. Tuttavia la Commissione ha sottolineato la necessità di intervenire urgentemente al fine di eliminare "il coacervo degli ostacoli legali e amministrativi, se non si vuole che il processo di instaurazione di sistemi integrati di negoziazione dei valori mobiliari, avviatosi grazie alle pressioni delle stesse forze del mercato, si areni e che vadano persi i benefici che deriverebbero dall'accesso ad un mercato dei capitali su scala europea"²⁰⁸.

La Commissione ha quindi individuato svariati temi sui quali concentrare la propria azione: in primo luogo la necessità di adottare norme comuni per mercati integrati mobiliari in modo tale da rendere effettiva la libera prestazione transfrontaliera dei servizi d'investimento; in secondo luogo l'esigenza di rendere più facile e sicura la raccolta di capitali su scala europea; il terzo ambito d'intervento concerneva l'informativa finanziaria; il quarto riguardava la creazione di un quadro unico nel settore dei regimi pensionistici integrativi; il quinto era relativo allo sviluppo di maggiori garanzie inerenti alle transazioni finanziarie; infine il sesto obiettivo della Commissione mirava alla costituzione di un contesto sicuro e trasparente per le ristrutturazioni transfrontaliere. La Commissione ha sottolineato la necessità di aggiornare le normative e le infrastrutture comunitarie, nonché di colmare le molte lacune, tenendo conto degli sviluppi tecnologici.

L'approccio di modernizzazione europeo è stato duplice: da un lato, infatti, la Commissione ha proposto l'adozione di normative proprie del mercato dei capitali volte, per esempio, a regolare i mercati degli strumenti finanziari, o l'abuso di informazioni privilegiate. Dall'altro lato, profilo considerato prevalente, la Commissione ha preferito raggiungere integrazione del mercato mediante armonizzazione del diritto societario²⁰⁹, che è una delle novità più importanti del progetto. Creando un modello di riferimento unico per le operazioni pan-europee, infatti, si facilita l'integrazione del mercato e il processo di concentrazione dei soggetti del mercato finanziario, come la creazione di borse europee, la nascita di istituti di credito pan-europei e di *security settlement system* multinazionali²¹⁰.

²⁰⁷ Cfr. BAINES, *Capital Mobility and European Financial and Monetary Integration: a structural analysis*, in *Review of International Studies*, 2002, p. 337-357, p. 343 e 354 ss.

²⁰⁸ COM(1999) 232 def., cit., p. 5.

²⁰⁹ NOBEL, *Stock Exchange Alliances*, cit., p. 281 s. Le direttive di armonizzazione in materia societaria trovano fondamento nella norma dell'art. 44, comma 2, lett. g) del Trattato.

²¹⁰ VICUÑA, *The Legal Integration of Financial Markets of the Euro Area*, cit., p. 228.

Quanto al primo campo d'intervento, i mercati dei valori mobiliari, era divenuto chiaro ormai da tempo che le norme esistenti²¹¹ erano insufficienti. Il principio dell'armonizzazione minima, accompagnato dai principi del mutuo riconoscimento e del Paese d'origine introdotti, per le imprese d'investimento, dalla direttiva sui servizi finanziari²¹², non consentivano una reale prestazione transfrontaliera dei servizi, che continuava ad essere ostacolata dalle autorità competenti degli Stati membri, le quali applicavano le c.d. "regole di condotta" nazionali ossia regole di comportamento nei confronti dei clienti e a tutela degli stessi²¹³. Infatti, la direttiva 93/22 sottoponeva le imprese che prestavano servizi d'investimento al rispetto delle regole di condotta dello Stato ospite²¹⁴. Le regole di condotta riflettono normalmente l'approccio e lo schema delle norme a tutela del consumatore. Le direttive in materia di servizi finanziari, in genere, sembrano contenere un implicito assunto secondo cui i servizi forniti da un'impresa autorizzata nel proprio Stato d'origine ad un consumatore nello Stato ospite sono sottoposti alla giurisdizione del luogo in cui il consumatore ha la propria residenza o domicilio, ossia, lo Stato ospite. Esse, generalmente, assoggettano le imprese autorizzate al criterio dell'interesse generale dello Stato ospite. Di conseguenza un'impresa d'investimento o un ente creditizio che avesse voluto prestare servizi in un altro Stato membro avrebbe dovuto uniformarsi a due diverse regole di condotta. Tale situazione si è tradotta in un ostacolo all'effettiva libera prestazione dei servizi d'investimento inficiando l'operatività dell'autorizzazione unica e del mutuo riconoscimento²¹⁵. Il PASF ha, inoltre, individuato la necessità di intervenire al fine di dare

²¹¹ Dir. 79/279/CEE riguardante le condizioni di ammissione dei valori mobiliari alla quotazione ufficiale di una borsa valore, in GUCE L 66 del 16.03.1979, p. 21-32; dir. 93/22/CEE cit.; dir. 93/6/CEE; dir. 80/390/CEE cit. (e successive modifiche) per il coordinamento delle condizioni di redazione, controllo e diffusione del prospetto; dir. 89/592/CEE, cit., in materia di *insider trading*; dir. 82/121/CEE, cit., relativa alle informazioni periodiche da pubblicare al fine di ammettere azioni alla quotazione ufficiale di una borsa valori.

²¹² Dir. 93/22/CEE, cit.

²¹³ TISON, *Conduct of Business Rules and their implementation in the EU Member States*, in FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH, (ed.) *Capital Markets in the Age of the Euro*, cit., p. 65-100, p. 66 ss.; AVGOULEAS, *The Harmonisation of Rules of Conduct in EU Financial Markets: Economic Analysis, Subsidiarity and Investor Protection*, cit., p. 77 ss.

²¹⁴ CORCORAN, HART, *The Regulation of Cross-Border Financial Services in the EU Internal Market*, cit., p. 259.

²¹⁵ La direttiva DSI aveva, inoltre, altre debolezze. Essa, infatti, non copriva l'intera gamma dei servizi d'investimento (ad. es. la consulenza, i nuovi canali di distribuzione), o di strumenti finanziari (ad. es. i derivati su merci). In secondo luogo non risolveva le questioni connesse alla concorrenza tra le borse e di queste ultime con le nuove piattaforme di negoziazione. Infine, la DSI consentiva di seguire approcci diversi nella regolamentazione della struttura di mercato. Così GODANO, *I valori mobiliari*, (ed. 2006), cit., p. 442 s.; sui limiti della DSI cfr. anche AVGOULEAS, *The New EC Financial Markets Legislation and the Emerging Regime for Capital Markets*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 321-361, p. 334 ss.

una nuova definizione alle borse valori e ai mercati²¹⁶, indicando le condizioni alle quali gli operatori di borsa potessero essere ammessi a parteciparvi a distanza. Abbisognavano, poi, di regolamentazione comune le nuove figure comparse nella prassi, quali i “sistemi alternativi di negoziazione”.

A tale situazione ha fatto fronte la pubblicazione della direttiva 2004/39/CE del 21 aprile 2004 relativa ai servizi d’investimento nel settore dei valori mobiliari²¹⁷, che ha integralmente sostituito la direttiva 93/22. Essa crea il quadro normativo per il commercio in valori mobiliari, garantendo alle imprese d’investimento un effettivo *single passport*. Svariate sono le novità da esse apportate: armonizza le regole di condotta (artt. 19-24), introduce la disciplina dei promotori finanziari (art.4 par. 2.5), regola l’accesso ai mercati regolamentati (artt. 31-32), definisce i mercati regolamentati e i sistemi alternativi di negoziazione (art. 4 par. 14 e par. 15), abolisce il principio di concentrazione degli scambi²¹⁸ (art. 14, par. 3), rivede e stabilisce nuovi requisiti di trasparenza (art. 27, art. 65). Inoltre, la direttiva 2004/39 aggiorna l’elenco dei servizi finanziari, tra i quali compare ora anche la consulenza²¹⁹.

Con il Piano d’azione la Commissione ha, inoltre, palesato l’esigenza di prevedere dispositivi di salvaguardia contro la manipolazione del mercato aggiornando la direttiva 89/592 relativa alle operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate. La Commissione ha sottolineato, in ultimo, la necessità di individuare e distinguere gli investitori “s sofisticati” da quelli “comuni” al fine di darne un’appropriata tutela.

²¹⁶ Le borse non sono state oggetto di normativa comunitaria specifica. La direttiva DSI conteneva solo poche norme incomplete. L’art. 13 forniva la nozione di mercato regolamentato, ma non teneva conto delle nuove piattaforme di negoziazione, quali i sistemi alternativi di negoziazione, le reti di comunicazione elettronica e i c.d. *Proprietary Trading System*. L’art. 15 della direttiva DSI si riferiva all’obbligo dello Stato ospite di consentire l’accesso delle imprese autorizzate dallo Stato d’origine ai mercati regolamentati. Gli artt. 20 e 21 stendevano norme su informazione e trasparenza. Un altro accenno alle borse era fatto dall’art. 1 par. 2 lett. d) della dir. 89/592/CEE, cit., relativa alle operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate.

²¹⁷ In GUUE L 145 del 30.04.2004, p. 1-44.

²¹⁸ L’abolizione della possibilità per le autorità nazionali di stabilire la regola della concentrazione, prevista dalla dir. 93/22/CEE e che permette alle autorità nazionali di vietare di trattare fuori mercato i titoli quotati, costituisce l’innovazione di maggior rilievo apportata dalla direttiva 2004/39/CE, cit.

²¹⁹ Per approfondire cfr. GIOIA-CARABELLESE, *Attività bancaria e d’investimento” fuori sede” “Tied Agents” e consulenza finanziaria nella nuova direttiva sui servizi d’investimento su strumenti finanziari: prime riflessioni e punti critici*, in *Nuovo Diritto*, 2006, p. 131-146; GODANO, *I valori mobiliari*, cit. (ed. 2006); COMPORI, *I conflitti d’interessi nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2005, p. 593-614; FERRARINI, *Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture*, 2005, reperibile all’indirizzo www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_039.pdf; MAURENBRECHER, *Von der Investment Services Directive zur Markets in Financial Instruments Directive*, in *Aktuelle Juristische Praxis*, 2005, p. 19-38; AVGOULEAS, *The New EC Financial Markets Legislation and the Emerging Regime for Capital Markets*, cit., p. 339 ss.

La risposta a tali propositi è stata la pubblicazione della direttiva relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato²²⁰ e della comunicazione sull'applicazione delle norme di comportamento di cui all'art. 11 della direttiva relativa ai servizi d'investimento²²¹.

Il secondo ambito d'intervento profilato dalla Commissione riguardava la raccolta di capitali su scala europea. Essa proponeva che si giungesse ad un effettivo riconoscimento reciproco dei prospetti²²² mediante una modifica delle direttive allora vigenti²²³, le quali, adottate negli anni '80, avevano introdotto un parziale e complesso meccanismo di riconoscimento che non è stato in grado di raggiungere l'obiettivo del passaporto unico.

In attuazione dell'obiettivo enunciato dalla Commissione sono state adottate la direttiva relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari²²⁴ e la direttiva sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza

²²⁰ Dir. 2003/6/CE, in GUUE L 96 p. 16-25. Tale direttiva mira a garantire l'integrità dei mercati finanziari europei e ad accrescere la fiducia degli investitori, creando, nel quadro della lotta contro gli abusi di mercato condizioni di concorrenza eque per tutti gli operatori economici degli Stati membri. L'abuso di mercato si verifica quando determinati soggetti, approfittando di informazioni confidenziali (abuso di informazioni privilegiate - *insider trading*), falsino il meccanismo di determinazione dei prezzi degli strumenti finanziari, oppure divulgano informazioni false o ingannevoli (manipolazione del mercato), danneggiando gli investitori. Comportamenti di questo tipo possono, in effetti, violare il principio generale secondo cui tutti gli investitori devono operare in condizioni di parità. *Insider trading* e manipolazione del mercato erano già stati oggetto delle dir. 89/592/CEE ora abrogata e della dir. 93/22/CEE relativa ai servizi d'investimento. Cfr. CARTA, *L'informazione societaria*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, cit., p. 185-200, p. 196 ss.; SOLFERINI, *La direttiva europea contro gli abusi di mercato: informazioni privilegiate e manipolazione*, 2005, reperibile sul sito www.tidona.com/pubblicazioni/ottobre05_2.htm; FERRARINI, *The European Market Abuse Directive*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 711-741.

²²¹ COM(2000) 722 def., del 14.11.2000.

²²² Il prospetto è un documento di pubblicità contenente importanti dati finanziari e non finanziari, che una società mette a disposizione dei potenziali investitori quando emette strumenti finanziari (azioni, obbligazioni, strumenti derivati, ecc.) per raccogliere capitali e/o quando vuole far ammettere i suoi strumenti finanziari alla negoziazione in un mercato borsistico.

²²³ Dir. 80/390/CEE, cit. e dir. 89/298/CEE, cit., entrambe relative al coordinamento delle condizioni di redazione, controllo e diffusione del prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica di valori mobiliari.

²²⁴ Dir. 2003/71, in GUUE L 345 del 4.11.2003, p. 64-89. Scopo della presente direttiva è quello di armonizzare i requisiti relativi alla redazione, all'approvazione e alla diffusione del prospetto da pubblicare per l'offerta al pubblico di strumenti finanziari o la loro ammissione alla negoziazione in un mercato regolamentato, che ha sede, o opera in uno Stato membro. Essa pone regole che consentono alle società di raccogliere capitali più facilmente e a minor costo in tutta l'Unione europea sulla base dell'autorizzazione unica data dall'autorità regolamentare dello Stato membro d'origine, e del principio del mutuo riconoscimento. Essa rafforza la protezione offerta agli investitori garantendo che tutti i prospetti, ovunque siano emessi nell'Unione europea, forniscano loro informazioni, chiare e complete, accessibili anche via internet, di cui necessitano per prendere le loro decisioni. Il prospetto costituisce un "passaporto unico" di cui possono servirsi gli emittenti che intendono offrire i propri valori mobiliari in più Stati membri. Cfr. CARTA, *L'informazione societaria*, cit., p. 192 ss.; PELLEGRINI, *Critical Analysis of the Prospectus Directive*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 1679-1692; ROSSI, *Prospectus Liability: Implementing Article 6 of the European Community Directive 2003/71/EC in Italy*, in

riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato²²⁵.

In terzo luogo la Commissione ha sottolineato la necessità di adottare un sistema di informativa finanziaria comparabile trasparente ed attendibile per evitare che la mancanza di comparabilità scoraggi gli investimenti transfrontalieri. Essa ha, quindi, prospettato un intervento volto all'armonizzazione della contabilità societaria, la quale è, infatti, uno strumento di rilevazione e annotazione degli eventi e dei fatti della gestione societaria e che offre un'adeguata informazione all'imprenditore, ai mercati e agli investitori sullo stato e sull'andamento dell'impresa²²⁶. Essa ha quindi evidenziato la necessità di rivedere i requisiti di solvibilità e d'introdurre nuove norme adatte alla realtà dei conglomerati finanziari, mediante l'adozione di atti volti a "consentire alle imprese la possibilità di raccogliere capitali nell'insieme dell'UE utilizzando bilanci redatti sulla base di un unico insieme di requisiti in materia di informativa finanziaria. (...) Attualmente gli *International Accounting Standards*²²⁷ sembrano costituire il *benchmark* più appropriato per un complesso unico di requisiti in materia di informativa finanziaria, che consenta alle imprese di raccogliere capitali sui mercati internazionali. Analogamente gli *International Standards on Auditing* sembrano rappresentare i requisiti minimi da soddisfare per conferire credibilità ai documenti contabili pubblicati"²²⁸.

European Business Law Review, 2005, p. 1500-1533; GRUNDMANN-VAN DE KROL, *New EC Prospectus Directive and the Lamfalussy Process*, in *European Company Law*, 2004, p. 32-35.

²²⁵ Dir. 2004/109/CE, in GUUE L 390, del 31.12.2004, p. 38-57. Cfr. CARTA, *L'informazione societaria*, cit., p. 188 ss.

²²⁶ La contabilità societaria era in origine disciplinata dalla quarta e settima direttiva societaria (dir. 78/660/CEE e dir. 83/349/CEE), nonché da due direttive settoriali relative alle informazioni contenute nei conti consolidati ed individuali delle banche e altri enti finanziari (dir. 86/365/CEE) e delle imprese d'assicurazione (dir. 91/674/CEE). Tuttavia, essendo tali direttive volte, non alla completa armonizzazione dei requisiti contabili, bensì a favorire la comparabilità e l'equivalenza delle informazioni finanziarie, divennero ben presto inadeguate a fronte della sempre maggiore internazionalizzazione dei mercati, delle società e della necessità di tutelare degli investitori dislocati a livello ormai mondiale. Questa considerazione ha portato la Commissione a proporre l'uniformazione dei requisiti contabili mediante l'adozione degli *International Accounting Standards* (IAS), un *corpus* di norme elaborate a livello internazionale dall'Organismo Internazionale di Normalizzazione Contabile, *International Accounting Standards Board (IASB)*, con sede a Londra. Cfr. RUGGERO, *La contabilità*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, cit., p. 105-121, p. 105 ss.

²²⁷ Tali principi contabili sono emessi dall'*International Accounting Standards Board*.

²²⁸ COM(1999) 232, cit., p. 6. Tale obiettivo è inoltre legato alla raccomandazione di sviluppare una più stretta collaborazione e coordinamento tra autorità di vigilanza. Il PASF auspica l'unificazione dei poteri di vigilanza in una singola autorità. Vedi *infra*. Per approfondire il dibattito in materia cfr. MECATTI, *Il futuro dei servizi finanziari in Europa: verso un European Securities Regulator*, cit., p. 1961 ss.

In attuazione di tali obiettivi nel 2000 la Commissione ha emanato una comunicazione intitolata *La strategia dell'UE in materia di informativa finanziaria: la via da seguire*²²⁹, cui ha fatto seguito l'adozione del regolamento 1606/2002 relativo all'applicazione dei principi contabili internazionali²³⁰. Sono state adottate, inoltre, due direttive emendative della quarta e settima direttiva societaria e volte, l'una a consentire la contabilizzazione al valore equo, e l'altra alla modernizzazione delle disposizioni contabili societarie²³¹. Inoltre, sono state pubblicate anche una raccomandazione della Commissione sulle pratiche contabili nell'UE²³², seguita da una comunicazione su come rafforzare la revisione legale dei conti nell'UE²³³.

Altro obiettivo evidenziato dal PASF riguardava la creazione di un quadro giuridico coerente per i sistemi pensionistici integrativi. Infatti, sebbene spetti agli Stati membri definire l'assetto del proprio sistema pensionistico la Commissione ha sottolineato l'urgenza di creare un quadro coerente in tutto il mercato unico per i fondi pensione che li gestiscono. Per questo motivo sono stati adottati numerosi atti volti all'instaurazione di un quadro prudenziale rigoroso a garanzia di un elevato livello di protezione degli affiliati. A tal fine la Commissione ha adottato una comunicazione dal titolo *Verso un mercato unico per i regimi pensionistici integrativi, risultati della consultazione relativa al Libro verde sui regimi pensionistici integrativi nel mercato unico*²³⁴, seguita dalla pubblicazione di due direttive l'una dedicata agli

²²⁹ COM(2000) 359 def., del 13.6.2000, la quale propone che tutte le società quotate dell'UE (che fanno, quindi, appello pubblico al risparmio) siano obbligate, al più tardi dal 2005, ad elaborare i bilanci consolidati conformemente ai principi contabili internazionali i.c.d. "*International Accounting Standards*".

²³⁰ In GUCE L 243 dell'11.09.2002, p. 1-4. Secondo tale regolamento, a partire dal 2005, tutte le società quotate dell'UE (comprese le banche e le imprese d'assicurazione) dovranno redigere i loro bilanci consolidati applicando principi contabili internazionali di alta qualità. Inoltre, gli Stati membri possono anche autorizzare o obbligare tali società ad applicare il sistema ai loro conti annuali, o imporre la nuova normativa a società i cui titoli non sono negoziati in mercati pubblici. L'adozione degli IAS non avviene mediante semplice rinvio alle regole elaborate dallo IASB, ma sono oggetto di procedimento di omologazione da parte della Commissione europea. Cfr. RUGGERO, *La contabilità*, cit., p. 107 ss.

²³¹ Rispettivamente dir. 2001/65/CE che modifica le dir. 78/660/CEE e dir. 83/349/CEE e 86/635/CEE per quanto riguarda le regole di valutazione per i conti annuali e consolidati di taluni tipi di società nonché di banche e di altre istituzioni finanziarie, in GUCE L 283, del 27.10.2001, p. 28-32 e dir. 2003/51/CE che modifica le dir. 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE e 91/674/CEE relative ai conti annuali e ai conti consolidati di taluni tipi di società, delle banche e altri istituti finanziari e delle imprese di assicurazione, in GUUE L 178 del 17.7.2003, p. 16-22.

²³² Recommendation 2001/6942 (C(2002)1873), *Statutory Auditors Independence in the EU: a set of Fundamental Principles*.

²³³ COM(2003) 286 def., del 21.5.2003. Cfr. VICUÑA, *The Legal Integration of Financial Markets*, cit., p. 228 s.

²³⁴ COM(1999) 134 def., dell'11.5.1999.

organismi d'investimento collettivo²³⁵ e l'altra relativa alla vigilanza prudenziale dei fondi pensione²³⁶.

Un mercato all'ingrosso integrato richiede, inoltre, certezza del diritto per sostenere le operazioni transfrontaliere sui titoli. Necessario, quindi, introdurre regole comuni per le garanzie costituite a favore dei sistemi di pagamento e di regolamento. La Commissione notava, infatti, che senza di esse vi è un rischio più alto che i contratti di garanzia transfrontaliera vengano invalidati e che regni l'incertezza sulla loro esecutorietà in caso di insolvenza di chi ha fornito la garanzia. In attuazione del presente obiettivo è stata adottata la direttiva 2002/47 relativa ai contratti di garanzia finanziaria²³⁷. Inoltre, è stata adottata una comunicazione, inizialmente non prevista dal PASF relativa alle prospettive future per la compensazione e regolamento nell'Unione europea²³⁸.

Da ultimo la Commissione ha individuato l'obiettivo della creazione di un contesto sicuro e trasparente per le ristrutturazioni transfrontaliere. L'integrazione delle economie ha portato

²³⁵ Dir. 2001/107/CE che modifica la dir. 85/611/CEE concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) al fine di regolamentare le società di gestione e i prospetti semplificati, in GUCE L 41 del 13.02.2001, p. 20-34.

²³⁶ Dir. 2003/41/CE relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali, in GUUE L 235 del 28.09.2003, p. 10-21. Essa disciplina l'accesso all'attività dei fondi pensione e il suo esercizio e mira ad assicurare un alto livello di protezione dei futuri pensionati o beneficiari dei fondi. Stabilisce, quindi, regole prudenziali comuni, stende norme relative ai servizi d'investimento adatte alle caratteristiche di tali organismi ed infine introduce il principio del mutuo riconoscimento delle pratiche di supervisione, al fine di permettere un'effettiva attività transfrontaliera.

²³⁷ In GUCE L 168 del 27.6.2002, p. 43-50. La direttiva concerne i contratti di garanzia finanziari bilaterali, ossia, ex art. 2 lett. a) quei contratti "con trasferimento del titolo di proprietà o un contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale, che siano o no coperti da un accordo quadro o da condizioni generali"; alla lett. b) il medesimo articolo definisce il contratto di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà, quale "contratto, inclusi i contratti di pronti contro termine, con il quale il datore della garanzia finanziaria trasferisce la piena proprietà della garanzia finanziaria al beneficiario di quest'ultima allo scopo di assicurare l'esecuzione delle obbligazioni finanziarie garantite o di assisterle in altro modo"; alla lett. c) fornisce la definizione di contratto di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale, il quale è "un contratto in forza del quale il datore della garanzia fornisce una garanzia finanziaria a titolo di garanzia reale a favore del beneficiario della garanzia o gliela consegna conservando la piena proprietà di quest'ultima quando il diritto di garanzia è costituito". La direttiva obbliga gli Stati a disapplicare le norme che rendano inefficaci tali accordi, limita gli ostacoli amministrativi alla creazione, perfezionamento e attuazione dei suddetti contratti, facilita la conclusione degli stessi, e stabilisce un *framework* volto a creare certezza legale per quanto riguarda i conflitti di legge. Cfr. JOHANSSON, *Transfers and Settlement of Securities: The New Order*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 1093-1115, p. 1094 ss.; MARINO, *Italy's Implementation of Directive 2002/47/CE on Financial Collateral Arrangements: An Overview*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 1153-1179; VICUÑA, *The Legal Integration of Financial Markets*, cit., p. 229 ss.

²³⁸ COM(2004) 312 def., del 28.4.2004. Inoltre, il PASF prevedeva che entro il dicembre 1999 venisse attuata la direttiva 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli, in GUCE L 166 dell'11.6.1998, p. 45-50.

ad un'intensa fase di ristrutturazione societaria in Europa, rendendo essenziale la riforma delle normative esistenti in materia di offerta pubblica d'acquisto e di fusioni transfrontaliere di società di capitali. Inoltre, la Commissione ha esortato le autorità di vigilanza a tener ferme, non solo le considerazioni di ordine prudenziale, ma anche le esigenze di trasparenza e non discriminazione, per evitare che le prime si traducano in ingiustificati ostacoli alle operazioni di ristrutturazione.

Tale obiettivo è stata attuato con l'emanazione di atti di riforma del diritto societario. In primo luogo è stato adottato il tanto atteso Statuto della società europea²³⁹, seguito dalla pubblicazione della direttiva concernente le offerte pubbliche di acquisto²⁴⁰ e dalla direttiva alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali²⁴¹.

5.2 I mercati al dettaglio aperti e sicuri.

Il secondo settore in cui la Commissione ha ritenuto di dover intervenire è quello dei mercati al dettaglio al fine di renderli più sicuri, aperti e maggiormente integrati.

Infatti, sebbene la Commissione abbia preso atto che i maggiori fondamentali mutamenti si siano verificati per impulso dei servizi all'ingrosso, allo stesso tempo ha riconosciuto la necessità di “riservare una elevata priorità ad iniziative a livello UE a favore dei mercati al dettaglio e della tutela dei consumatori”²⁴².

Il Piano d'azione individuava svariate aree nelle quali intervenire, poiché nonostante fosse già in vigore, grazie alle numerose direttive bancarie, un quadro giuridico che permetteva agli istituti finanziari di realizzare le loro attività, proteggendoli dai fallimenti e dal rischio sistemico, erano ancora riscontrabili numerosi ostacoli giuridici, amministrativi e di diritto

²³⁹ Reg. 2157/2001 relativo allo statuto della società europea (SE), in GUCE L 294 del 10.11.2001, p. 1-21 e dir. 2001/86/CE che completa lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, in GUCE L 294 del 10.11.2001, p. 22-32. Cfr. SERRANI, *La società europea*, in CASSOTTANA NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, cit., p. 201-218.

²⁴⁰ Dir. 2004/25/CE, in GUUE L 142 del 30.4.2004, p. 12-23. Cfr. TIRRITO, *Le offerte pubbliche di acquisto*, in CASSOTTANA NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, cit., p. 159-184; WERDMULLER, *Compatibility of EU Takeover Bid Directive Reciprocity Rule with the EU Free Movement Rules*, in *Business Law Review*, 2006, p. 64-69.

²⁴¹ Dir. 2005/56/CE, in GUUE L 310 del 25.11.2005, p. 1-9. Cfr. LA MARCA, *La fusione e la scissione della società*, in CASSOTTANA NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, cit., p. 141-158. Non è stata ancora adottata la quattordicesima direttiva di diritto societario relativa al trasferimento transfrontaliero della sede, prevista dal PASF.

²⁴² COM(1999) 232, cit., p. 8.

privato che impedivano l'acquisizione o la prestazione transfrontaliera di servizi quali il conto bancario e crediti ipotecari. Infatti, la Commissione notava che “gli Stati membri continuano ad applicare norme nazionali per difendere i consumatori da pratiche commerciali sleali e garantire la solidità e l'integrità dei servizi finanziari e dei loro prestatori. Questa situazione impedisce a consumatori e fornitori di beneficiare dei vantaggi del mercato unico in termini di scelta più ampia e di condizioni concorrenziali. Le operazioni transfrontaliere fioriranno solo se i consumatori potranno avere fiducia nella correttezza del servizio fornito e dei metodi di vendita usati, nelle credenziali presentate dal fornitore, nella disponibilità e nell'efficacia delle procedure di ricorso in caso di controversia. Fattori simili possono anche dissuadere le imprese dal prestare servizi a consumatori residenti in un altro Stato membro, a causa dei costi e/o dei rischi aggiuntivi che tali transazioni comportano per lo stesso fornitore”²⁴³.

La Commissione, quindi, proponeva di agire, piuttosto che con un'armonizzazione dei prodotti finanziari, perseguendo il riconoscimento reciproco di requisiti essenziali. “Un'adeguata e progressiva armonizzazione delle regole in materia di commercializzazione e di informazione nell'insieme dell'Unione, affiancata dalla ricerca pragmatica di soluzioni non legislative, offre la prospettiva di un mercato al dettaglio autenticamente integrato, che tenga nel debito conto gli interessi tanto dei consumatori quanto dei fornitori”²⁴⁴.

Detto ciò la Commissione individuava sei campi d'intervento fondamentali: informazione e trasparenza; procedure di ricorso; applicazione equilibrata delle norme a tutela dei consumatori; commercio elettronico dei servizi finanziari; intermediari assicurativi; pagamenti transfrontalieri al dettaglio.

Con il primo obiettivo la Commissione ha inteso far sì che gli investimenti dei risparmi dei consumatori fossero preceduti da un'attività di informazione chiara e comprensibile. La migliore informazione, la trasparenza e la sicurezza nel settore della prestazione transfrontaliera di servizi finanziari al dettaglio è stata perseguita da svariate misure, in particolare dalla direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori²⁴⁵, dalla

²⁴³ Ibidem, p. 9.

²⁴⁴ Ibidem, p. 9.

²⁴⁵ Dir. 2002/65/CE, in GUCE L 271 del 9.10.2002, p. 16-24.

raccomandazione sull'informazione in materia di credito ipotecario²⁴⁶, dalla direttiva sull'intermediazione assicurativa²⁴⁷ e dal piano d'azione sulla prevenzione della contraffazione e della frode²⁴⁸.

In secondo luogo la Commissione ha posto l'accento sulle difficoltà e incertezze incontrate dai consumatori nell'eventualità di una controversia transfrontaliera ponendo come obiettivo la creazione di efficaci meccanismi giudiziari ed extragiudiziari di regolamento delle controversie. Fondando la propria azione sulla raccomandazione del 30 marzo 1998 relativa ai principi applicabili agli organi responsabili della risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo²⁴⁹, nel febbraio 2001 la Commissione ha lanciato la rete FIN-NET per agevolare la risoluzione extragiudiziale delle controversie nel settore finanziario, nei casi in cui il prestatore di servizi sia stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede il consumatore (vedi *infra*).

Quanto al terzo settore d'intervento la Commissione ha sottolineato la necessità di instaurare in tutti gli Stati membri un livello analogo di protezione dei consumatori, in modo tale da evitare che le singole autorità nazionali impongano alle imprese autorizzate in altri Stati membri ulteriori requisiti, permettendo, invece, loro di prestare più facilmente i servizi finanziari. In attuazione di tale obiettivo la Commissione ha emanato una comunicazione interpretativa sulla libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni²⁵⁰.

Preparare la strada per i servizi finanziari al dettaglio basati sul commercio elettronico è il quarto tema fondamentale preso in considerazione dal PASF. La Commissione, prendendo atto della rivoluzione apportata dal commercio elettronico e dal suo ruolo nella consolidazione ed integrazione del mercato unico, ha avanzato l'idea di pubblicare un libro verde per accertare se le disposizioni della legislazione finanziaria vigente siano coerenti sotto il profilo delle procedure prudenziali ed offrano un contesto giuridico propizio nel qual la prestazione dei servizi finanziari basati sul commercio elettronico possa fiorire, garantendo al contempo la piena tutela degli interessi dei consumatori. Nel 2001 la

²⁴⁶ Recommendation 2001/193 (C(2001)447), del 1.3.2001, on *Precontractual Information to be given to Consumer by Lenders offering Home Loans*.

²⁴⁷ Dir. 2002/92/CE, in GUCE L 9 del 15.1.2003, p. 3-10.

²⁴⁸ COM(2001) 11 def., del 9.2.2001, *Prevenire le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti*.

²⁴⁹ Recommendation 98/257/CE del 30.03.1998, *On the Principle applicable to the Bodies Responsible of Disputes*.

²⁵⁰ COM(1999) 5046 def., in GUCE C43 del 16.02.2000, p. 5-27.

Commissione ha, invece, pubblicato una comunicazione sul commercio elettronico e i servizi finanziari²⁵¹, la quale ha individuato tre aree di intervento, la necessità di stendere un programma per promuovere la convergenza delle regole contrattuali e non contrattuali, di emanare misure mirate per favorire la fiducia dei consumatori nei sistemi di risoluzione delle controversie transfrontaliere e nei pagamenti su internet, e, infine, la priorità di instaurare una più stretta cooperazione tra le autorità di vigilanza. Nel 2003 ha fatto seguito un'ulteriore comunicazione²⁵² diretta a spiegare, nel settore specifico dei servizi finanziari, i meccanismi istituiti dai paragrafi 3-6 dell'art. 3 della direttiva sul commercio elettronico (dir. 2000/31).

Il quinto tema fondamentale enumerato dal PASF riguarda gli intermediari assicurativi. La Commissione parte dal presupposto che gli Stati membri abbiano sviluppato dei regimi di tutela dei consumatori in relazione agli intermediari assicurativi, le cui varie legislazioni nazionali rispondono ad orientamenti molto diversi, ostacolando la libera prestazione di servizi. Il proposito della Commissione è dunque quello di definire un chiaro approccio comune per la regolamentazione degli intermediari assicurativi, facilitando la libera prestazione di servizi e consolidando, ad un livello elevato, la protezione dei consumatori. In attuazione di tale programma è stata adottata la direttiva sull'intermediazione assicurativa²⁵³, con la quale è stato introdotto il sistema della registrazione unica delle imprese di assicurazione e riassicurazione valida per l'esercizio dell'attività d'intermediazione di prodotti assicurativi in tutto il territorio comunitario ed è stata armonizzata la disciplina relativa ai requisiti minimi necessari per ottenerla.

La sesta ed ultima area d'intervento individuata dal PASF è quella dei pagamenti transfrontalieri al dettaglio. La Commissione evidenzia l'esigenza di creare un sistema integrato per i pagamenti al dettaglio che permetta di effettuare in tutta sicurezza e a condizioni competitive i bonifici transfrontalieri di piccolo importo. Essa, infatti, esterna la preoccupazione che in mancanza di misure adeguate, gli utenti di servizi finanziari non possano cogliere i vantaggi della moneta unica e parte dall'analisi dei fatti, ricordando che nell'area Euro, sia i bonifici transfrontalieri di importo modesto, che gli oneri addebitati ai

²⁵¹ COM(2001) 66 def., del 07.02.2001.

²⁵² COM(2003) 259 def., del 14.05.2003.

²⁵³ Dir. 2002/92/CE, cit.

pagamenti transfrontalieri mediante carta bancaria, continueranno ad avere un costo piuttosto elevato finché non sarà istituito un sistema efficace di pagamenti transfrontalieri a basso costo.

In attuazione di questi obiettivi sono stati emanati svariati atti. Una prima comunicazione relativa ai pagamenti al dettaglio nel mercato interno è stata pubblicata nel 2000²⁵⁴, seguita nel 2003 dalla pubblicazione della comunicazione relativa al nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato interno²⁵⁵. Di notevole importanza è stata la pubblicazione del regolamento sui pagamenti transfrontalieri in euro²⁵⁶.

Inoltre, ulteriore iniziativa della Commissione, legata alla creazione di un mercato interno integrato, riguarda la creazione di un'unica area di pagamenti europea (*Single European Payment Area*, SEPA). Con tale espressione si fa riferimento ad un'area in cui i consumatori potranno effettuare pagamenti con mezzi diversi dal contante a favore di qualsiasi beneficiario posto nella zona Euro, utilizzando un singolo conto corrente e un singolo set di mezzi di pagamento. Di conseguenza, ogni pagamento diverrà “domestico” e scompariranno le differenze tra pagamenti nazionali e transfrontalieri della zona Euro. Collaborano alla realizzazione del progetto la Banca Centrale europea e il Sistema europeo delle banche centrali. Anche l'industria bancaria vi ha aderito e fornisce il necessario supporto tecnico tramite l'*European Payment Council*, appositamente istituito (vedi *infra*).

5.3 Norme prudenziali e di vigilanza adeguate ai più recenti sviluppi.

Il terzo obiettivo strategico individuato dal PASF è quello di rafforzare le norme di vigilanza prudenziale a livello europeo²⁵⁷, con particolare riferimento all'adeguatezza patrimoniale degli intermediari bancari e assicurativi e alla supervisione dei gruppi finanziari di natura complessa. Secondo la Commissione l'UE dovrebbe applicare alle sue istituzioni finanziarie una normativa prudenziale conforme agli standard più elevati aggiornati agli sviluppi del

²⁵⁴ COM(2000) 36 def., del 31.1.2000.

²⁵⁵ COM(2003) 718 def., del 2.12.2003.

²⁵⁶ Reg. 2560/2001, in GUCE L 344 del 28.12.2001, p. 13-16.

²⁵⁷ Per un quadro generale sulla vigilanza prudenziale cfr. WYMEERSCH, *The Future of Financial Regulation and Supervision in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 987-1010, p. 994 ss.; DI GIORGIO, DI NOIA, *Financial Market Regulation and Supervision: How many Peaks for the Euro Area?*, in *Brooklin Journal of International Law*, 2003, p. 463-493.

mercato per rispondere adeguatamente alle nuove sfide del futuro. Essa ha evidenziato, infatti, che l'accelerarsi del processo di concentrazione del settore e l'intensificazione dei collegamenti tra i mercati finanziari a seguito dell'introduzione dell'Euro richiedono un attento esame delle strutture per contenere e vigilare sul rischio istituzionale e sistemico. Essa ha posto l'accento sulla necessità di un'ampia collaborazione tra le autorità degli Stati membri e a livello internazionale, prendendo atto della necessità aggiornare la normativa comunitaria agli standard concordati in seno al Comitato di Basilea e auspicando l'unificazione dei poteri di vigilanza nel settore finanziario nelle mani di una singola autorità. Mentre per quanto riguarda l'obiettivo di uniformazione dei criteri prudenziali molti atti sono già stati adottati²⁵⁸, l'attribuzione dei poteri di vigilanza ad un'unica autorità è tuttora oggetto di svariati dibattiti e discussioni. Due soluzioni sono state prospettate. La prima consiste nell'unificazione dei poteri di vigilanza dei vari soggetti del settore finanziario (banche, assicurazioni, intermediari finanziari, fondi pensioni, etc.) a livello nazionale, con l'attribuzione di tali funzioni ad un'unica autorità, secondo il modello della *Financial Services Authority* inglese. La seconda proposta, ben più ardita, riguarda l'introduzione di un'unica autorità europea (*European Securities Regulator*) nella quale siano centralizzati i poteri di regolamentazione e vigilanza, secondo il modello dell'*American Securities and Exchange Commission* (SEC)²⁵⁹.

Il dibattito in materia si concentra soprattutto sulla seconda delle opzioni presentate e sui suoi vantaggi e svantaggi. Molte infatti sarebbero le conseguenze positive derivanti dall'introduzione di un'autorità unica comunitaria: la riduzione dei costi d'informazione per

²⁵⁸ Dir. 2000/46/CE riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, in GUCE L 275, del 27.10.2000, p. 39-43; dir. 2000/64/CE che modifica le dir. 85/611/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE e 93/22/CEE per quanto riguarda lo scambio di informazioni con i Paesi terzi, in GUCE L 290 del 17.11.2000, p. 27-28; dir. 2001/17/CE in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione, in GUCE L 110 del 20.4.2001, p. 28-39; dir. 2001/24/CE in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi, in GUCE L 125 del 5.5.2001, p. 15-23; dir. 2001/97/CE recante modifica alla dir. 91/308/CEE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite, in GUCE L 344 del 28.12.2001, p. 76-82; dir. 2002/83/CE, relativa all'assicurazione sulla vita, in GUCE L 345 del 19.12.2002, p. 1-51; dir. 2002/13/CE che modifica la dir. 73/239/CEE per quanto riguarda il margine di solvibilità delle imprese di assicurazione nei rami diversi dall'assicurazione sulla vita, in GUCE L 77 del 20.3.2002, p. 17-22; dir. 2002/87/CE relativa alla vigilanza supplementare sugli enti creditizi, sulle imprese di assicurazione e sulle imprese di investimento appartenenti ad un conglomerato finanziario e che modifica le dir. 73/239/CEE, 79/267/CEE, 92/49/CEE, 92/96/CEE, 93/6/CEE e 93/22/CEE e le dir. 98/78/CE e 2000/12/CE, in GUCE L 35 dell'11.2.2003, p. 1-27; dir. 2006/48/CE, cit.; dir. 2006/49/CE, cit.

²⁵⁹ MECATTI, *Il futuro dei servizi finanziari in Europa: verso un European Securities Regulator?*, cit., p. 1960 ss.

il consumatore, maggiori economie di scala e di scopo, il venir meno del contrasto tra interessi ed obiettivi di mercato e interessi e obiettivi politici nazionali; si giungerebbe finalmente ad una chiara attribuzione dei compiti di vigilanza superando il “dilemma” di dover individuare quale tra le autorità offra maggiore responsabilità e affidabilità nel sistema di vigilanza; inoltre, ciò porterebbe all’emanazione di regolamentazione specifica e tematica e all’introduzione di un’unica procedura per ottenere l’autorizzazione all’esercizio delle attività finanziarie e per la costituzione di conglomerati finanziari²⁶⁰.

D’altra parte sono molti anche gli svantaggi evidenziati da coloro che si oppongono a tale progetto. In primo luogo l’autorità unica difficilmente potrebbe essere specializzata su ogni settore finanziario. Crescerebbero, inoltre, i costi, dato che la unica autorità dovrebbe raccogliere le informazioni, valutare il rischio di ogni impresa finanziaria ed aumenterebbe la burocratizzazione dell’attività di vigilanza allungando i tempi con perdita di efficienza. Un ulteriore difetto riguarderebbe l’assetto costituzionale, essendo l’autorità unica irresponsabile nei confronti degli organi nazionali costituzionali²⁶¹.

Non è questa la sede per dibattere sull’opportunità o meno di un *European Securities Regulator*, che per il momento sembra ancora una prospettiva, plausibile, ma lontana²⁶².

5.4 Condizioni più generali per un mercato finanziario unico e ottimale

Oltre ai tre obiettivi strategici sopra illustrati il Piano d’azione individuava ulteriori condizioni al fine di creare un mercato finanziario efficiente. A tal fine la Commissione ha individuato due settori bisognosi di essere rinnovati.

In primo luogo è stata presa in considerazione la c.d. *corporate governance*²⁶³. Infatti, le differenze delle forme di governo societario possono dare origine a ostacoli giuridici e

²⁶⁰ GALANOPOULOU, *The Fsa as an Institutional Model*, cit., p. 279 ss.

²⁶¹ Ibidem, p. 285 ss.

²⁶² Per approfondimenti sul tema cfr. anche ALEXANDER, *Establishing a European Securities Regulator: Is the European Union an Optimal Economic Area for a Single Securities Regulator?*, reperibile all’indirizzo <http://www.cerf.cam.ac.uk/publications/files/WP%2007%20-%20Kern%20Alexander%20v3.pdf>.

²⁶³ Con l’espressione *corporate governance* si fa riferimento al complesso di norme societarie che “propongono un determinato complesso di interessi in gioco e, con esso, un determinato assetto e modello di equilibrio”. Si veda la *Introduzione alla disciplina comunitaria delle società*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, cit., p. 3-16, p. 4 ss.

amministrativi frustrando lo sviluppo del mercato finanziario unico europeo²⁶⁴. Il Piano d'azione prevedeva dunque che la Commissione effettuasse una rassegna delle pratiche nazionali in materia di governo societario al fine di individuare le differenze tra le legislazioni degli Stati membri e gli ostacoli da essi derivanti. Nel 2003 è stata pubblicata la Comunicazione relativa ad un piano per progredire nella modernizzazione del diritto delle società e nel rafforzamento del governo societario nell'Unione europea²⁶⁵.

In secondo luogo il PASF ha preso in considerazione la necessità di ravvicinare le normative fiscali poiché “ai fini del buon funzionamento di un mercato unico dei servizi finanziari, (..) l'ulteriore integrazione dei mercati finanziari deve andare di pari passo con un adeguato processo di coordinamento fiscale”²⁶⁶. Di conseguenza, la Commissione ha conseguentemente invitato il Consiglio adottare una direttiva atta ad assicurare una tassazione effettiva minima dei proventi transfrontalieri del risparmio, impegnandosi a sua volta nello smantellare gli ostacoli fiscali ad un mercato unico dei servizi finanziari e a presentare proposte relative ai fondi pensione e alle assicurazioni dopo aver consultato il Gruppo per la politica fiscale.

In attuazione di tali obiettivi sono state adottate la direttiva 2003/48/CE in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi²⁶⁷ e la Comunicazione sull'eliminazione degli ostacoli fiscali all'erogazione transfrontaliera di pensioni aziendali e professionali²⁶⁸.

5.5 La riforma dell'apparato legislativo.

²⁶⁴ BIELING, STEINHILBER, *Finanzmarktintegration und Corporate Governance in der Europäischen Union*, in *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 2002, p. 39-75, p. 55 ss.

²⁶⁵ COM(2003) 284 def., del 21.5.2003.

²⁶⁶ COM(1999) 232, cit., p. 13.

²⁶⁷ In GUUE L 157 del 26.6.2003, p. 38-48.

²⁶⁸ COM(2001) 214 def., del 19.4.2001. Il Piano d'azione prevedeva, inoltre, che la Commissione stilasse una rassegna della tassazione dei prodotti dei servizi finanziari, tuttora non realizzata, e l'applicazione del codice di condotta del dicembre 1997 sulla tassazione delle imprese.

L'attuazione del Piano d'azione, e in particolare la creazione del mercato dei valori mobiliari e dei servizi d'investimento, non può prescindere dalla modifica dell'apparato legislativo²⁶⁹.

Con la comunicazione sul quadro d'azione per i servizi finanziari del 1998 la Commissione aveva posto in rilievo, innanzi tutto, la necessità di aggiornare l'apparato legislativo alle sfide dei mercati finanziari, evidenziando la necessità di adeguare le strutture legislative alla dinamicità del mercato, in modo tale da poter legiferare, non solo meno e meglio, ma anche più velocemente per poter stare al passo con i tempi e gli sviluppi tecnologici, evitando il rischio di adottare misure efficacissime contro problemi del passato e impotenti innanzi alle sempre nuove sfide²⁷⁰. La Commissione ha quindi proposto di ricorrere alla delega di funzioni legislative alla Commissione stessa con la compartecipazione legislativa dei rappresentanti degli operatori di mercato (c.d. procedura di comitatologia)²⁷¹. Tale esigenza è stata ripresa dalla quarta sezione del Piano d'azione che ha ribadito la volontà della Commissione di “rimettere in discussione il modo in cui viene sviluppata la legislazione in materia finanziaria”²⁷².

A tal fine il Consiglio ECOFIN del 17 luglio del 2000 ha istituito il Comitato dei Saggi (*Committee of Wise Men*), presieduto dal barone Alexandre Lamfalussy, con il compito di valutare le problematiche regolatorie connesse alla creazione di un mercato europeo nel settore dei valori mobiliari²⁷³.

Nel novembre 2000 il Comitato ha prodotto un *Rapporto iniziale (Initial Report)*²⁷⁴, su cui le parti interessate hanno avuto modo di formulare i propri rilievi, seguito, nel febbraio 2001,

²⁶⁹ MOLONEY, *New Frontiers in EC Capital Markets Law*, cit., p. 813 ss.; CORCORAN, HART, *The Regulation of Cross-Border Financial Services*, cit., p. 283 ss.; MEGLIANI, *Il quadro evolutivo dei mercati finanziari europei*, cit., p. 679 ss.

²⁷⁰ COM(1998) 625 del 28.10.1998, p. 6 ss. Cfr. WALKER, *European Financial Programme*, cit., p. 323 ss.

²⁷¹ La procedura in questione è disciplinata dalla c.d. *Comitology Decision* del Consiglio 1999/468/CE, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione (in GUCE L 184 del 17.7.1999, p. 23-26), come modificata dalla dec. 2006/512/CE recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, in GUUE L 200 del 22.07.2006, p. 11-13.

²⁷² COM(1999) 232, cit., p. 14.

²⁷³ Oltre al Barone Lamfalussy nel Comitato sedevano Cornelius Herkstriter, Luis Angel Rojo, Bengt Ryden, Luigi Spaventa, Norbert Walter e Nigel Wicks.

²⁷⁴ Cfr. Committee of Wise Men, *Initial Report on Regulation of European Securities Markets*, del 9.11.2000, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/initial-report-wise-men_en.pdf.

da un *Rapporto finale (Final Report)*²⁷⁵, con cui il Comitato, sulla base delle osservazioni pervenute, ha concluso i propri lavori formulando numerose proposte²⁷⁶.

In primo luogo il Comitato ha riconosciuto che da un mercato finanziario integrato deriverebbero benefici economici (un'allocazione più razionale dei capitali, una maggiore liquidità che andrebbe a beneficio soprattutto delle piccole e medie imprese, un minore costo del capitale, un maggiore rendimento per i consumatori, stanze di compensazione e regolamento più economiche, maggiore produttività del capitale e del lavoro, una crescita economica più forte e più posti di lavoro), prendendo atto, d'altra parte, dei numerosi ostacoli che si frapponivano al raggiungimento di tali vantaggi e che ha classificato in quattro tipologie: (i) mancanza di una regolamentazione unitaria del settore mobiliare; (ii) ostacoli legislativi, amministrativi e derivanti dai ritardi nell'attuazione delle normative europee; (iii) barriere fiscali, politiche e culturali (questioni tutte affrontate dal Piano d'azione sui servizi finanziari e dalle successive direttive d'attuazione); (iv) ostacoli di tipo comunitario in particolare le deficienze del procedimento legislativo europeo, giudicato troppo lento rigido, spesso ambiguo e incapace di distinguere tra principi generali essenziali e regole d'attuazione. Il Comitato ha infatti criticato l'agire della Commissione, spesso troppo lenta, e del Consiglio, che tende a complicare gli atti al fine di raggiungere un compromesso politico tra i divergenti interessi generali. Ulteriori ritardi derivavano, inoltre, dalla procedura di codecisione di Consiglio e Parlamento.

In risposta a tali difficoltà il Comitato ha proposto l'adozione di un nuovo sistema di legislazione in grado di soddisfare le fondamentali esigenze individuate dal Quadro d'azione del 1998, rapidità della legislazione comunitaria e coinvolgimento dei soggetti direttamente interessati, attraverso l'elaborazione della proposta della Commissione, di adottare la c.d. "*comitology procedure*".

Le raccomandazioni del Comitato dei Saggi prevedono che la legislazione del mercato dei capitali e degli investimenti venga sviluppata su due piani: la ricerca del consenso politico relativo solo ai principi generali essenziali di base e il successivo sviluppo di regole tecniche

²⁷⁵ Cfr. Committee of Wise Men, *Final Report on Regulation of European Securities Markets*, del 15.02.2001, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf.

²⁷⁶ Su raccomandazione del Consiglio ECOFIN del 26-27 novembre 2000 i lavori del Comitato dei Saggi avrebbero dovuto essere presentati prima del Consiglio europeo di Stoccolma del 23-24 marzo 2001.

di attuazione da parte di organi delegati, ossia la Commissione e due nuovi organi che sono stati successivamente istituiti: il Comitato europeo dei valori mobiliari (*European Securities Commission* - ESC), organo consultivo di natura politica e il Comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari (*Committee of European Securities Regulators* - CERS)²⁷⁷, con funzioni consultive tecniche.

La procedura si articola, quindi, in quattro fasi. Al primo livello si pongono le direttive e i regolamenti adottati dal Parlamento e Consiglio, secondo la usuale procedura di codecisione (art. 251 TCE) e contenenti principi generali e norme essenziali. I medesimi organi decidono, inoltre, sul tipo e sul grado d'attuazione delle misure adottate al secondo livello sulla base della proposta della Commissione. Sulla base della normativa così adottata la Commissione e l'ESC adottano le norme di attuazione dei principi generali, mentre la CESR svolge funzioni consultive, ascoltando a sua volta gli operatori del mercato e i consumatori. In tale fase il Parlamento, costantemente informato, può intervenire, laddove ritenga che i criteri generali non siano stati rispettati, chiedendo che la Commissione riformuli la sua proposta tenendo conto delle considerazioni del Parlamento.

Il terzo livello concerne l'attuazione della nuova regolamentazione negli Stati membri, dove è previsto che la CESR svolga un ruolo consultivo emandando raccomandazioni e fornendo interpretazioni al fine di garantire l'unità nell'attuazione della normativa comunitaria.

Al quarto livello la Commissione controlla, ai sensi dell'art. 202 TCE, il corretto recepimento e la tempestiva attuazione della normativa comunitaria.

Il rapporto Lamfalussy è stato adottato dal Consiglio europeo di Stoccolma del 23-24 marzo 2001, che ha previsto che lo stesso procedimento fosse revisionato a fine 2004.

La procedura sopra descritta presenta innumerevoli vantaggi. In primo luogo il coinvolgimento di esperti del settore nel processo di normazione e il conseguente costante confronto con gli operatori del mercato, consentono di sviluppare una normativa tecnica maggiormente adeguata alle reali necessità dei mercati. Inoltre, la consultazione con tali soggetti favorisce il successivo accoglimento delle norme da parte di questi ultimi. Ulteriore

²⁷⁷ Tali comitati sono stati costituiti rispettivamente dalla dec. della Commissione, 2001/528/CE, che istituisce il comitato europeo dei valori mobiliari, in GUCE L 191 del 13.7.2001, p. 45-46 e dalla dec. della Commissione, 2001/527/CE, che istituisce il comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari, in GUCE L 191 del 13.7.2001, p. 43-44. Cfr. MOLONEY, *The Lamfalussy Legislative Model: a New Era for the EC Securities and Investment Services Regime*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 509-520, p. 512 ss.

aspetto positivo discende dalla fissazione dei principi fondamentali al primo livello e norme tecniche al secondo, in quanto la modifica delle seconde, non necessariamente comporta un emendamento anche delle prime²⁷⁸. Inoltre l'adozione della procedura in questione ha effettivamente ridimensionato i tempi d'adozione della normativa comunitaria²⁷⁹, che la Commissione ha stimato essere in media di 20 mesi²⁸⁰.

D'altra parte sono stati rilevati alcuni aspetti critici²⁸¹. Il funzionamento e il successo della procedura è strettamente connessa alla volontà del Consiglio e del Parlamento europeo, che sono i legislatori di primo livello e che decidono quali siano le norme essenziali e le misure tecniche di attuazione da adottare al secondo livello²⁸². Inoltre, soprattutto all'inizio, la Commissione ha dovuto affrontare la diffidenza di Parlamento²⁸³ e Consiglio nei confronti delle procedure in cui la Commissione agisce sulla base di poteri delegati. La Commissione ha quindi dovuto scendere a compromessi e si è impegnata, in primo luogo, a non contrapporsi alle opinioni predominanti in seno al Consiglio e in secondo luogo ad accettare l'intervento del Parlamento, che quando "stabilisce che il progetto di misure presentato dalla Commissione supera i poteri di esecuzione previsti nella legislazione quadro, la Commissione si impegna a riesaminare urgentemente tali progetti di misure, tenendo nella massima considerazione la posizione del Parlamento europeo e motivando l'iniziativa che

²⁷⁸ MECATTI, *Il futuro dei servizi finanziari in Europa*, cit., p. 1959.

²⁷⁹ Con tale procedura sono state adottate le citate dir. 2004/39/CE relativa ai servizi d'investimento nel settore dei valori mobiliari, 2003/6/CE relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, 2003/71/CE relativa al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di strumenti finanziari e la dir. 2004/109/CE sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato.

²⁸⁰ Per un paragone basti notare che il procedimento che ha portato all'adozione della dir. 93/22/CEE, cit., sui servizi d'investimento è durato 4 anni, quello della dir. 89/59/CEE, cit., relativa ad operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate, è durato 2 anni e mezzo ed infine quello della dir. 89/298/CEE, cit., sui prospetti è durata addirittura 9 anni. Cfr. Commission Staff Working Document, *The Application of the Lamfalussy Process to EU Securities Markets Legislation, a Preliminary Assessment by the Commission Services*, SEC(2004) 1459, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/sec-2004-1459_en.pdf.

²⁸¹ MECATTI, *Il futuro dei servizi finanziari in Europa*, cit., p. 1959 s; MOLONEY, *The Lamfalussy Legislative Model*, cit., p. 514 ss.

²⁸² La prassi ha, inoltre, mostrato, che l'accordo tra Commissione, Parlamento e Consiglio, anche per le norme da adottare al primo livello è difficilmente raggiungibile in tempi brevi. Per esempio il Parlamento a formulato 104 emendamenti alla proposta della Commissione relativa alla direttiva sull'abuso di mercato e 65 alla proposta della direttiva sui prospetti informativi.

²⁸³ Il Parlamento si è mostrato decisamente sensibile e timoroso in tutti i casi in cui le sue attribuzioni normative, solo recentemente rafforzate con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, sono state ridotte

intende prendere²⁸⁴. Il Parlamento ha inizialmente mostrato notevoli resistenze. Esso ha, infatti, accettato il modello Lamfalussy solo nella seduta del 5 febbraio 2002, a fronte del discorso dell'allora presidente della Commissione Romano Prodi all'assemblea Parlamentare²⁸⁵, con il quale la Commissione si dichiarava disponibile ad accettare le richieste avanzate dalla commissione parlamentare per gli affari costituzionali di ulteriori misure a garanzia della trasparenza e democraticità del procedimento legislativo²⁸⁶.

Ulteriori aspetti critici riguardano la lunghezza del processo di consultazione, come ha mostrato l'adozione della direttiva 2004/39, la difficoltà nell'individuare i principi generali da codificare al livello 1 le regole che invece andrebbero sviluppate al livello 2. Inoltre è stata sottolineata l'esigenza di rafforzare i livelli 3 e 4.

Nonostante questi aspetti perfettibili l'esperienza Lamfalussy deve ritenersi positiva²⁸⁷, tanto che nel 2003 la Commissione ha lanciato un pacchetto di sette misure atte ad estendere la procedura in questione anche al settore bancario, assicurativo e delle pensioni aziendali o professionali²⁸⁸. L'estensione del processo è stata completata nell'aprile del 2005, con

²⁸⁴ Allegato I alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Stoccolma, 23-24 marzo 2001, par. 5.

²⁸⁵ Il testo del discorso di Prodi, *Implementation of financial services legislation in the context of the Lamfalussy Report*, è reperibile all'indirizzo <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/44&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

²⁸⁶ European Parliament, *Report on the Implementation of Financial Service Legislation*, del 23.01.2001, (A5-0011/2002), detto anche "*Von Wogau Report*" dal nome del presidente della commissione parlamentare che lo ha proposto. La Commissione ha accettato il limite di 4 anni dall'entrata in vigore delle misure di livello 1 per ogni delega legislativa; ha garantito al Parlamento un periodo di tre mesi nel quale esaminare le bozze delle misure emanate a livello 2; ha, inoltre, assicurato la totale trasparenza della procedura e una effettiva e ampia consultazione dei soggetti portatori d'interessi prima della stesura delle bozze di direttive, rinnovando l'impegno di tenere sempre in considerazione le posizioni del Parlamento, laddove ritenga che la Commissione abbia superato i limiti posti dal livello 1.

²⁸⁷ Cfr. Commission Staff Working Document, *The Application of the Lamfalussy Process to EU Securities Markets Legislation, a Preliminary Assessment by the Commission Services*, cit. Tale documento si inserisce nella prospettiva di revisione del modello Lamfalussy, che il Consiglio europeo di Stoccolma aveva fissato per la fine del 2004. La Commissione ha in tale occasione individuato gli aspetti perfettibili del procedimento, ma ha espresso un giudizio favorevole. Ha inoltre invitato i soggetti interessati ad inviare i propri commenti, i quali si sono rivelati sostanzialmente positivi. Ugualmente positivo il giudizio espresso dall'*Inter-Institutional Monitoring Group*, la cui ultima relazione relativa ai soli mercati dei valori mobiliari è stata pubblicata il 17.11.2004 ed è reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/monitoring/third-report/2004-11-monitoring_en.pdf.

²⁸⁸ Dec. 2004/5/CE che istituisce il comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria, in GUUE L 3 del 7.01.2004, p. 28-29; dec. 2004/6/CE, che istituisce il comitato delle autorità europee di vigilanza delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali, in GUUE L 3 del 7.01.2004, p. 30-31; dec. 2004/7/CE che modifica la decisione 2001/527/CE che istituisce il comitato delle autorità europee di regolamentazione dei valori mobiliari, in GUUE del 7.01.2004, p. 32; dec. 2004/8/CE che modifica la decisione 2001/528/CE che istituisce il comitato europeo dei valori mobiliari, in GUUE L 3 del 7.01.2004, p. 33; dec. 2004/9/CE che

l'entrata in vigore della direttiva 2005/1 atta ad istituire una nuova struttura organizzativa per i comitati del settore dei servizi finanziari²⁸⁹. A tal fine, è stato anche rinnovato il mandato dell'*Inter-Institutional Monitoring Group* (creato nel 2002 con il compito di verificare i progressi nell'attuazione del modello Lamfalussy quanto al settore dei valori mobiliari) aggiornandolo all'esigenza di verificare la funzionalità di tale tecnica legislativa anche rispetto agli altri settori finanziari²⁹⁰. La revisione del processo Lamfalussy c.d. "esteso" era previsto per la fine del 2006. In tale occasione il comitato per i servizi finanziari (*Financial Services Committee*) ha adottato una nota nella quale, nonostante il permanere di incertezze e debolezze del sistema, ha espresso un giudizio sostanzialmente favorevole e positivo. Il Comitato ha definito il processo Lamfalussy un "*learning-by-doing process*", nel quale incertezze e debolezze vengono scoperte e migliorate progressivamente.²⁹¹

6. Conclusioni: il mercato al dettaglio è ancora frammentato.

Il PASF è stato considerato un "un successo in termini tecnico-legislativi"²⁹², poiché nel 2004, data prefissata per il raggiungimento dei suoi obiettivi, erano già state adottate ben 39 delle 42 misure previste²⁹³, obiettivo che, vista l'ambizione del progetto comunitario, poteva

istituisce il comitato europeo delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali, in GUUE L 3 del 7.01.2004, p. 34-35; dec. 2004/10/CE che istituisce il comitato bancario europeo, in GUUE L 3 del 7.1.2004, p. 36-37. Cfr. AVGOULEAS, *The New EC Financial Markets Legislation*, cit., p. 330 ss.

²⁸⁹ Dir. 2005/1/CE che modifica le dir. 73/239/CEE, 85/611/CEE, 91/675/CEE, 92/49/CEE e 93/6/CEE e le dir. 94/19/CE, 98/78/CE, 2000/12/CE, 2001/34/CE, 2002/83/CE e 2002/87/CE al fine di istituire una nuova struttura organizzativa per i comitati del settore dei servizi finanziari, in GUUE L 79 del 24.3.2005, p. 9-17.

²⁹⁰ L'*Inter-Institutional Monitoring Group*, si è riunito per la prima volta il 10.10.2002. E' composto da sei esperti nominati da Commissione, Parlamento e Consiglio. È possibile consultare le sue relazioni relative al primo mandato, relativo al solo settore mobiliare all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/monitoring/index_en.htm; per i report emessi in base al c.d. mandato esteso consultare il sito http://ec.europa.eu/internal_market/finances/committees/index_en.htm#interinstitutional.

²⁹¹ Cfr. *Inter-Institutional Monitoring Group*, *Second Interim Report Monitoring the Lamfalussy Process*, par. 8, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/070126_second_interim_report_en.pdf

²⁹² Parlamento europeo, Commissione per i problemi economici e monetari, *Relazione sullo stato attuale di integrazione dei mercati finanziari UE*, (A6-0087/2005), reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2005-0087+0+DOC+PDF+V0//IT&language=IT>; Cfr. anche European Commission, *FSAP Evaluation, Part I: Process and Implementation*, del 24.01.2007, p. 3, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/index/070124_part1_en.pdf.

²⁹³ Due ulteriori misure sono state adottate nel 2005. Ad oggi le misure adottate sulla base del PASF sono 44.

sembrare difficilmente raggiungibile. Invece, proprio a ragione delle difficoltà di attuazione del Piano d'azione, degli scetticismi che potevano sorgere in merito alla creazione, in soli cinque anni, di un mercato di servizi finanziari, nonché dell'avvertita necessità di adeguare le strutture finanziarie all'introduzione della nuova moneta, l'attenzione dei politici e dei mercati si è concentrata sulla realizzazione del PASF, esercitando una forte pressione per il raggiungimento degli obiettivi previsti. Inoltre, il Piano d'azione per i servizi finanziari è stato indicato quale uno dei principali mezzi²⁹⁴ per il raggiungimento del nuovo obiettivo strategico comunitario, fissato dal Consiglio europeo di Lisbona, di “diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale”²⁹⁵.

L'enfasi e l'entusiasmo nel perseguimento degli obiettivi finanziari non sono venuti meno, nemmeno innanzi a perturbazioni esterne, quali gli scandali *Enron* e *Parmalat*, i quali non hanno smorzato gli animi, bensì hanno accelerato, intensificato e rafforzato l'azione della Commissione e la volontà generale di portare a compimento il Piano d'azione, sollecitando l'adozione di normative relative alla *corporate governance*, al diritto societario e in materia di ruolo dei revisori contabili²⁹⁶.

Inoltre, la necessità di affrontare tali ed altri avvenimenti ha comportato l'adozione di misure che hanno superato l'originaria previsione del Piano d'azione²⁹⁷ o che non erano state del tutto preventivate²⁹⁸.

²⁹⁴ “L'esistenza di mercati finanziari efficienti e trasparenti favorisce la crescita e l'occupazione attraverso una migliore distribuzione del capitale e la riduzione dei costi di quest'ultimo. Siffatti mercati svolgono un ruolo essenziale in termini di impulso alle nuove idee, sostegno alla cultura imprenditoriale e promozione sia dell'accesso alle nuove tecnologie che dell'utilizzo delle medesime. È essenziale sfruttare le potenzialità dell'Euro per progredire verso l'integrazione dei mercati finanziari dell'UE. Inoltre l'esistenza di mercati del capitale di rischio efficienti svolge una funzione importantissima per le piccole e medie imprese innovative e a forte crescita e la creazione di nuovi posti di lavoro sostenibili”. Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000, par. 20.

²⁹⁵ Conclusioni del Consiglio europeo di Lisbona, cit., par. 5.

²⁹⁶ Cfr. European Commission, *FSAP Evaluation, Part I*, cit., p. 16 s.

²⁹⁷ Per esempio, in certe materie il PASF richiedeva, entro il 2004, il mero raggiungimento di un accordo politico, mentre si è giunti all'adozione di nuovi strumenti legislativi quali le citate dir. 2004/25/CE sulle offerte pubbliche d'acquisto, 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, 2001/107/CE e 2003/41/CE sugli organismi collettivi d'investimento e il regolamento 2157/2001 sullo statuto della società europea. In altre materie il PASF richiedeva di emendare la legislazione vigente, mentre ne è risultata l'adozione di nuovi strumenti legislativi quali le già menzionate dir. 2002/92/CE sull'intermediazione assicurativa, 2003/71/CE sui prospetti, 2004/109/CE in materia di trasparenza, 2004/39/CE in materia di mercato degli strumenti finanziari, 2006/49/CE relativa all'adeguatezza

A fronte del successo tecnico-legislativo scaturito dall'adozione delle misure previste dal Piano d'azione resta la contemporanea sfida dell'attuazione delle normative a livello nazionale, entro la data di trasposizione e in maniera uniforme, onde evitare il formarsi di nuovi ostacoli derivanti dalle diverse metodologie adottate dai vari Stati membri. A questo fine risulterà essenziale l'opera, ancora embrionale, della Commissione e dei comitati di esperti che agiscono al terzo e quarto livello del processo Lamfalussy.

Nonostante la buona riuscita del Piano d'azione, molto resta da fare. Nel dicembre 2005 la Commissione ha pubblicato il *Libro bianco sulla politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010*²⁹⁹ con il quale ha individuato i nuovi obiettivi da raggiungere in questo periodo, ossia attuare e far rispettare il quadro legislativo esistente, perseguire un consolidamento dinamico dei progressi fatti, rimuovere i rimanenti ostacoli alla creazione di un mercato finanziario unico integrato, aperto, competitivo ed efficiente, potenziare la cooperazione e la convergenza nella vigilanza, approfondendo anche le relazioni con gli altri mercati finanziari globali ed infine, legiferare meglio.

Le analisi effettuate successivamente all'adozione delle misure del Piano d'azione riscontrano diversità tra i vari settori dei mercati finanziari³⁰⁰. Un alto grado d'integrazione

patrimoniale di enti creditizi e imprese d'investimento e la dir. 2006/48 in materia di accesso ed esercizio dell'attività bancaria. Alcune misure sono state, inoltre, adottate andando oltre lo scopo per le quali erano state previste. Esse sono le comunicazioni COM(2001) 66 relativa al commercio elettronico e i servizi finanziari e COM(2003) 284, cit., sulla modernizzazione del diritto societario e il rafforzamento del *corporate governance*, le citate dir. 2002/87/CE sui conglomerati finanziari, 2003/6/CE sulla manipolazione del mercato, il reg. 1606/2002, cit., sull'applicazione dei principi contabili internazionali e l'introduzione del processo Lamfalussy. Cfr. European Commission, *FSAP Evaluation, Part I*, cit., p. 23 s.

²⁹⁸ Alcune delle misure previste dal PASF originario non si rivelarono sufficienti al raggiungimento degli obiettivi preposti e fu quindi necessaria l'adozione di ulteriori provvedimenti come la comunicazione COM(2004) 312 su compensazione e regolamento, a completamento dell'obiettivo di contenere il rischio sistemico dei valori mobiliari per il quale erano previste solo l'attuazione della dir. 98/26/CE sul carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e l'adozione di una direttiva sulle garanzie transfrontaliere (dir. 2004/47/CE). Ugualmente non prevista era l'adozione del regolamento sui pagamenti transfrontalieri (2560/2001) e della comunicazione relativa ad un quadro normativo per i pagamenti interni (COM(2003) 718), seguita nel 2005 dalla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (COM(2005) 603). Cfr. European Commission, *FSAP Evaluation, Part I*, cit., p. 24 ss.

²⁹⁹ COM(2005) 629 def., dell'1.12.2005, preceduto dalla pubblicazione del libro verde nel maggio 2005, COM(2005) 177 def., del 3.5.2005.

³⁰⁰ FREIXAS, HARTMANN, MAYER, *The Assessment: European Financial Integration*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2004, p. 475-489, p. 486 ss. Cfr. anche Commission Staff Working Document, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, del 31.01.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/com_2007_03_3_en.pdf; e COM(2007) 33 def., del 31.1.2007, *Communication from the Commission- Sector Inquiry under Art. 17 of Regulation 1/2003 on retail Banking(Final Report)*.

caratterizza i mercati dei capitali e dei valori mobiliari, compresi i mercati delle obbligazioni societarie e dei titoli dello Stato. Progressi sono stati compiuti nel mercato dell'*equity*, quindi nei settori delle borse valori, dei mercati regolamentati e dei sistemi di negoziazione alternativi. I mercati dei servizi al dettaglio e alle piccole medie imprese, invece, sono rimasti sostanzialmente frammentati e poco integrati, risultando poco penetrabili mediante gli ordinari mezzi della libera prestazione dei servizi e dello stabilimento, rendendo unica via praticabile quella delle acquisizioni di enti creditizi stranieri e delle fusioni transfrontaliere. Di conseguenza, nonostante la fase legislativa conseguente al Piano d'azione sui servizi finanziari si sia conclusa con successo, i mercati finanziari al dettaglio restano ancora frammentati e suddivisi secondo i confini nazionali, a differenza di quanto è invece avvenuto per i mercati finanziari all'ingrosso.

Il Libro bianco del 2005 ha preso in considerazione tale situazione e ha sottolineato la necessità di proseguire sulla strada dell'armonizzazione, prevedendo la pubblicazione di un Libro bianco relativo al credito ipotecario e l'adozione di una direttiva concernente il credito al consumo. In secondo luogo ha rilevato l'esigenza di avvalersi delle sinergie tra i servizi finanziari e altri settori, con i quali instaurare e rafforzare una stretta cooperazione, in particolare è sottolineata l'opportunità di coordinare la politica del mercato interno con quella della concorrenza³⁰¹. A questo fine nel giugno 2005 la Commissione ha deciso di avviare inchieste³⁰² ai sensi dell'art. 17 del reg. 1/2003, nell'ambito dei servizi finanziari, sui settori dei servizi bancari al dettaglio e delle assicurazioni per verificare se in tali ambiti si eserciti o meno appieno la concorrenza transfrontaliera³⁰³.

³⁰¹ Inoltre, il Libro bianco del 2005 ha sottolineato l'esigenza di coordinare la politica dei servizi finanziari con la politica della tutela dei consumatori e del diritto contrattuale e con quella delle imposizioni fiscali. Cfr. Libro bianco, par. 2.7.

³⁰² L'inchiesta sul settore bancario si è conclusa il 31.01.2007 con la pubblicazione del *Report* sopra citato. L'inchiesta in materia di servizi assicurativi non è ancora giunta a termine. Tuttavia il 24.01.2007 è stato pubblicato un primo rapporto parziale. Cfr. European Commission, *Inquiry into the European Business Insurance Sector pursuant to Article 17 of Regulation 1/2003. Interim Report*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/interim_report_24012007.pdf.

³⁰³ In terzo luogo il Libro bianco del 2005 ha preso in considerazione la necessità di eliminare le barriere che si frappongono al consolidamento transfrontaliero nel settore finanziario. Molti sono, infatti, gli ostacoli che limitano l'integrazione dei mercati mediante acquisizioni, fusioni e partecipazioni azionarie qualificate, che, come già detto, sembrano costituire la via più facilmente percorribile per quegli enti creditizi intenzionati a penetrare il mercato dei servizi al dettaglio di un altro Stato membro.

Nei prossimi capitoli saranno prese in considerazione le normative ed iniziative comunitarie dirette alla integrazione dei mercati dei servizi bancari al dettaglio.

CAPITOLO SECONDO.

IL SETTORE DEI SERVIZI BANCARI AL DETTAGLIO: LA DIRETTIVA 2006/48 SULL'ACCESSO ALL'ATTIVITÀ BANCARIA E IL SUO ESERCIZIO.

1. La direttiva 2006/48: ambito di applicazione. 2. Condizioni di accesso e di esercizio dell'attività bancaria. 2.1 Le partecipazioni qualificate. 3. Il passaporto europeo. Libertà di stabilimento. 4. Libera prestazione dei servizi bancari. 5. Il ruolo del Paese ospitante. 6. Principi di vigilanza prudenziale. Cooperazione tra autorità di vigilanza. 7. Lo scambio di informazioni e il segreto d'ufficio. 8. Obbligo delle persone incaricate della revisione dei conti annuali e dei conti consolidati. 9. Strumenti tecnici di vigilanza prudenziale. 10. I fondi propri. 11. Requisiti patrimoniali minimi per rischi di credito e operativi. 12. La concentrazione dei rischi: la disciplina dei grandi fidi. 13. Partecipazioni qualificate al di fuori del campo finanziario. 14. Vigilanza e comunicazioni da parte delle autorità competenti. 15. Informativa da parte degli enti creditizi. 16. Conclusioni.

1. La direttiva 2006/48: ambito di applicazione.

Le norme poste a fondamento del mercato bancario europeo sono contenute nella recente direttiva 2006/48³⁰⁴ che regola l'accesso alla attività bancaria e il suo esercizio e che ha abrogato la direttiva 2000/12³⁰⁵, che per prima aveva codificato in un unico testo le direttive bancarie.

La rifusione delle normative bancarie in un nuovo unico testo è scaturita dall'esigenza di razionalizzarne i contenuti, in seguito ai molti emendamenti che si sono susseguiti nel corso del tempo e alla necessità di aggiornare le norme prudenziali agli standard internazionali stabiliti da Basilea II. L'occasione è stata fornita dal Piano d'azione sui servizi finanziari, di cui la presente direttiva è "figlia". Infatti, essa è stata emanata insieme alla direttiva 2006/49³⁰⁶ quale risposta all'obiettivo di modificare le direttive in materia di requisiti

³⁰⁴ Dir. 2006/48/CE, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio (rifusione), in GUCE L 177 del 30.6.2006, p. 1-200.

³⁰⁵ Dir. 2000/12/CE, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, in GUCE L 126 del 26.5.2000, p. 1-59.

³⁰⁶ Dir. 2006/49/CE, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi (rifusione), in GUCE L 177 del 30.6.2006, p. 201-255.

patrimoniali di enti creditizi e di imprese d'investimento, ossia le direttive 2000/12 e 93/6³⁰⁷.

La direttiva in questione costituisce il quadro legislativo essenziale per l'esercizio dell'attività bancaria. In primo luogo essa, riprendendo la seconda direttiva bancaria, ribadisce il principio del mercato unico, prevedendo che essa “costituisce lo strumento essenziale per la realizzazione del mercato interno sotto il duplice profilo della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore degli enti creditizi” (terzo considerando), da raggiungere mediante “la sola armonizzazione essenziale, necessaria e sufficiente per pervenire ad un reciproco riconoscimento delle autorizzazioni e dei sistemi di vigilanza prudenziale che consenta il rilascio di un'unica autorizzazione valida in tutta la Comunità europea e l'applicazione del principio della vigilanza da parte dello Stato membro d'origine” (settimo considerando).

Destinatari della presente direttiva sono gli “enti creditizi”³⁰⁸ autorizzati, definiti ai sensi dell'art. 4, n. 1, come imprese “la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto oppure un istituto di moneta elettronica ai sensi della direttiva 2000/46/CE”³⁰⁹.

Restano esclusi dall'ambito di applicazione soggettivo della direttiva, o meglio del principio del mercato unico i gruppi creditizi³¹⁰ e le singole filiazioni³¹¹ facenti parte del gruppo. Infatti, seppur contemplati nella direttiva e destinatari di specifiche norme, né nei confronti dei gruppi, né nei confronti delle filiazioni operano i meccanismi del mercato unico bancario e del passaporto unico europeo. Ugualmente escluse dall'applicazione del principio del mercato unico sono le succursali di banche stabilite all'estero.

³⁰⁷ Dir. 93/6/CEE, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, in GUCE L 141 dell'11.6.1993, p. 1-26.

³⁰⁸ In virtù dell'art. 24 e al fine di eliminare disparità concorrenziali, il passaporto unico è esteso anche alle società finanziarie di emanazione bancaria.

³⁰⁹ Dir. 2000/46/CE, riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, in GUCE L 275 del 27.10.2000, p. 39-43.

³¹⁰ Per gruppo creditizio s'intende un gruppo di società al cui vertice stia la banca capogruppo o la *holding* di partecipazione finanziaria. I gruppi in questione sono oggetto di specifiche norme in materia di vigilanza consolidata.

³¹¹ La filiale si caratterizza come ente indipendente, munito di personalità giuridica che, in ogni caso, necessita di una propria autorizzazione per l'abilitazione all'esercizio delle attività bancarie. Tale autorizzazione viene quindi rilasciata dalle autorità dello Stato ospite previa consultazione delle autorità dello Stato d'origine. Cfr. art. 15 e art. 1, n. 13 della dir. 2006/48.

Dal punto di vista oggettivo, la direttiva si occupa solo delle regole prudenziali: l'ambito di applicazione è, quindi, limitato alla sfera di regolamentazione di diritto pubblico, mentre non sono incluse norme relative a contratti bancari o alle modalità d'esercizio delle attività bancarie³¹².

2. Condizioni di accesso e di esercizio dell'attività bancaria.

Riprendendo la formulazione della direttiva 2000/12 e lo schema della seconda direttiva bancaria, la n. 2006/48 regola in primo luogo le condizioni di accesso e di esercizio dell'attività bancaria. Infatti, necessaria premessa all'eliminazione delle barriere allo stabilimento e alla prestazione dei servizi è l'armonizzazione minima delle regole prudenziali.

La direttiva prevede che l'esercizio dell'attività bancaria debba essere preceduto dal rilascio di un'autorizzazione³¹³ (art. 6) da parte dello Stato membro d'origine e dispone che la domanda di autorizzazione sia corredata di un programma di attività³¹⁴ in cui siano indicati in particolare il tipo delle operazioni previste e la struttura dell'organizzazione dell'ente creditizio (art. 7). L'esigenza di sottoporre l'accesso e l'esercizio di un'attività commerciale, qual è quella bancaria, al previo rilascio di un'autorizzazione amministrativa discende dalla valenza economico pubblicistica della banca e dalla necessità di garantire, da un lato la stabilità del sistema finanziario e dall'altro "condizioni di uguaglianza nella concorrenza tra gli enti" (quinto considerando) sì da consentire un'uguale base di partenza. L'autorizzazione non è, infatti, intesa quale mezzo di limitazione dei soggetti che eserciteranno l'attività

³¹² GODANO, *Le banche*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 375-438, p. 382 s.

³¹³ Ai sensi dell'art. 14 ogni autorizzazione è comunicata alla Commissione. La decisione di non concederla, così come la sua revoca, deve essere motivata e notificata al richiedente entro i termini imposti dall'art. 13. In base all'art. 17 le autorità competenti possono revocare l'autorizzazione concessa ad un ente creditizio soltanto quando l'ente: a) non si serva dell'autorizzazione entro dodici mesi, vi rinunci espressamente o abbia cessato di esercitare la sua attività per un periodo superiore a sei mesi, a meno che lo Stato membro interessato non preveda in tali casi che l'autorizzazione sia scaduta; b) abbia ottenuto l'autorizzazione presentando false dichiarazioni o con qualsiasi altro mezzo irregolare; c) non soddisfi più le condizioni cui è vincolata l'autorizzazione; d) non possieda più fondi propri sufficienti o non offra più la garanzia di poter soddisfare agli obblighi nei confronti dei suoi creditori e, in particolare, non garantisca più la sicurezza dei fondi ad esso affidati; e) versi negli altri casi in cui la revoca è prevista dalla regolamentazione nazionale.

³¹⁴ Il contenuto particolareggiato del programma è normalmente specificato dalle legislazioni o regolamentazioni nazionali. Per approfondimenti cfr. CERA, *Condizioni di accesso all'attività bancaria*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 91-102, p. 98 ss.

bancaria e quindi della concorrenza, bensì quale strumento di selezione degli stessi, atta ad evitare l'ingresso di soggetti sprovvisti di assetti prudenziali o non idonei all'esercizio dell'attività bancaria. Essa non è, quindi uno strumento di regolazione del mercato, come si deduce anche dal disposto dell'art. 8 che fa divieto di esaminare la domanda di autorizzazione in funzione delle esigenze economiche di mercato, ma in sostanza, può considerarsi quale "momento iniziale della vigilanza di stabilità sulle banche"³¹⁵.

La valutazione delle autorità di vigilanza ai fini del rilascio (o del diniego) dell'autorizzazione si fonda su specifici elementi oggettivi elencati dalla direttiva stessa³¹⁶. In primo luogo la banca è tenuta a possedere un capitale minimo non inferiore a 5 milioni di Euro. Tuttavia è data la possibilità alle autorità dei singoli Stati membri di concedere l'autorizzazione a categorie particolari di enti, purché il capitale iniziale sia almeno pari a 1 milione di Euro, le ragioni di tale scelta siano notificate alla Commissione e il nome dell'ente creditizio, insieme all'annotazione del capitale sociale sia pubblicato, nell'apposito elenco, sulla Gazzetta Ufficiale della Unione Europea (art. 9, par. 2)³¹⁷. Inoltre, è richiesto che i fondi propri di un ente creditizio non possano divenire inferiori al capitale iniziale richiesto al momento dell'autorizzazione (art. 10, par. 1)³¹⁸. Ai sensi del par. 5, in caso di diminuzione dei fondi propri, le autorità competenti possono concedere un termine entro il quale l'ente creditizio regolarizzi la propria situazione o cessi l'attività.

In secondo luogo la direttiva ribadisce i requisiti, già presenti nella seconda direttiva bancaria, di onorabilità ed esperienza degli amministratori e dei dirigenti. L'art. 11 introduce la c.d. regola, dei "quattro occhi" secondo cui essenziale al rilascio dell'autorizzazione è la

³¹⁵ Così CERA, *Condizioni di accesso*, cit., p. 92.

³¹⁶ In realtà l'armonizzazione dei requisiti è solo parziale poiché la direttiva permette molte deroghe. Quindi "sono ancora attuabili regimi di accesso differenti tra i vari Stati, pur nella cornice comune". CERA, *Condizioni di accesso all'attività bancaria*, cit. p. 94.

³¹⁷ La direttiva realizza, quindi una armonizzazione solo parziale del capitale sociale. Cfr. GODANO, *Capitolo XII, Le banche*, cit., p. 386.

³¹⁸ Tuttavia, anche in questo caso sono previste specifiche deroghe. L'art. 10, par. 2 stabilisce che "gli Stati membri hanno la facoltà di decidere che gli enti creditizi già esistenti alla data del 1° gennaio 1993 e i cui fondi propri non raggiungevano i livelli fissati all'articolo 9 per il capitale iniziale possano proseguire le loro attività. In questo caso i fondi propri non possono divenire inferiori all'importo massimo raggiunto a decorrere dal 22 dicembre 1989". Il par. 4 dispone che "in alcune circostanze specifiche e con il consenso delle autorità competenti, nel caso di una fusione tra due o più enti creditizi rientranti nella categoria di cui al paragrafo 2, i fondi propri dell'ente creditizio risultante dalla fusione non possono divenire inferiori al totale dei fondi propri degli enti creditizi oggetto di fusione alla data della fusione, fintantoché non saranno raggiunti i livelli adeguati specificati all'articolo 9".

presenza di almeno due persone che determinino effettivamente l'orientamento dell'attività dell'ente creditizio e che siano in possesso dei requisiti suddetti.

È previsto, inoltre, che gli Stati membri esigano che l'amministrazione centrale degli enti creditizi si trovi nel territorio dello Stato membro in cui hanno la sede statutaria o in quello del Paese membro che ha rilasciato l'autorizzazione ed in cui essi effettivamente operano.

È fatta salva la facoltà degli Stati di fissare altre eventuali condizioni d'autorizzazione, che debbono essere notificate alla Commissione (art. 6, par.1) e che non devono essere tali da pregiudicare la portata comunitaria di ogni autorizzazione rilasciata dalle Autorità competenti.

In taluni specifici casi elencati dall'art. 15, laddove, cioè, l'ente creditizio interessato sia una filiazione di un ente creditizio autorizzato in un altro Stato membro, oppure quando sia una filiazione dell'impresa madre di un ente creditizio autorizzato in un altro Stato membro o, infine, laddove sia controllato dalle stesse persone, fisiche o giuridiche, che controllano un ente creditizio autorizzato in un altro Stato membro, l'autorizzazione può essere rilasciata solo in seguito a delle obbligatorie consultazioni tra autorità competenti dei diversi Stati interessati.

Infine è imposto l'obbligo per gli Stati di far sì che ogni ente creditizio sia dotato di "solidi dispositivi di governo societario, ivi compresa una chiara struttura organizzativa con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l'identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali è o potrebbe essere esposto e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili" (art. 22).

2.1 Le partecipazioni qualificate.

Degna di nota e di rilievo ai fini del presente lavoro, che si preoccupa di verificare il tipo di armonizzazione posta in essere dalle direttive in materia bancaria, è l'analisi degli artt. 12 e 19-21 in merito al controllo delle partecipazioni qualificate. Tali norme sono state, infatti,

oggetto di una recente riforma³¹⁹ a seguito degli scandali che hanno coinvolto soprattutto il mercato bancario italiano.

La disciplina delle partecipazioni qualificate è di straordinaria importanza, in quanto stende la regolamentazione delle acquisizioni bancarie. Una banca può, infatti, penetrare un mercato straniero mediante la libera prestazione dei servizi o lo stabilimento di una succursale oppure per il tramite di una fusione con un'altra società o grazie all'acquisizione del controllo della medesima, mediante l'acquisto delle sue azioni. Tuttavia, l'ingresso di banche straniere per il tramite di acquisizioni di enti nazionali è stata spesso oggetto di impedimenti derivanti dalla volontà politica degli Stati di non perdere il controllo di settori sensibili. Tale situazione era favorita dalla precedente formulazione delle norme della dir. 2006/48, la quale si limitava a disporre che, ai fini della valutazione della concreta possibilità di una gestione sana e prudente dell'ente creditizio, venissero comunicati i nominativi di tutti i soci ed azionisti in possesso di una partecipazione qualificata, in modo da garantire il controllo della "qualità" dei soci stessi (art. 12). In secondo luogo, era imposto l'obbligo per tutti i soci di comunicare alle autorità competenti gli aumenti, le diminuzioni o le dismissioni delle partecipazioni qualificate (artt. 19, 20 e 21). Le norme citate non fornivano, tuttavia, né criteri dettagliati per la valutazione prudenziale dei progetti di acquisizione, né una procedura per la loro applicazione, né fissavano un termine massimo per il completamento della valutazione prudenziale. Esse, ponendo standard minimi e lasciando molta discrezionalità alle autorità di vigilanza nazionali, si sono rivelate fonte di abusi da parte delle medesime³²⁰.

Dall'analisi di questa situazione è quindi nata l'esigenza di chiarire i criteri e la procedura per la valutazione prudenziale al fine di garantire la necessaria certezza giuridica, chiarezza e prevedibilità per quanto concerne il processo di valutazione e il suo risultato. A tal fine la Commissione ha ritenuto "essenziale massimizzare l'armonizzazione, a livello comunitario, della procedura e delle valutazioni prudenziali senza che gli Stati membri introducano regole più severe. Le soglie per la notifica di un progetto di acquisizione o di una cessione di una

³¹⁹ Dir. 2007/44 che modifica la dir. 92/43 del Consiglio e le dir. 2002/83, 2004/39, 2005/68 e 2006/48 per quanto riguarda le regole procedurali e i criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario.

³²⁰ Si fa qui riferimento agli scandali italiani relativi alle acquisizioni di Antonveneta da parte di ABN AMRO e di BNL da parte di Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, ostacolate dalla Banca d'Italia.

partecipazione qualificata, la procedura di valutazione, l'elenco dei criteri di valutazione e le altre disposizioni della presente direttiva da applicare alla valutazione prudenziale dei progetti di acquisizione dovrebbero pertanto formare oggetto di un'armonizzazione quanto più estesa possibile³²¹.

La direttiva 2007/44 ha, quindi, modificato il testo degli art. 12, 19, 20 e 21, precisando le modalità e i tempi della procedura; ha aggiunto l'art. 19 *bis*, il quale codifica in dettaglio i parametri che le autorità di vigilanza devono utilizzare per valutare la qualità del candidato acquirente e la solidità finanziaria della prevista acquisizione; ha introdotto anche l'art. 19 *ter*, che ha disciplinato anche le modalità ed i tempi di consultazione tra autorità di vigilanza dei Paesi membri delle banche coinvolte nel procedimento di acquisizione. In sostanza, la nuova formulazione della disciplina delle partecipazioni qualificate è classificabile tra le normative di armonizzazione massima, in quanto, introducendo una regolamentazione dettagliata del procedimento ha completamente eliminato la possibilità per gli Stati di discostarsi, in sede di attuazione, dalle sue prescrizioni.

3. Il passaporto europeo. Libertà di stabilimento.

Il Titolo III della direttiva, art. da 23 a 37, disciplina i meccanismi del passaporto europeo. L'art. 23 prevede l'obbligo per gli Stati membri di consentire che le attività elencate nell'allegato I possano essere esercitate nel loro territorio tramite lo stabilimento di una succursale o mediante prestazioni di servizi, da parte di tutti gli enti creditizi autorizzati e controllati dalle autorità competenti di un altro Stato membro, sempre che tali attività siano coperte dall'autorizzazione.

Quindi, gode effettivamente dell'autorizzazione unica, del regime di mutuo riconoscimento e di controllo del Paese d'origine³²² solo un ente creditizio, che sia tale in base alla

³²¹ Dir. 2007/44, cit., sesto considerando.

³²² Il principio del controllo del Paese d'origine riguarda solo le norme prudenziali dello Stato in cui l'ente creditizio impresa madre ha la propria sede, mentre l'attività della succursale stabilitasi nel Paese ospite è sottoposta alla normativa di quest'ultimo. Le leggi vigenti nello Stato d'origine non hanno, infatti, alcun effetto extraterritoriale. L'attuazione del principio del Paese d'origine da parte della dir. 2006/48 è, peraltro parziale, applicandosi pienamente solo riguardo alla solvibilità. Infatti, la direttiva stessa, all'art. 40 stabilisce che la vigilanza prudenziale sull'ente creditizio spetta alle autorità competenti dello Stato membro d'origine, facendo,

definizione data dalla direttiva, che sia autorizzato all'esercizio dell'attività bancaria dalle autorità competenti del proprio Stato membro d'origine e che svolga tutte o alcune delle attività elencate nell'allegato I, per l'esercizio di ciascuna delle quali sia stato debitamente autorizzato. Non beneficiano, invece, del mutuo riconoscimento quelle imprese, che pur svolgendo alcune delle attività elencate dall'allegato, non sono state autorizzate all'esercizio delle stesse in qualità di ente creditizio e gli enti che pur essendo autorizzati come enti creditizi svolgono attività non previste dall'elenco steso dall'allegato.

La libertà di stabilimento riguarda la possibilità, per la casa madre, di aprire una succursale in uno dei Paesi membri. Le filiazioni bancarie, invece, essendo assolutamente indipendenti e giuridicamente distinte rispetto all'ente madre, sono considerate come enti a se stanti e necessitano, quindi, di un'autonoma autorizzazione da parte dello Stato in cui intendano stabilirsi.

Al fine di eliminare le disparità concorrenziali tra gli ordinamenti, derivanti dalla scelta dell'organizzazione bancaria secondo i diversi modelli della banca universale e del gruppo polifunzionale, la direttiva, (così come già era stato previsto dall'art. 18 della seconda direttiva bancaria) estende il beneficio del mutuo riconoscimento anche agli enti finanziari filiazioni di enti creditizi, sempre che rispettino determinati requisiti. Questo si giustifica alla luce del fatto che in alcuni Paesi comunitari gli enti creditizi non sono abilitati a svolgere tutte le attività elencate nell'allegato I, secondo il modello della banca universale, ma, per certe attività quali il *leasing*, il *factoring*, il credito al consumo, operazioni su titoli in borsa, si avvalgono di affiliate, che spesso non rientrano nella definizione di ente creditizio propria della direttiva. Tale situazione risultava foriera di discriminazione tra l'offerta diretta dei servizi, propria delle banche universali, e l'offerta indiretta effettuata mediante filiazioni non beneficianti del passaporto europeo. L'art. 24, quindi, tenta di porvi rimedio, prevedendo che le attività elencate dall'allegato possano essere esercitate in regime di mutuo riconoscimento e sotto il controllo del Paese d'origine tramite lo stabilimento di una succursale o mediante prestazioni di servizi, da parte di quegli enti finanziari, che siano

però salve le disposizioni della direttiva che attribuiscono una responsabilità alle autorità competenti dello Stato membro ospitante. Inoltre, come già detto il passaporto unico previsto dalla direttiva spetta solo alla casa madre e alle sue succursali (che non possono essere giuridicamente distinte dalla casa madre stessa). Ai sensi dell'art. 41, poi, rimane in capo al Paese ospite, in attesa di ulteriore coordinamento, la vigilanza sulla liquidità dell'ente. Cfr. GODANO, *Capitolo XII, Le banche*, cit., p. 394, che fa riferimento, tuttavia, agli art. 26 ss. della dir. 2000/12.

filiazioni bancarie e a patto che rispettino determinati requisiti. In particolare è necessario che le imprese madri, autorizzate quali enti creditizi, posseggano almeno il 90 % dei diritti di voto connessi con la detenzione di quote o azioni dell'ente finanziario e, soddisfatte le autorità di vigilanza circa la prudente gestione dell'ente, garantiscano in solido gli impegni della filiazione. Inoltre, è richiesto che le attività svolte da tali enti siano già effettivamente esercitate nel territorio dello Stato membro d'origine e che l'ente finanziario venga incluso nella vigilanza su base consolidata alla quale è sottoposta l'impresa madre, o ciascuna delle imprese madri.

Tuttavia la formulazione dell'art. 24 non risolve interamente il problema. Infatti, le condizioni imposte sono considerate troppo rigide, in particolare l'aliquota del 90% del possesso dei diritti di voto appare troppo elevata³²³. Inoltre, non in tutti i casi è eliminata la disparità concorrenziale tra banca universale e gruppo polifunzionale, poiché, grazie all'attuale dicitura dell'art. 24, non gode del passaporto europeo quella filiazione che dipenda da una *holding*, mentre tale problema non si pone nel caso della c.d. *holding* intermedia, quando cioè, quest'ultima sia a valle di una banca capogruppo.

Infine, l'art. 24 prevede che nel caso in cui l'ente finanziario non soddisfi più una delle condizioni appena illustrate, una volta che lo Stato d'origine abbia informato l'autorità dello Stato ospite, "l'attività svolta da detto ente finanziario nello Stato membro ospitante diviene soggetta alla legislazione di quest'ultimo", ossia, cessa l'applicazione delle regole prudenziali dello Stato d'origine.

Gli artt. 25 e 26 disciplinano la procedura per l'esercizio del diritto di stabilimento. In base al primo articolo ogni ente creditizio che intenda stabilire una succursale nel territorio di un altro Stato membro lo deve notificare all'autorità competente del suo Stato membro di origine indicando lo Stato membro nel cui territorio intende stabilire una succursale e allegando al contempo un programma di attività nel quale siano in particolare indicati il tipo

³²³ "L'aliquota del 90 per cento (di possesso da parte della casa madre) appare troppo elevata ed al più, giustificabile nell'ipotesi di filiazione posseduta in comune da più case madri, ma non in quella della filiazione posseduta da un solo ente creditizio, per la quale sembra, invece, essere sufficiente l'esistenza di una partecipazione di controllo (51 per cento). L'esercizio della vigilanza su base consolidata, che presuppone un'aliquota di partecipazione di almeno il 20 per cento, mal si concilia con la fattispecie di filiazione posseduta congiuntamente da enti creditizi con percentuali di partecipazione inferiori alla predetta soglia". Così, GODANO, *Le banche*, cit., p. 405, ma cfr. anche CAPRIGLIONE, *Freedom of Establishment and Provision of Services*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 447-461, p. 450; ID, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi*, in ALPA CAPRIGLIONE, *Diritto comunitario bancario*, cit., p. 155-171, p. 157.

di operazioni che si intendono effettuare e la struttura dell'organizzazione della succursale, il recapito nello Stato membro ospitante ove possono essergli richiesti i documenti ed, infine, i nominativi dei responsabili della direzione della succursale.

A tal punto l'autorità competente dello Stato membro d'origine, a meno che abbia motivo di dubitare dell'adeguatezza delle strutture amministrative o della situazione finanziaria dell'ente creditizio, comunica, entro tre mesi dal ricevimento, le informazioni notificatele, all'autorità del Paese membro ospitante e ne informa l'ente creditizio in questione. Essa comunica altresì l'ammontare dei fondi propri e l'importo dei requisiti patrimoniali dell'ente creditizio. La medesima può rifiutare di comunicare le informazioni all'autorità competente dello Stato membro ospitante, ma in questo caso è tenuta a comunicare le ragioni di tale rifiuto all'ente creditizio interessato entro i tre mesi successivi al ricevimento delle informazioni. La discrezionalità dell'organo competente per la vigilanza è piuttosto ampia e si estende agli aspetti patrimoniali, economici e di liquidità. Il rifiuto o la mancata risposta può essere oggetto di ricorso giurisdizionale nello Stato membro d'origine.

L'autorità del Paese ospitante, prima che la succursale dell'ente creditizio avvii le attività, ha tempo due mesi, dalla data del ricevimento della comunicazione del Paese d'origine, per predisporre la vigilanza sull'ente creditizio e per indicare, se del caso, le condizioni alle quali, per motivi d'interesse generale³²⁴, le attività della lista devono essere esercitate nello Stato membro ospitante.

Ricevuta la comunicazione da parte dell'autorità del Paese ospitante, o nel caso di silenzio protrattosi per i due mesi successivi al ricevimento delle informazioni, la succursale può stabilirsi e iniziare l'attività³²⁵.

4. Libera prestazione dei servizi bancari.

³²⁴ La clausola dell'interesse generale si è rivelata essere un ostacolo alla piena integrazione del mercato bancario, poiché molte sono state le deroghe al principio del mutuo riconoscimento introdotte dagli Stati in suo nome. Cfr. *supra*.

³²⁵ Inoltre, le succursali che hanno iniziato l'attività conformemente alle disposizioni dello Stato membro ospitante prima del 1° gennaio 1993 si considerano già state autorizzate.

La libera prestazione dei servizi non è definita dalla direttiva. L'art. 28 si limita a disciplinare la procedura che deve essere seguita perché essa possa essere esercitata, dandone per scontata la nozione.

La definizione di libera prestazione di servizi bancari si deve ricavare dalla lettura degli artt. 49 e 50 del Trattato e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ai sensi dell'art. 50 sono servizi “le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni”³²⁶. Inoltre il medesimo articolo prevede che “il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel Paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal Paese stesso ai propri cittadini”.

In sostanza, secondo la tradizionale nozione, la libera prestazione di servizi consiste nel diritto di ogni cittadino comunitario di esercitare la propria attività in uno Stato membro diverso dal proprio, in modo temporaneo ed occasionale. In sostanza è destinataria delle norme previste dagli artt. 49-55 TCE quell'attività che presenti determinati requisiti: sia un'attività economica, sia transfrontaliera e sia temporanea. Il requisito della temporaneità è quello che permette di distinguere la libera prestazione di servizi dallo stabilimento ed è anche l'elemento che ha suscitato i maggiori dubbi interpretativi. Con esso si intende in primo luogo l'assenza di permanente o stabile insediamento, e quindi la presenza occasionale del prestatore. I confini del requisito di temporaneità sono stati delineati dalla sentenza *Gebhard*³²⁷, con la quale è stato stabilito che il carattere temporaneo della prestazione di servizi si debba valutare tenendo conto della durata, della frequenza, della periodicità e della continuità della prestazione stessa. Il requisito dell'organizzazione non può essere considerato elemento di discriminazione tra prestazione e stabilimento. Infatti, ai sensi del par. 39 della succitata sentenza il prestatore di servizi può dotarsi, nello Stato membro ospitante, “dell'infrastruttura necessaria” per il compimento della sua prestazione. Ciò che

³²⁶ Il Trattato fornisce due definizioni di libera prestazione di servizi. La prima è positiva: prestazioni fornite dietro retribuzione, delle quali l'art. 50 fornisce un elenco esemplificativo. La seconda definizione viene formulata in negativo, poiché le norme in materia di libera prestazione si applicano solo laddove non possano applicarsi quelle in materia di circolazione delle merci, delle persone e dei capitali.

³²⁷ Corte di Giustizia, sent. 30.11.1995, C-94/55, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, in *Racc.* 1995, p. I-4165.

importa, quindi, è l'assenza del carattere stabile e continuativo della partecipazione del prestatore alla vita economica dello Stato membro ospitante³²⁸.

Nell'ottica della direttiva 2006/48 (mutuata dalla seconda direttiva bancaria) la prestazione dei servizi, secondo la definizione appena fornita costituisce un'ipotesi residuale³²⁹. A fine anni Ottanta la banca era intesa solo come luogo fisico e i servizi bancari erano profusi per il tramite di uffici posti in edifici, fossero essi sedi centrali, succursali o filiali. La libera prestazione di servizi bancari era quindi considerata come un'ipotesi ristretta, mentre si riteneva che la maggior parte dell'attività transfrontaliera si sarebbe svolta mediante lo stabilimento di succursali. Negli ultimi decenni, tuttavia, il settore dei servizi si è notevolmente sviluppato, grazie anche alle tecniche di commercializzazione a distanza e al commercio elettronico di servizi finanziari, permettendo una circolazione dei servizi bancari anche a prescindere dallo spostamento di prestatore o consumatore.

Negli ultimi anni, accanto alle tradizionali modalità di fornitura dei servizi bancari a livello transfrontaliero, spostamento del prestatore e spostamento del consumatore, grazie allo sviluppo delle tecnologie delle telecomunicazioni e di internet, ha preso sempre più piede un terzo metodo di prestazione, caratterizzato dallo spostamento del servizio senza previo spostamento né del prestatore né del fruitore. Tale fatto ha permesso di superare il tradizionale schema definitorio della libera prestazione dei servizi, poiché in tali ipotesi perde d'importanza il requisito della occasionalità e temporaneità del servizio³³⁰. Lo sviluppo della tecnologia ha permesso un enorme sviluppo del settore dei servizi e un incremento notevole nella circolazione transfrontaliera dei servizi bancari. Ciononostante, restano ancora parecchi ostacoli all'integrazione del mercato bancario, soprattutto nel settore dei

³²⁸ “Un cittadino di uno Stato membro che, in maniera stabile e continua, esercita un'attività professionale in un altro Stato membro in cui, da un domicilio professionale, offre i propri servizi, tra l'altro, ai cittadini di questo Stato, è soggetto alle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento e non a quelle del capo relativo ai servizi”. Cfr. par. 39 della sent. *Gebhard*.

³²⁹ CAPRIGLIONE, *Freedom of Establishment and Provision of Services*, cit., p. 454 s.; ID, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi*, cit., p. 163.

³³⁰ Si è quindi assistito ad un “processo evolutivo della libera prestazione che supera, in prospettiva il suo originario schema (essenzialmente legato allo svolgimento di attività aventi carattere temporaneo e transfrontaliero) nel riferimento alle tecniche dei c.d. contratti a distanza, conclusi senza la presenza fisica simultanea nello stesso luogo di fornitore e cliente”. Così CAPRIGLIONE, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi*, cit., p. 170. Cfr. anche CODINANZI, NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, cit., p. 330-374, p. 340.

servizi al dettaglio, per i quali sembra tuttora essere necessaria la presenza fisica del prestatore.

Chiusa questa breve parentesi introduttiva non resta che analizzare l'unica disposizione che la direttiva 2006/48 dedica alla materia, ossia la procedura necessaria all'esercizio della libera prestazione.

Tale articolo si riferisce agli enti creditizi che intendano esercitare per la prima volta un'attività elencata nell'allegato I, mentre sono fatti salvi i diritti di quegli enti che operano mediante prestazione di servizi anteriormente al 1° gennaio 1993, data di entrata in vigore della seconda direttiva bancaria. Al riguardo si ritiene sufficiente che l'ente creditizio abbia esercitato anche per una sola volta un servizio sul territorio di un altro Stato membro e che sia in grado di fornirne le prove.

L'articolo in questione prevede una procedura simile a quella disposta dall'art. 25 in materia di stabilimento. Infatti ciascun ente creditizio che voglia esercitare per la prima volta la propria attività nel territorio di un altro Stato membro è tenuto a notificare all'autorità competente dello Stato membro d'origine quali delle attività comprese nell'allegato I intenda esercitare. Come per lo stabilimento, spetta a quest'ultima comunicare all'autorità dello Paese ospitante le informazioni raccolte entro il termine di un mese a decorrere dal ricevimento di detta notifica.

A differenza di quanto previsto dall'art. 26, l'ente creditizio, non deve aspettare, al fine di iniziare la propria attività, di ricevere una comunicazione (o attendere due mesi in caso di silenzio) da parte dell'autorità del Paese ospite. L'ente è, quindi, in grado di poter fornire i propri servizi a partire dalla data della notifica di tale intenzione alla propria autorità di vigilanza.

Nonostante il mancato richiamo all'art. 26, par. 1, si ritiene che l'attività dell'ente debba comunque essere conforme sia alle leggi, sia alle norme d'interesse generale del Paese ospitante.

5. Il ruolo del Paese ospitante.

Agli artt. da 29 a 37 sono disciplinati i poteri dell'autorità competente dello Stato membro ospitante, necessari a garantire un'efficace vigilanza prudenziale e complementari ai poteri delle autorità dei Paesi d'origine.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 29, lo Stato ospitante può esigere, a fini statistici, da tutti gli enti creditizi stabiliti nel proprio territorio, una relazione periodica sulle operazioni effettuate nel suo territorio e può, altresì, esigere ai fini della vigilanza sulla liquidità dell'ente, dalle succursali stabilite le stesse informazioni richieste a tal fine agli enti creditizi nazionali.

All'art. 30 è disciplinata la procedura (piuttosto lenta e laboriosa) tramite la quale l'autorità dello Stato ospite può richiamare un ente creditizio, che disponga di succursali o che operi in regime di libera prestazione di servizi nel proprio territorio, e far cessare le irregolarità dallo stesso commesse.

Dopo un primo richiamo formale da parte delle autorità Stato ospite, se l'ente creditizio in questione non assume le iniziative del caso, le medesime autorità ne informano gli organi competenti del Paese d'origine, le quali sono tenute ad adottare celermente (e a comunicarle all'autorità dello Stato ospite) tutte le misure opportune affinché l'ente creditizio in questione ponga termine alle irregolarità.

Solo nel caso in cui l'ente creditizio, nonostante l'intervento dell'autorità dello Stato d'origine, persista nell'infrazione delle disposizioni di legge vigenti nello Stato membro ospitante, o laddove le misure adottate si siano rivelate inefficaci o, ancora, nel caso in cui sia mancato del tutto un intervento dello Stato d'origine, l'autorità del Paese ospite, dopo aver informato chi di competenza oltre confine, può adottare opportuni provvedimenti per prevenire o reprimere ulteriori irregolarità e, qualora risulti necessario, può anche impedire all'ente creditizio in questione di avviare nuove operazioni nel suo territorio.

Al fine di evitare che la lentezza della procedura causi danno al Paese ospite è fatta salva la facoltà del medesimo di adottare misure urgenti e provvisorie indispensabili alla protezione degli interessi dei depositanti, degli investitori o delle altre persone cui sono prestati dei

servizi. In questi casi è fatto obbligo di comunicare tali misure sia alla Commissione³³¹, che alle autorità competenti degli altri Paesi interessati.

Ai sensi dell'art. 31, inoltre, resta impregiudicata la facoltà dell'autorità competente dello Stato ospite di prendere i provvedimenti opportuni, atti a prevenire o reprimere le irregolarità commesse nel suo territorio, che siano contrarie alle disposizioni di legge da esso adottate per motivi di interesse generale e la possibilità di impedire all'ente creditizio in questione di avviare nuove operazioni nel suo territorio. Il diritto dello Stato ospite di intervenire perché gli enti creditizi ivi stabiliti rispettino le leggi nazionali è ribadito anche dall'art. 34³³².

A tutela dei diritti dell'ente creditizio a fronte dei poteri sanzionatori³³³ dello Stato ospite è previsto (art. 32) che ogni provvedimento debba essere motivato e comunicato all'ente creditizio interessato, e possa essere da quest'ultimo impugnato in sede giudiziaria.

L'art. 35 disciplina, invece le ipotesi di revoca dell'autorizzazione da parte del Paese d'origine. In tale circostanza quest'ultimo deve informare le autorità competenti dello Stato membro ospitante, le quali possono adottare gli opportuni provvedimenti per impedire all'ente creditizio contravventore in questione di avviare nuove operazioni nel proprio territorio per salvaguardare gli interessi dei depositanti.

6. Principi di vigilanza prudenziale. Cooperazione tra autorità di vigilanza.

Ulteriori poteri sono attribuiti al Paese ospite dalla sezione I del Titolo V della direttiva, dalle norme, che in materia di vigilanza prudenziale, stabiliscono le rispettive competenze dello Stato d'origine e dello Stato ospite. Infatti, sebbene venga espressamente adottato il principio del controllo del Paese d'origine, inteso quale cardine del sistema di vigilanza, contemporaneamente sono fatte salve “le disposizioni della direttiva che attribuiscono una

³³¹ La Commissione, previa consultazione delle autorità competenti degli Stati membri interessati, può decidere che lo Stato membro in questione modifichi o abolisca dette misure. Cfr. art. 33.

³³² “Lo Stato membro ospitante può prendere le misure adeguate per prevenire o reprimere le irregolarità nel suo territorio esercitando le competenze ad esso attribuite in virtù della presente direttiva. Ciò comporta la possibilità di impedire a un ente creditizio contravventore di avviare nuove operazioni nel suo territorio”.

³³³ Un generale potere sanzionatorio degli Stati membri è previsto anche dall'art. 54. Al successivo art. 55 è ribadito il diritto degli enti creditizi di impugnare ogni provvedimento amministrativo irrogante una sanzione, innanzi ai tribunali nazionali.

responsabilità alle autorità competenti dello Stato ospitante” (art. 40), realizzando così un’applicazione solo parziale del suddetto principio.

Le norme della direttiva, quindi, attribuiscono il compito di vigilanza allo Stato d’origine, ma riservano determinati poteri allo Stato ospite. Si è resa, quindi, necessaria un’opera di raccordo e coordinamento delle azioni delle autorità di vigilanza. A tal fine la direttiva prevede obblighi di cooperazione tra le autorità competenti degli Stati coinvolti. Come precisato dal ventiduesimo considerando “il funzionamento armonioso del mercato interno bancario necessita, al di là delle norme giuridiche, di una stretta e regolare cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri, nonché di una convergenza notevolmente rafforzata delle prassi regolamentari e di vigilanza”. Infatti, il controllo delle autorità del Paese d’origine è tecnicamente più difficile poiché si svolge nei confronti di una succursale sita in un territorio estero. Perciò è possibile che vi siano carenze e vuoti di vigilanza. La cooperazione tra autorità permette di superare tali difficoltà e di ottimizzare il risultato dal punto di vista prudenziale³³⁴. La vigilanza sugli enti creditizi si configura, quindi, come un’opera composita che vede l’intervento concertato delle autorità dei diversi Stati interessati.

La vigilanza prudenziale sull’ente creditizio spetta agli organi competenti dello Stato membro d’origine (art. 40). Tuttavia, in attesa di ulteriore coordinamento, rimane in capo al Paese ospite, che agisce in collaborazione con l’autorità del primo, il compito di vigilare sulla liquidità della succursale. Inoltre, esso mantiene l’esclusiva competenza per quanto riguarda l’attuazione della propria politica monetaria, fatte salve, tuttavia, le misure di rafforzamento del sistema monetario europeo (art. 41)³³⁵.

Un obbligo di stretta collaborazione tra autorità è previsto dall’art. 42, secondo cui per vigilare sull’attività degli enti creditizi che operano attraverso una succursale, in uno o più Stati membri diversi da quello della loro sede sociale, le autorità sono tenute a comunicarsi

³³⁴ La cooperazione prende piede in seno al Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria, istituito con la decisione 2004/5/CE della Commissione (in GUUE L 3 del 7.1.2004, p. 28-29). A questo tipo di consultazione si affianca la cooperazione bilaterale siglata mediante la conclusione di accordi tra le varie autorità competenti.

³³⁵ Resta a carico dello Stato membro d’origine la responsabilità in materia di vigilanza sulla solidità finanziaria, e in particolare sulla solvibilità, di un ente creditizio, mentre le autorità del Paese ospitante sono responsabili della vigilanza sulla liquidità delle succursali e delle politiche monetarie. La vigilanza sul rischio di mercato è oggetto di una stretta cooperazione tra le autorità competenti degli Stati coinvolti.

tutte le informazioni concernenti che possano facilitarne la vigilanza ed agevolare l'esame delle condizioni per la relativa autorizzazione, nonché tutte le informazioni atte a facilitare il controllo di tali enti.

Ai sensi dell'art. 43 e a completamento del potere di vigilanza attribuito alle autorità dello Stato d'origine è previsto che queste, dopo avere informato gli organi del Paese ospitante, possano fare ispezioni nella succursale ivi stabilita. Tuttavia anche le autorità competenti dello Stato membro ospitante possono procedere ad ispezioni presso le succursali stabilite nel loro territorio per l'esercizio delle responsabilità derivanti dalla direttiva.

7. Lo scambio di informazioni e il segreto d'ufficio.

Ulteriori norme in materia di cooperazione sono previste dalla sezione II del Titolo V che predispone norme in materia di scambio d'informazioni e segreto d'ufficio. Infatti come precisato dal ventitreesimo considerando “è opportuno rendere possibili gli scambi di informazioni tra le autorità competenti e le autorità o gli organismi che, grazie alle loro funzioni, contribuiscono a rafforzare stabilità del sistema finanziario”. Lo scambio di informazioni è, infatti, l'aspetto principale della collaborazione in materia di vigilanza, che è istituzionalizzata in seno al Comitato delle autorità europee di vigilanza bancaria. Tale procedura d'informazione reciproca, come sottolineato dal ventiduesimo considerando, non deve sostituire la cooperazione bilaterale³³⁶. Molti dei problemi di applicazione pratica della direttiva sono infatti risolti non dal testo della stessa, ma a livello bilaterale, mediante la conclusione di Memorandum d'intesa tra le rispettive autorità, volti ad appianare le diversità esistenti tra i sistemi di vigilanza dei vari Stati membri³³⁷.

L'obbligo di scambio di informazioni riguarda ogni quotidiano aspetto della vita prudenziale di un ente. L'art. 42, prevedendo la necessità di instaurare un rapporto di stretta

³³⁶ Cfr. l'art. 46 secondo cui “gli Stati membri possono concludere con le autorità competenti di Paesi terzi e con le autorità o organi di tali Paesi di cui all'articolo 47 e all'articolo 48, paragrafo 1 accordi di cooperazione che prevedano scambi d'informazioni solo a condizione che le informazioni comunicate beneficino di garanzie in ordine al segreto d'ufficio almeno equivalenti a quelle previste dall'articolo 44, paragrafo 1. Questo scambio di informazioni ha lo scopo di contribuire all'esecuzione del compito di vigilanza da parte delle autorità o organi suddetti. Se le informazioni provengono da un altro Stato membro, esse non possono essere diffuse senza l'esplicito accordo delle autorità competenti che le hanno fornite e, nel caso, soltanto per gli scopi per i quali dette autorità hanno dato il loro accordo.”

³³⁷ Cfr. GODANO, *Le banche*, cit., p. 397

collaborazione tra autorità, dispone che le stesse debbano scambiarsi “tutte le informazioni concernenti la direzione, la gestione e la proprietà di tali enti creditizi che possano facilitarne la vigilanza ed agevolare l’esame delle condizioni per la relativa autorizzazione, nonché tutte le informazioni atte a facilitare il controllo di tali enti, in particolare in materia di liquidità, di solvibilità, di garanzia dei depositi, di limitazione dei grandi fidi, di organizzazione amministrativa e contabile e di controllo interno”³³⁸.

Ogniqualvolta si tratti di scambio di informazioni sorge il problema della trattamento delle stesse e della tutela della loro riservatezza. La direttiva si è quindi preoccupata di armonizzare le regole in materia di segreto professionale agli artt. 44 ss.

Ai sensi dell’art. 44 l’obbligo del segreto vincola “tutte le persone che esercitano o hanno esercitato attività per conto delle autorità competenti, nonché i revisori dei conti ed esperti incaricati dalle autorità competenti”. Il medesimo articolo disciplina l’ambito di applicazione oggettivo di tale obbligo precisando che esso copre, inoltre, tutte le informazioni che non abbiano rilievo penale.

L’art. 45 precisa che l’autorità competente che riceve informazioni riservate possa servirsene soltanto nell’esercizio delle sue funzioni e unicamente per il perseguimento di specifici scopi: per l’esame delle condizioni di accesso all’attività degli enti creditizi e per facilitare il controllo, su base individuale e su base consolidata, delle condizioni di esercizio dell’attività (in particolare in materia di sorveglianza sulla liquidità, sulla solvibilità, sui grandi fidi, sull’organizzazione amministrativa e contabile e sul controllo interno); per l’irrogazione di sanzioni; nell’ambito di un ricorso amministrativo contro una decisione dell’autorità competente; nell’ambito di procedimenti giurisdizionali.

Dopo aver dettato tale divieto di divulgazione delle informazioni riservate, la direttiva prevede numerose deroghe. In primo luogo, esse possono essere divulgate in forma sommaria o globale, in modo che sia impossibile individuare i singoli enti creditizi. In secondo luogo possono sempre essere fornite quelle informazioni concernenti un ente creditizio dichiarato fallito o soggetto a liquidazione coatta ordinata da un tribunale, che non riguardino i terzi partecipanti ai tentativi di salvataggio.

³³⁸ È chiaro che la maggior parte delle informazioni potranno essere fornite dall’autorità della casa madre. Tuttavia, anche l’autorità del Paese ospite potrà informare relativamente ad ogni fatto inerente una succursale che sia in grado di inficiare la stabilità dell’ente nel suo insieme. Inoltre, potrà dare informazioni relativamente al mercato locale, agli operatori e alla reputazione di cui gode la filiale.

A norma dell'art. 47 lo scambio di informazioni può avvenire all'interno di uno Stato membro tra le autorità competenti e quelle incaricate della vigilanza su altre istituzioni finanziarie, sulle compagnie di assicurazione e sui mercati finanziari, gli organi preposti alla liquidazione e al fallimento degli enti creditizi e altre procedure analoghe, le persone incaricate della revisione legale dei conti dell'ente creditizio e degli altri enti finanziari, affinché esse possano svolgere la loro funzione di vigilanza.

Inoltre è previsto (art. 48) che, a certe condizioni³³⁹, gli Stati membri possano autorizzare lo scambio di informazioni tra le autorità competenti e quelle preposte alla vigilanza nei confronti degli organi che intervengono nella liquidazione e nel fallimento degli enti creditizi o in altri procedimenti analoghi, le autorità responsabili della vigilanza nei confronti delle persone incaricate della revisione legale dei conti delle imprese di assicurazione, degli enti creditizi, delle imprese di investimento e di altri enti finanziari.

Inoltre, sempre in deroga al divieto di divulgare informazioni riservate è previsto che ai fini del rafforzamento della stabilità del sistema finanziario e della sua integrità, gli Stati possano autorizzare lo scambio di informazioni tra le autorità competenti e gli organi incaricati per legge dell'individuazione delle violazioni del diritto societario e delle relative indagini³⁴⁰.

Il divieto di divulgazione delle informazioni riservate non osta alla comunicazione delle stesse alle Banche centrali e alle autorità pubbliche incaricate della vigilanza sui sistemi di pagamento e ai sistemi di compensazione e regolamento laddove le informazioni siano necessarie al regolare funzionamento di tali organismi rispetto alle infrazioni anche potenziali dei soggetti che intervengono nel mercato (art. 49).

³³⁹ L'art. 48, par. 1, secondo comma, prevede che l'autorizzazione allo scambio di informazioni possa essere data solo in presenza delle seguenti condizioni: a) le informazioni siano intese all'esercizio delle funzioni di vigilanza previste al primo comma; b) le informazioni ricevute in tale ambito siano coperte dal segreto d'ufficio di cui all'art. 44, par. 1; c) quando le informazioni provengano da un altro Stato membro possano essere comunicate solo con l'assenso esplicito delle autorità competenti che le hanno trasmesse e, in tal caso, soltanto ai fini per i quali queste ultime hanno dato l'autorizzazione. Inoltre, è previsto al secondo comma che "se in uno Stato membro le autorità o gli organi di cui al primo comma esercitano le loro funzioni di individuazione o di indagine ricorrendo, in base alla loro competenza specifica, a persone a tale scopo incaricate e non appartenenti alla funzione pubblica, la possibilità di scambio delle informazioni prevista al primo comma può essere estesa a tali persone alle condizioni specificate al secondo comma".

³⁴⁰ Anche in questo caso l'art. 48, par. 2, indica le condizioni alle quali l'autorizzazione può essere concessa: le informazioni devono essere funzionali alla realizzazione delle finalità previste al primo comma e devono essere coperte dal segreto d'ufficio di cui all'art. 44, par. 1. Infine, se le informazioni provengono da un altro Stato membro possono essere comunicate solo con l'assenso esplicito delle autorità competenti che le hanno trasmesse e, nel caso, soltanto ai fini per i quali queste ultime hanno dato l'autorizzazione.

Infine, ai sensi dell'art. 50 gli Stati possono autorizzare, quando risulti necessario la comunicazione di alcune informazioni ad altri servizi delle loro amministrazioni centrali responsabili della legislazione di vigilanza sugli enti creditizi, sugli enti finanziari, sui servizi di investimento e sulle compagnie di assicurazioni, nonché agli ispettori incaricati da detti servizi.

8. Obbligo delle persone incaricate della revisione dei conti annuali e dei conti consolidati.

La sezione III del titolo V, all'art. 53 prevede il dovere delle persone incaricate della revisione dei conti annuali e dei conti consolidati degli enti creditizi di denunciare le irregolarità che riscontrino nell'esercizio delle proprie funzioni. Laddove essi, analizzando i conti annuali o consolidati dell'ente creditizio per il quale lavorano scoprono delle scorrettezze, o nel caso in cui ne vengano a conoscenza svolgendo le proprie funzioni presso un'impresa che abbia stretti legami, derivanti da controllo, con l'ente creditizio, sono tenuti a fare tempestiva comunicazione alle autorità competenti. L'obbligo su di essi gravante riguarda tutti quei fatti che siano tali "costituire una violazione sostanziale delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative che stabiliscono le condizioni per l'autorizzazione o disciplinano in modo specifico l'esercizio dell'attività degli enti creditizi" da "pregiudicare la continuità della gestione dell'ente creditizio" nonché da "comportare il rifiuto della certificazione dei bilanci o l'emissione di riserve".

L'obbligo di denuncia delle irregolarità è supportato dalla previsione della immunità da ogni responsabilità. Infatti, il par. 2 prevede che detta comunicazione, se fatta in buona fede non costituisce violazione di eventuali divieti o restrizioni alla comunicazione di informazioni derivanti da norme contrattuali, legislative, regolamentari o amministrative.

9. Strumenti tecnici di vigilanza prudenziale.

Il capo secondo del Titolo V è dedicato agli strumenti tecnici di vigilanza prudenziale. La direttiva procede, infatti, all'armonizzazione essenziale, necessaria e sufficiente delle norme prudenziali in modo tale da consentire agli enti creditizi comunitari la possibilità di svolgere

la propria attività su tutto il territorio europeo, pur rimanendo soggetti al controllo del proprio Paese d'origine. A tal fine la direttiva armonizza le regole base considerate indispensabili al conseguimento dell'obiettivo della solidità degli intermediari, lasciando, tuttavia, liberi gli Stati di emanare disposizioni più severe di quelle fissate dalla direttiva³⁴¹. Dal preambolo della direttiva, peraltro, si deduce come il coordinamento delle norme prudenziali sia indispensabile per creare le condizioni di uguaglianza nella concorrenza tra gli enti creditizi, per prevenire distorsioni della concorrenza e per rafforzare il sistema bancario nel mercato interno.

La direttiva introduce un insieme di verifiche di vario genere e natura tra le quali i già analizzati controlli genetici, ossia relativi alla fase costitutiva degli intermediari, quelli strutturali, che regolano le modalità per poter esercitare la propria attività al di fuori del proprio Paese d'origine, quelli informativi ed ispettivi, tramite i quali l'autorità competente viene a conoscenza delle qualità e numero dei soci e della situazione tecnica dell'ente in questione. Infine sono previsti, e analizzati in questo capitolo, i controlli prudenziali, ossia norme di comportamento atte a limitare i rischi assumibili dalle banche, che vengono espressi in rapporti quantitativi tra grandezze di bilancio³⁴² e che sono "finalizzati al controllo dell'espansione dei rischi derivanti dal mancato rientro delle somme a vario titolo investite nelle attività delle banche"³⁴³.

Come già visto, l'armonizzazione dei requisiti patrimoniali è stata considerata sin dall'inizio essenziale alla realizzazione del mercato interno, tanto che, contemporaneamente alla seconda direttiva bancaria entrarono in vigore anche la direttiva 89/299 sui fondi propri degli enti creditizi e la direttiva 89/647 sul coefficiente di solvibilità, frutto del recepimento a livello comunitario degli standard dell'accordo di Basilea sul capitale³⁴⁴ e vennero successivamente adottate ulteriori direttive in materia di vigilanza su base consolidata degli

³⁴¹ Cfr. il quindicesimo considerando, secondo cui "per quanto riguarda gli enti creditizi autorizzati dalle proprie autorità competenti, gli Stati membri possono altresì emanare disposizioni più severe di quelle fissate all'articolo 9, paragrafo 1, primo comma e paragrafo 2, e agli articoli 12, da 19 a 21, da 44 a 52, 75 e da 120 a 122. Gli Stati membri possono inoltre esigere che sia rispettato l'articolo 123 su base individuale o su altra base e che il subconsolidamento di cui all'articolo 73, paragrafo 2, sia applicato ad altri livelli all'interno di un gruppo".

³⁴² CLEMENTE, *Strumenti tecnici di vigilanza prudenziale*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, cit., p. 243-252, p. 245.

³⁴³ *Ibidem*, p. 246.

³⁴⁴ Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard (updated to April 1998)*, July 1988.

enti creditizi (dir. 92/30)³⁴⁵, di vigilanza e controllo dei grandi fidi (dir. 92/121)³⁴⁶ e di trasparenza del gruppo (dir. 95/26)³⁴⁷. Le direttive in questione furono incorporate nella direttiva 2000/12.

L'approvazione, nel giugno 2004, del Nuovo Accordo sul capitale formulato dal Comitato di Basilea³⁴⁸ (Basilea II), tuttavia, ha reso necessario adeguare le normative comunitarie ai nuovi standard prudenziali e modificare, quindi, la direttiva 2000/12. Come visto, il recepimento dei criteri di Basilea ha costituito l'occasione per la rifusione di tutta la normativa inerente al mercato unico bancario in un nuovo testo unico.

La direttiva 2006/48, insieme alla direttiva 2006/49 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese d'investimento e degli enti creditizi, fa proprie le novità di Basilea II il cui principale obiettivo è quello di aumentare la stabilità del sistema bancario internazionale, attraverso una maggiore sensibilità al controllo dei rischi di credito, di controparte ed operativi. Essa, quindi, oltre a riprendere, aggiornandola, la disciplina già prevista dalla direttiva 2000/12, dei fondi propri, dei grandi fidi, delle partecipazioni qualificate al di fuori del campo finanziario e della vigilanza su base consolidata, attua i c.d. tre pilastri di Basilea II e introduce, quindi : (i) una dettagliata regolamentazione dei requisiti patrimoniali minimi per fronteggiare i rischi tipici dell'attività bancaria³⁴⁹ (di credito, di mercato, di controparte e operativi), per la valutazione dei quali sono codificati specifici metodi di calcolo; (ii) nuove norme in materia di vigilanza, richiedendo che le banche si dotino di una strategia e di un processo controllo dell'adeguatezza patrimoniale, e delegando alle autorità di vigilanza il compito di verificare l'affidabilità e la coerenza dei relativi risultati e di adottare le opportune misure correttive; (iii) nuove regole in materia di mercato e trasparenza, ossia, obblighi di informativa al pubblico riguardanti l'adeguatezza patrimoniale, l'esposizione ai rischi e le caratteristiche generali dei relativi sistemi di gestione e controllo.

La disciplina prudenziale posta dalla direttiva 2006/48 (e dalla direttiva 2006/49, la quale pone norme in materia di rischio di mercato) distingue tra istituti bancari soggetti a vigilanza

³⁴⁵ In GUCE L 110 del 28.4.1992, p. 52-58.

³⁴⁶ In GUCE L 29 del 5.2.1993, p. 1-8.

³⁴⁷ In GUCE L 168 del 18.7.1995, p. 7-13.

³⁴⁸ Basel Committee on Banking Supervision, *Basel II: The New Basel Capital Accord - Second Consultative Paper*, January 2001.

³⁴⁹ La disciplina dei requisiti patrimoniali minimi ha sostituito *in toto* la disciplina relativa ai coefficienti di solvibilità, già artt. 40-47 della dir. 2000/12.

individuale e istituti soggetti a vigilanza consolidata³⁵⁰, tuttavia il sistema è orientato maggiormente verso l'applicazione consolidata dei requisiti prudenziali e riduce il numero delle regole che devono contemporaneamente essere rispettate a livello individuale dai membri di un gruppo (artt. 69 ss.). Talune disposizioni, peraltro permettono attenuazioni dei requisiti in relazione all'appartenenza al gruppo.

Le disposizioni prudenziali della direttiva sono inoltre espressamente orientate verso il principio di proporzionalità. La regolamentazione tiene, infatti, conto della diversità degli intermediari, in termini di dimensioni, complessità ed altre caratteristiche.

Nei prossimi paragrafi seguirà, ai fini di completezza, un'analisi in cenni delle principali norme prudenziali.

10. I fondi propri.

L'armonizzazione dei fondi propri e, quindi dei requisiti del patrimonio di vigilanza dell'ente creditizio, discende dall'attuazione in sede comunitaria dell'Accordo di Basilea sul capitale siglato nel 1988.

La disciplina sul patrimonio delle banche riveste un ruolo centrale nella normativa di vigilanza. Essa persegue due scopi principali: l'uno prudenziale, mirante a garantire la stabilità e solidità dell'ente e del sistema nel suo complesso e l'altro volto a garantire il corretto funzionamento del mercato interno.

Dal punto di vista prudenziale le norme in questione intendono favorire la capitalizzazione di fondi adeguati in grado di fare fronte al complesso delle attività svolte e quindi dei rischi assunti. Il patrimonio rappresenta, infatti, la prima difesa a fronte dei rischi connessi alla complessiva attività bancaria e fornisce il principale parametro per la valutazione, da parte delle autorità di vigilanza, della solidità delle banche. Su di esso si fondano i più importanti strumenti di vigilanza prudenziale (requisiti patrimoniali e regole sulla concentrazione dei rischi). Inoltre il valore del patrimonio fornisce importanti informazioni circa i margini di autonomia e la vocazione imprenditoriale dell'ente creditizio.

³⁵⁰ Cfr. il considerando tredicesimo secondo cui "la presente direttiva permette agli Stati membri e/o alle autorità competenti di applicare i requisiti patrimoniali su base individuale e consolidata e, ove lo ritengano opportuno, di non applicare la base individuale. Le supervisioni su base individuale, consolidata e a livello transfrontaliero sono strumenti utili ai fini del controllo degli enti creditizi".

Dal punto di vista del mercato interno, mediante l'armonizzazione dei requisiti dei fondi propri, la direttiva fornisce regole omogenee tali da consentire il funzionamento del passaporto unico delle imprese creditizie e garantire agli enti creditizi europei condizioni concorrenziali paritarie³⁵¹.

La direttiva indica le modalità di calcolo e gli elementi del patrimonio utili a fini di vigilanza sia su base individuale (art. 57 ss.), sia su base consolidata (art. 65) ed è disposto che i fondi propri, ovvero i mezzi utilizzabili dalla banca per coprire le perdite, non possano mai divenire inferiori del capitale iniziale necessario per ottenere l'autorizzazione.

Il capitale di vigilanza è costituito dalla somma del patrimonio di base (dato dal capitale e dalle riserve e dai fondi per i rischi bancari generali), che è computato integralmente, essendo ritenuto più idoneo a coprire le perdite, e dai fondi supplementari (corrispondenti agli elementi elencati dall'art. 57 dalla lett. d) alla h). Tali elementi sono ammessi al computo dei fondi propri nella misura non eccedente l'ammontare complessivo del capitale di base, al netto degli elementi negativi elencati dal medesimo articolo alle lettere da i) a r). Infatti, il patrimonio di vigilanza individuale è costituito dalla somma algebrica di elementi positivi³⁵² e negativi³⁵³. Tra i primi rientrano il capitale versato, le riserve, riserve di rivalutazione, il fondo per i rischi bancari generali, le rettifiche di valore, le azioni privilegiate cumulative a scadenza fissa, i prestiti subordinati³⁵⁴, gli impegni dei membri di enti creditizi a forma cooperativa e gli altri elementi di cui all'art. 63³⁵⁵. Dalla somma di tali elementi vengono

³⁵¹ BASSO, MARANGONI, *Fondi propri*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, cit., p. 253-263, p. 253 s.

³⁵² Art. 57 lettere da a) ad h). Tali elementi devono sempre essere nella piena disponibilità della banca, in modo da poter essere utilizzati per la copertura dei rischi e delle perdite aziendali.

³⁵³ Elencati dall'art. 57, lettere da i) a r).

³⁵⁴ Le azioni privilegiate e i prestiti subordinati possono essere incluse nel calcolo dei fondi propri sempre che, ai sensi dell'art. 64, par. 3 "esistano accordi vincolanti in base ai quali, in caso di fallimento o liquidazione dell'ente creditizio, tali prestiti abbiano un rango inferiore rispetto ai crediti di tutti gli altri creditori e venga rimborsato solo dopo che siano stati liquidati tutti i debiti in essere di detto ente". Inoltre, i prestiti subordinati debbono rispondere ad ulteriori criteri: "a) si tiene conto solo dei fondi effettivamente versati; b) i prestiti hanno una scadenza originaria non inferiore ai cinque anni, dopo i quali essi possono essere soggetti a rimborso; c) la loro capacità di essere considerati fondi propri è soggetta a graduale riduzione durante almeno cinque anni prima della data prevista per il rimborso; d) il contratto di prestito non contempla clausole che prevedano che, in determinati casi diversi dalla liquidazione dell'ente creditizio, il debito diventi rimborsabile prima della data convenuta per il rimborso".

³⁵⁵ Cfr. art. 63: "1. La nozione di fondi propri utilizzata da uno Stato membro può comprendere altri elementi purché, indipendentemente dalla loro definizione di legge o contabile, presentino le seguenti caratteristiche: a) siano a libera disposizione dell'ente creditizio per far fronte ai normali rischi dell'attività bancaria, quando le perdite o le minusvalenze non sono state ancora identificate; b) la loro esistenza risulti dalla contabilità interna;

detratti gli elementi negativi quali, per esempio, le azioni proprie, l'avviamento, le immobilizzazioni immateriali, le perdite registrate in esercizi precedenti, le partecipazioni in altri enti creditizi o enti finanziari³⁵⁶, i crediti subordinati e gli strumenti detenuti dall'ente creditizio in enti creditizi e finanziari, in cui la sua partecipazione sia in ciascun caso superiore al 10 % del capitale.

Agli artt. 58 e 60 sono previste specifiche deroghe alle deduzioni degli elementi negativi. In primo luogo ciò è possibile nel caso di possesso temporaneo di azioni di un altro ente creditizio, ente finanziario, impresa di assicurazione, impresa di riassicurazione o società di partecipazione assicurativa ai soli fini effettuare un'operazione di risanamento e salvataggio delle medesime (art. 58). In secondo luogo, in base all'art. 60 gli Stati possono stabilire che, per il calcolo dei fondi propri su base individuale, gli enti creditizi soggetti alla vigilanza su base consolidata o alla vigilanza supplementare, non siano tenuti a dedurre le partecipazioni in enti creditizi, enti finanziari, imprese di assicurazione o di riassicurazione, società di partecipazione assicurativa, inclusi nel consolidamento o nell'ambito della vigilanza supplementare.

Come accennato il calcolo dei fondi propri può essere effettuato anche a livello consolidato. In tali casi, ai sensi dell'art. 65 gli elementi elencati dall'articolo 57, sono presi in considerazione in base ai loro importi consolidati conformemente alle norme fissate della direttiva (capo 4, sez. 1). Inoltre l'articolo in esame elenca una serie di elementi che laddove siano creditori (ossia, negativi) possono essere assimilati alle riserve consolidate, per il calcolo dei fondi propri, mentre laddove i medesimi siano debitori, cioè positivi, possono essere dedotti nel calcolo dei fondi propri consolidati. Tali elementi sono: gli interessi di

c) il loro importo sia fissato dalla direzione dell'ente creditizio, verificato da revisori indipendenti, comunicato alle autorità competenti e posto sotto la vigilanza di queste ultime. 2. Possono altresì essere considerati altri elementi le obbligazioni irredimibili e altri strumenti che rispondono ai requisiti sotto indicati: a) non possono essere rimborsati su iniziativa del portatore o senza il consenso preventivo dell'autorità competente; b) il contratto di emissione prevede la possibilità per l'ente creditizio di differire il pagamento di interessi sul debito; c) i crediti del finanziatore nei confronti dell'ente creditizio sono pienamente subordinati a quelli di tutti i creditori principali; d) i documenti che disciplinano l'emissione delle obbligazioni consentono l'uso del debito e degli interessi non pagati per far fronte alle perdite, mentre devono lasciare l'istituto di credito in grado di continuare l'attività; e) si tiene conto solo degli importi effettivamente versati. Si aggiungono inoltre a tali obbligazioni e altri strumenti le azioni privilegiate cumulative diverse da quelle previste all'articolo, 57, lettera h)³⁵⁶.

³⁵⁶ Tali partecipazioni devono essere superiori al 10% del capitale di tali enti. Tuttavia, l'art. 57 lett. n) prevede la deduzione anche delle partecipazioni in enti creditizi e finanziari fino alla soglia del 10%. Alla lett. o) sono previste anche le partecipazioni in imprese di assicurazione, riassicurazione e società di partecipazione assicurativa.

minoranza in caso di utilizzazione del metodo dell'integrazione globale; la differenza di primo consolidamento ai sensi degli articoli 19, 30 e 31 della direttiva 83/349; le differenze di conversione incluse nelle riserve consolidate conformemente all'articolo 39, par. 6, della direttiva 86/635; la differenza risultante dalla inclusione di talune partecipazioni conformemente al metodo di cui all'articolo 33 della direttiva 83/349.

11. Requisiti patrimoniali minimi per rischi di credito e operativi.

Le sezioni III e IV del Titolo V della direttiva disciplinano rispettivamente i requisiti patrimoniali minimi a fronte del rischio di credito (e di controparte) e a fronte del rischio operativo e dispongono dettagliate norme per il calcolo dei requisiti in questione che siano idonei a quantificare i rischi assunti dalle banche.

La disciplina in questione attua il primo pilastro dell'Accordo di Basilea II sul capitale ed ha sostituito la precedente regolamentazione dei coefficienti di solvibilità, che era stata introdotta con la direttiva 89/647 e successivamente incorporata negli artt. 40-47 della direttiva 2000/12.

La direttiva (così come l'Accordo di Basilea II) mira ad introdurre una maggiore flessibilità nel calcolo dei requisiti patrimoniali e dei rischi che le banche assumono, permettendo agli enti creditizi di scegliere tra diversi metodi di calcolo in virtù del diverso grado di sensibilità al rischio.

È previsto che le banche effettuino un accantonamento di capitale che pari all'8% del totale degli importi delle esposizioni ponderati per il rischio di credito (art. 75, lett.a), il quale può essere calcolato mediante due metodi: il metodo Standardizzato, disciplinato dagli artt. 78 ss. e dall'allegato VI, e il metodo dei rating interni (*Internal Rating Based*, IRB), a sua volta suddiviso in un IRB di base e un IRB avanzato, regolati dagli artt. 84 ss. e dall'allegato VII.

Il metodo Standardizzato, evoluzione del sistema derivante dall'Accordo sul Capitale del 1988, tiene conto di un ampio ventaglio di portafogli di esposizioni³⁵⁷ e dei rating (esterni)³⁵⁸

³⁵⁷ Le diverse esposizioni, intese quali voci dell'attivo o voce fuori bilancio (art. 77) sono suddivise in diverse classi o portafogli a seconda della natura della controparte ovvero delle caratteristiche tecniche del rapporto o delle modalità di svolgimento di quest'ultimo. La classificazione è effettuata dall'art. 79.

³⁵⁸ Il *rating* esterno è un giudizio, espresso in numeri o lettere, assegnato ad un cliente sulla base di valutazioni di tipo statico, come la categoria economico-giuridica dell'azienda o la sua dimensione.

espressi da agenzie di credito alle esportazioni (*Export Credit Agency*, ECA) o da agenzie specializzate (*External Credit Assessment Institution*, ECAI). Il calcolo del requisito patrimoniale da parte delle agenzie esterne tiene conto del merito del cliente, che è suddiviso in sei classi di merito a cui corrispondono sei diversi fattori di ponderazione del rischio³⁵⁹. In tale modo i requisiti patrimoniali sono collegati al rischio derivante dai diversi impieghi, sulla base di rating esterni attribuiti da agenzie specializzate.

La principale novità (in materia di rischi di credito) è data dall'introduzione dei due metodi dei rating interni, tramite i quali, il giudizio sulla clientela è fornito direttamente dalle banche.

Il rating è definito come “l'insieme di metodi, procedimenti, controlli, meccanismi di raccolta dati e sistemi informatici che fungono da supporto alla valutazione del rischio di credito, all'attribuzione delle esposizioni a gradi o aggregati (rating) e alla stima quantitativa degli inadempimenti e delle perdite per un dato tipo di esposizione”³⁶⁰ e quindi come l'insieme delle procedure analitiche capaci di fornire giudizi obiettivi sulla capacità di un soggetto (il cliente) di far fronte ai propri impegni creditizi. Grazie a tali sistemi le banche effettuano una selezione della clientela fondata sul merito creditizio, al quale correlano anche il costo del credito erogato. L'utilizzo del metodo IRB da parte delle banche è sottoposto ad una previa autorizzazione delle autorità di vigilanza, le quali sono tenute anche ad effettuare controlli sulla coerenza della procedure utilizzate dalle medesime (art. 84).

Il metodo IRB di base comporta l'attribuzione di un rating a ogni impresa e ad ogni operazione di finanziamento da parte della banca erogatrice sulla base del calcolo della probabilità di insolvenza (*Probabilità of Default*, PD, art. 4, n. 25) del cliente, che rappresenta la probabilità di inadempimento del *debitore* nell'arco di un anno.

Con metodo IRB avanzato la banca calcola non solo il rischio di insolvenza, ma anche ulteriori variabili quali la perdita in caso di insolvenza (*loss given default*, LGD), ovvero la percentuale del prestito che andrà persa in caso di inadempienza del debitore (perdita attesa), la durata del prestito (*maturity*, M)³⁶¹.

³⁵⁹ Cfr. Allegato VI, parte I, par. 1.1.

³⁶⁰ Cfr. Allegato VII, parte 4, par. 1.

³⁶¹ Cfr. art. 87 e allegato VII, parti II e IV.

Ai sensi degli artt. da 90 a 93 (e dell'allegato VIII) le banche possono servirsi delle tecniche di attenuazione del rischio, ossia quelle particolari tecniche atte a ridurre il rischio di credito associato alle esposizioni (art. 4, n. 30) e sono rappresentate da contratti accessori al credito ovvero da altri strumenti che determinano una riduzione del rischio di credito, riconosciuta in sede di calcolo dei requisiti patrimoniali. In particolare esse sono suddivise in due categorie: le garanzie di tipo reale³⁶² e le garanzie personali³⁶³.

Inoltre, sempre per quanto riguarda il rischio di credito è previsto la facoltà di ricorrere alle operazioni di cartolarizzazione, disciplinate dagli artt. da 94 a 101 e dall'allegato IX. Per operazioni di cartolarizzazione (art. 4, n. 36) “si intendono le operazioni che riguardano una o più attività per le quali si realizzi la segmentazione (*tranching*) del profilo di rischio di credito in due o più parti (*tranches*) che hanno differente grado di subordinazione nel sopportare le perdite sulle attività cartolarizzate. Rientrano in tale categoria: (i) la cartolarizzazione c.d. “tradizionale” (art. 4 n. 37), mediante la quale un soggetto cede un determinato portafoglio di attività a una società veicolo e quest'ultima finanzia l'acquisto tramite l'emissione di titoli (asset-backed securities, ABS); (ii) la cartolarizzazione c.d. “sintetica” (art. 4, n. 38), nella quale il trasferimento del rischio avviene senza la cessione delle attività, ma attraverso l'utilizzo, tipicamente, di contratti derivati su crediti. Rientrano nel novero delle cartolarizzazioni sintetiche le operazioni assistite da protezione del credito che realizzano forme di segmentazione del rischio (c.d. “*tranchet*”)³⁶⁴.

Sottocategoria del rischio di credito è il rischio di controparte per il calcolo del quale, l'allegato III prevede quattro metodi: il metodo del valore di mercato, il metodo dell'esposizione originaria, il metodo standardizzato e il metodo dei modelli interni.

I rischi operativi sono disciplinati dalla sezione IV del Titolo V. Anche per il calcolo del requisito patrimoniale connesso a tali rischi sono previsti tre metodi. Nel metodo di base (art. 103) il requisito patrimoniale equivale ad una percentuale di un indicatore rilevante calcolato in base ai parametri della prima parte dell'allegato X, applicando, cioè, “un unico

³⁶² Tali garanzie sono elencate nel par. 1.3 della parte I dell'allegato VIII.

³⁶³ Disciplinate al par. 2 della parte II dell'allegato VIII.

³⁶⁴ Banca d'Italia, Circolare n. 263 del 27.12.2006, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Titolo II, Capitolo II, Parte II, p. 60.

coefficiente regolamentare all'indicatore del volume di operatività aziendale, individuato nel margine di intermediazione³⁶⁵.

Il metodo standardizzato (art. 104) suddivide i coefficienti regolamentari distinti in base a otto linee di business³⁶⁶, elencate dall'allegato X, parte seconda, in cui è suddivisa l'attività aziendale. Nei metodi avanzati, art. 105, "l'ammontare del requisito è determinato attraverso modelli di calcolo basati su dati di perdita operativa ed altri elementi di valutazione raccolti ed elaborati dalla banca"³⁶⁷.

12. La concentrazione dei rischi: la disciplina dei grandi fidi.

La disciplina dei grandi fidi è disposta nella sezione V del Titolo V agli artt. 106 ss.

Le disposizioni in questione si inquadrano nell'ambito delle norme prudenziali che il legislatore comunitario ha voluto armonizzare nella misura essenziale e sufficiente al buon funzionamento del mercato interno bancario.

La disciplina dei grandi fidi mira ad evitare la concentrazione dei rischi bancari in capo ad un unico cliente o a un gruppo di clienti e, quindi, a contenere il rischio di instabilità della banca³⁶⁸. Le norme in questione rapportano le misure degli affidamenti concessi ai clienti al patrimonio del concedente, stabilendo delle soglie massime oltre le quali la banca non può più erogare crediti al medesimo cliente o gruppo di clienti, favorendo una gestione sana e prudente dell'ente mediante un oculato frazionamento dei rischi. Un livello troppo alto di concentrazione produce, infatti, conseguenze distorsive sia per la gestione che per la stabilità della banca³⁶⁹.

³⁶⁵ Banca d'Italia, Circolare n. 263, cit., Titolo I, Capitolo I, p. 6.

³⁶⁶ Le linee di business sono: servizi finanziari per l'impresa, negoziazioni e vendite, intermediazione al dettaglio, servizi bancari a carattere commerciale, servizi bancari al dettaglio, pagamenti e regolamenti, gestioni fiduciarie e gestioni patrimoniali.

³⁶⁷ Banca d'Italia, Circolare n. 263, cit., Titolo I, Capitolo I, p. 6.

³⁶⁸ Il criterio adottato dalla disciplina dei grandi fidi per il calcolo degli stessi è quella del rischio massimo di perdita di un debitore individuale, l'ottica del caso peggiore. Cfr. GODANO, *Capitolo XII, Le banche*, cit., p. 434.

³⁶⁹ "... un'elevata concentrazione dei rischi può indurre la banca ad alterare il perseguimento di un'efficiente politica di allocazione del credito alla clientela. Proprio l'elevata esposizione verso un determinato cliente o gruppo di clienti collegati, incrementando il rischio di perdite in caso di deterioramento di detti rapporti, può, infatti, indurre l'intermediario a continuare a sovvenire tali clienti, anche laddove si eroda il loro merito creditizio. Ciò allo scopo di evitarne o, in ogni caso, di ritardarne la crisi". Così, TROIANO, *Disciplina dei grandi fidi*, in ALPA CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, cit., p. 285-296, p. 287.

Ai sensi dell'art. 106, per fidi si intende qualsiasi voce dell'attivo e qualsiasi voce fuori bilancio di cui agli artt. da 78 a 83, senza i fattori di ponderazione del rischio o le categorie di rischio ivi contemplate. Mentre è definito grande fido quell'affidamento di un ente creditizio verso il cliente o gruppo di clienti collegati di valore pari o superiore al 10% dei fondi propri³⁷⁰.

Merita un breve cenno l'art. 107 il quale definisce una nozione di ente creditizio diversa da quella offerta dall'art. 1, n. 1 della direttiva. Ai fini dell'applicazione delle norme in materia di grandi fidi “per enti creditizi si intendono: a) gli enti creditizi, comprese le loro succursali in Paesi terzi; b) tutte le imprese private o pubbliche, comprese le loro succursali, che rispondono alla definizione di ente creditizio e sono state autorizzate in un Paese terzo”. La formulazione di tale articolo è nuova rispetto alla direttiva 2000/12 la quale indicava quali destinatari delle norme in questione, gli enti creditizi secondo la generale nozione fornita dall'art. 1, n. 1 della stessa. Tuttavia a seguito della modifica accorsa alla definizione in questione introdotta con la direttiva 2000/28³⁷¹ si erano creati problemi interpretativi³⁷². Infatti, la nuova definizione include anche gli istituti di moneta elettronica, ai quali, tuttavia, per espressa previsione della direttiva 2000/46, non si applicano le norme in materia di grandi fidi. L'art. 107 pone fine a qualsiasi dubbio, introducendo la nozione ristretta appena vista valevole solo in materia di grandi fidi (e di partecipazioni qualificate).

L'art. 4, n. 45 fornisce una doppia definizione di “gruppo di clienti collegati”³⁷³. La prima, di tipo giuridico, individua tali entità quando vi sono “due o più persone fisiche o giuridiche le quali, salvo diversamente dimostrato, costituiscono un insieme sotto il profilo del rischio, in quanto una di esse ha direttamente o indirettamente un potere di controllo sull'altra o sulle altre”. La seconda definizione si fonda, invece su un collegamento di tipo economico e delinea il gruppo come “due o più persone fisiche o giuridiche tra le quali non vi sono legami in termini di controllo ai sensi della lettera a), ma che sotto il profilo del rischio

³⁷⁰ La disciplina intende riferirsi non solo alle operazioni creditizie mediante le quali la banca assicura alla propria clientela sostegno finanziario, ma anche i rischi assunti ad altro titolo, rientrando in questa accezione anche le partecipazioni al capitale. TROIANO, *Disciplina dei grandi fidi*, cit., p. 288.

³⁷¹ Dir. 2000/28/CE, che modifica la direttiva 2000/12/CE relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio, in GUCE L 275 del 27.10.2000, p. 37-38.

³⁷² Per le discussioni in materia cfr. TROIANO, *Disciplina dei grandi fidi*, cit., p. 287 s.

³⁷³ Non è data la definizione di cliente individuale, che tuttavia risulta essere il soggetto passivo dell'affidamento, a prescindere dalla qualificazione del medesimo come professionale o non professionale.

devono essere considerate un insieme in quanto esistono tra di loro legami tali che con tutta probabilità, se una di esse si trova in difficoltà finanziarie, l'altra o tutte le altre potrebbero incontrare difficoltà di rimborso”.

La disciplina in questione impone in primo luogo, pur senza provvedere ad armonizzarli, degli obblighi di organizzazione degli enti creditizi. Ai sensi dell'art. 109 le autorità competenti sono tenute ad assicurarsi che ogni ente creditizio abbia “sane procedure amministrative e contabili e adeguati meccanismi di controllo interno per l'individuazione e la contabilizzazione di tutti i grandi fidi e per le loro successive modifiche, nonché per la vigilanza su detti grandi fidi in relazione alla politica degli enti creditizi in materia di fidi”. Tuttavia, come detto, la direttiva lascia ampia discrezionalità agli Stati in merito al tipo e alla struttura dell'organizzazione medesima.

Al successivo articolo sono previsti degli obblighi di notifica. Infatti, ogni ente creditizio è tenuto a notificare alle autorità competenti i propri grandi fidi conformemente a una delle due modalità di comunicazione disciplinate dall'art. 110. Le banche sono, infatti, libere di comunicare i grandi fidi una volta all'anno, purché notifichino tutti i nuovi grandi fidi e tutti gli aumenti degli stessi che siano pari o superiori al 20% rispetto all'ultima comunicazione; oppure possono provvedere alla notifica dei grandi fidi almeno quattro volte all'anno. Tale norma è posta a garanzia della trasparenza delle operazioni bancarie sia nei confronti dell'autorità di vigilanza, sia nei confronti della banca stessa, che è costretta ad un continuo controllo dei propri grandi fidi.

L'art. 111 ne prevede i limiti individuali e complessivi, che sono tuttavia suscettibili di svariate deroghe ed esenzioni. Un ente creditizio non può concedere ad un singolo cliente o a un gruppo di clienti collegati fidi il cui valore superi il 25 % dei fondi propri dell'ente creditizio stesso, o il valore del 20 % nel caso in cui il cliente o il gruppo di clienti collegati sia l'impresa madre o la filiazione dell'ente creditizio oppure una o più filiazioni dell'impresa madre. L'articolo stesso prevede, tuttavia, che gli Stati membri possano superare il limite del 20% laddove prevedano un controllo speciale dei fidi in questione grazie ad altre misure o procedure e informino la Commissione e il Comitato bancario europeo del tenore di tali misure o procedure.

Il terzo comma dell'art. 111 stabilisce il limite complessivo dell'insieme dei grandi fidi, che cumulativamente non possono eccedere l'800 % dei fondi propri dell'ente creditizio stesso.

Posti i limiti appena illustrati, la direttiva stabilisce da un lato, che ciascuno Stato ha la facoltà di adottare limiti più restrittivi di quelli dettati dall'art. 111, dall'altro garantisce agli stessi un'ampia facoltà di derogare a tali imitazioni e di esentare certe categorie di enti dal loro rispetto. Il rigore della direttiva è così notevolmente limitato e viene meno anche lo scopo primo dell'armonizzazione, ossia l'uniformazione dei regimi statali. In virtù delle molte deroghe previste dagli artt. 113 ss. è, infatti, possibile riscontrare regole molto diverse tra gli Stati membri.

La prima deroga, già vista, è posta dal secondo paragrafo dell'art. 111, là dove permette agli Stati di superare il limite del 20% a patto che siano adottate procedure speciali. Tale disposizione è completata dal dettato dell'art. 113, par. 2 che prevede la possibilità di esentare dall'applicazione dei limiti di cui all'art. 111 i fidi concessi dall'ente creditizio alla sua impresa madre, alle altre filiazioni dell'impresa madre e alle proprie filiazioni, purché tali imprese siano comprese nella vigilanza su base consolidata cui è soggetto il medesimo ente creditizio.

L'art. 111, par. 4, prevede che, qualora i fidi concessi superino il limite previsto, le autorità competenti possano, in casi eccezionali, prevedere un termine entro il quale l'ente debba conformarsi ai limiti suddetti.

Ulteriori esenzioni sono previste dal terzo paragrafo dell'art. 113 alle lettere da a) a t).

L'art. 114, par. 1 prevede un regime alternativo alle esenzioni di cui all'art. 113 per il calcolo del valore dei fidi. Le autorità competenti, laddove gli enti creditizi si avvalgano del metodo integrale per il trattamento delle garanzie reali finanziarie disciplinato dagli artt. da 90 a 93 (tecniche di attenuazione del rischio di credito), in alternativa alle esenzioni di cui all'art. 113, par. 3, lett. f)³⁷⁴ g)³⁷⁵ h)³⁷⁶ e o)³⁷⁷, possono consentire alle banche di utilizzare un valore

³⁷⁴ “Voci dell'attivo ed altri fidi garantiti, secondo modalità ritenute soddisfacenti dalle autorità competenti, da garanzie reali su titoli di debito emessi dalle amministrazioni centrali o dalle banche centrali da organizzazioni internazionali, da banche multilaterali di sviluppo o dalle amministrazioni regionali o dalle autorità locali degli Stati membri, o da enti del settore pubblico, laddove tali titoli rappresentano crediti nei confronti dell'emittente ai quali si attribuirebbe un fattore di ponderazione del rischio dello 0 % ai sensi degli articoli da 78 a 83”.

³⁷⁵ “Voci dell'attivo ed altri fidi garantiti, secondo modalità ritenute soddisfacenti dalle autorità competenti, da garanzie reali su depositi in contante presso l'ente creditizio che concede il prestito o presso l'ente creditizio che è l'impresa madre o una filiazione di quest'ultimo”.

³⁷⁶ “Voci dell'attivo ed altri fidi garantiti, secondo modalità ritenute soddisfacenti dalle autorità competenti, da garanzie reali su valori mobiliari rappresentativi di depositi emessi dall'ente creditizio che concede il prestito, o

inferiore a quello del fido, purché non sia inferiore al totale delle esposizioni verso il cliente o il gruppo di clienti collegati, corretti integralmente.

Il secondo paragrafo dell'art. 114 dispone metodi di calcolo dei grandi fidi alternativi a quello disposto dall'art. 111. È disposto che un ente creditizio che, ex artt. da 84 a 89, utilizzi sistemi di rating interni, può essere autorizzato, se ritenuto capace di stimare gli effetti delle garanzie reali finanziarie sui suoi fidi separatamente da altri aspetti inerenti alle perdite in caso di inadempimento, a tenere conto di tali effetti nel calcolo del valore dei fidi ai fini dell'articolo 111, paragrafi da 1 a 3. In tali casi le autorità competenti sono tenute ad accertare l'adeguatezza delle stime prodotte dall'ente creditizio al fine di ridurre il valore dei fidi per conformarsi alle disposizioni dell'articolo 111. Nel caso in cui, invece, un ente creditizio, pur utilizzando sistemi di rating interni, non voglia calcolare il valore dei suoi fidi utilizzando il metodo appena esposto, può essere autorizzato a fare uso del metodo previsto dall'art. 114, par. 1, o, alternativamente, l'esenzione di cui all'articolo 113, paragrafo 3, lettera o).

Un'ulteriore disposizione che limita l'effetto dell'opera di armonizzazione della direttiva è data dalla facoltà, concessa ex art. 117 agli enti creditizi di considerare, nei casi in cui un fido sia garantito da un terzo o da una garanzia reale³⁷⁸ su valori emessi da un terzo secondo modalità ritenute soddisfacenti dalle autorità competenti (ai sensi dell'art. 113, par. 3, lett. o) di scegliere se considerare il fido come concesso al garante o al terzo che ha prestato garanzia reale oppure al cliente.

13. Partecipazioni qualificate al di fuori del campo finanziario.

Ultimo tra gli strumenti tecnici di vigilanza prudenziale è dato dal controllo delle partecipazioni fuori dal campo finanziario, disciplinato dagli artt. da 120 a 122 della direttiva. Tale normativa trova la propria *ratio* nella volontà di contenere i rischi connessi a

da un ente creditizio che sia l'impresa madre o una filiazione di quest'ultimo e depositati presso uno qualsiasi di questi enti".

³⁷⁷ "Fidi garantiti, secondo modalità ritenute soddisfacenti dalle autorità competenti, da garanzie reali su valori mobiliari diversi da quelli di cui alla lettera f)".

³⁷⁸ Ai sensi dell'art. 112, par. 1 "ai fini degli articoli da 113 a 117, il termine «garanzia» comprende i derivati su crediti riconosciuti ai sensi degli articoli da 90 a 93 diversi dalle *credit linked note*".

tali forme di investimento, disciplinando il rapporto tra dotazione patrimoniale dell'ente ed entità massima delle partecipazioni.

In primo luogo vengono in rilievo, ai fini di tali norme, solo le partecipazioni c.d. qualificate, che ai sensi dell'art. 4, n. 11 sono quelle detenute in un'impresa, direttamente o indirettamente, non inferiori al 10% del capitale sociale o dei diritti di voto, oppure che comportano la possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione dell'impresa.

La definizione appena enunciata è parecchio ampia. In primo luogo sono anche le partecipazioni indirette, possedute, cioè per mezzo di controllate, società fiduciarie o interposte persone. In secondo luogo, rientra nella definizione il potere di controllo dell'ente nei confronti della società non finanziaria, quando il primo possa esercitare un'influenza notevole sul secondo.

L'art. 120 disciplina i limiti individuali e complessivi delle partecipazioni qualificate "in un'impresa che non sia né un ente creditizio, né un ente finanziario, né un'impresa la cui attività costituisca il prolungamento diretto dell'attività bancaria o consista in servizi ausiliari della suddetta, quali il leasing, il factoring, la gestione dei fondi comuni d'investimento, la gestione di servizi informatici o attività analoghe". Ai sensi di tale articolo è fatto divieto agli enti creditizi³⁷⁹ di detenere, in ciascuna di tali imprese, una partecipazione qualificata d'importo superiore al 15% dei fondi propri mentre l'importo totale delle stesse non deve superare la soglia del 60% del patrimonio di vigilanza

Non vengono computate al calcolo delle partecipazioni qualificate, conformemente al dettato dell'art. 121 le azioni o quote detenute in via temporanea, sia a causa di un'operazione di sostegno finanziario per il risanamento o il salvataggio di un'impresa, sia a causa della sottoscrizione di un'emissione di titoli durante la normale durata di tale sottoscrizione. Non sono comprese nemmeno quelle azioni detenute in nome proprio, ma per conto terzi. Ugualmente escluse sono le azioni o quote non aventi il carattere d'immobilizzi finanziari ai sensi dell'articolo 35, paragrafo 2, della direttiva 86/635³⁸⁰. Tale

³⁷⁹ Destinatari della disciplina sono gli enti creditizi. Nonostante manchi un articolo di nuova formulazione che, come per la disciplina dei grandi fidi, delimiti la nozione di ente creditizio destinatario delle norme in materia di partecipazioni qualificate, anche in questo restano esclusi gli istituti di moneta elettronica, come previsto dall'art. 2 della dir. 2000/46. Cfr. TROIANO, *Partecipazioni qualificate al di fuori del campo finanziario*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, p. 305-311, p. 309.

³⁸⁰ Dir. 86/635/CEE relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, in GUCE L 372 del 31.12.1986, p. 1-17. L'art. 35, par. 2 dispone che "il termine "immobilizzazioni

disposizione mira ad escludere tutte quelle partecipazioni che non abbiano carattere di stabilità, e per la particolare finalità (salvataggio), e per il fatto che siano connesse all'esercizio dell'attività di emissione e collocamento dei titoli da parte dell'ente creditizio.

Il terzo paragrafo dell'art. 120, infine stabilisce che i limiti imposti dalla direttiva non possano essere superati se non in presenza di circostanze eccezionali. In questo caso è previsto che le autorità competenti esigano un aumento dei fondi propri dell'ente creditizio o l'adozione di altre misure di effetto equivalente.

A fronte della definizione di partecipazione qualificata in enti non finanziari, della disciplina dei loro limiti e della delimitazione dell'ambito di applicazione degli stessi, l'art. 122 introduce due precise deroghe.

In primo luogo è concessa la facoltà agli Stati di non applicare la disciplina appena illustrata "alle partecipazioni nelle imprese di assicurazione di cui alle direttive 73/239/CEE e 2002/83/CE o nelle imprese di riassicurazione di cui alla direttiva 98/78/CE". Tale deroga è giustificata alla luce delle crescenti interrelazioni tra settore creditizio ed assicurativo che hanno portato a coniare il termine "bancassicurazione"³⁸¹.

In secondo luogo gli Stati sono liberi di non applicare i limiti fissati all'articolo 120, paragrafi 1 e 2 laddove le eccedenze di partecipazione qualificata rispetto a detti limiti siano coperte al 100 % da fondi propri e che questi ultimi non rientrino nel calcolo richiesto dall'articolo 75. Se esistono eccedenze rispetto ai limiti fissati all'articolo 120, par. 1 e 2, l'importo da coprire con fondi propri è l'eccedenza di importo più elevato.

14. Vigilanza e comunicazioni da parte delle autorità competenti.

Abbiamo già analizzato taluni poteri di vigilanza delle autorità competenti analizzando i capi dedicati alle condizioni di accesso ed esercizio dell'attività bancaria, ove alle autorità competenti è attribuito un potere di verifica delle stesse e di concessione e revoca delle autorizzazioni. Poteri ispettivi e informativi sono previsti anche dalle successive norme disciplinanti i poteri di vigilanza delle autorità dello Stato d'origine e di quello ospite.

finanziarie" utilizzato nel quadro della sezione 7 della direttiva 78/660/CEE sta ad indicare, nel caso degli enti creditizi, le partecipazioni in imprese collegate ed i titoli destinati a servire in maniera durevole all'attività dell'impresa".

³⁸¹ TROLANO, *Partecipazioni qualificate al di fuori del campo finanziario*, cit., p. 310.

Il titolo V della direttiva, poi, come visto è completamente dedicato alle norme prudenziali e introduce i requisiti che le banche devono possedere individualmente o su base consolidata. Spetta agli Stati la scelta di applicare i requisiti patrimoniali su base individuale o consolidata, o di non applicare la base individuale.

La disposizione dell'art. 68 disciplina gli obblighi di carattere individuale, in base alla quale ciascun ente creditizio è tenuto a conformarsi ai doveri in materia di organizzazione aziendale (art. 22), di livello minimo dei fondi propri (art. 75) e di grandi fidi (sezione quinta), nonché, nel caso si tratti di un ente creditizio non incluso nel consolidamento ai sensi dell'art. 73 o altro ente che non sia una filiazione nello Stato membro in cui è autorizzato o in cui è soggetto a vigilanza, né un'impresa madre, alle norme in materia di partecipazioni qualificate. Inoltre, ai sensi del terzo paragrafo gli enti creditizi che non siano né un'impresa madre, né una filiazione, nonché quelli non inclusi nel consolidamento ai sensi dell'art. 73 si devono conformare su base individuale agli obblighi in materia di informativa (capo quinto).

Le disposizioni successive, tuttavia, introducono una serie di eccezioni permettendo alle filiazioni e alle case madri di sottrarsi all'applicazione dei requisiti di cui all'art. 68 a patto che le stesse siano inserite nella vigilanza su base consolidata (art. 69). Ai sensi dell'art. 70, invece le autorità competenti possono autorizzare caso per caso gli enti creditizi imprese madri a includere nel calcolo dei requisiti individuali ai sensi dell'articolo 68, par. 1, le filiazioni che soddisfino le condizioni previste dall'art. 69, par. 1, lett. c)³⁸² e d)³⁸³ e le cui esposizioni o passività rilevanti siano detenute nei confronti di detto ente creditizio impresa madre.

L'impianto prudenziale disegnato dalla direttiva risulta essere, come già detto, maggiormente orientato verso l'opzione della vigilanza consolidata, il cui scopo è quello di "tutelare gli interessi dei clienti degli enti creditizi e di assicurare la stabilità del sistema finanziario"³⁸⁴.

³⁸² "Le procedure di valutazione, misurazione e controllo del rischio dell'impresa madre coprono anche la filiazione".

³⁸³ "L'impresa madre detiene più del 50 % dei diritti di voto connessi con la detenzione di quote o azioni della filiazione e/o ha il diritto di nominare e revocare la maggioranza dei membri dell'organo di direzione della filiazione di cui all'articolo 11".

³⁸⁴ Cfr. il cinquantasettesimo considerando.

All'art. 73, par. 2 è disposto l'obbligo della sottoconsolidazione, ai sensi del quale è imposto agli enti creditizi che siano filiazioni di soddisfare su base subconsolidata i requisiti relativi al livello minimo dei fondi propri, alle partecipazioni qualificate fuori dal campo finanziario e ai grandi fidi, qualora tali enti creditizi, ovvero l'impresa madre, se si tratta di una società di partecipazione finanziaria, svolgano una attività internazionale, avendo come filiazione in un Paese terzo un ente creditizio o un ente finanziario o una società di gestione patrimoniale, oppure detenendovi una partecipazione.

La ripartizione delle competenze in materia di vigilanza consolidata e i poteri delle autorità competenti sono disciplinate dagli artt. da 124 a 143 della direttiva³⁸⁵, che attuano il c.d. secondo pilastro dell'Accordo di Basilea II, che ha introdotto una maggiore discrezionalità delle Banche centrali nel valutare l'adeguatezza patrimoniale degli istituti di credito in rapporto ai rischi assunti, attribuendo loro il potere di decidere, se necessario, di imporre una copertura superiore ai requisiti minimi.

In primo luogo, e diversamente dalla previgente disciplina, l'art. 124 stabilisce un potere di controllo delle autorità di vigilanza sui procedimenti interni di controllo messi in atto dagli enti creditizi conformemente alle norme prudenziali disposte dalla direttiva. Infatti, ai sensi dell'art. 123, ultima norma del Titolo V dedicato agli strumenti tecnici di vigilanza, è fatto obbligo a tutti gli enti creditizi di disporre “di strategie e processi validi, efficaci e completi per valutare e mantenere in permanenza l'importo, la composizione e la distribuzione del capitale interno che essi ritengono adeguati per coprire la natura e il livello dei rischi a cui sono o potrebbero essere esposti. Tali strategie e processi sono oggetto di periodiche revisioni interne al fine di assicurare che essi rimangano completi e proporzionati alla natura, all'ampiezza e alla complessità delle attività dell'ente creditizio di cui trattasi”. Ai sensi dell'art. 124, sulla base dei criteri tecnici stabiliti nell'allegato XI, le autorità di vigilanza riesamano i risultati e i meccanismi di controllo interno degli enti creditizi al fine di valutare se siano in grado di assicurare una gestione ed una copertura adeguata dei loro rischi.

³⁸⁵ La normativa in materia di vigilanza consolidata deriva dalle regole stabilite a livello internazionale dal Comitato di Basilea. La prima direttiva, 83/350/CEE, relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi (in GUCE L 193 del 18.7.1983, p. 18-20) venne emanata in attuazione del Concordato di Basilea del 1983 (cfr. capitolo I), in seguito al fallimento del Banco ambrosiano. Tale direttiva venne abrogata dalla dir. 92/30/CEE, cit., che recepiva le nuove regole emanate dal Comitato successive al fallimento della *Bank of Credit and Commerce International*, BCCI e che fu successivamente incorporata nella dir. 2000/12, artt. 52-56. L'attuale disciplina deriva dall'attuazione dei principi contenuti nell'Accordo di Basilea II.

La disciplina dei poteri di vigilanza delle autorità degli Stati membri è improntata sul principio di proporzionalità. La frequenza e l'intensità del riesame e della valutazione vengono fatte dipendere, infatti, dalle dimensioni, dall'importanza sistemica, dalla natura, dall'ampiezza e dalla complessità delle attività dell'ente creditizio.

L'ambito di applicazione delle norme in materia di vigilanza consolidata è piuttosto ampio. Infatti, ai fini di un effettivo esercizio delle stesse è necessario che esse si applichino a tutti i gruppi bancari, ivi compresi quei gruppi la cui impresa madre non sia un ente creditizio. Destinatari della direttiva sono, quindi, gli enti creditizi, compresi gli istituti di moneta elettronica, sebbene la disciplina stabilita dalla direttiva 2000/46 sia in parte derogatoria delle norme previste dal capo quarto della direttiva 2006/48³⁸⁶. Ciò implica che sono soggetti alle norme in questione anche quei gruppi finanziari in cui sia presente almeno un istituto di moneta elettronica, a prescindere dall'assenza di enti creditizi in senso tradizionale. Inoltre, le norme in materia di vigilanza consolidata trovano applicazione anche nel caso in cui la casa madre sia una società di partecipazione finanziaria, che controlli almeno un ente creditizio³⁸⁷, (art. 127). Inoltre, sono incluse nel consolidamento anche le altre imprese che facciano parte del gruppo sottoposto a vigilanza consolidata: gli enti finanziari (art. 128 ss.) e le imprese di servizi bancari ausiliari (art. 134, par. 2). Inoltre, le norme in questione si applicano, seppure parzialmente, anche alle società di partecipazione mista³⁸⁸ (art. 137).

Tuttavia, le autorità competenti o gli Stati membri possono, in specifici casi elencati dall'art. 73 escludere dal consolidamento un ente creditizio, un ente finanziario o un'impresa di servizi ausiliari, che sia una filiazione o in cui sia detenuta una partecipazione. Tale facoltà si concretizza laddove l'impresa interessata sia situata in un Paese terzo ove esistano ostacoli di natura giuridica al trasferimento delle informazioni necessarie. La seconda ipotesi di esclusione si verifica quando l'impresa interessata presenti un interesse trascurabile rispetto allo scopo della sorveglianza degli enti creditizi e, in ogni caso, se il totale del bilancio dell'impresa interessata è inferiore a 10 milioni di Euro, o dell'1 % del totale del bilancio

³⁸⁶ BRESCIA MORRA, *Vigilanza su base consolidata*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, cit., p. 313-334, p. 319 s.

³⁸⁷ L'ampliamento dell'ambito di applicazione delle norme sulla vigilanza consolidata alle società di partecipazione finanziaria deriva dalla dir. 92/30/CEE, cit.

³⁸⁸ Ad esse si applicano essenzialmente gli obblighi di informativa.

dell'impresa madre o dell'impresa che detiene la partecipazione. Tuttavia, sono nondimeno incluse nel consolidamento quelle imprese che, pur soddisfacendo tali criteri, presentino globalmente un interesse non trascurabile rispetto allo scopo specificato. Infine, sono esclusi quegli enti il cui consolidamento della situazione finanziaria sarebbe inopportuno o fuorviante sotto il profilo degli obiettivi della vigilanza degli enti creditizi.

La ripartizione delle competenze tra le varie autorità è effettuata sulla base dei criteri elencati dagli artt. 125 ss. Nel caso in cui l'impresa madre sia un ente creditizio la vigilanza su base consolidata è esercitata dalle autorità competenti che le hanno rilasciato l'autorizzazione (art. 125, par. 1), mentre laddove l'impresa madre di un ente creditizio sia una società di partecipazione finanziaria la vigilanza su base consolidata è esercitata dalle autorità competenti che hanno rilasciato l'autorizzazione all'ente creditizio.

L'art. 126 si preoccupa di definire e coordinare le competenze nel caso in cui vi siano enti creditizi autorizzati in più di uno Stato membro che abbiano come impresa madre la medesima società di partecipazione finanziaria. In tale caso la vigilanza su base consolidata è esercitata dalle autorità competenti dell'ente creditizio autorizzato nello Stato membro ove è stata costituita la società di partecipazione finanziaria. Tuttavia se le imprese madri di enti creditizi autorizzati in più di uno Stato membro comprendono più società di partecipazione finanziaria con sede in diversi Stati membri e vi è un ente creditizio in ciascuno di tali Stati, la vigilanza su base consolidata è esercitata dalle autorità competenti dell'ente creditizio con il totale di bilancio più elevato (art. 126, par. 1).

Nel caso in cui più enti creditizi abbiano come impresa madre la stessa società di partecipazione finanziaria, ma nessuno di loro sia stato autorizzato nello Stato membro nel quale è stata costituita la società di partecipazione finanziaria, la vigilanza su base consolidata è esercitata dalle autorità competenti che hanno autorizzato l'ente creditizio con il totale di bilancio più elevato, il quale è considerato come l'ente creditizio controllato da una società di partecipazione finanziaria madre (art. 126, par. 2).

In terzo luogo l'art. 126, par. 3, disciplina i casi particolari per i quali l'applicazione dei criteri appena menzionati risulti inappropriata. In tali ipotesi le autorità, di comune accordo possono derogare a tali criteri e nominare, a loro scelta, un'altra autorità.

Ultima norma in materia di ripartizione delle competenze è l'art. 138, il quale prevede che nel caso in cui l'impresa madre di uno o più enti creditizi sia una società di partecipazione

mista, le autorità competenti preposte alla vigilanza di detti enti creditizi esercitano una vigilanza generale sulle operazioni tra l'ente creditizio e la società di partecipazione mista e le sue filiazioni.

La direttiva dispone che le autorità dei vari Stati membri collaborino strettamente tra loro, si scambino le informazioni essenziali o rilevanti per l'esercizio delle rispettive funzioni (art. 132, par. 1) e si consultino prima di prendere decisioni di rilievo anche per altre autorità (art. 132, par. 2). È previsto, inoltre, che al fine di agevolare e di rendere efficace la vigilanza, le autorità possano concludere accordi scritti di coordinamento e cooperazione, con i quali assegnare compiti all'autorità competente incaricata della vigilanza e specificare le procedure. Tramite tali accordi è anche possibile delegare la propria competenza. Ulteriori obblighi informativi sono disciplinati dagli artt. 130 e 139, ai quali si rimanda.

Vengono specificati, altresì, gli obblighi e i compiti delle autorità di vigilanza, le quali sono tenute a coordinare la raccolta e la diffusione delle informazioni rilevanti o essenziali in situazioni normali e in situazioni di emergenza, a pianificare e coordinare, in collaborazione con le altre autorità, le attività di vigilanza in situazioni normali e in situazioni di emergenza (art. 129).

Il medesimo articolo, al secondo paragrafo disciplina la procedura che le autorità devono seguire al fine del rilascio dell'autorizzazione all'utilizzo dei metodi fondati sui rating interni per il calcolo dei requisiti patrimoniali a fronte del rischio di credito (art. 129, par. 2).

Sulla base dei criteri posti dagli artt. 133 e 134 le autorità competenti decidono se sottoporre il gruppo ad un consolidamento integrale oppure proporzionale o se il consolidamento non debba essere fatto. Normalmente è richiesto il consolidamento integrale degli enti creditizi e degli enti finanziari costituiti da filiazioni dell'impresa madre. Tuttavia, è possibile prescrivere il consolidamento proporzionale quando la responsabilità dell'impresa madre che detiene una quota di capitale, tenuto conto della responsabilità degli altri azionisti o soci e della soddisfacente solvibilità di questi ultimi, sia limitata a tale quota (art. 133, par. 1, comma 1), mentre è dovuto il consolidamento proporzionale “delle partecipazioni detenute in enti creditizi o enti finanziari diretti congiuntamente da un'impresa inclusa nel consolidamento e da una o più imprese non incluse nel consolidamento, qualora ne risulti una limitazione della responsabilità di dette imprese in funzione della quota di capitale da queste detenuta” (art. 133, par. 1, comma 2).

Inoltre, la direttiva prevede che in determinate circostanze siano le autorità di vigilanza a decidere se e in quale forma effettuare il consolidamento. In primo luogo tale facoltà è concessa in via generica tutte le volte che vi siano partecipazioni o altri legami in capitale diversi da quelli appena illustrati (art. 133, par. 3). In secondo luogo ciò è possibile nei casi espressamente previsti dall'art. 134, ossia laddove un ente creditizio eserciti un'influenza notevole su uno o più enti creditizi o enti finanziari, senza tuttavia detenere una partecipazione o altri legami finanziari in tali enti, o nel caso in cui due o più enti creditizi o enti finanziari siano posti sotto un'unica direzione, senza che questa sia necessariamente stabilita per contratto o clausole statutarie.

Nel caso in cui gli enti creditizi non soddisfino i requisiti prudenziali l'autorità di vigilanza deve tempestivamente adottare idonee misure. In particolare essa può obbligare gli enti creditizi a detenere fondi propri superiori al livello minimo fissato dall'articolo 75; chiedere il rafforzamento dei dispositivi, processi, meccanismi e strategie messi in atto per conformarsi agli articoli 22 e 123; esigere che gli enti creditizi applichino una politica di accantonamenti specifica o che riservino alle voci dell'attivo un trattamento specifico con riferimento ai requisiti patrimoniali; restringere o limitare le attività, le operazioni o la rete degli enti creditizi; chiedere la riduzione del rischio connesso alle attività, ai prodotti e ai sistemi di enti creditizi. Inoltre, laddove tali misure siano inefficaci, le autorità competenti possono imporre a quegli enti che non rispettano i requisiti posti dagli artt. 22, 109 e 123, o nei confronti dei quali è stata presa una decisione negativa circa gli elementi di cui all'articolo 124, par. 3, requisito patrimoniale specifico, superiore al livello minimo fissato dall'articolo 75 (art. 136). Inoltre, ai sensi dell'art. 142, le medesime autorità possono irrogare a carico delle società di partecipazione finanziarie e delle società di partecipazione miste, o dei loro dirigenti responsabili, che violino le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative adottate in applicazione degli artt. da 124 a 141 sanzioni o provvedimenti intesi a far cessare le infrazioni constatate o le loro cause.

Per espressa previsione dell'art. 140 che le autorità di vigilanza del settore assicurativo e mobiliare devono strettamente collaborare nei casi in cui vi siano collegamenti tra tali settori e quello creditizio.

Infine, l'art. 143 disciplina i compiti delle autorità di vigilanza nel caso in cui la casa madre di un ente creditizio abbia la propria sede in un Paese terzo. In primo luogo laddove tale

ente creditizio non sia sottoposto alle disposizioni di cui agli artt. 125 e 126, le autorità sono tenute a verificare se esso sia soggetto ad una vigilanza su base consolidata da parte di un'autorità competente di un Paese terzo equivalente a quella retta dai principi fissati dalla direttiva. In mancanza di una vigilanza equivalente, gli Stati membri applicano per analogia al predetto ente creditizio le disposizioni della direttiva 2006/48 o autorizzano le loro autorità competenti a far ricorso ad altre tecniche di vigilanza idonee a conseguire gli obiettivi di vigilanza su base consolidata sugli enti creditizi. In particolare, le autorità competenti possono disporre la creazione di una società di partecipazione finanziaria con sede principale nella Comunità e applicare le disposizioni relative alla vigilanza su base consolidata alla posizione consolidata di tale società di partecipazione finanziaria.

Ultimo compito posto a capo dalle autorità è disciplinato dalla sezione seconda del capo dedicato alla vigilanza. Le autorità sono infatti tenute a comunicare una serie di informazioni, al fine di consentire un raffronto significativo dei metodi adottati dalle autorità competenti dei vari Stati membri. Tali informazioni devono essere aggiornate regolarmente ed accessibili da un'unica ubicazione elettronica.

Le informazioni in questione, che devono essere pubblicate in un formato comune, regolarmente aggiornate e che devono essere accessibili da un'unica postazione elettronica, sono elencate dall'art. 144: i testi delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative e degli orientamenti generali adottati nel loro Stato membro in materia di regolamentazione prudenziale; le modalità di esercizio delle opzioni e facoltà previste dalla legislazione comunitaria; i criteri generali e le metodologie che utilizzano per il riesame e la valutazione di cui all'articolo 124; i dati statistici aggregati sugli aspetti principali dell'attuazione del quadro prudenziale in ciascuno Stato membro.

15. Informativa da parte degli enti creditizi.

Il terzo pilastro di Basilea II è stato attuato dal capo quinto della direttiva, dedicato agli obblighi di informativa da parte degli enti creditizi. Al fine di rafforzare la disciplina di

mercato, gli artt. 145 ss. introducono obblighi di pubblicazione annuali³⁸⁹ e di informazioni riguardanti l'adeguatezza patrimoniale, l'esposizione ai rischi e le caratteristiche generali dei sistemi preposti all'identificazione, alla misurazione e alla gestione di tali rischi.

Ai sensi dell'art. 145, par. 2, condizione necessaria per il riconoscimento da parte delle autorità competenti dei sistemi interni agli enti creditizi utilizzati per il calcolo dei requisiti patrimoniali a fronte dei rischi di credito ed operativo e di tecniche di attenuazione del rischio di credito, è la comunicazione da parte degli enti stessi delle informazioni riguardanti i propri requisiti di idoneità (disciplinati dall'allegato XII, parte terza) all'utilizzo di tali strumenti e metodologie.

È previsto inoltre che le banche formalizzino le strategie e le procedure volte ad assicurare il rispetto dei requisiti di informativa, dotandosi di politiche che permettano loro di valutare l'adeguatezza anche in termini di modalità e frequenza della diffusione delle informazioni. E' responsabilità delle banche assicurare la completezza, la correttezza e la veridicità delle informazioni pubblicate.

Infine l'art. 145, par. 4, stabilisce che gli enti creditizi siano tenuti, su richiesta, ad illustrare, anche per iscritto, le proprie decisioni di rating alle piccole e medie imprese e alle altre società che chiedano prestiti, correlando a tali servizi amministrativi prezzi proporzionali ed adeguati. Inoltre la medesima disposizione prevede che in caso di insufficienza od assenza di iniziative individuali, debbano intervenire i legislatori nazionali.

Tuttavia, le banche hanno la facoltà di omettere la pubblicazione di quelle informazioni che reputino non rilevanti³⁹⁰, o, in casi eccezionali, la pubblicazione di informazioni esclusive³⁹¹ o riservate³⁹², a condizione, però, che indichino le informazioni non pubblicate, le motivazioni dell'omissione e pubblichino informazioni di carattere più generale sul medesimo argomento.

³⁸⁹ Ai sensi dell'art. 147 le informazioni devono essere pubblicate almeno annualmente. Tuttavia gli enti creditizi possono decidere per una pubblicazione più frequente.

³⁹⁰ "Un'informazione è da considerarsi rilevante se la sua omissione o la sua errata indicazione può modificare o influenzare il giudizio o le decisioni degli utilizzatori che su di essa fanno affidamento per l'adozione di decisioni economiche". Cfr. Allegato XII, parte I, par. 1.

³⁹¹ "Sono considerate esclusive di un ente creditizio quelle informazioni che, se rese note al pubblico, intaccherebbero la sua posizione competitiva. Possono essere considerate tali le informazioni su prodotti o sistemi che, se rese note alla concorrenza, diminuirebbero il valore degli investimenti dell'ente creditizio". Cfr. Allegato XII, parte I, par. 2.

³⁹² "Le informazioni sono considerate riservate se vi sono obbligazioni nei confronti dei clienti o altre relazioni con la controparte che vincolano l'ente creditizio alla riservatezza". Cfr. Allegato XII, parte I, par. 3.

Ai sensi dell'art. 148 spetta agli enti creditizi la determinazione dei mezzi e delle sedi più appropriati per la diffusione delle informazioni e degli strumenti di verifica più adeguati per conformarsi effettivamente agli obblighi di informativa stabiliti all'articolo 145.

Infine, ai sensi dell'art. 149, le autorità competenti, così come abilitate dagli Stati membri, possono, comunque e sempre, esigere dagli enti creditizi, a prescindere dalle deroghe elencate dall'art. 146 e dalle norme degli artt. 147 e 148 che gli enti creditizi pubblichino una o più informazioni di cui all'allegato XII, parti 2 e 3 o che pubblichino le informazioni con frequenza maggiore di quella annuale, che fissino termini per la pubblicazione, che utilizzino per le comunicazioni mezzi e sedi specifici, diversi dai documenti di bilancio o che ricorrano a strumenti di verifica specifici per le informazioni che non sono sottoposte alla revisione legale.

16. Conclusione.

La direttiva che si è appena analizzata pone le basi per l'esercizio nel territorio comunitario dell'industria bancaria, introducendo una normativa che tiene in considerazione e contempera le caratteristiche tipiche della attività creditizia, la quale, pur essendo imprenditoriale, e come tale sottoposta alle regole della concorrenza e del mercato, "è soggetta ad un incisivo controllo dell'autorità pubblica, per ragioni riguardanti, oltre alla vigilanza bancaria, la politica monetaria, il sistema dei pagamenti, il meccanismo dei prestiti di ultima istanza"³⁹³.

Le norme comunitarie viste nei paragrafi che precedono sono il frutto di decenni di armonizzazione, culminati nella codificazione del 2006, la quale pone in essere una armonizzazione "essenziale, necessaria, sufficiente" (settimo considerando) al fine di permettere la vigilanza del Paese d'origine e il reciproco riconoscimento delle autorizzazioni nazionali.

La direttiva in questione rientra, quindi, tra le direttive dettagliate e pone specifiche regole, realizzando un'uniformazione delle normative statali per il tramite della armonizzazione minima di standard tecnici e prudenziali e dell'applicazione del principio del mutuo

³⁹³ GODANO, *Le banche*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto private dell'Unione europea*, (ed. 2006), p. 376.

riconoscimento. Essa consente agli Stati, non di derogare alle sue disposizioni, ma di introdurne di più severe, discostandosi, quindi, dal suo dettato, sempre che tali norme nazionali siano giustificate dalla necessità di tutelare l'interesse generale statale.

La regolamentazione appena analizzata, per altro, realizza un'armonizzazione di tipo parziale, in quanto riconosce agli Stati la possibilità di regolare spazi residuali che coinvolgono tutti gli operatori, nazionali, comunitari o extracomunitari. Per esempio, la normativa non si applica ad una lunga lista di istituti elencati dall'art. 2 della medesima. Inoltre, è lasciata alla discrezionalità nazionale la facoltà di disciplinare i contratti, i prodotti e le regole che perseguono l'interesse generale³⁹⁴.

La direttiva 2006/48 integra anche un'ipotesi di armonizzazione alternativa, poiché gli Stati sono liberi di disciplinare ed ammettere l'esercizio di tutte o di solo alcune delle attività elencate dal primo allegato della direttiva.

La disciplina delle partecipazioni qualificate di cui agli artt. 12 e 19-21, come riformata nel 2007, integra, invece, la fattispecie di armonizzazione massima.

Tali ultime norme ci permettono di trarre un'ulteriore conclusione. Le tecniche dell'armonizzazione minima e del mutuo riconoscimento hanno permesso la creazione di un passaporto europeo per le banche comunitarie, aprendo le frontiere alla creazione di un mercato unico bancario. Esse si sono rivelate dei mezzi più che efficaci, in quanto hanno permesso l'abbattimento di numerosi ostacoli allo stabilimento di succursali e alla prestazione transfrontaliera di servizi bancari. La direttiva in questione pone in essere delle regole minime che debbono essere rispettate dagli Stati, ma permette ai medesimi, in fase di attuazione, di discostarsene al fine di adeguare le norme alla particolare situazione nazionale, alle esigenze peculiari di tutela dell'interesse generale di un determinato territorio. Essa, in buona sostanza, enuncia dei principi, degli standard minimi. Tipico esempio è dato dalle disposizioni in merito allo scambio di informazioni tra autorità di vigilanza. L'art. 42 predispone, infatti, solo regole minime che necessitano di essere integrate per il tramite della negoziazione bilaterale tra le autorità medesime. Spetta, quindi, alla contrattazione la predisposizione di regole al dettaglio e la risoluzione dei problemi posti nella prassi.

³⁹⁴ ALPA, *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela dei consumatori*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, cit., p. 11-26, p. 14 s.

Tuttavia, se per taluni aspetti gli standard sono stati sufficienti, per altri si sono rivelati fallimentari. La predisposizione di principi minimi in materia di partecipazioni qualificate ha permesso agli Stati di attuare nel dettaglio la direttiva con il risultato di produrre l'effetto esattamente inverso a quello voluto. In tal modo, Paesi come l'Italia hanno potuto adottare norme che rendevano estremamente difficili l'acquisizione di partecipazioni bancarie da parte di enti creditizi stranieri. Solo con l'adozione della direttiva 2007/44 sono state codificate delle vere e proprie *rules*, che irrigidendo i criteri, parametri, tempi e modi della valutazione hanno uniformato le procedure, aumentando la trasparenza delle legislazioni nazionali e determinando maggiore certezza del diritto.

CAPITOLO TERZO.

NORME BANCARIE A TUTELA DEI CONSUMATORI.

1. Introduzione. 2. Il credito al consumo. 3. La direttiva 87/102. Ambito di applicazione: un'ipotesi di armonizzazione parziale. 4. La disciplina generale. 5. La nuova proposta di riforma della direttiva. 6. Contenuti della proposta. 7. La commercializzazione a distanza dei servizi finanziari. 8. Il quadro giuridico di riferimento, in particolare il rapporto con la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico. 9. L'ambito di applicazione oggettivo. 10. L'ambito di applicazione soggettivo. 11. Il diritto all'informazione. Un esempio di armonizzazione minima. 11.1 (*Segue*) I contratti conclusi mediante telefonia vocale. 12. Il diritto di recesso. 12.1 (*Segue*) L'armonizzazione parziale del diritto di recesso: le deroghe. 12.2 (*Segue*) Pagamento del servizio fornito prima del recesso. 13. Le carte di pagamento. 14. Servizi e comunicazioni non richieste. 15. Sanzioni e onere della prova. 16. Il diritto di ricorso giurisdizionale, amministrativo e extragiudiziale. 16.1 (*Segue*) I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e la rete FIN-NET, *ceppi*. 17. Conclusioni. Tutela dei consumatori: armonizzazione solo tendenzialmente massima.

1. Introduzione.

Il principale strumento di integrazione del mercato bancario è sicuramente stato l'introduzione del passaporto unico e, quindi, l'effettiva attuazione della libertà di stabilimento e di prestazione transfrontaliera dei servizi, a partire dal quale gli enti creditizi possono prestare servizi nel territorio di altri Stati membri, rimanendo almeno in linea di principio sottoposti al controllo del Paese d'origine. In sostanza, grazie al *single passport*, sono state superate le barriere prudenziali all'integrazione del mercato unico dei servizi bancari al dettaglio.

Nonostante l'operatività del mutuo riconoscimento, la strada dell'integrazione del mercato dei servizi bancari al dettaglio è ancora lunga. Attualmente, infatti, la prestazione transfrontaliera dei servizi al dettaglio è un fenomeno marginale, anche se potenzialmente passibile di ulteriori sviluppi. Rimangono, infatti, numerosi ostacoli di tipo sostanziale³⁹⁵, dovuti principalmente alle differenze normative tra Stato e Stato e, in particolare agli svariati

³⁹⁵ European Commission, *Retail financial services: overcoming remaining barriers*, 2000, p. 4 (MARKT/C/PT). Cfr. anche PACCES, *La disciplina europea dei servizi finanziari al dettaglio. Prospettive di armonizzazione e di concorrenza tra ordinamenti e tutela del consumatore*, Quaderno di Ricerca n. 47 dell'Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi, 2003, p. 5 e p. 67.

contenuti delle regole di commercializzazione dei prodotti (*Marketing Rules*)³⁹⁶ e delle norme imperative del diritto contrattuale (*Contract Law*).

Tra le norme contrattuali (o di commercializzazione dei prodotti) che costituiscono ostacolo all'integrazione del mercato dei servizi bancari al dettaglio vi sono anche le norme nazionali poste a tutela del consumatore, inteso quale persona fisica che agisca per fini estranei alla propria eventuale attività professionale o imprenditoriale. Infatti, in assenza di armonizzazione, ciascuno Stato protegge il consumo, sulla base delle proprie esigenze di interesse generale e quindi, secondo standard diversi. Tali differenze sono accentuate dal fatto che la regolamentazione contrattuale dei servizi finanziari deve essere coordinata con il diritto internazionale privato. Infatti, la libertà di scelta del diritto applicabile al contratto, sancita dall'art. 3 della Convenzione di Roma del 1980, in materia di diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali³⁹⁷, trova eccezione³⁹⁸ proprio nelle norme a tutela del consumatore. Ai sensi dell'art. 5 della medesima Convenzione, infatti, qualunque sia la scelta del diritto applicabile operata dalle parti, essa non può avere per effetto quello di "privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del Paese nel quale risiede abitualmente", a condizione che il consumatore sia stato sollecitato a contrarre in tale territorio. In tal modo gli interessi generali posti a fondamento del diverso grado di protezione del consumatore vengono in rilievo quali limiti alla libera prestazione dei servizi finanziari nel mercato unico europeo. D'altra parte anche la Corte di Giustizia ha avuto più volte l'occasione di riconoscere nell'esigenza di proteggere il consumatore, una giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi finanziari³⁹⁹. Di conseguenza "risiede nella salvaguardia della fiducia dei consumatori quale fonte di legittima invocazione dell'interesse generale da parte degli Stati membri il motivo ultimo della

³⁹⁶ "The term *Marketing Rules* is introduced to designate standard which, on the one hand, determine the pre-contractual behaviour of suppliers and, on the other hand, rules which govern the first stage of «contract-building». A prominent place among the former, i.e. among the pre-contractual rules, will be held by so-called «selling arrangements» (e.g. provision regulating advertising/canvassing or cold calling/inertia selling). The latter, i.e. the contract building arrangements will indicate the way which offers should be made and accepted (e.g. provision granting right of withdrawal). Cfr. European Commission, *Retail financial services*, cit., p. 4.

³⁹⁷ Disponibile sul sito [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126\(02\):IT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41998A0126(02):IT:HTML)

³⁹⁸ Ulteriori eccezioni alla libertà di scelta sono poste dall'art. 7 (disposizioni imperative) e dall'art. 16 in materia di norme di ordine pubblico.

³⁹⁹ Corte di Giustizia, sent. 4.12.1986, causa C-205/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1986, p. 3755 ss., par. 64; sent. 10.5.1995, causa C-384/93, *Alpine Investments BV c. Ministero delle Finanze olandese*, in *Racc.* 1995, p. I-1141 ss., par. 56.

frammentazione dei servizi finanziari al dettaglio, sia della sovrapposizione di disposizioni omogenee che impedisce, di fatto, tanto la prestazione transfrontaliera dei medesimi servizi, quanto la concorrenza tra gli ordinamenti in ordine alla relativa disciplina. Le prospettive di integrazione del mercato europeo dei servizi finanziari transitano, dunque, necessariamente attraverso un intervento normativo comunitario in materia di tutela del consumatore/investitore⁴⁰⁰.

A fronte di tali constatazioni la Comunità è intervenuta armonizzando, nell'ambito di taluni rapporti di diritto privato tra banca e cliente, alcune delle regole poste a tutela dei consumatori. Ciò è avvenuto, quanto ai rapporti di credito al consumo e di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, le cui disposizioni verranno analizzate nei paragrafi successivi⁴⁰¹.

Gli interventi comunitari in materia di armonizzazione delle norme contrattuali del credito al consumo si inseriscono nella più ampia azione posta in essere dalla Comunità e volta alla creazione di un contesto omogeneo in materia di tutela del consumatore e nell'ancor più generale sforzo di uniformazione del diritto contrattuale europeo.

La politica della tutela dei consumatori, disciplinata dal Titolo XI del TCE costituito dal solo art. 153, introdotto dal Trattato di Maastricht, è intesa quale essenziale mezzo di integrazione del mercato unico⁴⁰². Il primo richiamo al contenuto necessario della politica di tutela dei consumatori è disposto dall'art. 3, lett. t) del Trattato, che tra le azioni comunitarie volte alla realizzazione degli obiettivi indicati dall'art. 2, individua anche la contribuzione "al rafforzamento della protezione dei consumatori". In secondo luogo è proprio dalla lettura dell'art. 153 che si evince che la Comunità europea non è di per sé competente a disporre una tutela dei consumatori, ma lo è in quanto tali misure siano volte al ravvicinamento delle legislazioni nazionali nell'ottica dell'instaurazione e del funzionamento del mercato interno ai sensi dell'art. 95 TCE⁴⁰³. La Comunità "contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli

⁴⁰⁰ PACCES, *La disciplina europea*, cit., p. 41.

⁴⁰¹ La trattazione successiva analizza le misure adottate nel settore bancario in attuazione del secondo obiettivo strategico del PASF. Tuttavia non prenderà in considerazione le iniziative in materia di uniformazione del credito ipotecario, poiché ancora ad uno stato poco avanzato.

⁴⁰² ALPA, *New Perspectives in the Protection of Consumer: A General Overview and some Criticism on Financial Services*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 719-735, p. 727.

⁴⁰³ ROTT, *Consumer Guarantees in the Future Consumer Credit Directive: Mandatory Ban or Consumer Protection?*, in *European Review of Private Law*, 2005, p. 383-404, p. 385. Per un approfondimento sull'uso dell'art. 95 TCE per l'adozione delle direttive in materia di tutela del consumatore cfr. ROTT, *Minimum Harmonisation for the*

interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi". La promozione di tali interessi è perseguibile mediante due soli strumenti: in primo luogo con misure adottate a norma dell'art. 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno e in secondo luogo mediante azioni di sostegno, di integrazione e di controllo della politica svolta dagli Stati membri.

La politica di tutela dei consumatori è perseguita mediante l'emanazione di direttive o regolamenti disciplinanti determinati ambiti settoriali⁴⁰⁴. È da sottolineare come la recente e discussa iniziativa comunitaria volta ad uniformare i principi di diritto contrattuale europeo⁴⁰⁵ nasca proprio dall'esigenza di coordinare, colmare lacune e risolvere contraddizioni derivanti dal sovrapporsi delle normative comunitarie, emesse in specifici settori e incidenti sulle norme contrattuali al fine di introdurre una tutela della parte debole del rapporto. Infatti, in seguito agli interventi selettivi comunitari, rivolti alla riforma di specifici modelli negoziali, piuttosto che all'individuazione di specifiche tecniche di stipulazione o all'introduzione di regole applicabili esclusivamente nei rapporti tra determinati contraenti, si è posto il problema del coordinamento delle nuove discipline tra di loro e con quelle preesistenti non espressamente abrogate, nonché della risoluzione dei numerosi effetti distorsivi che la disorganicità di tali interventi ha portato con sé. Infatti, la mancanza di sistematicità tra le varie normative settoriali ha portato a problemi di vario genere: in primo luogo, difficoltà interpretative a fronte dell'utilizzo da parte delle norme

Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 1107-1135, p. 1107 ss.

⁴⁰⁴ Per esempio, dir. 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in GUCE L 372 del 31.12.1985, p. 31-33; dir. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso, in GUCE L 158 del 23.6.1990, p. 59-64; dir. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, in GUCE L 95 del 21.4.1993, p. 29-34; dir. 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili, in GUCE L 280 del 29.10.1994, p. 83-87; dir. 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in GUCE L 144 del 4.6.1997, p. 19-27. Per un elenco delle direttive incidenti sul diritto contrattuale cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo, COM(2001) 398. def., dell'11.07.2001.

⁴⁰⁵ L'iniziativa in questione è stata avanzata dal Parlamento europeo con due risoluzioni: ris. A2-157/89, in GUCE C 158 del 26.6.1989, p. 400 e ris. A3-0329/94, in GUCE C 205 del 25.7.1994, p. 518. Il Parlamento sottolineava l'essenzialità dell'armonizzazione di taluni settori del diritto privato per la completa integrazione del mercato interno. A tali risoluzioni ha fatto seguito la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul diritto contrattuale europeo, COM(2001) 398 def., cit. Cfr. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, (ed. 2006), cit., p. 713-748, p. 727 ss.

comunitarie di concetti, già presenti in molti ordinamenti, ma con connotazioni diverse, senza fornirne una definizione unitaria; secondariamente problemi di sovrapposizione, comportanti fenomeni di concorso apparente di norme; difficoltà si sono poste anche in relazione ai casi in cui un medesimo istituto (per es. il diritto di recesso) viene regolato diversamente a seconda del contratto al quale si applica (e quindi della direttiva che viene in gioco)⁴⁰⁶.

Ulteriori ed importanti effetti distorsivi discendono dall'adozione della tecnica di normazione basata sul principio di armonizzazione minima, laddove permette agli Stati membri di prevedere disposizioni diverse da quelle comunitarie. La ragione dell'adozione di tale metodo risiede nella difficoltà di trovare un accordo tra tutti gli Stati sul livello di protezione da accordare ai consumatori. Infatti, "the final text of a consumer law directive always represents a compromise between Member States, some of whom have more protective attitudes whereas others have less. Consequently, those who follow a more protective approach wish to reserve their legislative freedom to adopt or maintain a higher level of protection. In this respect, the inclusion of minimum harmonization clauses was needed to allow the EC legislature to secure the adoption of EC consumer law measures"⁴⁰⁷.

Tuttavia, recentemente, la prospettiva del cambiamento dell'approccio comunitario di armonizzazione minima in armonizzazione massima è stata presa in considerazione dal *Libro verde sulla tutela dei consumatori nella Comunità europea*⁴⁰⁸, dal suo seguito⁴⁰⁹, nonché dalla Comunicazione della Commissione che ha predisposto la strategia della politica dei consumatori per gli anni da 2002 a 2006⁴¹⁰.

L'attuazione di tale cambio prospettico si è per prima concretata proprio nel settore dei servizi finanziari secondo le previsioni del secondo obiettivo strategico del PASF, che, come noto, è volto alla realizzazione di mercati al dettaglio aperti e sicuri. Le direttive in materia di commercializzazione dei servizi finanziari a distanza, così come la correlata direttiva in

⁴⁰⁶ CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, (ed. 2006), cit., p. 749-818, p. 754 ss.

⁴⁰⁷ ROTT, *Minimum Harmonisation*, cit., p. 1108; cfr. anche PACCES, *La disciplina europea*, cit., p. 95 s.

⁴⁰⁸ COM(2001) 531 def., del 2.10.2001.

⁴⁰⁹ COM(2002) 289 def., del 11.6.2002.

⁴¹⁰ COM(2002) 288 def., del 7.5.2002.

materia di commercio elettronico, nonché la nuova proposta di direttiva del credito al consumo si ispirano proprio a tecniche di armonizzazione massima.

Non è questo l'ambito idoneo ad approfondire l'azione comunitaria in materia di uniformazione del diritto contrattuale europeo⁴¹¹, mentre si rende necessario, analizzare alcune delle iniziative adottate nel settore finanziario e volte alla realizzazione del secondo obiettivo strategico del PASF mediante l'introduzione di norme armonizzate a tutela del consumatore⁴¹².

2. Il credito al consumo.

Il primo tentativo di armonizzazione delle norme a tutela del consumatore nel settore di servizi bancari è stato effettuato mediante l'adozione della direttiva 87/102⁴¹³ (modificata dalle direttive 90/88⁴¹⁴ e 98/7⁴¹⁵) relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di credito al consumo. Tale direttiva persegue due finalità: in primo luogo l'integrazione del mercato finanziario, come si evince sia dal Libro Bianco del 1985 sul completamento del mercato interno, che ha incluso tale direttiva tra le misure da adottare entro il 1992 a completamento del mercato finanziario interno, sia dalla base

⁴¹¹ Per un quadro completo delle iniziative comunitarie in materia di armonizzazione del diritto contrattuale europeo cfr. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, cit., p. 713 ss.; CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, cit., p. 749 ss.; ALPA, *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di Codice civile europeo*, in *Economia e diritto del terziario*, 2004, p. 7-16; FERRANTE, *Brevi note a margine del "Piano d'azione" sul diritto contrattuale europeo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 677-698; GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 20-36; DI PRISCO, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione nella costruzione del diritto contrattuale europeo: a proposito del libro di Alessandra Bellesi*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, p. 483-490.

⁴¹² "La tutela del consumatore di servizi finanziari discende in realtà dal perseguimento di finalità di più ampio respiro rispetto alla mera protezione della parte debole del rapporto. Il fondamento della *regulation* finanziaria va, infatti, individuato nella salvaguardia dell'integrità del sistema finanziario, dal punto di vista della stabilità individuale e sistemica degli intermediari (regolamentazione prudenziale) e della trasparenza e correttezza del relativo *market behaviour*". Così PACCES, *La disciplina europea*, cit., p. 38.

⁴¹³ Dir. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in GUCE L 42 del 12.02.1987, p. 48-53. L'iter approvativo di questa direttiva è stato piuttosto lungo. L'*avant project* della Commissione risale al 1974, seguito dalla Proposta di direttiva del 1979, modificata nel 1984.

⁴¹⁴ Dir. 90/88/CEE che modifica la dir. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in GUCE. L 61 del 10.03.1990, p. 14-18.

⁴¹⁵ Dir. 98/7/CE che modifica la direttiva 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, in GUCE L 101 dell'1.4.1998, p. 17-23.

giuridica della direttiva (art. 100 vecchia numerazione, attuale art. 94)⁴¹⁶; in secondo luogo la direttiva persegue una finalità di matrice spiccatamente consumeristica⁴¹⁷, volta, cioè, ad armonizzare le regole in materia di accesso al finanziamento al fine di assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori⁴¹⁸, mediante la predisposizione di norme in materia di informazione precontrattuale, introducendo disposizioni atte a distribuire il rischio dell'operazione tra i soggetti che vi prendono parte e definendo le modalità e le dinamiche del rapporto stesso.

Con i termini credito al consumo si fa riferimento ad ogni forma di finanziamento o altra facilitazione di pagamento messa a disposizione del consumatore interessato ad acquistare un bene o un servizio destinati all'uso privato e che non disponga di sufficienti risorse, da parte di un soggetto professionale.

Tale finanziamento si presenta, normalmente, sotto due diverse forme: quella della dilazione del pagamento da parte del venditore o quella della concessione di credito da parte di un soggetto terzo. Nel primo caso è lo stesso fornitore a finanziare l'acquisto mediante la concessione di una dilazione di pagamento (vendita a rate) o mediante l'emissione, a favore dei propri clienti, di carte di credito bilaterali⁴¹⁹. Rientrano nella seconda categoria le fattispecie complesse in cui l'acquisto del bene al consumo avviene grazie all'intervento di un terzo soggetto. Accanto al modello tipico di credito al consumo, caratterizzato dalla concessione di un finanziamento finalizzato all'acquisto del bene, vi sono anche i c.d. prestiti personali, la cessione di un quinto dello stipendio quale metodo di rimborso di un credito precedentemente concesso, le carte di credito e anche l'apertura di credito in un conto corrente⁴²⁰.

⁴¹⁶ Cfr. anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Mengozzi, del 29.3.2007, sul caso *Rampion c. Franfinance SA e K par K SAS*, causa C-429/05, secondo cui "la direttiva 87/102 non persegue soltanto lo scopo di proteggere i consumatori che ottengono credito al consumo, ma anche e in primo luogo, quello di assicurare la realizzazione di un mercato comune del credito al consumo".

⁴¹⁷ Nella disciplina del credito al consumo, infatti, l'attenzione del legislatore comunitario si sposta dal creditore al debitore, a dispetto della tradizionale prospettiva di tutela del creditore per gli inadempimenti del debitore.

⁴¹⁸ UBERTAZZI, *Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni*, in UBERTAZZI (a cura di), *L'armonizzazione comunitaria dei diritti bancari nazionali*, Padova, 1989, p. 3-36, p. 9 s.

⁴¹⁹ Le carte di credito bilaterali costituirono la prima forma di carta di credito immessa sul mercato. Con tali carte è il fornitore stesso che concede credito alla propria clientela, risolvendosi in una forma di dilazione del pagamento.

⁴²⁰ Cfr. le Conclusioni dell'Avv. Gen. Mengozzi, cit., par. 52.

Il modello tipico di credito al consumo è caratterizzato dalla concessione da parte della banca (o società di intermediazione) di una somma di denaro equivalente al prezzo del bene e finalizzata all'acquisto dello stesso. In genere è il venditore che propone al consumatore di avvalersi di un finanziamento emesso da un istituto di credito convenzionato o da una società finanziaria (che è normalmente parte del gruppo societario a cui appartiene il venditore). Di norma, in questi casi, il finanziamento non passa dalle mani del consumatore, ma viene versato direttamente dall'istituto bancario al venditore al momento della consegna del bene, mentre il consumatore dovrà rimborsare a rate il prezzo, compresi spese ed interessi all'istituto finanziario. In queste ipotesi il creditore entra a far parte dell'operazione economica, assumendo un rilievo autonomo. L'operazione, considerata nel suo insieme come unitaria, vede l'intersecarsi di due contratti (quello di scambio e quello di credito, che sono interrelati o, secondo la definizione fornita dalla giurisprudenza italiana, funzionalmente collegati)⁴²¹, e la partecipazione di tre soggetti: il consumatore, che in tal modo riesce ad acquistare beni nonostante non abbia immediata disponibilità economica; il finanziatore o creditore, interessato a valorizzare il proprio capitale e a non assumere i rischi della vendita; il fornitore, il quale in tale modo incrementa i propri affari vendendo a credito, pur con la tranquillità che deriva dalla solvibilità del soggetto finanziatore (generalmente una banca o in intermediario finanziario)⁴²². In sostanza i due contratti perseguono la medesima finalità economica ossia la finalizzazione della somma concessa all'acquisto di un bene di consumo⁴²³, si tratta cioè di una “operazione funzionalmente

⁴²¹ Secondo la Corte di Cassazione italiana si verifica il collegamento ogniqualvolta che “le parti nell'esercizio della loro autonomia negoziale danno vita, contestualmente o no a diversi contratti, i quali, caratterizzandosi, ciascuno per la propria causa e conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti, vengono tuttavia concepiti e voluti come funzionalmente e teleologicamente collegati tra loro, cosicché le vicende dell'uno debbano necessariamente ripercuotersi su quelle dell'altro, condizionandone la validità e l'efficacia”. Così Cass. 15.2.1980, 1126, in *Massimario Giuridico Italiano*, 1980. Cfr. FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 1986, p. 256-275, p. 256 ss. Cfr. anche PACCES, *La disciplina europea*, cit., p. 60 ss.; CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, Torino, 2002, p. 56 ss.; ID, *Il credito al Consumo* in Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 1998, p. 29 ss.; FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1991, p. 591-649, p. 608 ss.

⁴²² FERRANDO, *Credito al consumo*, cit., p. 595.

⁴²³ ALPA, *Il credito al consumo e il sovraindebitamento*, in ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, p. 148. Spesso è lo stesso venditore, previo accordo con il finanziatore, a provvedere a fare richiesta del finanziamento contemporaneamente fornendo all'acquirente tutte le informazioni necessarie affinché esso possa giustamente rimborsare il prestito. In questi casi, è il fornitore a mantenere il contatto con il finanziatore, mentre il consumatore non ha alcun contatto diretto. NARDI, *Il credito al consumo*, in IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005, p. 444-463, p. 445.

caratterizzata dalla destinazione di un credito ad un determinato scopo, che nella specie, deve consistere nell'uso personale di un bene di consumo durevole o semi durevole quale, ad esempio, l'automobile l'elettrodomestico, ecc⁴²⁴. Il collegamento tra i due contratti comporta che il consumatore possa eccepire l'inadempimento del venditore al creditore e cessare quindi di versare le rate di rimborso del credito. Le legislazioni europee intervenute a disciplinare le fattispecie di credito al consumo prima della direttiva 87/102, e la direttiva stessa che a loro si è ispirata, hanno istituito, proprio al fine di tutelare il consumatore, una connessione tra contratto di vendita e di finanziamento⁴²⁵.

Diversa è l'ipotesi del prestito personale. In tali casi il prestito personale, caratterizzato dalla concessione del credito effettuata dalla banca direttamente al cliente-consumatore, il quale resta libero di utilizzare tale somma, come meglio crede. Manca in tali ipotesi la finalizzazione del prestito all'acquisto di un determinato bene. In questo caso la banca resta estranea al rapporto tra consumatore e venditore, non entrando in contatto con quest'ultimo⁴²⁶.

Anche l'utilizzo delle carte di credito trilaterali, emesse cioè da un istituto bancario, costituisce un'ipotesi di credito al consumo. Infatti, in questi casi si assiste alla partecipazione dell'emittente bancario che immediatamente paga il venditore, mentre concede un periodo di tempo perché il titolare della carta gli possa rimborsare il credito fatto⁴²⁷.

Il credito al consumo è un fenomeno giuridico (ed economico) relativamente recente. Nasce a partire dalla seconda metà del 1800 negli Stati Uniti nel settore dei beni al consumo

⁴²⁴ NARDI, *Il credito al consumo*, cit., p. 445. Per un'approfondita analisi del collegamento tra i contratti in questione cfr. anche CARRIERO, *Autonomia privata*, cit., p. 56 ss.; FERRANDO, *Credito al consumo*, cit., p. 605 ss.

⁴²⁵ Prima che la dir. 87/102 fosse attuata in Italia, mancando una disciplina del credito al consumo, il problema della tutela del consumatore in caso di inadempimento del venditore è stato risolto mediante la creazione giurisprudenziale dell'istituto del collegamento negoziale tra contratto di credito e contratto di compravendita, che si considerano quale parti di un contratto atipico trilaterale. Laddove, infatti, i due contratti in questione fossero considerati in maniera del tutto autonoma e distinta, il consumatore si vedrebbe costretto ad adempiere nei confronti del creditore, e quindi nei confronti della banca, nonostante l'inadempimento del venditore. Invece, considerando i due contratti collegati da un vincolo funzionale, i vizi dell'uno comporterebbero la caducazione anche dell'altro.

⁴²⁶ I contratti non possono quindi considerarsi funzionalmente collegati.

⁴²⁷ Cfr. NARDI, *Il credito al consumo*, cit., p. 451 e bibliografia ivi citata. RESTUCCIA, *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Milano, 1999, p. 11 ss.; FERRANDO, *Credito al consumo*, cit., p. 624 ss.

durevoli, sotto forma di vendita a rate con riserva di proprietà a favore del venditore⁴²⁸. Esso consisteva in una tecnica di finanziamento esercitata esclusivamente dai singoli rivenditori e che si è tramutata ben presto in uno strumento a totale vantaggio dei medesimi. I contratti stipulati contenevano, infatti, clausole vessatorie per i consumatori, i quali acquistavano la proprietà solo con l'ultimo pagamento rateale, mentre il mancato pagamento regolare anche di una sola rata comportava la decadenza degli acconti pagati. A partire dagli anni Venti del secolo scorso, con l'avvento del mercato dell'automobile, destinato a diventare nuovo bene di massa, si sono diffusi nuovi meccanismi di credito al consumo caratterizzati dalla presenza di un terzo soggetto finanziatore, la banca, la quale si assumeva il compito di fornire i capitali necessari per la conclusione della compravendita, a fronte dell'impossibilità da parte del venditore di far credito a tutti i possibili acquirenti. In sostanza, "senza un credito al consumo di massa, la stessa produzione di massa dell'automobile non sarebbe stata possibile"⁴²⁹. A partire dal periodo successivo alla seconda guerra mondiale sono comparsi i prestiti personali standardizzati rimborsabili a rate, che allontanandosi dall'originario modello del mutuo di scopo (prestito condizionato al finanziamento dell'acquisto di un determinato bene) si sono slegati dal contratto che andavano a finanziare, comportando uno svantaggio per il consumatore il quale si vedeva costretto al pagamento delle rate anche a fronte di un inadempimento del venditore⁴³⁰. Le legislazioni nazionali che intervennero a regolamentare il fenomeno ebbero quale obiettivo quello di riequilibrare la posizione di debolezza del consumatore nell'ambito del rapporto con venditore e creditore. Furono proprio le esperienze legislative nazionali⁴³¹, in

⁴²⁸ PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976, p. 18 ss. Il credito al consumo ha ereditato dalla vendita a rate "la funzione di consentire a chi fosse momentaneamente sprovvisto di liquidità di acquistare un determinato diritto dilazionandone nel tempo il pagamento. Rispetto ad essa, peraltro, si distingue per la dissociazione del soggetto finanziatore e quello che fornisce il bene e, comunque, ove si trattasse di credito al consumo sotto forma di dilazione del pagamento, per l'assenza di un precedente rapporto contrattuale tra i soggetti medesimi". Così NARDI, *Il credito al consumo*, cit., p. 445.

⁴²⁹ FERNANDO, *Credito al consumo*, cit., p. 602.

⁴³⁰ UBERTAZZI, *Credito bancario*, cit., p. 3 ss.; PIEPOLI, *Il credito al consumo*, cit. p. 27.

⁴³¹ La normativa comunitaria si è ispirata alle legislazioni già esistenti in Germania (*Verbraucherkreditgesetz*, del 1894), in Gran Bretagna (*Consumer Credit Act* del 1974) e Francia (*Loi Scrivener* del 1978 relativa "à l'information et à la protection des consommateurs dans la domaine de certaines opérations de crédit").

particolare quella tedesca, francese ed inglese ad ispirare la stesura dei contenuti della direttiva 87/102⁴³².

3. La direttiva 87/102. Ambito di applicazione: un'ipotesi di armonizzazione parziale.

Ai sensi dell'art. 1, lett. c) il contratto di credito al consumo è definito come “il contratto in base al quale il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra analoga facilitazione finanziaria”, intendendo per consumatore ogni persona fisica che agisca per scopi estranei alla sua attività professionale e per creditore, ogni persona fisica o giuridica che conceda un credito nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, ovvero un gruppo di tali persone⁴³³.

L'ambito di applicazione soggettivo della direttiva è delimitato dalla nozione di consumatore, il quale come visto, coincide con una persona fisica, essendo escluso, che lo stesso possa essere identificato con una persona giuridica⁴³⁴. Più problematica è l'individuazione del consumatore laddove una persona fisica rientri contemporaneamente nella categoria dei consumatori e dei professionisti (o imprenditori). In tal caso si ritiene che la direttiva trovi applicazione, salvo che vi siano sufficienti elementi per presumere che il contratto di credito sia concluso per scopi connessi all'attività professionale del soggetto. L'ambito di applicazione coincide, quindi, con la categoria soggettiva dei consumatori⁴³⁵.

L'ambito di applicazione oggettivo è delineato, da un lato, dalla già vista definizione del contratto di credito al consumo e dall'altro dalle esclusioni operate dall'art. 2, che

⁴³² In Italia non esisteva alcuna regolamentazione del credito al consumo, che è stata introdotta dalla legge 142/1992 e successivamente incorporata nel d.lgs 385/1993, meglio conosciuto come Testo unico bancario (TUB). Per approfondimenti si rimanda a FILOTTO, *Manuale del credito al consumo*, Milano, 2000; CARRIERO, *Autonomia privata*, cit., p. 1 ss. e p. 45 ss.

⁴³³ Ai sensi della legislazione italiana, art. 121 del TUB, l'esercizio del credito al consumo è riservato solo alle banche, agli intermediari finanziari ed ai soggetti autorizzati alla vendita di beni o servizi nel territorio italiano, ma solo nella forma della dilazione del pagamento (senza cioè poter chiedere né interessi né spese).

⁴³⁴ Per una critica della nozione di consumatore così definita cfr. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, p. 539-547, p. 540.

⁴³⁵ “In linea di principio lo scopo, il motivo dell'assunzione del credito al consumo non rileva né sul piano della causa né su quello dei motivi del contratto, se non nel senso che l'appartenenza di uno dei contraenti alla categoria dei consumatori giustifica secondo il legislatore (comunitario e nazionale) una disciplina speciale del contratto”. Così UBERTAZZI, *Credito bancario*, cit., p. 13.

espressamente esenta dall'applicazione delle norme della direttiva taluni contratti e cioè quelli destinati all'acquisto di diritti di proprietà su terreni o immobili, ovvero al restauro o al miglioramento di immobili, oppure i contratti di locazione, salvo che prevedano il finale passaggio del diritto di proprietà al locatario (come i contratti di leasing⁴³⁶), o ancora i contratti di credito che non prevedano remunerazione degli interessi. Sono, altresì, sottratti alla sfera di operatività della direttiva i contratti di credito stipulati sotto la forma della apertura di credito in conto corrente, diversi dai conti coperti da una carta di credito (ai quali tuttavia sono applicabili le disposizioni in tema di informazioni al consumatore, art. 6), nonché quei contratti che prevedano il rimborso del credito da parte del consumatore entro un termine breve, e infine quei contratti relativi ad importi particolarmente modesti⁴³⁷. La direttiva 87/102 realizza, quindi, un'armonizzazione solo parziale, in quanto, come si evince dalla lettera dell'art. 2 non disciplina l'intera materia del credito al consumo, la quale, in ampia parte è rimasta oggetto delle sole legislazioni nazionali. Addirittura, gli Stati membri, previa consultazione della Commissione, possono ampliare l'ambito di non applicazione della direttiva esentando anche quei tipi di credito che siano concessi a tassi effettivi globali inferiori a quelli prevalenti sul mercato o che non vengano generalmente offerti al pubblico. La normativa comunitaria, introducendo una disposizione opzionale, consente ai Paesi membri di restringere l'ambito di applicazione della stessa.

La direttiva formula una disciplina generale minima, applicabile in linea di principio ad ogni contratto di credito ed introduce tre discipline speciali che si affiancano alla prima. La prima di esse è prevista dal par. 3 dell'art. 2 là dove prevede che ai “crediti garantiti da ipoteca immobiliare” non si applichino le disposizioni degli artt. 1 bis e da 4 a 12. La seconda disciplina speciale è regolata dal successivo par. 4, il quale stabilisce che i “contratti di credito sotto forma di atto autentico firmato dinanzi ad un notaio o ad un giudice” possano,

⁴³⁶ Tuttavia, poiché nel leasing il trasferimento della proprietà è solo eventuale, la Cassazione italiana distingue tra leasing traslativo e leasing non traslativo, facendo rientrare solo il primo nell'ambito di applicazione della legislazione italiana di attuazione della direttiva 102/87. Cfr. NARDI, *Il credito al consumo*, cit., p. 448 s.

⁴³⁷ Restano esclusi anche i contratti di fideiussione conclusi a garanzia del rimborso di un credito quando né il fideiussore né il beneficiario del credito abbiano agito nell'ambito della loro attività professionale. Cfr. sent. 23.3.2000, *Kindl Berliner Kindl Brauerei AG contro Andreas Siepert*, causa C-208/98. Per un'analisi delle problematiche relative alla fideiussione cfr. ROTT, *Consumer Guarantees in the Future Consumer Credit Directive*, cit., p. 383 ss.

a discrezione degli Stati membri, essere esentati dall'applicazione degli artt. da 6 a 12. La terza disciplina speciale riguarda i contratti di apertura di credito in conto corrente, i quali pur essendo esclusi dall'applicazione delle norme generali disposte dalla direttiva debbono comunque conformarsi alle disposizioni dell'art. 6 in materia di informativa al consumatore. Tale articolo prevede, infatti, che nel caso in cui il credito sia concesso "sotto forma di anticipi su un conto corrente" (e quindi vi sia apertura di un credito) che non sia il conto di una carta di credito, il consumatore, al momento o prima della conclusione del contratto, debba essere informato anche per iscritto, circa l'eventuale massimale del credito, il tasso d'interesse annuo e le sue possibili modifiche, nonché circa le modalità di risoluzione del contratto.

Si può, quindi, concludere dicendo che "la direttiva predispone una disciplina del credito al consumo che è: minimale, in quanto contiene una normativa essenziale del fenomeno: prevalentemente privatistica, in quanto trascura di affrontare i problemi, oggi sempre più rilevanti di tipo macroeconomico, vale a dire di «governo» del «credito al consumo»; generale, in quanto tendenzialmente si applica ad ogni tipo di contratto di credito al consumo; differenziata, in quanto non tutta la disciplina si applica a tutti i tipi di credito al consumo»⁴³⁸.

4. La disciplina generale.

Ai sensi dell'art. 4 il contratto di credito deve essere concluso per iscritto e una copia dello stesso deve essere consegnata al consumatore. Il medesimo articolo si preoccupa anche di indicare il contenuto minimo del contratto, che deve necessariamente includere l'indicazione del tasso annuo effettivo globale (TAEG) espresso in percentuale⁴³⁹ e calcolato secondo il metodo previsto dall'art. 1 bis e dall'allegato II alla direttiva⁴⁴⁰, un'indicazione delle condizioni secondo cui lo stesso può essere modificato, un estratto

⁴³⁸ Così FERRANDO, *Credito al consumo*, cit., p. 647.

⁴³⁹ Laddove ciò non sia possibile al consumatore devono essere fornite adeguate informazioni nel documento scritto, che devono comprendere almeno le informazioni previste all'art. 6, par. 1, secondo trattino.

⁴⁴⁰ Il metodo di calcolo del TAEG è stato introdotto dalla dir. 90/88/CEE, con l'art. 1 bis, che ha abrogato l'art. 5 della dir. 87/102, il quale imponeva, in attesa dell'introduzione del metodo di calcolo del tasso annuo effettivo globale, agli Stati membri di prescrivere che al consumatore fosse almeno indicato il costo totale del credito. La disciplina del TAEG è stata successivamente integrata dalla dir. 98/7/CEE.

dell'importo, del numero e della periodicità o delle date dei versamenti, da effettuare per il rimborso del credito e degli interessi e spese, nonché, quando ciò è possibile l'importo totale di questi versamenti. Inoltre, deve essere, indicato l'estratto degli elementi di costo ex art. 1 bis, par. 2, nonché un elenco in cui si precisano tali condizioni. Nel caso in cui il creditore non sia in grado di comunicare l'importo esatto di tali elementi è tenuto, quanto meno a fornire un metodo di calcolo o la stima più realista possibile. Inoltre, il documento contrattuale deve comprendere gli altri elementi essenziali del contratto, quali quelli elencati a titolo esemplificativo dall'allegato I alla direttiva⁴⁴¹.

Ai sensi dell'art. 3, che richiama le disposizioni della direttiva 84/450⁴⁴² relativa alla pubblicità ingannevole qualsiasi pubblicità e, quindi, ogni comunicazione aziendale, esposta in un ufficio commerciale con la quale una persona fisica o giuridica si dichiara disponibile a concedere un credito o a farsi intermediaria per la conclusione di contratti di credito e che indichi il tasso di interesse o altri costi del credito, deve citare anche il TAEG anche mediante un esempio tipico se non sia possibile avvalersi di altre modalità. La disposizione in questione è piuttosto blanda, limitata e poco efficace, poiché gli oneri di informazione sono meramente eventuali e collegati alla circostanza che il documento informativo indichi il tasso d'interesse o i costi del credito. Solo in questo caso, quindi il soggetto finanziatore si vedrà costretto ad fornire le ulteriori informazioni. si tratta di una disposizione che prevede uno standard di tutela del consumatore decisamente minimale.

Agli artt. 8 ss. sono regolati i diritti del consumatore, il quale può sempre adempiere in via anticipata agli obblighi derivanti dal contratto, con conseguente equa riduzione del costo complessivo del credito. Nel caso in cui il creditore ceda il proprio credito ad un terzo, al consumatore è garantita la facoltà di far valere nei confronti di quest'ultimo tutte le eccezioni e le difese che poteva far valere nei confronti del creditore originario, compreso il diritto alla compensazione (sempre che questo sia ammesso nello Stato membro in questione) (art. 9).

⁴⁴¹ Tali norme rispondono all'esigenza di rendere informato il consumatore mediante la predisposizione di formulari contrattuali scritti.

⁴⁴² Dir. 84/450/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità ingannevole, in GUCE L 250 del 19.9.1984, p. 17-20, successivamente modificata dalla dir. 97/55/CEE, in GUCE L 290 del 23.10.1997, p. 18-23.

Inoltre, l'art. 10 prevede che gli Stati membri che permettano al consumatore di pagare o offrire garanzie mediante titoli cambiari debbano provvedere affinché lo stesso sia adeguatamente protetto nell'uso dei medesimi.

Ulteriore tutela è data dalla previsione di controlli ed autorizzazioni da esercitarsi da parte degli Stati membri nei confronti dei soggetti finanziatori (art. 12).

Disposizioni specifiche regolano l'eventualità di inadempimento del consumatore o del venditore. Nel primo caso, l'art. 7 dispone che gli Stati membri stabiliscano le condizioni alle quali il bene possa essere recuperato, soprattutto nei casi in cui il consumatore non abbia dato il proprio consenso. Inoltre, gli Stati sono tenuti a far sì che il recupero del bene non si tramuti in un ingiusto arricchimento del creditore.

L'inadempimento del venditore è disciplinato dall'art. 11, che affronta la delicata questione del collegamento funzionale tra il contratto di compravendita, da un lato, e di credito, dall'altro, apportando tuttavia una tutela minimale. È, infatti, previsto un obbligo degli Stati di provvedere "affinché l'esistenza di un contratto di credito non pregiudichi in alcun modo i diritti del consumatore nei confronti del fornitore di beni o di servizi acquisiti in base a tale contratto qualora i beni o servizi non siano forniti o non siano comunque conformi al contratto di fornitura".

È quindi lasciata agli Stati membri l'autonomia di prevedere con quali strumenti attuare tale tutela, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 10 in materia di obbligazioni cambiarie e dall'art. 14. Quest'ultimo impone agli Stati di provvedere affinché i contratti di credito non derogino alle disposizioni del diritto nazionale che danno esecuzione alle norme della direttiva a tutela del consumatore e affinché gli stessi adottino le misure necessarie per impedire che le norme di attuazione della direttiva possano essere eluse "mediante una speciale formulazione dei contratti e in particolare attraverso la distribuzione dell'importo del credito in più contratti". A tal proposito l'Avvocato Generale Paolo Mengozzi nelle sue conclusioni relative al caso *Rampion c. Franfinance SA e K par K SAS*⁴⁴³, ha avuto modo di

⁴⁴³ Conclusioni presentate il 29.3.07, causa C-429/05, cit. La sentenza della Corte è attesa per i prossimi mesi. Il caso ha ad oggetto l'analisi della normativa francese di attuazione degli artt. 11 e 14 della direttiva in questione e il contratto di finanziamento stipulato dai sig.ri Rampion con la Franfinance. Tale contratto, non menzionava, infatti, il bene il cui acquisto veniva finanziato, requisito previsto, invece, dalla legge francese per individuare il collegamento tra i contratti e quindi per rendere opponibili le eccezioni proprie del contratto di compravendita al creditore. Il medesimo contratto indicava, invece il venditore del bene in questione. A fronte dell'inesatto adempimento di questi, i sig.ri Rampion, procedevano a comunicare la propria volontà di

precisare che “la funzione dell’art. 14 della direttiva 87/102 è quella di obbligare gli Stati membri ad adottare misure contro comportamenti contrattuali dei singoli idonei a frustrare i risultati perseguiti dalla direttiva, misure cioè che, da un lato, conferiscano carattere imperativo alle norme interne che danno esecuzione o corrispondono alle altre disposizioni della direttiva (par. 1) e, dall’altro, garantiscano che tali norme non vengano eluse mediante accorgimenti fraudolenti in fase di redazione dei contratti (par. 2). Detto articolo è dunque volto a perseguire l’effettiva applicazione di quelle norme interne”⁴⁴⁴.

L’art. 11, par. 2, introduce, inoltre, una limitata forma di collegamento tra contratti, prevedendo che il consumatore possa agire nei confronti del creditore che sia terzo rispetto al fornitore (quindi la banca) a fronte dell’inadempimento del fornitore solo in presenza di determinate condizioni: quando, cioè, tra il creditore e il fornitore dei beni o dei servizi esista un precedente accordo in base al quale il credito sia finalizzato esclusivamente all’acquisto delle merci o dei servizi di tale fornitore, il consumatore abbia ottenuto il credito in conformità di tale accordo, abbia proceduto senza successo contro il fornitore e l’importo dell’inadempimento sia superiore a 200 ECU.

La direttiva, quindi, disegna una forma di responsabilità solo sussidiaria del creditore, che viene, cioè, in essere solo a fronte del insuccesso dell’azione giudiziaria esperita contro il creditore. Questa previsione è di minore impatto rispetto a quella che era stata prevista dal progetto di direttiva che intendeva introdurre un’ipotesi di responsabilità solidale tra i due soggetti. La soluzione in questione è stata adottata, invece, dalla normativa italiana⁴⁴⁵, che in modo più generoso di quanto effettuato dalla direttiva, prevede che il consumatore possa eccepire al creditore l’inadempimento del venditore già in seguito alla messa in mora di quest’ultimo.

recedere dal contratto di credito, trovando l’opposizione della società finanziaria. Alla Corte è lasciato il compito di valutare “se gli artt. 11 e 14 della direttiva 87/102 esigano che le norme nazionali sull’interdipendenza tra il contratto di credito e il contratto di fornitura di beni o servizi adottate in attuazione dello stesso art. 11 possano trovare applicazione anche in assenza della menzione nel contratto di credito del bene o servizio il cui acquisto è finanziato”. L’Avv. Gen. suggerisce al riguardo alla Corte di adottare la seguente soluzione secondo cui l’art. 11 della dir. 87/102 “esige che le norme nazionali sull’interdipendenza tra il contratto di credito e il contratto di fornitura di beni o servizi che danno esecuzione o corrispondono allo stesso articolo possano trovare applicazione anche in assenza della menzione nel contratto di credito dei beni o servizi il cui acquisto è finanziato”.

⁴⁴⁴ Conclusioni cit., par. 49.

⁴⁴⁵ Art. 125, comma 4 del TUB.

La maggiore tutela offerta al consumatore dalla legge di attuazione italiana (ma anche dalle altre legislazioni nazionali) della direttiva è resa possibile in primo luogo dalla formulazione dell'art. 11, il quale è strutturato in maniera tale da permettere agli Stati membri di stabilire una normativa di tutela appropriata alle caratteristiche di ciascun tipo di contratto di credito. “In effetti, in che cosa debba consistere tale tutela aggiuntiva del consumatore, ossia quale sia esattamente l'oggetto del *diritto di procedere contro il creditore* che deve essere riconosciuto al consumatore, l'art. 11, par. 2, non lo specifica. Tale specificazione è rimessa agli Stati membri, cui il secondo comma demanda di stabilire *entro quali limiti e a quali condizioni il diritto è esercitabile*”⁴⁴⁶. Diverse sono le forme di tutela che possono essere prospettate, quali per esempio la possibilità di eccepire al creditore l'eccezione di inadempimento del fornitore onde evitare o sospendere il rimborso del credito; la richiesta di riduzione o di risoluzione del contratto di credito e di restituzione dei rimborsi già effettuati; la richiesta di corretto adempimento del contratto di fornitura a spese del creditore; o, infine, la richiesta di risarcimento da parte del creditore dei danni derivanti dall'inadempimento del fornitore. Ciò che l'art. 11 richiede è che il diritto di “procedere contro il creditore” sia attribuito al consumatore *almeno* laddove sussistano le condizioni elencate dal par. 2 e quindi quando tra il creditore e il fornitore esista un precedente accordo in base al quale il credito è messo esclusivamente da quel creditore a disposizione dei clienti di quel fornitore per l'acquisto di merci o di servizi di tale fornitore ed il consumatore ottenga il credito in conformità a siffatto accordo. La norma in questione ha carattere minimale. Essa si limita a fissare il principio generale che ciascun Paese rimane libero di attuare come meglio crede, col risultato, contraddittorio rispetto ai fini della direttiva, di determinare una differenziazione radicale di regolamentazione da Paese a Paese.

La possibilità di discostarsi dal testo normativo, accordando al consumatore una maggiore tutela, deriva anche dalla espressa codificazione (art. 15) del principio dell'armonizzazione minima, secondo cui “la presente direttiva non impedisce agli Stati membri di mantenere o adottare disposizioni più rigorose a tutela dei consumatori, fermi restando gli obblighi previsti dal trattato”.

⁴⁴⁶ Conclusioni, cit., par. 66.

5. La nuova proposta di riforma della direttiva.

In seguito alla presentazione da parte della Commissione di due relazioni relative all'applicazione della direttiva 87/102⁴⁴⁷, dalle quali si evince che tra le legislazioni nazionali di attuazione della stessa sussistono significative differenze, è iniziato il processo che porterà alla riforma della materia del credito al consumo e all'abrogazione della direttiva attualmente in vigore. La direttiva in questione è stata oggetto di svariate proposte di modifica, una prima nel 2002⁴⁴⁸, seguita da una proposta modificata nel 2004⁴⁴⁹ e da una seconda proposta modificata nel 2005⁴⁵⁰.

L'esigenza di una riforma della disciplina del credito al consumo si è posta in relazione alla straordinaria evoluzione dello stesso negli ultimi decenni, che ha visto la comparsa, e la regolamentazione da parte dei legislatori nazionali, di nuove forme contrattuali finalizzate al finanziamento dei beni al consumo. Le normative nazionali di attuazione e le successive revisioni sono andate ben oltre la tutela minima offerta dalla direttiva, ritenuta dalle stesse insufficiente, e hanno codificato diversi standard nazionali di tutela dei consumatori. In sostanza la direttiva 87/102 e il suo fondamento di armonizzazione minima, che lascia ampio margine di manovra agli Stati espressamente autorizzati a prevedere disposizioni più rigorose (art. 15), si è rivelata inadeguata alla realtà contemporanea del mercato del credito e, anzi, ha costituito l'occasione per la creazione di nuovi ostacoli all'integrazione del mercato comune. Il diverso grado di tutela del consumatore da Stato a Stato ha infatti comportato distorsioni concorrenziali tra i finanziatori, impedendo ai consumatori di ottenere prestiti in altri Stati membri.

⁴⁴⁷ Cfr. la Relazione sull'applicazione della dir. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, COM(1995) 117 def., dell'11.5.1995 e la Proposta di dir. del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 87/102/CEE (modificata dalla dir. 90/88/CEE) relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, COM(1996) 79 def., del 12.4.1996.

⁴⁴⁸ Proposta di dir. del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori, COM(2002) 443 def., dell'11.9.2002.

⁴⁴⁹ Proposta modificata di dir. del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori, che abroga la direttiva 87/102/CEE e modifica la dir. 93/13/CE, COM(2004) 747 def., del 28.10.2004.

⁴⁵⁰ Proposta modificata di dir. del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori, che modifica la dir. 93/13/CE del Consiglio, COM(2005) 483 def., del 7.10.2005.

Come già accennato le norme a tutela del consumatore, se diverse, possono comportare un limite all'operatività della libera prestazione dei servizi finanziari del mercato comune europeo. Infatti, ai sensi dell'art. 5 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, è fatto divieto alle parti, a prescindere dalla legge applicabile al contratto scelta di comune accordo, di privare il consumatore della protezione ad esso accordata dalla propria legislazione nazionale.

Le proposte di modifica della direttiva, e in particolare l'ultima, oggetto della presente analisi, hanno tentato di risolvere il problema. A tal fine si propone di abbandonare l'armonizzazione minima, optando per la tecnica dell'armonizzazione massima⁴⁵¹, pur lasciando un certo margine di manovra agli Stati in alcune materie⁴⁵². Al fine di evitare la discrezionalità lasciata agli Stati possa far sorgere ulteriori barriere nel mercato unico del credito al consumo, la proposta introduce, per un numero limitato di questioni, lo strumento del riconoscimento reciproco, inducendo a ridurre gli oneri gravanti sulle imprese che offrono crediti al consumo in altri Stati membri. Per effetto dell'operatività del mutuo riconoscimento, il creditore che offre servizi in uno Stato membro ospite sarà tenuto a rispettare solo le norme del proprio Stato d'origine e non anche quelle dello Stato ospite. “Nel campo del diritto contrattuale ciò potrebbe condurre ad un risultato diverso da quello previsto dall'articolo 5 della Convenzione di Roma: nelle fattispecie da esso disciplinate tale articolo prevede, infatti, l'applicazione della legge del Paese in cui il consumatore risiede abitualmente; orbene, tale legge potrebbe avere l'effetto di limitare l'attività di un creditore proveniente da un altro Stato membro che preveda norme meno rigorose (o semplicemente diverse) rispetto a quelle del Paese in cui risiede il consumatore. Ove un caso del genere si verificasse riguardo a materie indicate nella clausola di riconoscimento reciproco, lo Stato membro ospitante deve assicurarsi che le sue norme non vengano applicate al contratto: continuerà ad applicarsi la legge scelta dalle parti o, in mancanza di scelta, la legge del Paese

⁴⁵¹ “La piena armonizzazione rimane il modo migliore di creare un vero mercato unico che permetta alle imprese di offrire credito al consumo in un altro Paese, garantendo nel contempo un livello adeguatamente elevato di tutela dei consumatori a prescindere dal luogo nell'UE in cui viene concluso il contratto”. COM(2005) 483 def., cit., p. 7. Cfr. anche il nono considerando della proposta di direttiva.

⁴⁵² “La proposta modificata precisa adesso che soltanto gli aspetti esplicitamente trattati nel testo sono pienamente armonizzati, mentre questioni come la responsabilità solidale rimangono disciplinate dalle normative nazionali. In alcuni casi, la proposta lascia un certo margine di manovra in sede di attuazione a livello nazionale, soprattutto in considerazione dell'eterogeneità dei mercati o delle legislazioni nazionali, per esempio in materia di rimborso anticipato o di superamento dell'importo totale del credito”. Ibidem.

d'origine del creditore"⁴⁵³. Tali principi sono espressamente previsti dall'art. 21 della proposta di direttiva intitolato "Armonizzazione, riconoscimento reciproco e carattere imperativo della direttiva". In base a tale norma, quindi, "nella misura in cui la presente (*proposta di*) direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono contemplare, mantenere o introdurre disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente (*proposta di*) direttiva"⁴⁵⁴. È inoltre, fatto espresso divieto agli Stati, all'atto del recepimento delle norme di cui agli artt. 5, par. 1, 2, artt. 13, 14, par. 1 e 2, artt. 15, 17, 19 e 20, di imporre restrizioni alle attività dei creditori che, nel quadro della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi, sono stabiliti in un altro Stato membro e operano sul loro territorio. Infine, l'art. 21, par. 6 dispone che "gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per fare in modo che i consumatori non siano privati della tutela accordata dalla presente direttiva a seguito della scelta della legge di uno Stato terzo quale legge applicabile al contratto di credito, se tale contratto presenta uno stretto legame con il territorio di uno o più Stati membri".

La proposta di direttiva in analisi, tramite la tecnica dell'armonizzazione (tendenzialmente) massima e del mutuo riconoscimento c.d. perfetto, si propone, non tanto e non solo di tutelare i consumatori, ma soprattutto di rimuovere le barriere alla creazione di un mercato interno del credito al consumo. Ciò si evince anche dal fatto che la base giuridica della proposta è costituito, non dall'art. 153 TCE, norma dedicata alla politica di tutela dei consumatori, ma dall'art. 95 TCE, cioè dalla norma che regola le azioni comunitarie atte a realizzare (anche) gli obiettivi di tutela del consumatore mediante l'utilizzo di misure di armonizzazione adottate nel quadro della realizzazione del mercato interno.

Peraltro la scelta di tale base giuridica, operata già con le prime due proposte di direttiva del 2002 e del 2004 è stata riconfermata nella terza proposta (2005) nonostante il Comitato economico e sociale, con il parere del 16-17 luglio 2003⁴⁵⁵, avesse contestato tale impostazione in quanto "la proposta, per sua natura non è esclusivamente connessa con la realizzazione del mercato unico" mentre "la base giuridica dovrebbe piuttosto essere l'attuale art. 153 del Trattato, il quale include sì misure nel quadro della realizzazione del

⁴⁵³ COM(2005) 483 def., cit., p. 7.

⁴⁵⁴ Corsivo nostro.

⁴⁵⁵ In GUCE C 234 del 30.9.2003, p. 1-10.

mercato unico, ma ha un campo di applicazione più vasto per quanto riguarda la protezione degli interessi economici dei consumatori⁴⁵⁶.

6. Contenuti della proposta.

La proposta della Commissione (del 2005) persegue, conformemente alla strategia di Lisbona⁴⁵⁷ tre grandi obiettivi. In primo luogo intende stabilire le condizioni necessarie per un vero mercato interno; secondariamente mira a garantire un livello elevato di tutela dei consumatori, introducendo un set di diritti irrinunciabili (art. 21, par. 5); infine è volta a rendere più chiara la normativa comunitaria procedendo alla rifusione delle tre direttive esistenti in materia di credito ai consumatori (dir. 87/102, 89/7 e 90/88).

La proposta precisa (art. 1) che essa riguarda solo l'armonizzazione di alcuni aspetti del settore del credito al consumo e che l'ambito di applicazione è limitato ai contratti di credito⁴⁵⁸ (art. 2, par. 1), definiti, secondo la nuova formulazione dell'art. 3, lett. c), come contratti in base ai quali "il creditore concede o promette di concedere al consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria analoga, ad eccezione dei contratti relativi alla prestazione continuata di un servizio o alla fornitura di merci dello stesso tipo e nella stessa quantità, in base ai quali il consumatore versa il corrispettivo, per la durata della fornitura, mediante pagamenti rateali". Anche l'attuale proposta, quindi, realizza un'armonizzazione solo parziale della materia in oggetto. L'art. 2, par. 2, infatti, elenca i contratti di credito esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva. In particolare la disciplina non si applicherebbe ai contratti di credito garantiti da un'ipoteca oppure da un'altra garanzia analoga; ai contratti di credito per un importo totale di credito superiore ai 50.000 euro; ai contratti di locazione, a meno che prevedano il

⁴⁵⁶ Cfr. il commento alla proposta del 28.10.2004 di CARRIERO, *Verso una nuova direttiva sul credito ai consumatori*, reperibile all'indirizzo http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/nuova_direttiva_credito_consumatori.htm

⁴⁵⁷ "In quanto lo sviluppo di un mercato interno nel settore del credito, stimolando la concorrenza e favorendo l'innovazione, renderà più competitivi gli operatori creditizi UE" COM(2005) 483 def., cit., p. 2.

⁴⁵⁸ La prima proposta modificata riguardava anche i contratti di credito al consumo garantiti mediante un'ipoteca o uno strumento analogo (c.d. *equity release*), i contratti di fideiussione, i contratti di oltre 50.000 € e gli scoperti, che sono ora assoggettati ad un numero di prescrizioni minimali. La seconda proposta modificata, COM(2005) 483 def., cit., elimina il riferimento alle fideiussioni la cui introduzione era stata auspicata dalle proposte di direttiva precedenti

trasferimento della proprietà al conduttore una volta che si realizzino certe condizioni, nonché ai contratti di leasing che non creano l'obbligo di comperare l'oggetto del contratto; ai contratti di credito in forza dei quali il consumatore è tenuto a rimborsare il credito mediante pagamenti rateali o in un'unica soluzione entro un termine non superiore ai tre mesi, senza il pagamento di interessi o di altre spese; ai contratti mediante i quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, concede ai dipendenti crediti senza interessi o a tassi annui effettivi globali inferiori a quelli prevalenti sul mercato, purché tali crediti non vengano offerti al pubblico in genere; ai contratti di credito conclusi con un'impresa d'investimento (ex art. 1, punto 2 della direttiva 93/22) al fine di consentire a un investitore di effettuare una transazione relativa a uno o più degli strumenti elencati nella sezione B dell'allegato della suddetta direttiva, qualora l'impresa che concede il credito partecipi a tale transazione; ai contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto innanzi ad un tribunale o a qualsiasi altra autorità istituita dalla legge; ai contratti di credito relativi alla dilazione, a titolo gratuito, del pagamento di un debito esistente; ai contratti di credito per la conclusione dei quali il consumatore è tenuto a depositare presso il creditore un bene a titolo di garanzia, purché la responsabilità del consumatore sia limitata esclusivamente a tale bene dato in pegno; ai contratti di credito relativi a prestiti concessi ad un pubblico ristretto e a un tasso d'interesse nullo o inferiore a quello prevalente sul mercato, purché il creditore adempia in tal modo a un dovere previsto dalla legge nell'interesse generale.

Ai par. 3 e 4 sono previste talune discipline speciali, derogatorie di quella generale, per i contratti di credito che prevedono la concessione di credito sotto forma di scoperto⁴⁵⁹ nonché per i contratti di credito per un importo totale di credito non superiore ai 300 €, per quelli stipulati da associazioni di consumatori senza scopo di lucro che gestiscono i risparmi dei loro membri e forniscono loro fonti di credito, che rispettino determinate condizioni, e per i contratti di credito che, per il caso dell'inadempimento del consumatore, prevedono che il creditore e il consumatore stabiliscano di comune accordo le modalità del pagamento

⁴⁵⁹ Ai sensi dell'art. 3, lett d) "concessione di scoperto" è "un contratto di credito in forza del quale il creditore autorizza il consumatore a prelevare dal suo conto corrente fondi che eccedono il saldo di tale conto e che dovranno essere rimborsati entro tre mesi o a richiesta". A tali contratti si applicano solo gli artt. da 1 a 4, da 6 a 8, l'art. 9, par. 1, 2 lett. da a) a d), h) e o), par. 3, gli artt. 10 e 11, 17, par. 1, e artt. da 18 a 29.

dilazionato o del rimborso sempre che ricorrano i requisiti previsti dalla proposta di direttiva⁴⁶⁰.

Vengono significativamente ampliati gli obblighi di informazione del consumatore sia attraverso la pubblicità preventiva, sia attraverso l'informazione precontrattuale. L'art. 4 della proposta introduce, infatti, dettagliate nuove norme in materia di informazioni pubblicitarie di base, mentre l'art. 5 si occupa delle informazioni da fornire durante le trattative.

Il primo articolo, tenuto conto del fatto che la pubblicità è ora disciplinata dalla direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali, propone soltanto un elenco di informazioni che devono obbligatoriamente essere fornite negli annunci pubblicitari contenenti il tasso d'interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore. In particolare devono essere indicati l'importo totale del credito; il tasso annuo effettivo globale; la durata del contratto di credito; l'importo, il numero e la periodicità dei pagamenti da effettuare; le spese di ogni genere connesse al contratto di credito conformemente alle sue condizioni e note al creditore.

L'art. 5 introduce il principio del prestito responsabile, in base al quale il creditore, o l'intermediario del credito⁴⁶¹, sono tenuti a fornire, anche per iscritto, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole⁴⁶² e prima della conclusione del contratto (o durante la vigenza dello stesso nel caso intervengano modifiche dell'importo de credito), un lungo elenco di informazioni⁴⁶³ e contemporaneamente a valutare la solvibilità del consumatore,

⁴⁶⁰ A tali contratti si applicano soltanto gli artt. da 1 a 4, da 6 a 8, l'art. 9, par. 1, 2, lett. da a) a g) e j), par. 3, gli artt. 10, 12 e da 17 a 29.

⁴⁶¹ La proposta di direttiva introduce anche la figura dell'intermediario del credito, definita dall'art. 3, lett. e) come "una persona fisica o giuridica che a titolo abituale, per conto del creditore e, dietro versamento di un compenso, che può essere costituito da una somma di denaro o da un qualsiasi altro vantaggio economico pattuito, presenta o propone dei contratti di credito, esercita altre attività preparatorie alla conclusione di contratti di credito diversi dal prelievo di credito o conclude contratti di credito". La proposta di direttiva introduce al capitolo VI una disciplina specifica per tali soggetti.

⁴⁶² Per supporto durevole si intende "ogni strumento grazie al quale il consumatore può conservare le informazioni a lui personalmente indirizzate in un modo che consenta di accedervi in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui sono destinate le informazioni e che permetta la riproduzione identica delle informazioni conservate" (art. 3, lett. k).

⁴⁶³ Tali informazioni devono indicare: a) la durata del contratto di credito; b) l'importo totale del credito e le condizioni di prelievo; c) il tasso debitore, le condizioni applicabili a tale tasso e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso debitore iniziale, nonché i periodi, le condizioni e le procedure di adattamento del tasso debitore; d) il tasso annuo effettivo globale (il cui calcolo avviene sulla base delle disposizioni di cui all'art. 18) e il costo totale del credito al consumatore, illustrati mediante un esempio rappresentativo che deve riportare tutti i dati finanziari e le ipotesi utilizzate per il calcolo di tale tasso; e)

verificandone la capacità di credito sulla base delle informazioni precise raccolte da quest'ultimo o, eventualmente, consultando la banca dati pertinente. Quindi il creditore (o intermediario) è chiamato a effettuare una valutazione della solvibilità, delle caratteristiche, dell'eventuale sovraindebitamento del cliente che gli si rivolge ed è tenuto a non concedere crediti che non potrebbero essere rimborsati.

Il par. 5 introduce un vero e proprio obbligo generalizzato di consulenza, finora sconosciuto in materia, in capo alle imprese bancarie o intermediarie. In base a tale previsione il creditore non deve limitarsi ad adempiere agli obblighi di informazione precontrattuale, bensì deve fornire ulteriori spiegazioni al fine di consentire al consumatore di prendere una decisione consapevole: in sostanza il creditore ha il dovere di fornire "chiarimenti adeguati, in modo che quest'ultimo possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze ed alla sua situazione finanziaria, eventualmente spiegando le informazioni precontrattuali (...) nonché i vantaggi e gli svantaggi connessi con i prodotti offerti". In sostanza il creditore e intermediario devono assolvere alla specifica obbligazione di essere pienamente comprensibili. Il paragrafo in questione specifica inoltre che è lasciato agli Stati membri un ampio margine di manovra, perché essi possano adattare la normativa di attuazione alla situazione del loro mercato.

Ulteriori obblighi informativi, relativi alle fasi successive alla conclusione del contratto, sono disciplinati e specificati dall'art. 9 e 10. Il primo definisce il contenuto delle informazioni contrattuali, le quali riproducono essenzialmente quelle già fornite in sede precontrattuale

l'importo, il numero e la periodicità dei pagamenti da effettuare, presentati per quanto possibile in un piano di pagamenti; f) se del caso, le spese di gestione del conto sul quale vengono registrate le operazioni di pagamento e i prelievi, i costi relativi all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permetta di effettuare pagamenti e prelievi e gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento; g) i costi che il consumatore deve pagare all'atto della conclusione del contratto di credito a persone diverse dal creditore o dall'intermediario del credito, in particolare al notaio o all'amministrazione fiscale; h) l'obbligo di concludere un contratto riguardante un servizio connesso al contratto di credito, in particolare un'assicurazione, se il ricorso a tale servizio è obbligatorio per ottenere il credito o il tasso indicato nell'annuncio pubblicitario e se il suo costo non può essere determinato in anticipo; i) gli interessi di mora applicabili al momento in cui sono fornite le informazioni di cui alla presente disposizione nonché le modalità di adattamento degli stessi e le penali per mancata esecuzione; j) le garanzie richieste; k) l'esistenza o l'assenza del diritto di recesso e il periodo durante il quale può essere esercitato; l) il diritto al rimborso anticipato e, se del caso, le relative spese, con l'indicazione dell'importo o del metodo di calcolo; m) il diritto del consumatore a essere informato, conformemente all'art. 8, par. 2, del risultato della consultazione di una banca dati ai fini della valutazione della capacità di credito. Nel caso di comunicazioni telefoniche di cui all'art. 3, par. 3, della dir. 2002/65/CE, l'informazione precontrattuale deve includere, almeno i dati di cui alle lettere b), c), ed e), il tasso annuo effettivo globale, illustrato mediante un esempio rappresentativo, e il costo totale del credito al consumatore.

con l'aggiunta di spiegazioni sull'esercizio del diritto di recesso e di rimborso anticipato. Il secondo prevede l'obbligo del creditore di essere informato per iscritto e periodicamente delle modifiche del tasso debitore⁴⁶⁴.

Soppresso l'obbligo, previsto dalla proposta del 2002, di creare banche dati nazionali in cui registrare i consumatori e i fideiussori, la versione attuale dell'art. 8 si limita a prevedere che ciascuno Stato garantisca l'accesso reciproco e a condizioni non discriminatorie alle banche dati nazionali esistenti, prevedendo, inoltre che il consumatore, a richiesta, sia informato immediatamente e gratuitamente del risultato di qualsiasi consultazione di una banca dati.

La proposta introduce anche il diritto di chiedere la risoluzione del contratto e il diritto c.d. di ripensamento (o recesso), entrambi non previsti dalla direttiva attualmente vigente.

Nell'ambito dei contratti di prestazione continuativa, stipulati, cioè, senza la previsione di un termine finale, tanto il consumatore, quanto il creditore possono chiedere la risoluzione del contratto. Il primo può farlo previo preavviso di tre mesi effettuato in forma scritta. Il secondo può terminare il contratto senza alcun preavviso, salvo l'obbligo di darne immediata comunicazione scritta al consumatore (art. 12). Tale norma prevede, inoltre, anche il divieto di rinnovo automatico dei contratti a tempo determinato superiori a tre anni.

Il diritto di recesso è regolato dall'art. 13, il quale mette a disposizione del consumatore un termine di 14 giorni entro i quali lo stesso può recedere senza l'obbligo di fornire motivazione alcuna.

La proposta, inoltre specifica il diritto del consumatore di rimborsare il credito prima della scadenza convenuta prevedendo che egli possa, in qualsiasi momento adempiere completamente o parzialmente agli obblighi derivanti dal contratto, avendo diritto ad una riduzione del costo totale del credito. Tuttavia, è previsto che il creditore, che in questi casi sopporta un costo non previsto, possa chiedere un equo indennizzo, salvo nei casi in cui il periodo preso in considerazione per fissare il tasso debitore sia inferiore a un anno, o laddove sia stato effettuato un rimborso in esecuzione di un contratto d'assicurazione destinato a garantire in modo convenzionale il rimborso del credito.

⁴⁶⁴ I "tasso debitore" è definito dall'art. 3, lett. g) della proposta come "tasso espresso quale percentuale periodica fissa o variabile applicata per un determinato periodo ai prelievi effettuati ai sensi del contratto di credito".

In materia di cessione dei crediti, l'art. 16 si limita a precisare, rispetto al testo corrispondente della dir. 87/102, che il consumatore debba essere informato della cessione del contratto di credito ad un terzo, "a meno che la cessione venga effettuata soltanto a scopo di securitizzazione e il cedente continui, in accordo con il cessionario e per conto del medesimo, ad agire come creditore nei confronti del consumatore".

Inoltre, la proposta ribadisce l'obbligo degli Stati membri provvedere affinché le norme poste dalla (proposta di) direttiva non possano essere derogate dai contratti di credito, a scapito del consumatore, né possano essere aggirate attraverso "l'impiego di forme particolari di contratti, in particolare inserendo prelievi o contratti di credito che rientrano nella sfera d'applicazione della presente (proposta di) direttiva in contratti di credito la cui natura o finalità consentirebbe di evitare l'applicazione della direttiva stessa".

Ai sensi dell'art. 17, nel caso in cui il consumatore superi in maniera significativa l'importo totale del credito e tale situazione si protragga per oltre un mese, il creditore è tenuto a comunicare per iscritto al consumatore che ha superato l'importo totale del credito, l'importo interessato, il tasso debitore e le penali, le spese o gli interessi di mora eventualmente applicabili

L'art. 14 si occupa dell'eventualità dell'inadempimento del venditore e quindi del collegamento funzionale tra i contratti, che è definito dall'art. 3, lett. l) secondo cui è collegato un contratto di credito che soddisfa due condizioni: in primo luogo il credito deve servire esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci o alla prestazione di servizi; secondariamente i due contratti devono costituire, da un punto di vista oggettivo, un'unità commerciale. Perché i due contratti costituiscano un'unità commerciale occorre che il fornitore o il prestatore stesso finanzia il credito al consumatore, mentre se il credito è finanziato da un terzo, occorre che il creditore ricorra ai servizi del fornitore o del prestatore per la conclusione o la preparazione del contratto di credito oppure che il contratto di credito faccia riferimento alle merci o ai servizi specifici da finanziare tramite il credito⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Prevedendo che il contratto di credito debba fare riferimento alle merci o ai servizi specifici da finanziare tramite il credito, la Commissione adotta una soluzione diversa rispetto a quella del Avv. Gen. Mengozzi sul caso *Rampion*, cit., che interpretando la più scarna disposizione dell'art. 11 della dir. 87/102 ha ritenuto che "l'art. 11 della direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo,

L'art. 14, tuttavia, fornisce una soluzione insoddisfacente alla questione del collegamento contrattuale. Da un lato, infatti, prevede il diritto del consumatore che recede da un contratto d'acquisto, di recedere anche dal contratto di credito collegato (mentre il recesso dal contratto di credito non dà diritto a recedere da quello di acquisto). Dall'altro lato, tuttavia, lascia intatta la responsabilità solo sussidiaria del creditore contro il quale può ricorrere in presenza delle medesime condizioni previste dall'art. 11 della direttiva 87/102, e in particolare solo in seguito al mancato successo delle azioni mosse contro il venditore. Inoltre, la proposta accorda agli Stati membri l'onere di stabilire i limiti e le condizioni per l'esercizio di tale ricorso e fa salve le norme nazionali che introducono la responsabilità solidale del creditore e del venditore. In sostanza la proposta di direttiva non uniforma le norme in materia di responsabilità contrattuale del creditore, limitandosi a fornire una disciplina minimale e rimandando la vera e propria regolamentazione giuridica, e quindi il bilanciamento degli interessi in gioco, ai legislatori nazionali.

Non si può certo sostenere che il testo dell'art. 14 della proposta brilli per chiarezza e coraggio. Esso, a fronte dei dibattiti nazionali in materia di collegamento contrattuale avrebbe ben potuto fornire una soluzione più netta, come d'altra parte era stato fatto nella formulazione della precedenti proposte di direttiva, che optavano per l'adozione del modello di responsabilità solidale tra venditore e creditore. L'incertezza della Commissione in materia è, tra l'altro, reiterata. Anche le proposte che hanno preceduto l'adozione della direttiva 87/102 avevano infatti optato per la più netta soluzione della responsabilità solidale, sostituita tuttavia, in sede di compromesso, dalla nota formulazione dell'art. 11, a favore della sola responsabilità sussidiaria.

7. La commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

Il secondo intervento normativo derivato dal PASF, che analizzeremo nei prossimi paragrafi, è dedicato alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari.

esige che le norme nazionali sull'interdipendenza tra il contratto di credito e il contratto di fornitura di beni o servizi che danno esecuzione o corrispondono allo stesso articolo possano trovare applicazione anche in assenza della menzione nel contratto di credito dei beni o servizi il cui acquisto è finanziato”.

L'iter legislativo che ha portato all'adozione di una direttiva relativa al commercio a distanza, dei servizi finanziari è stato decisamente lungo e tortuoso. La questione è stata per la prima volta sollevata all'atto della stesura della direttiva 97/7 relativa alla tutela dei consumatori in materia di contratti a distanza⁴⁶⁶, la quale, tuttavia, nella sua versione finale, ha optato per una regolamentazione delle principali disposizioni da applicarsi ai contratti a distanza relativi a beni o servizi conclusi tra un fornitore e un consumatore, ad esclusione dei servizi finanziari⁴⁶⁷, in ragione della loro particolare natura giuridica, della loro complessità e delle conseguenze che essi possono comportare in capo a consumatori⁴⁶⁸. Di conseguenza, dopo aver consultato le parti interessate⁴⁶⁹ e aver emesso una comunicazione intitolata *Servizi finanziari: come rafforzare la fiducia dei consumatori*⁴⁷⁰, la Commissione ha deciso di adottare una direttiva esclusivamente dedicata alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, presentando una prima proposta nell'ottobre 1998⁴⁷¹, cui ha fatto seguito nel luglio 1999 una seconda proposta modificata in base agli emendamenti del Parlamento⁴⁷². L'adozione di una regolamentazione della materia è stata ulteriormente sollecitata dal Piano d'azione per i servizi finanziari, che ha attribuito il più alto livello di priorità alla necessità di trovare un "accordo politico sulla proposta di direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari"⁴⁷³, ma solo tre anni più tardi, nel settembre 2002, con un

⁴⁶⁶ La proposta originaria della dir. 97/7 includeva, infatti, anche i contratti aventi ad oggetto la commercializzazione di servizi finanziari.

⁴⁶⁷ Cfr. art. 3, comma 1, primo trattino della dir. 97/7. Un elenco esemplificativo dei servizi finanziari esclusi era contenuto nell'Allegato II alla direttiva, il quale è stato successivamente abrogato dall'art. 18 della dir. 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619 del Consiglio e le direttive 97/7 e 98/27 (in GUCE L 271 del 9.10.2002, p. 16-24) che, allo scopo di meglio coordinare i due provvedimenti comunitari ha provveduto a riformulare la proposizione contenuta nel primo trattino dell'art. 3, par. 1 della dir. 97/7, che ora recita "la presente direttiva non si applica ai contratti relativi ad un servizio finanziario cui si applica la direttiva 2002/65/CE".

⁴⁶⁸ FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 19 ss.

⁴⁶⁹ La Commissione, in occasione dell'elaborazione del Libro verde intitolato *Servizi finanziari: come soddisfare le aspettative dei consumatori*, (COM(1996) 209 def., del 22.5.1996), aveva, infatti, invitato le parti interessate ad inviarle le proprie osservazioni in materia di vendita di servizi finanziari a distanza.

⁴⁷⁰ COM(1997) 309 def., del 26.6.1997 nella quale veniva prospettata la presentazione di una proposta di direttiva in materia di vendita a distanza dei servizi finanziari.

⁴⁷¹ COM(1998) 468 def., del 14.10.1998.

⁴⁷² COM(1999) 385 def., del 23.07.1999. Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del fruitore di servizi finanziari resi attraverso le reti telematiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 685, 669, p. 688 ss. Per un'analisi comparata delle due proposte summenzionate cfr. PARACAMPO, *La direttiva 2002/65 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e la tutela dei consumatori*, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2003, pt. II, p. 382-428, p. 388 ss.; GRISI, *La prestazione on line di servizi e prodotti finanziari*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 367-412, p. 369 ss.

⁴⁷³ COM(1999) 232 def., dell'11.5.1999, p. 26.

mercato ritardo rispetto alle previsioni⁴⁷⁴, è stata finalmente adottata la direttiva 2002/65, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619 del Consiglio e le direttive 97/7 e 98/27.

Anche per la direttiva in questione, come per quella in materia di credito al consumo e quelle relative alla tutela del consumatore, la base giuridica è costituita dall'art. 95 TCE⁴⁷⁵, il quale è chiaro indice della duplice natura degli obiettivi perseguiti dall'azione comunitaria: l'uniformazione delle disposizioni consumeristiche nazionali divergenti, onde fornire loro omogenea ed uniforme tutela, ma anche e soprattutto l'eliminazione delle differenze normative che già sappiano essere ostacoli all'integrazione del mercato interno in quanto passibili di esercitare un'incidenza negativa sul suo funzionamento e sulla concorrenza tra imprese⁴⁷⁶. Tale finalità si evince anche dalla lettura dell'art. 1, par. 1, secondo cui l'oggetto della direttiva è costituito dal "ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori".

Inoltre, anche in questo caso, la Commissione ha ritenuto funzionale ed essenziale al perseguimento di tali obiettivi l'utilizzo di una tecnica legislativa che riduca la discrezionalità statale in sede di attuazione della direttiva e quindi la necessità di un approccio di armonizzazione massima⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ La posizione comune del Consiglio europeo 22/2000 relativa ad alcuni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato interno (in GUCE C128 dell'8.5.2000, p. 32-50) indicava come anno di adozione il 2000.

⁴⁷⁵ Come è stato autorevolmente sottolineato, vista la regolamentazione contenuta nella direttiva, completamente volta alla tutela del consumatore, sarebbe stato opportuno aggiungere, tra le basi giuridiche, oltre all'art. 95 TCE anche l'art. 153 TCE. Cfr. MARTINELLO, CESTA, *Verso una direttiva europea sui contratti a distanza tra fornitori e consumatori in materia di servizi finanziari*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1998, p. 531-537, p. 532.

⁴⁷⁶ Cfr. il dodicesimo considerando che prevede che "disposizioni divergenti o diverse di protezione dei consumatori, adottate dagli Stati membri in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, potrebbero avere un'incidenza negativa sul funzionamento del mercato interno e sulla concorrenza tra le imprese in esso attive. È, quindi, necessario introdurre regole comuni a livello comunitario in tale ambito, senza pregiudicare la protezione generale del consumatore negli Stati membri".

⁴⁷⁷ Cfr. il tredicesimo considerando, secondo cui "un livello elevato di protezione dei consumatori dovrebbe essere assicurato dalla presente direttiva, per assicurare la libera circolazione dei servizi finanziari. Gli Stati membri non dovrebbero poter prevedere disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente direttiva per i settori che essa armonizza, salvo indicazione contraria espressamente menzionata nella direttiva stessa". Sono previste, tuttavia, talune eccezioni. In primo luogo in materia di informazione (art. 4) laddove si permette agli Stati di introdurre requisiti informativi aggiuntivi rispetto a quelli già imposti in ragione delle norme della direttiva. Inoltre, ulteriori disposizioni che sembrano riferirsi ad un approccio di armonizzazione media,

8. Il quadro giuridico di riferimento, in particolare il rapporto con la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico.

La portata della direttiva 2002/65 non può essere pienamente compreso e definito, se non tenendo in considerazione la correlazione con le altre direttive comunitarie relative ai contratti stipulati a distanza per la fornitura di beni e servizi. A fronte degli sviluppi tecnologici, infatti, l'Unione europea ha risposto mediante l'emaneazione di una serie di direttive: la n. 85/577⁴⁷⁸ per la tutela dei consumatori nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la già citata n. 97/7 relativa ai contratti a distanza e la n. 2000/31 sul commercio elettronico⁴⁷⁹, nuovo paladino della contrattazione caratterizzata dalla "simultanea assenza" dei contraenti.

Come detto, le norme della direttiva 97/7, che pongono le basi per la regolamentazione dei contratti stipulati a distanza tra fornitore di beni o servizi e consumatore, non operano nei confronti dei servizi finanziari. La direttiva 2002/65, quindi, va a colmare una lacuna dell'ordinamento completando la disciplina posta dalla direttiva del 1997⁴⁸⁰.

anziché massima sono quelle dell'art. 10 in materia di comunicazioni non richieste e quelle dell'art. 15 in materia di onere della prova (*infra*).

⁴⁷⁸ In GUCE L 372 del 31.12.1985, p. 31-33.

⁴⁷⁹ Dir. 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, in GUCE L 178 del 17.7.2000, p. 1-16. Cfr. IORIO FIORELLI, *Il contratto elettronico tra armonizzazione materiale e diritto privato*, Padova, 2006, p. 131 ss.; KRICZKA, *Electronic Contracts and the Harmonisation of Contract Law in Europe - An Action Required, A Mission Impossible?*, in *European Review of Private law*, 2005, p. 149-170; ORTINO, *Ec Law on Cross-border On-line Financial Services*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 367- 379, p. 371 ss.; LODDER, *Directive 2000/31/EC on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular Electronic Commerce*, in LODDER, KASPERSEN (eds.), *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, The Hague, 2002, p. 67-94; ANTONUCCI (a cura di), *E-Commerce, la direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001; DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, p. 58 ss.; LOPEZ-TARRUELLA, *A European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1337-1384; SACERDOTI, MARINO (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001.

⁴⁸⁰ Cfr. la motivazione del Consiglio europeo allegata alla Posizione comune 16/2002 definita dal Consiglio in vista dell'adozione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori che modifica le dir. 90/619/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE, in GUCE C 58 E del 5.3.2002, p. 32-43. RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Banca impresa società*, 2004, p. 81-115, p. 83.

Ai fini della nostra analisi deve essere presa considerazione anche la direttiva 2000/31⁴⁸¹, essendo il commercio elettronico il principale strumento per la conclusione di contratti aventi ad oggetto servizi finanziari e anzi “l’interazione tra la direttiva sul commercio elettronico e la legislazione esistente in materia di servizi finanziari è decisiva per lo sviluppo di una politica chiara e coerente in materia di prestazione transfrontaliera di servizi finanziari”⁴⁸². La Commissione ha infatti sottolineato che “occorre partire dall’impostazione definita dalla direttiva [2000/31] per istituire un mercato interno pienamente funzionante nel settore dei servizi finanziari al dettaglio” inoltre si deve “assicurare la coerenza tra legislazione in materia di servizi finanziari e direttiva sul commercio elettronico, nonché fra le norme applicabili ai servizi on-line e alle modalità più tradizionali di prestazione di servizi finanziari” e si deve “esaminare come applicare la clausola del mercato interno nei settori nei quali le normative nazionali presentano significative divergenze in modo da evitare che i consumatori e gli investitori siano assoggettati a regimi giuridici sostanzialmente diversi da quelli del loro Paese”⁴⁸³.

La direttiva 2000/31, mirando a garantire la certezza del diritto e la fiducia dei consumatori, fornisce un “quadro generale chiaro per taluni aspetti giuridici del commercio elettronico nel mercato interno” (settimo considerando) e precisamente i servizi della società dell’informazione⁴⁸⁴ che interessano il mercato interno, lo stabilimento dei prestatori, le

⁴⁸¹ L’emanazione della direttiva si inserisce nel quadro dell’iniziativa eEurope della Commissione proposta nel 1999 e ratificata dal consiglio di Lisbona del 2000 (e seguita dall’emanazione di due Piani d’azione, nel 2000 e nel 2002), tesa a garantire che nell’Unione Europea tutti abbiano accesso alle nuove tecnologie dell’informazione e della comunicazione, realizzando un’Europa “informaticamente alfabetizzata” al fine di garantire l’inclusione sociale, sviluppare la fiducia dei consumatori e diminuire il divario tra i ricchi e i poveri nella società europea. I settori d’azione individuati spaziano dalla formazione (eLearning) al sostegno finanziario per le piccole e medie imprese ad alta tecnologia (eBusiness), allo sviluppo dell’assistenza sanitaria on-line (eHealth), alla diffusione di informazioni in linea (eContent), all’accelerazione della messa in atto del quadro giuridico del commercio elettronico. Per approfondimenti cfr. Commissione europea, *Verso un’Europa basata sulla conoscenza. L’unione europea e la società dell’informazione*, Bruxelles, 2003; ANTONUCCI, *eEurope: la costruzione del quadro normativo*, in ID (a cura di), *E-Commerce*, cit., 1-16, p. 1 ss.; PARENTI, *L’armonizzazione comunitaria in materia di commercio elettronico*, in SACERDOTI, MARINO (a cura di), *Il commercio elettronico*, cit., p. 77 ss.; PITONI, *La società dell’informazione e l’Europa delle conoscenze: tendenze e politiche comunitarie*, Milano, 2001.

⁴⁸² Cfr. la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento sul commercio elettronico e i servizi finanziari, COM(2001) 66 def., del 7.2.2001, p. 2.

⁴⁸³ Ibidem.

⁴⁸⁴ Cfr. il diciassettesimo considerando, secondo cui: “Tale definizione ricopre qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica, mediante apparecchiature elettroniche di elaborazione (compresa la compressione digitale) e di memorizzazione di dati, e a richiesta individuale di un destinatario di servizi. I servizi di cui all’elenco indicativo figurante nell’allegato V della direttiva 98/34/CE,

comunicazioni commerciali, i contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione extragiudiziaria delle controversie, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra Stati membri (art.1, par 2).

Il rapporto tra le due direttive (2000/31 e 2002/65) è precisato dal considerando ventisettesimo della direttiva 2000/31, che stabilisce che “la presente direttiva, unitamente alla futura direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori, contribuisce alla creazione di un quadro giuridico per la fornitura di servizi finanziari in linea” senza pregiudicare le “future iniziative nel settore dei servizi finanziari, in particolare per quanto riguarda l’armonizzazione delle regole di condotta in tale settore”⁴⁸⁵. L’intersecazione dei rispettivi campi d’applicazione viene ribadita anche dal sesto considerando della direttiva 2002/65 secondo cui la stessa “dovrebbe essere applicata conformemente al Trattato ed al diritto derivato, ivi compresa la direttiva 2000/31 sul commercio elettronico che è applicabile unicamente alle operazioni rientranti nel suo campo d’applicazione”.

Se ne deduce, quindi, che le direttive 2000/31 e 2002/65 stanno in rapporto di complementarità, agendo la seconda come *lex specialis*, e la prima come *lex generalis*, trovando applicazione, cioè, nei casi non espressamente regolati dalla direttiva 2002/65: in sostanza, ai servizi finanziari, in quanto servizi della società dell’informazione si applica la direttiva sul commercio elettronico, la cui regolamentazione viene completata dalla quella relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari. L’azione congiunta delle due direttive è passibile di svolgere un ruolo di punta nel processo di integrazione del mercato dei servizi finanziari al dettaglio. Esse creano quel quadro giuridico di riferimento necessario a garantire la certezza giuridica e ad accrescere la fiducia dei consumatori, con la conseguenza di potenziare il commercio elettronico di servizi finanziari, che è considerato un potentissimo mezzo per l’integrazione del mercato.

La norma centrale su cui si basa la disciplina del commercio elettronico è costituita dalla c.d. clausola del mercato interno sancita dall’art. 3, par. 1, che attribuisce alle autorità del Paese nel quale è stabilito il fornitore il compito di controllare che i servizi forniti da tale soggetto

non essendo forniti attraverso sistemi elettronici di trattamento e memorizzazione di dati, non sono compresi in tale definizione”

⁴⁸⁵ Fino all’adozione della direttiva 2002/65, quindi, la direttiva 2000/31 ha costituito l’unica norma applicabile ai contratti finanziari conclusi a distanza. Cfr. ZENO-ZENCOVICH, *La tutela*, cit., p. 687.

rispettino le legislazioni nazionali (il controllo del Paese d'origine). In sostanza tale norma conferisce ai prestatori di servizi *on line* il diritto di operare in tutta l'Unione europea restando soggetti alle norme del Paese d'origine. Nei paragrafi successivi sono previste una serie di deroghe, che possono essere concesse caso per caso al ricorrere di motivi di interessi generali (par. 4)⁴⁸⁶, oppure che derivano dall'espressa esclusione, operata dal par. 3, dei servizi elencati nell'Allegato alla direttiva. Inoltre, è previsto che in caso di urgenza, gli Stati membri possano derogare alle condizioni di cui al paragrafo 4, lett. b), ma in tal caso i provvedimenti, insieme ai motivi dell'urgenza, devono essere notificati al più presto allo Stato membro d'origine e alla Commissione (par. 5), la quale “verifica con la massima rapidità la compatibilità dei provvedimenti notificati con il diritto comunitario; nel caso in cui giunga alla conclusione che i provvedimenti sono incompatibili con il diritto comunitario, la Commissione chiede allo Stato membro in questione di astenersi dall'adottarli o di revocarli con urgenza”.

L'estensione di tale norma ai servizi finanziari è stata ribadita dalla Commissione, in risposta alle preoccupazioni manifestate da taluni Stati in merito alla piena applicazione della clausola del mercato interno in tale settore, con la una comunicazione relativa all'applicazione ai servizi finanziari dell'art. 3 par. da 4 a 6 della direttiva sul commercio elettronico⁴⁸⁷. Tale atto, fornendo l'interpretazione autentica dei termini utilizzati nella direttiva c.d. e-Commerce, è volto a specificare il funzionamento dei meccanismi istituiti dai summenzionati paragrafi dell'art. 3, nel settore dei servizi finanziari.

⁴⁸⁶ “Gli Stati membri possono adottare provvedimenti in deroga al paragrafo 2, per quanto concerne un determinato servizio della società dell'informazione, in presenza delle seguenti condizioni: a) i provvedimenti sono: i) necessari per una delle seguenti ragioni: ordine pubblico, in particolare per l'opera di prevenzione, investigazione individuazione e perseguimento in materie penali, quali la tutela dei minori e la lotta contro l'incitamento all'odio razziale, sessuale, religioso o etnico, nonché violazioni della dignità umana della persona; tutela della sanità pubblica; pubblica sicurezza, compresa la salvaguardia della sicurezza, e della difesa nazionale; tutela dei consumatori, ivi compresi gli investitori; ii) relativi a un determinato servizio della società dell'informazione lesivo degli obiettivi di cui al punto i) o che costituisca un rischio serio e grave di pregiudizio a tali obiettivi; iii) proporzionati a tali obiettivi; b) prima di adottare i provvedimenti in questione e fatti salvi i procedimenti giudiziari, anche istruttori, e gli atti compiuti nell'ambito di un'indagine penale, lo Stato membro ha: chiesto allo Stato membro di cui al paragrafo 1 di prendere provvedimenti e questo non li ha presi o essi non erano adeguati; notificato alla Commissione e allo Stato membro di cui al paragrafo 1 la sua intenzione di prendere tali provvedimenti”.

⁴⁸⁷ COM(2003) 259 def., del 14.5.2003. Per un primo commento della comunicazione cfr. TESCARO, *Applicazione ai servizi finanziari dell'art. 3, par. 3-6, della “Direttiva sul commercio elettronico”: la comunicazione della Commissione del 14 marzo 2003*, in *Studium Iuris*, 2003, p. 1155-1158.

9. L'ambito di applicazione oggettivo.

Ai sensi dell'art. 1 della direttiva 2002/65, la direttiva concerne "il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori". Sempre con riferimento all'ambito di applicazione il secondo paragrafo stabilisce che "per i contratti riguardanti servizi finanziari costituiti da un accordo iniziale di servizio seguito da operazioni successive o da una serie di operazioni distinte della stessa natura scaglionate nel tempo, le disposizioni della presente direttiva si applicano esclusivamente all'accordo iniziale", mentre "qualora non vi sia un accordo iniziale di servizio ma le operazioni successive o distinte della stessa natura scaglionate nel tempo siano eseguite tra le stesse parti contrattuali, gli articoli 3 e 4 [in tema di informazioni preliminari] si applicano solo quando è eseguita la prima operazione. Tuttavia, ove nessuna operazione della stessa natura sia eseguita entro un periodo di un anno, l'operazione successiva è considerata come la prima di una nuova serie di operazioni e, di conseguenza, si applicano le disposizioni degli articoli 3 e 4". Tale disposizione è precisata, sebbene con un'indicazione solo esemplificativa, dal considerando diciassettesimo secondo cui per *accordo iniziale di servizio* "si può intendere ad esempio l'apertura di un conto bancario, l'acquisizione di una carta di credito, la conclusione di un contratto di gestione del portafoglio", mentre per *operazioni successive* "si può intendere ad esempio l'alimentazione di un conto bancario o il prelievo dallo stesso, i pagamenti con carta di credito, le transazioni nell'ambito di un contratto di gestione del portafoglio". Ancora, il menzionato considerando specifica che "l'aggiunta di nuovi elementi a un accordo iniziale, quale ad esempio la possibilità di utilizzare uno strumento di pagamento elettronico in collegamento con un conto bancario, non costituisce un'operazione bensì un contratto aggiuntivo cui si applica la presente direttiva".

Per delineare la sfera di operatività della disciplina in questione è necessario integrare la disposizione di cui all'art. 1, di per sé poco indicativa, con l'analisi delle definizioni di cui all'art. 2 e in particolare quelle di contratto a distanza⁴⁸⁸ e servizio finanziario, che sono

⁴⁸⁸ Manca una definizione di commercializzazione, il cui contenuto è comunque specificato mediante il concetto di contratto a distanza.

strumentali all'individuazione dell'ambito di applicazione oggettivo, nonché con quelle di consumatore e fornitore, necessarie per delineare quello soggettivo.

Il contratto a distanza consiste “in qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari, concluso tra un fornitore e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso” (art. 2 lett. a). Come si evince dalla lettera della disposizione, il legislatore comunitario individua la fattispecie contrattuale qualificandola mediante la previsione di una struttura organizzativa del fornitore e dell'impiego esclusivo di una o più tecniche di comunicazione a distanza. Primo elemento caratterizzante la fattispecie contrattuale in questione è dato proprio dall'organizzazione del sistema di vendita, intesa quale destinazione del complesso dei fattori produttivi alla conclusione di contratti a distanza. Ciò che rileva è che i contratti vengano conclusi mediante l'utilizzo sistematico di tecniche di comunicazione a distanza, essendo possibile, d'altra parte, per il fornitore impiegare il sistema così organizzato anche per la conclusione di contratti da concludersi *de visu*⁴⁸⁹. In tal modo la direttiva mira ad escludere dal proprio campo di applicazione le prestazioni di servizi occasionali o prestate al di fuori di una struttura commerciale avente l'obiettivo di concludere contratti a distanza.

L'altro elemento è costituito dall'utilizzo esclusivo⁴⁹⁰ da parte del fornitore di tecniche di comunicazione a distanza, di cui la direttiva non fornisce alcun elenco⁴⁹¹, neppure esemplificativo, ma che ai sensi dell'art. 2, lett. e) sono definite come “qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la commercializzazione a distanza di un servizio tra le parti”.

⁴⁸⁹ PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE*, cit., p. 392 s.

⁴⁹⁰ L'esclusivo impiego di tecniche di comunicazione a distanza non implica la loro immutabilità. L'art. 5, par. 3 concede, infatti, al consumatore (e solo al consumatore) il diritto di cambiare la tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, sempre che ciò non sia incompatibile con il contratto concluso o con la natura del servizio finanziario prestato.

⁴⁹¹ L'elenco anche esemplificativo è strumento poco idoneo a definire le tecniche di comunicazione a distanza, che sono mutevoli e suscettibili di evoluzione nel corso anche di poco tempo. La definizione fornita dall'art. 2, lett. e) permette di includere nella categoria anche tecniche di comunicazione nuove, purché caratterizzate dalla presenza di due requisiti: la distanza tra i contraenti e la finalizzazione della tecnica alla commercializzazione a distanza di un servizio tra le parti.

L'ambito di applicazione oggettivo è ulteriormente specificato dal disposto dell'art. 2, lett. b) che fornisce la definizione di servizio finanziario indicandolo come “qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento”. Con tale ampia formulazione la direttiva mira a coprire tutti i contratti (tra fornitore e consumatore) aventi ad oggetto prodotti o servizi finanziari, sempre che, in virtù della loro natura immateriale, siano suscettibili di essere forniti a distanza.

10. L'ambito di applicazione soggettivo.

L'ambito di applicazione soggettivo è individuato dalle lettere c) e d) dell'art. 2, che definiscono, rispettivamente il fornitore e il consumatore, quali parti contraenti.

La direttiva in questione si caratterizza, come in genere tutte le direttive aventi matrice consumeristica, per la limitazione della propria sfera di operatività ai soli contratti c.d. *Business to Consumer*. Giova notare che i contratti conclusi tra professionisti, che conseguentemente esulano dalla sfera di operatività della direttiva in questione, laddove - come spesso capita - siano conclusi *on line*, sono regolati dalla direttiva 2000/31.

La nozione di consumatore è definita dall'art. 2 lett. d) come “qualunque persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano nel quadro della propria attività commerciale o professionale”. Tale definizione è costruita, quindi, secondo lo schema classico comunitario che si fonda su due elementi: la coincidenza del consumatore con la persona fisica e la sussistenza di finalità private. Tuttavia il considerando ventinovesimo ha introdotto, con una disposizione di armonizzazione c.d. opzionale, un peculiare elemento di novità, permettendo ai Paesi membri di ampliare la nozione in questione, potendo estendere, nel rispetto della normativa comunitaria, la protezione accordata dalla direttiva anche alle organizzazioni senza scopo di lucro e agli individui che si avvalgono di servizi finanziari per divenire imprenditori.

Ulteriore caratteristica del consumatore delineato dalla direttiva riguarda il fatto che esso non è configurato solo quale utente, potendo egli assumere in talune circostanze la veste

dell'attore o propositore⁴⁹². Per altro giova ricordare che in questi casi manca una vera negoziazione poiché i contratti vengono conclusi per adesione alle condizioni generali predisposte dal fornitore.

Il fornitore coincide con “qualunque persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi oggetto di contratti a distanza”. Tuttavia, questa definizione deve essere integrata con la previsione del considerando ventinovesimo secondo cui la direttiva dovrebbe applicarsi “anche quando una delle tappe della commercializzazione comporta la partecipazione di un intermediario. In considerazione della natura e del grado di tale partecipazione, le disposizioni pertinenti della presente direttiva dovrebbero applicarsi a detto intermediario, indipendentemente dal suo status giuridico”. La (poco chiara) formulazione, che da un lato fa coincidere figura del contraente esclusivamente con il “fornitore contrattuale” dell'art. 2, lett. c) e dall'altro, tramite la disposizione di un considerando estende l'applicazione della direttiva anche agli intermediari, comporta che solo il primo assumerà ogni responsabilità nei confronti del consumatore, anche per quelle situazioni imputabili all'intermediario.

Ai fini dell'individuazione del soggetto fornitore, rilevano anche altri elementi. Il quarto considerando prevede che “per il buon funzionamento del mercato interno è essenziale che i consumatori possano negoziare e concludere contratti con un fornitore insediato in altri Stati membri, indipendentemente dal fatto che il fornitore sia o meno legalmente stabilito nello Stato membro di residenza del consumatore”. Tuttavia, la direttiva non dà alcuna definizione di fornitore stabilito. A tale lacuna sopperisce la direttiva sul commercio elettronico che, distinguendo tra prestatore e prestatore stabilito, individua quest'ultimo come colui che “esercita effettivamente e a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile. La presenza e l'uso dei mezzi tecnici e delle tecnologie necessarie per prestare un servizio non costituiscono di per sé uno stabilimento del prestatore” (art. 2 lett. c). L'importanza della nozione di stabilimento si ricollega alla

⁴⁹² MANFREDONIA, *I servizi finanziari on line e la tutela del consumatore “telematico”*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, p. 1171-1211, p. 1178.

clausola del mercato interno⁴⁹³ e al problema dell'individuazione della legge applicabile al contratto: tale nozione permette infatti di risalire allo Stato d'origine del fornitore e conseguentemente al criterio di collegamento territoriale più stretto che consente di definire quale legge debba applicarsi contratto in questione⁴⁹⁴.

11. Il diritto all'informazione. Un esempio di armonizzazione minima.

La preoccupazione che l'utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza potessero portare ad una diminuzione indebita delle informazioni fornite al consumatore ha portato alla formulazione di precise e dettagliate disposizioni, artt. 3, 4, 5, volte ad assicurare la trasparenza delle condizioni contrattuali, e a consentire al consumatore di poter valutare e scegliere il servizio finanziario avendo cognizione di causa.

Il sistema di tutela offerto ai consumatori dalla direttiva 2002/65 è imperniato sull'informazione, dalla cui corretta comunicazione dipende, come vedremo, lo stesso vincolo contrattuale.

La disciplina delle informazioni al consumatore costituisce un esempio di armonizzazione minima. Il legislatore, infatti, in attesa di ulteriore armonizzazione e quindi solo

⁴⁹³ Art. 3, par. 1 e 2, dir. 2000/31. In base alla clausola del mercato interno chi opera nel campo della società dell'informazione può prestare i propri servizi in tutto il territorio comunitario sulla base delle leggi applicabili e delle regolamentazioni dello Stato membro nel quale ha la propria sede principale. Sulla portata di tale clausola è sorta un'ampia disputa. Parte della dottrina ritiene che essa operi come norma di conflitto e preveda l'applicabilità al contratto della legge del Paese in cui è stabilito il fornitore, in deroga anche alle previsioni della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (in particolare l'art. 5 che stabilisce che il principio della libera scelta della legge applicabile trovi limite nella impossibilità di privare il consumatore della protezione accordatagli dallo Stato in cui risiede, *supra*). Tale impostazione prende le mosse dalla valutazione delle esclusioni introdotte dall'art. 3, par. 3 e dall'allegato. Secondo tale orientamento non avrebbe senso un'esplicita esclusione della libertà delle parti di scegliere la legge applicabile al contratto, se non si avesse voluto attribuire all'art. 3 il valore di norma di conflitto. A sostegno di questa tesi si veda, tra gli altri, ORTINO, *EC Law on Cross-border On-line Financial Services*, cit., p. 374. Altra parte della dottrina, basandosi sulla lettera delle disposizioni della direttiva (in particolare l'art. 1, par. 4 e il considerando ventitreesimo) ritiene che l'art. 3 non abbia alcuna influenza sul diritto internazionale privato, implicando solo il mutuo riconoscimento delle leggi di diritto pubblico inerenti al controllo delle attività del fornitore. In base a tale tesi la legge applicabile al contratto dovrebbe essere individuata sulla base delle norme di conflitto nazionali e delle regole convenzionali. A sostegno di tale tesi si veda, tra gli altri LOPEZ-TARRUELLA, *A European Community Regulatory Framework*, cit., p. 1344. Per una più ampia ricognizione delle tesi solo in nuce qui esposte, cfr. IORIO FIORELLI, *Il contratto elettronico*, cit., p. 141 ss.

⁴⁹⁴ Sulla nozione di fornitore stabilito e sull'applicabilità del principio del Paese d'origine nella direttiva sul commercio elettronico si rimanda a ORTINO, *Metodi di coordinamento tra sistemi giuridici statali nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari on line*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, cit., p. 79-90, p. 83 ss.; DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001, p. 66 e 69 ss.

temporaneamente, concede agli Stati membri la facoltà di mantenere o introdurre disposizioni più rigorose⁴⁹⁵. La direttiva in questione è quindi concepita come un passo intermedio nell'ambito dell'armonizzazione delle norme in materia di tutela del consumatore di servizi finanziari. Inoltre la previsione dell'art. 4, par. 1 fa espressamente salva l'applicabilità delle normative comunitarie che prevedano requisiti aggiuntivi. Tale possibilità è precisata in via esemplificativa dal considerando ventiduesimo che stabilisce che “gli altri requisiti in materia di informazioni relative ad un determinato servizio, quali la copertura di una polizza assicurativa, non sono precisati unicamente nella presente direttiva. Le informazioni di questo tipo dovrebbero essere fornite in conformità, ove del caso, della pertinente normativa comunitaria o della pertinente legislazione nazionale, adottata conformemente al diritto comunitario”.

L'art. 3 elenca una serie di informazioni avente carattere generale, relative a tutti i tipi di servizi finanziari e precisa che esse devono essere fornite al consumatore in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta. Relativamente alla determinazione del “tempo utile” sono sorti svariati dubbi relativi alla quantificazione dello stesso, per altro rimessa alla valutazione del fornitore. Si ritiene che con tale espressione si sia voluto introdurre, sebbene solo implicitamente, un periodo di ripensamento per il consumatore, il quale dovrebbe poter disporre di “un numero di giorni non esiguo, ma adeguato al grado di complessità del servizio finanziario oggetto di commercializzazione a distanza e dell'importo economico coinvolto”⁴⁹⁶ entro cui poter ricevere e analizzare i documenti informativi al fine di valutare se vincolarsi sottoscrivendo il contratto⁴⁹⁷. A tal riguardo va precisato che, mancando disposizioni che specifichino in quale momento si possa considerare concluso il contratto, rivivono le norme della direttiva 2000/31 e in particolare l'art. 9 in materia di disciplina dei contratti per via elettronica e l'art. 11 relativo all'inoltro dell'ordine. In base al primo articolo “gli Stati membri provvedono

⁴⁹⁵ Si tratta della c.d. clausola minima voluta dal Comitato economico e sociale. Cfr. il parere del Comitato economico e sociale in merito alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la Direttiva 80/181/CEE sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle unità di misura, in GUCE C 169 del 16.6.1999, p. 1-2, par. 2.5.

⁴⁹⁶ PARACAMPO, *La direttiva 2002/65*, cit., p. 409.

⁴⁹⁷ Tale affermazione sembra essere confermata dall'art. 3, par. 1, n. 2, che prevede tra le informazioni da fornire al consumatore anche l'indicazione di “qualsiasi limite del periodo durante il quale sono valide le informazioni fornite”.

affinché il loro ordinamento giuridico renda possibili i contratti per via elettronica. Essi, in particolare assicurano che la normativa relativa alla formazione del contratto non osti all'uso effettivo dei contratti elettronici e non li privi dell'efficacia e validità in quanto stipulati per via elettronica". L'art. 11, par. 1 stabilisce, inoltre, che "gli Stati membri provvedono affinché, salvo diverso accordo tra parti diverse da consumatori, nel caso in cui il destinatario di un servizio inoltri il proprio ordine mediante strumenti tecnologici, si applichino i seguenti principi: il prestatore deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario del servizio senza ingiustificato ritardo e per via elettronica; l'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti cui sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi"⁴⁹⁸.

La direttiva 2002/65 disciplina, invece, molto dettagliatamente gli obblighi informativi minimi. Ai sensi dell'art. 3, il fornitore deve, infatti, comunicare in modo chiaro e comprensibile e in maniera tale per cui il fine commerciale risulti in maniera inequivoca, specifiche informazioni riguardanti la propria identità, le caratteristiche del servizio finanziario, le peculiarità della disciplina dei contratti a distanza e le possibilità per il consumatore di agire per vie giudiziali o extragiudiziali. La comunicazione delle informazioni, sia quelle previste dalla direttiva, sia quelle che, ai sensi dell'art. 4, gli Stati possono aggiuntivamente richiedere⁴⁹⁹, deve avvenire con modalità sempre conformi al principio di buona fede precontrattuale e nel rispetto delle leggi a tutela della persona e in particolare degli incapaci.

Inoltre, ai sensi dell'art. 5 tutte le informazioni devono essere consegnate al consumatore in formato cartaceo o su altro supporto durevole prima della conclusione del contratto, o subito dopo, laddove questo sia stato concluso per iniziativa del consumatore utilizzando una tecnica che non consenta di trasmettere né le informazioni né le condizioni contrattuali. Con l'espressione "altro supporto durevole" si intende "qualsiasi strumento che permetta al consumatore di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai cui fini sono

⁴⁹⁸ In materia di conclusione del contratto elettronico cfr. SCANNICCHIO, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, in ANTONUCCI, *E-Commerce*, cit. p. 95-156.

⁴⁹⁹ L'art. 4 non configura certamente un esempio dell'armonizzazione massima invocata dallo spirito della direttiva, ma lascia presagire una scelta, che in attesa di un'ulteriore armonizzazione rimane orientata sull'armonizzazione media.

destinate le informazioni stesse, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate” (art. 2, lett. f). Tale definizione deve essere integrata alla luce del ventesimo considerando che ricorrendo alla tecnica esemplificativa, prevede che “i supporti durevoli comprendono in particolare i dischetti informatici, i CD-ROM, i DVD e il disco fisso del computer del consumatore che tiene in memoria messaggi di posta elettronica”. Non rientrano nella categoria di cui si discute, invece, i siti Internet a meno che soddisfino i criteri di cui alla definizione di supporto durevole, ossia la capacità di memorizzazione, la possibilità di un recupero agevole e di riproduzione immutata⁵⁰⁰.

Infine, non si può fare a meno di notare come l’attenzione comunitaria sia tutta focalizzata sull’informazione precontrattuale. Non vi è alcuna disposizione, infatti, che preveda diritti e obblighi informativi successivi alla conclusione del contratto e ciò nonostante la previsione del considerando n. 21 che, introducendo la problematica dell’informazione, stabilisce che “per assicurare la trasparenza la presente direttiva fissa requisiti volti a garantire un livello adeguato di informazione del consumatore sia prima che dopo la conclusione del contratto”. Si tratta di una lacuna importante, che smentisce la volontà della Commissione di perseguire un elevato livello di tutela del consumatore e che costituisce la prima delle numerose disposizioni confuse e contraddittorie della presente direttiva.

11.1 (Segue) I contratti conclusi mediante telefonia vocale.

Una disciplina particolare è prevista per le informazioni precontrattuali da fornirsi in caso di comunicazioni effettuate mediate via telefonica. In tal caso, all’inizio della conversazione il fornitore deve dichiarare esplicitamente la propria identità e il carattere commerciale della chiamata, nonché, ma solo su richiesta del consumatore deve dare un numero limitato di ulteriori informazioni e precisamente riguardanti l’identità della persona in contatto con il consumatore e il suo rapporto con il fornitore; una descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario, il prezzo totale del servizio finanziario, comprese tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest’ultimo;

⁵⁰⁰ WINKLER, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: la direttiva 2002/65/CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 537-560, p. 544.

l'indicazione dell'eventuale esistenza di altre imposte e/o costi non versati tramite il fornitore o non fatturati da quest'ultimo; l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso conformemente all'art. 6 e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità d'esercizio, comprese le informazioni relative all'importo che il consumatore può essere tenuto a versare nel caso in cui il servizio finanziario sia stato già prestato. Inoltre, il fornitore è sempre tenuto ad avvisare il consumatore che ulteriori informazioni possono essergli fornite laddove ne faccia richiesta. In tal caso verranno fornite le informazioni così come previste dall'art. 3.

Tale parsimoniosa attività informativa si giustifica tenuto conto delle peculiarità dei contratti ad esecuzione immediata, tali quelli conclusi per telefono e dal fatto che il fornitore e il consumatore interagiscono in maniera diretta.

12. Il diritto di recesso.

La tutela del consumatore disposta dalla direttiva 2002/65 opera principalmente su due piani complementari, quello dell'informazione precontrattuale e quello del diritto di recesso, che è regolato dalla lunga disposizione dell'art. 6.

Al consumatore è concesso un termine di quattordici giorni dalla conclusione del contratto, trenta nel caso in cui l'oggetto sia costituito dall'assicurazione sulla vita, per l'esercizio del diritto di recesso, a prescindere dall'esistenza di vizi del consenso (recesso penitenziale) e senza dover né pagare alcuna penale, né fornire il motivo (recesso ordinario)⁵⁰¹.

Il suddetto termine decorre in genere a partire dalla conclusione del contratto, tranne che per il caso delle assicurazioni sulla vita, nel qual caso il termine comincia a decorrere dal momento in cui al consumatore viene comunicato che il contratto è stato concluso. Inoltre, nel caso in cui il contratto sia stato concluso mediante una tecnica che non abbia permesso di trasmettere le condizioni contrattuali per iscritto prima della conclusione del contratto, il termine per l'esercizio del ricorso inizia a decorrere dalla data in cui il consumatore riceve informazioni ai sensi dell'art. 5, par. 2.

Tale disposizione mostra chiaramente la relazione esistente tra obblighi informativi del fornitore e diritto di recesso del consumatore. L'inizio del decorso del termine di 14

⁵⁰¹ Cfr. RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE*, cit., p. 97 s. e bibliografia ivi citata.

presuppone il ricevimento delle informazioni prima o dopo la conclusione del contratto. Ciò significa che in caso di ritardo del fornitore nell'adempimento agli obblighi di cui all'art. 5, si prolunga il periodo in cui l'efficacia del contratto rimane incerta, in quanto subordinata all'arbitrio del consumatore, titolare del diritto di recesso.

Nei quattordici giorni che decorrono dalla conclusione del contratto (o dal giorno del ricevimento delle informazioni) gli Stati membri possono anche sospendere l'applicabilità ed esecuzione dei contratti relativi ai servizi di investimento.

Le modalità di esercizio del diritto di recesso sono specificate dal paragrafo 6 il quale dispone che il consumatore debba inviare prima dello scadere del termine e secondo le istruzioni pratiche dategli ai sensi dell'art. 3 una comunicazione scritta o su altro supporto durevole "che costituisca un mezzo di prova conformemente alla legislazione nazionale". Il criterio per verificare l'avvenuto rispetto del termine è quello della data di spedizione, a prescindere dall'effettivo momento in cui il fornitore ne venga a conoscenza.

Il settimo paragrafo, si preoccupa di disciplinare i contratti collegati, ossia quei contratti distanza relativi a un determinato servizio finanziario a cui sia aggiunto un altro contratto a distanza riguardante servizi finanziari prestati da un fornitore o da un terzo sulla base di un accordo tra il terzo e il fornitore. In caso di esercizio tempestivo del diritto di recesso, tali contratti aggiuntivi, si risolvono, senza alcuna penale.

12.1 (Segue) L'armonizzazione parziale del diritto di recesso: le deroghe.

Il par. 2 dell'art. 6 elenca una serie di contratti per i quali il diritto di recesso non si applica. Si tratta di servizi finanziari che per ragioni di prezzo o per gli effetti giuridici del contratto non presentano particolari esigenze di tutela del consumatore.

In primo luogo non sono recedibili quei contratti riguardanti servizi finanziari il cui prezzo dipende da fluttuazioni del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono aver luogo durante il periodo di recesso (art. 6, par. 2, lett. a). In tale categoria rientrano, per esempio, i servizi riguardanti operazioni di cambio; gli strumenti del mercato monetario; i valori mobiliari; le quote di un organismo di investimento collettivo; i contratti a termine fermo (*futures*) su strumenti finanziari; compresi gli strumenti equivalenti

che si regolano in contanti; i contratti a termine su tassi di interesse (FRA); i contratti *swaps* su tassi d'interesse; su valute o contratti di scambio connessi ad azioni o a indici azionari (*equity swaps*); le opzioni per acquistare o vendere qualsiasi strumento previsto dalla presente lettera; compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti; in particolare le opzioni su valute e su tassi d'interesse.

Questo primo ordine di deroghe presta il fianco, a parere di chi scrive, a talune critiche. L'esclusione del diritto di recesso rispetto a questa tipologia di contratti pare giustificata dal fatto che il prezzo è connesso alle fluttuazioni, non controllabili, dei mercati finanziari. Non si può negare, inoltre, che i prodotti finanziari ad essi connessi, in virtù del loro tecnicismo, sono normalmente acquistati da soggetti professionisti. Ciò non toglie tuttavia, che ad essi possano accedere anche soggetti privi delle necessarie conoscenze tecniche a cui la previsione del diritto di recesso avrebbe reso un buon servizio.

Inoltre, il diritto di recesso non è previsto per le polizze di assicurazione viaggio e bagagli o le analoghe polizze assicurative a breve termine di durata inferiore a un mese (art. 6, par. 2, lett. b), nonché per i contratti interamente eseguiti da entrambe le parti su richiesta esplicita del consumatore prima che quest'ultimo eserciti il suo diritto di recesso (art. 6, par. 2, lett.c). Tale ultima disposizione risulta ambigua. Infatti per espressa previsione dell'art. 12, par. 1 il consumatore non può rinunciare al diritto di recesso, se non nei casi consentiti dalla legge. Non serve a chiarire i dubbi interpretativi il considerando ventiquattresimo per il quale "qualora il diritto di recesso non si applichi per effetto di un'esplicita richiesta di esecuzione del contratto da parte del consumatore, il fornitore dovrebbe informarne il consumatore". Si deve ritenere quindi che il legislatore comunitario abbia ritenuto che in presenza di una richiesta del consumatore venga meno la ragione d'essere del diritto di recesso.

Il diritto di recesso è, quindi, armonizzato solo parzialmente.

Oltre alle deroghe espressamente previste, l'art. 6, par. 3 concede agli Stati membri la facoltà (armonizzazione opzionale) di escludere il diritto di recesso nel caso di contratti aventi ad oggetto i crediti diretti all'acquisto o al mantenimento dei diritti di proprietà su terreni o edifici esistenti o progettati, o volti al rinnovo o alla ristrutturazione di edifici. Ancora possono essere esclusi a discrezione dei Paesi membri i contratti di credito garantiti da ipoteca su beni immobili o da diritti su beni immobili, nonché le dichiarazioni dei

consumatori rilasciate dinanzi ad un pubblico ufficiale, sempre che il pubblico ufficiale confermi che al consumatore sono garantiti i diritti di cui all'art. 5, par. 1.

Tali disposizioni lasciano dubbiosi. La possibilità di ampliare il novero delle deroghe a discrezione dello Stato, in primo luogo sminuisce la tutela offerta al consumatore e smentisce il recente indirizzo comunitario, espresso nel *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets*⁵⁰², volto a creare una maggiore fiducia del consumatore che accede ai mutui e crediti ipotecari e a facilitarne la mobilità. In secondo luogo tali disposizioni non sembrano funzionali nemmeno all'obiettivo di eliminare gli ostacoli normativi all'integrazione del mercato dei servizi finanziari al dettaglio, contribuendo, anzi, alla frammentazione dello stesso.

A chiusura della norma il par. 8 dispone che restino impregiudicate “le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia di scioglimento, estinzione o non applicabilità del contratto a distanza o il diritto del consumatore di ottemperare ai suoi obblighi contrattuali prima del termine fissato dal contratto a distanza”.

12.2 (Segue) Pagamento del servizio fornito prima del recesso.

Come visto il recesso tempestivo non comporta, ai sensi dell'art. 6, par. 1, alcuna penale. Tuttavia il consumatore può essere tenuto a pagare il solo importo del servizio finanziario che sia già stato effettivamente prestato dal fornitore conformemente al contratto a distanza. Il legislatore comunitario ha voluto precisare, onde evitare che il fornitore, abusando del suo diritto neutralizzi la previsione dell'art. 6, par. 1, che l'importo dovuto deve essere proporzionale all'importanza del servizio fornito in rapporto a tutte le prestazioni previste dal contratto e non debba essere tale da costituire di fatto una penale.

Il primo paragrafo dell'art. 7 dispone che l'esecuzione del contratto non possa essere iniziata senza il previo consenso del consumatore. Da ciò si deduce che, in assenza di tale consenso, non possa essere richiesto il pagamento per la prestazione anticipata. Tale assunto deve essere letto insieme al disposto dell'art. 7, par. 3 che prevede che il fornitore non possa

⁵⁰² COM(2007) 807 def. del 18.12.2007.

pretendere il pagamento laddove abbia dato esecuzione anticipata senza previa richiesta del consumatore.

In merito sorgono parecchi dubbi interpretativi, poiché le disposizioni sembrano contrastanti: da un lato si ritiene sufficiente a giustificare il pagamento dell'importo il mero consenso all'esecuzione anticipata, dall'altro sembra essere necessaria una richiesta. È stato sostenuto⁵⁰³ che il legislatore abbia usato nel paragrafo terzo il verbo *richiedere* anziché *acconsentire* per via di una mera svista e che sarebbe forse più opportuno non interpretare il testo letteralmente. In tal caso, tuttavia, le disposizioni di cui al par. 1 e al par. 3, risulterebbero ridondanti, avendo il medesimo contenuto: senza il consenso del consumatore all'esecuzione anticipata del contratto, il servizio effettivamente prestato non viene remunerato.

L'interpretazione letterale dei due commi, invece, comporterebbe un'ulteriore restrizione del diritto del fornitore di farsi pagare il servizio effettivamente fornito. In base alla lettera, infatti, il mero consenso (comportamento passivo del consumatore) di cui al par. 1 dovrebbe considerarsi necessario all'esecuzione del contratto sia prima che dopo la scadenza del termine di recesso, ma non basterebbe a rendere certa un'esecuzione anticipata e quindi, a giustificare il pagamento dell'importo del servizio prestato prima dell'esercizio del diritto di recesso. Il pagamento sarebbe, invece, dovuto solo in presenza di una richiesta (e quindi di un'iniziativa autonoma ed attiva) del consumatore. Tuttavia, in caso di richiesta di anticipo dell'intera prestazione da parte del consumatore, quest'ultimo perde il diritto di recesso (art. 6, par. 2, lett. c). In questo caso la disposizione dell'art. 7, par. 3 risulterebbe inutile. Unica e residua ipotesi di applicazione sarebbe il caso di una prestazione frazionata eseguita solo in parte per espressa richiesta del consumatore. In questo caso, il consumatore non perderebbe il diritto di recesso e il fornitore potrebbe esigere il pagamento.

Passando all'analisi di disposizioni più chiare, è previsto che il pagamento non possa essere richiesto se il fornitore non prova di aver adeguatamente informato il consumatore dell'importo dovuto ai sensi dell'art. 3, par. 1, n. 3, lett. a).

Il fornitore, inoltre, è tenuto a rimborsare al consumatore, quanto prima e al più tardi entro 30 giorni di calendario dal giorno della ricezione della comunicazione di recesso, tutti gli

⁵⁰³ RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE*, cit., p. 104.

importi da questo versatigli in conformità del contratto a distanza, mentre entro lo stesso termine (ma a partire dal giorno dell'invio della comunicazione) il consumatore deve restituire al fornitore qualsiasi importo e/o bene che abbia ricevuto da quest'ultimo.

Infine, è concessa la facoltà agli Stati membri di prevedere che il consumatore non sia tenuto a pagare alcun importo allorché recede da un contratto di assicurazione e di esonerare dal pagamento dell'importo i consumatori che recedono da un contratto di assicurazione.

13. Le carte di pagamento.

I mezzi ordinari di pagamento *off-line* (contanti, ma anche assegni o bonifici) sono inadeguati rispetto alle fattispecie del contratto a distanza, le quali, appunto per questa ragione, di norma richiedono espressamente, che il pagamento sia effettuato *on-line*, mediante l'utilizzo di carte di pagamento o di altri strumenti elettronici, senza lasciare altra scelta al consumatore, che si vede costretto ad utilizzare il mezzo richiesto⁵⁰⁴. Il tema dei pagamenti *on-line* è decisamente delicato, poiché è dalla sicurezza delle transazioni che dipende la maggiore fiducia dei consumatori e, quindi, lo sviluppo del commercio a distanza e soprattutto elettronico.

Per questo motivo l'art. 8, occupandosi delle carte di pagamento, impegna gli Stati ad assicurare al consumatore che le utilizzi, per le transazioni relative ai contratti a distanza di servizi finanziari, idonee misure di tutela.

In particolare lo Stato deve assicurare che il consumatore possa chiedere l'annullamento di un pagamento effettuato in modo fraudolento e che allo stesso possa essere riaccreditato o rimborsato l'importo versato.

Nella categoria delle "carte di pagamento" rientra in primo luogo la carte di credito, che è il mezzo più utilizzato, per i pagamenti *on-line*. Mediante il suo utilizzo, previa trasmissione delle coordinate della carta, si autorizza con l'utilizzo di sistemi crittografici il fornitore a prelevare i fondi dall'ente che ha emesso la carta stessa. In secondo luogo rientrano nella

⁵⁰⁴ I contratti a distanza sono normalmente conclusi per adesione e il contenuto è predisposto unilateralmente dal fornitore, mentre al consumatore è richiesto semplicemente di sottoscrivere le condizioni generali di contratto. Cfr. PONTIROLI, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2006, p. 678-698, p. 684.

categoria di cui si discute anche le c.d. *smarts cards*, tesserini magnetici sui quali è memorizzato un certo importo e che può essere utilizzato fino ad esaurimento, e successivamente ricaricato presso l'istituto di emissione.

Non è questa la sede per esaminare gli strumenti di pagamento elettronici⁵⁰⁵, che comprendono oltre alle carte di credito e alle *smarts card* anche i conti virtuali⁵⁰⁶, gli assegni elettronici⁵⁰⁷ e la moneta elettronica⁵⁰⁸, per l'analisi dei quali si rimanda specifica dottrina in materia⁵⁰⁹.

14. Servizi e comunicazioni non richieste.

⁵⁰⁵ La definizione di mezzo di pagamento elettronico è data dalla racc. 97/489/CE del 30.7.1997 (in GUCE L 208 del 2.8.1997, p. 52-58) secondo cui “uno strumento che consente al titolare di effettuare le operazioni” di “trasferimento di fondi mediante strumenti di pagamento elettronici, ad eccezione dei trasferimenti conferiti su istruzione ed eseguiti da istituzioni finanziarie”, nonché “le operazioni di ritiro di denaro contante e caricamento o scaricamento di tali strumenti presso attrezzature come le casse automatiche e gli sportelli automatici, nonché presso l'emittente o presso un ente obbligato contrattualmente ad accettare detti strumenti di pagamento”.

⁵⁰⁶ L'utente accende un conto presso una società abilitata e comunica gli estremi della propria carta di credito con mezzi diversi da Internet. Gli viene quindi attribuito un *Virtual PIN (Personal Identification Number)* da utilizzare nelle transazioni in rete, al posto della carta di credito. Il pagamento avviene in seguito alla trasmissione del *Virtual PIN* al fornitore che, a sua volta, lo ritrasmette alla società che lo ha emesso, la quale, ottenuta conferma dall'utente, autorizza la transazione.

⁵⁰⁷ Sono assegni che circolano in rete e che sono vidimati mediante l'apposizione della firma elettronica del titolare. Una volta nelle mani del fornitore, esso lo gira sempre firmandolo elettronicamente alla propria banca per la riscossione. Tali assegni sono crittografati.

⁵⁰⁸ Il sistema più nuovo, è rappresentato dalla moneta elettronica. In tal caso il pagamento avviene grazie alla possibilità di caricare un importo di denaro direttamente nella memoria del computer (o di una *smart card*) in modo tale che l'acquirente, aperto un conto bancario reale presso la banca, preleva dal suo conto una cifra che viene memorizzata sotto forma di moneta digitale. Il fornitore, previo un controllo presso la banca procede all'incasso. Cfr. PACILEO, *La disciplina della moneta elettronica a seguito del recepimento delle direttive 2000/46/CE e 2000/28/CE nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, p. 307-356; D'ORAZIO, *Il quadro giuridico della moneta elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, p. 191-237; VALENTINO, *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, p. 49-63; CASSESE, *La vigilanza sugli “istituti di moneta elettronica” [Commento a Direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 settembre 2000]*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 186-193; DI FONZO, *La moneta elettronica: confronto tra la normativa comunitaria e la disciplina italiana*, Roma, 2001, reperibile all'indirizzo <http://www.archivioceradi.luiss.it/documenti/archivioceradi/impresa/banca/monetaelettronica.pdf>;

FINOCCHIARO, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1345-1361; OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, p. 809-815; TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 53, 2001; VERECKEN, *Electronic Money: EU Legislative Framework*, in *European Business Law Review*, 2000, p. 417-43.

⁵⁰⁹ Cfr. FINOCCHIARO, *Il problema dei mezzi di pagamento*, in TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di internet*, Milano, 2003, p. 269-306; STUMPO, *Il quadro tecnico e normativo di riferimento degli strumenti di pagamento on line*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, p. 685-704; LANFRANCHI, *Problemi giuridici della monetica*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Milano, 1999, p. 119-126;

L'art. 9 impone agli Stati membri, fatte salve le disposizioni nazionali relative al tacito rinnovo dei contratti a distanza, l'adozione delle misure necessarie per tutelare il consumatore dall'invio di servizi finanziari non richiesti. In primo luogo è previsto che i Paesi membri debbano vietare la fornitura di servizi finanziari ad un consumatore senza che questi ne abbia preliminarmente fatto richiesta, ma solo quando questa fornitura comporti una domanda di pagamento immediato o differito nel tempo. La prima parte dell'art. 9 non dispone, quindi una tutela a tutto tondo del consumatore, ma la limita ai casi descritti⁵¹⁰.

In secondo luogo gli Stati sono tenuti a "dispensare il consumatore da qualunque obbligo in caso di fornitura non richiesta, fermo restando che l'assenza di risposta non implica consenso".

La direttiva prevede, inoltre, all'art. 10 che gli Stati adottino le misure necessarie e idonee a proteggere efficacemente i consumatori che non vogliono essere contattati tramite determinate tecniche di comunicazione o in determinati momenti.

In primo luogo l'utilizzo di determinate tecniche di comunicazione a distanza da parte del fornitore viene subordinato al previo consenso del consumatore⁵¹¹. In particolare l'autorizzazione è necessaria per l'impiego di fax e di sistemi automatizzati di chiamata senza intervento di un operatore (dispositivo automatico di chiamata).

Inoltre, l'art. 10, tradendo lo spirito dell'armonizzazione massima, introduce il diritto degli Stati di scegliere se subordinare l'impiego delle altre tecniche di comunicazione (che non siano il fax o i dispositivi automatici di chiamata) a meccanismi di *opt in*, per cui l'impiego di una particolare tecnica è subordinata all'esplicita autorizzazione del consumatore, o di *opt out*, in base al quale tali tecniche sono utilizzate solo in assenza di una manifesta opposizione del consumatore⁵¹². Al riguardo è stato osservato che la disciplina in questione, che lascia agli Stati membri la scelta tra l'una o l'altra tecnica non è funzionale all'integrazione del mercato comune, il quale come noto non trae vantaggio dalla presenza di legislazioni nazionali diverse⁵¹³.

⁵¹⁰ Ciò sembra, per altro, in contraddizione con il considerando venticinquesimo che prevede semplicemente che "Il consumatore dovrebbe essere tutelato dai servizi non sollecitati" senza la previsione di alcun limite.

⁵¹¹ "È dunque intenzione del legislatore comunitario riconoscere al consumatore un diritto alla protezione della vita privata". Così RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE*, cit., p. 106.

⁵¹² L'art. 10 riprende le disposizioni dell'art. 7 della dir. 2000/31 e l'art. 10 della dir. 97/7.

⁵¹³ GIURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, p. 103-114, p. 113.

15. Sanzioni e onere della prova.

Ai sensi dell'art. 11 gli Stati membri sono tenuti a prevedere sanzioni adeguate in caso di mancato rispetto da parte del fornitore delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva 2002/65. La scelta delle sanzioni (civili, amministrative o anche penali) è lasciata ai legislatori nazionali, con l'unico vincolo dato dal fatto che esse debbono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Tale disposizione ci fornisce un buon esempio di armonizzazione minima tramite l'enunciazione di un principio generale.

Lo Stato può scegliere di disporre o meno un diritto del consumatore di risolvere il contratto in qualsiasi momento, senza costi e senza penali.

L'art. 15, con una disposizione poco cristallina, disciplina l'onere della prova. Anche in questo caso l'armonizzazione operata dalla direttiva sembra essere opzionale, poiché la disposizione in questione attribuisce agli Stati la facoltà di stabilire che l'onere della prova relativo all'adempito obbligo di informazione e all'effettiva prestazione del consenso da parte del consumatore alla conclusione del contratto e, eventualmente all'esecuzione dello stesso, incomba o meno sul fornitore. Tuttavia, il comma successivo stabilisce in maniera, direi, contraddittoria che "costituisce clausola abusiva, ai sensi della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, ogni clausola contrattuale che ponga a carico del consumatore l'onere della prova dell'ottemperanza, totale o parziale, da parte del fornitore, agli obblighi che gli incombono in virtù della presente direttiva".

16. Il diritto di ricorso giurisdizionale, amministrativo e extragiudiziale.

Ai sensi del ventisettesimo considerando "per tutelare i consumatori occorre prevedere procedure appropriate ed efficaci di reclamo e di ricorso negli Stati membri onde disciplinare le eventuali controversie tra fornitori e consumatori utilizzando, se del caso, le procedure esistenti". A tal fine l'art. 13, par. 1 impegna gli Stati membri a vigilare affinché siano posti in atto mezzi adeguati ed efficaci per assicurare il rispetto della direttiva nell'interesse dei consumatori. In particolare, essi sono tenuti ad introdurre nelle proprie

legislazioni nazionali disposizioni che accordino la legittimazione processuale (ovviamente attiva, ma anche passiva), ad uno o più tra gli organismi elencati nella direttiva, ossia: gli organismi pubblici o i loro rappresentanti; le associazioni di consumatori aventi un interesse legittimo a tutelare i consumatori; le associazioni professionali aventi un interesse legittimo ad agire⁵¹⁴.

Funzionale all'effettiva tutela del consumatore è anche la cessazione della pratica illegittima da parte del fornitore. Per questo motivo, ai sensi del par. 3, gli Stati membri devono prendere tutte le misure necessarie "affinché i fornitori e gli operatori di tecniche di comunicazione a distanza, se sono in grado di farlo, pongano fine alle pratiche dichiarate non conformi alla presente direttiva sulla base di una decisione giudiziaria, di una decisione emanante da un'autorità amministrativa o da un'autorità di controllo loro notificata".

Oltre al ricorso giudiziale la direttiva dispone che gli Stati membri debbano promuovere "l'istituzione di adeguate ed efficaci procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso per la composizione di controversie riguardanti i consumatori relative a servizi finanziari forniti a distanza", in particolare esortando "gli organismi responsabili della composizione extragiudiziale delle controversie a cooperare ai fini della composizione delle controversie transfrontaliere riguardo a servizi finanziari forniti a distanza". A tal riguardo il ventottesimo considerando stabilisce che "gli Stati membri dovrebbero incitare gli organismi pubblici o privati preposti alla composizione stragiudiziale delle controversie a cooperare nella risoluzione delle controversie transfrontaliere. Questa cooperazione potrebbe in particolare mirare a consentire al consumatore di sottoporre agli organi extragiudiziali stabiliti nello Stato membro in cui risiede i reclami relativi a fornitori stabiliti in altri Stati membri".

16.1 (Segue) I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e la rete FIN-NET, cenni.

Nell'introdurre il tema del ricorso extragiudiziale il ventottesimo considerando cita la rete FIN-NET (*Financial Services Complaints Network*), che nell'opinione del legislatore

⁵¹⁴ Tale disposizione dà l'ulteriore conferma dell'orientamento comunitario che accorda la legittimazione processuale agli organismi su elencati. Così MARTINELLO, CESTA, *Verso una direttiva europea*, cit., p. 537.

comunitario dovrebbe offrire “un’ulteriore assistenza ai consumatori che si avvalgono di servizi transfrontalieri”. Esso è un sistema comunitario all’interno del quale le Parti⁵¹⁵ si impegnano a collaborare per agevolare la risoluzione extragiudiziale delle controversie tra consumatori e fornitori di servizi finanziari e che vengono proposte in alternativa alle lunghe vie giudiziali.

La rete FIN-NET è stata istituita il primo febbraio 2001 per iniziativa della Commissione, in attuazione del secondo obiettivo del PASF. Essa predispose gli strumenti per un’efficace cooperazione tra gli organi responsabili a livello nazionale per la soluzione extragiudiziale delle controversie in materia finanziaria e garantisce, ai consumatori di servizi finanziari sia *on-line* o *off-line*, un effettivo accesso alla giustizia, poiché il consumatore può rivolgersi all’organo deputato ed ottenerne un’effettiva decisione.

Giova ricordare che complementare e speculare all’iniziativa FIN-NET è il sistema EEJ-NET (*European Extra-Judicial Network*), il quale mira ad aiutare i consumatori a risolvere le vertenze transfrontaliere con imprese che forniscono beni e servizi, fornendo loro informazioni ed assistenza affinché possano risolvere la propria controversia in via amichevole, tramite un sistema adeguato di risoluzione alternativa delle controversie. A differenza del FIN-NET, non garantisce quindi un diretto accesso alla giustizia. Esso consiste in una rete di centri di compensazione, i quali sono presenti in ogni Stato membro, nonché in Norvegia e in Islanda.

Le iniziative in questione si inseriscono nel contesto dei lavori in corso nell’ambito della Comunità europea per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e, più in particolare, per garantire un migliore accesso alla giustizia, tramite l’elaborazione di un quadro giuridico comune per i metodi alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution-ADR*). A partire dagli anni Novanta del secolo scorso sono state prese svariate iniziative volte a favorire lo sviluppo degli ADR, di cui si fornisce breve elenco qui

⁵¹⁵ I membri di FIN-NET sono gli ombudsmen bancari e assicurativi. Alla rete partecipano attualmente 41 organismi degli Stati membri, più cinque di Norvegia e Islanda. L’elenco dei partecipanti è reperibile all’indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/finnet/index_en.htm. Per l’Italia partecipano Ombudsman Bancario e l’ISVAP, sezione reclami, entrambe con sede a Roma. Tuttavia, si deve sottolineare come le controversie gestite dall’Ombudsman bancario italiano siano soggette ad un bassissimo limite di valore. Esse non possono, infatti, eccedere i 5.165 €.

di seguito⁵¹⁶. L'urgente necessità di assicurare l'accesso alla giustizia ai consumatori e di facilitare la risoluzione di controversie transnazionali è stato per la prima volta evidenziato dal *Libro verde* della Commissione del 1993⁵¹⁷ a cui ha fatto seguito la proposta, e successivamente l'adozione, della direttiva relativa ai provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori⁵¹⁸ e un *Piano d'azione* sull'accesso dei consumatori alla giustizia e sulla risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato interno⁵¹⁹. Di notevole importanza è stata l'adozione di due raccomandazioni della Commissione volte a disciplinare due diversi metodi di risoluzione delle controversie. Le procedure in cui il terzo decide della controversia, sono oggetto della raccomandazione 98/257⁵²⁰, che riguarda altresì l'arbitrato relativo a controversie in materia di consumo e che quindi si applica anche alle decisioni da prendersi in sede FIN-NET. Essa elenca i sette principi minimi che devono essere rispettati dagli organi decidenti: indipendenza, trasparenza, effettivo contraddittorio tra le parti, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza. Gli Stati membri sono stati indotti a stilare e a comunicare alla Commissione un inventario degli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo conformi alla raccomandazione. Regola, invece, le procedure in cui il terzo aiuta le parti a trovare un accordo, senza però assumere una posizione formale sulle soluzioni da dare eventualmente alla controversia, la raccomandazione 2001/310⁵²¹, la quale enuncia i quattro principi a cui tali soggetti si devono attenere: imparzialità, trasparenza, efficacia e equità. Ulteriori iniziative della Commissione sono state prese in materia di mediazione, in attuazione del nuovo *Libro verde* della Commissione del 2002⁵²², e hanno portato alla

⁵¹⁶ Per approfondimenti cfr. ATHANASSIOU, MAVROMMATI, *Towards a Single Market in Retail Financial Services. Reflection on the Role of ADR*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, p. 229-262, p. 242 ss.; CAMARDI, *Metodi alternative di risoluzione delle controversie: diritto spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 549-601.

⁵¹⁷ Libro verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, COM(1993) 576 def., del 16.11.1993. Con esso la Commissione ha esaminato le procedure giudiziali nazionali e ha preso atto delle differenze esistenti tra Stati membri e della nascita di sistemi alternative di risoluzione delle controversie.

⁵¹⁸ Dir. 98/27/CE, in GUCE L 166 dell'11.6.1998, p. 51-55.

⁵¹⁹ COM(1996) 13 def., del 14.2.1996.

⁵²⁰ Raccomandata del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, in GUCE L 115 del 17.4.1998, p. 31-34.

⁵²¹ Raccomandata del 4.4.2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, in GUCE L 109 del 19.4.2001, p. 56-61.

⁵²² Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM(2002) 196 def., del 19.4.2002.

presentazione di una proposta di direttiva relativa ad alcuni aspetti civili della mediazione⁵²³ e all'adozione di un codice di condotta dei mediatori⁵²⁴.

L'efficacia dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie assume particolare rilievo nell'ottica dell'integrazione del mercato interno e soprattutto per il settore dei servizi finanziari. Si ritiene, infatti, che, a fronte della crescita delle tecniche di commercializzazione a distanza e *on-line* dei servizi finanziari, uno sviluppo armonioso e preciso di un quadro comunitario armonizzato relativo ai ricorsi extragiudiziali avrebbe l'effetto di accrescere la fiducia dei consumatori verso i servizi finanziari provenienti dagli altri Paesi membri, contribuendo ad abbattere il più forte tra gli ostacoli c.d. "naturali" che impediscono l'integrazione del settore dei servizi finanziari al dettaglio: la sfiducia dei consumatori nei confronti del servizio e del fornitore estero⁵²⁵. La maggiore certezza e sicurezza che deriverebbe dall'operatività di un efficace sistema di risoluzione delle controversie in grado di garantire i diritti dei consumatori in tempi brevi e la possibilità di risolvere le controversie in via amichevole, contribuirebbe notevolmente all'accrescimento della fiducia del consumatore e, quindi, all'integrazione del mercato dei servizi finanziari al dettaglio. Tuttavia, si deve rilevare che attualmente il quadro giuridico di riferimento è ancora ad uno stadio embrionale e non è in grado di fornire il grado di certezza richiesta. Infatti, le disposizioni comunitarie emesse, non sono vincolanti e rimandano ai sistemi nazionali competenti già esistenti.

Mancando un'opera di armonizzazione comunitaria, quindi, le procedure e gli standard di risoluzione delle controversie rimangono notevolmente diverse da Stato a Stato⁵²⁶.

17. Conclusioni. Tutela dei consumatori: armonizzazione solo tendenzialmente massima.

Sia la proposta di direttiva per il credito al consumo, sia la direttiva relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari si preoccupano di tutelare la posizione

⁵²³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, COM(2004) 718 def., del 22.10.2004.

⁵²⁴ Il testo del codice di condotta è reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf.

⁵²⁵ ATHANASSIOU, MAVROMMATI, *Towards a Single Market in Retail Financial Services*, cit., p. 237 ss.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 249.

dei consumatori, l'una proponendo di "mantenere l'approccio della piena armonizzazione" ravvisando in tale tecnica "il modo migliore di creare un vero mercato unico che permetta alle imprese di offrire credito al consumo in un altro Paese"⁵²⁷, l'altra perseguendo l'obiettivo di garantire un "livello elevato di protezione dei consumatori"⁵²⁸.

Tuttavia, l'intento di armonizzare pienamente tali materie è tradito da svariati aspetti: numerose disposizioni, infatti, si dissociano dalle enunciazioni di principi contenuti nei preamboli delle direttive, permettendo agli Stati di adottare disposizioni diverse da quelle in esse contenute.

La proposta di direttiva sul credito al consumo enuncia la necessità di una piena armonizzazione stabilendo, all'art. 21 par. 1, che "Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere o introdurre disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente direttiva".

Tuttavia, essa presenta numerosi limiti. In primo luogo, effettua una armonizzazione solo parziale della materia del credito al consumo. Come abbiamo visto l'art. 2, comma 1 elenca una lunga lista di contratti che rimangono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva. Per altro quest'ultima risulta "svuotata" rispetto al suo contenuto iniziale, poichè la proposta del 2004 si proponeva di regolamentare anche i contratti di credito ipotecario e i contratti di fideiussione e garantiti.

In secondo luogo, l'intento di armonizzazione massima è tradito là dove la proposta ricorre all'ausilio del mutuo riconoscimento. La direttiva lascia infatti un certo margine di manovra agli Stati membri e si preoccupa di far sì che esso "non faccia sorgere ulteriori barriere nel mercato unico del credito al consumo. Pertanto, relativamente ad un numero limitato di questioni, la Commissione integra l'approccio dell'armonizzazione completa con lo strumento del riconoscimento reciproco. Ciò contribuisce a ridurre gli oneri gravanti sulle imprese che vogliono offrire crediti al consumo in altri Stati membri"⁵²⁹.

⁵²⁷ COM(2005) 483 def., cit., p. 7. Cfr. anche il nono considerando della proposta di direttiva.

⁵²⁸ Dir. 2002/65, cit., considerandi n. 1, 3, 9, 12, 13, 21.

⁵²⁹ COM(2005) 483 def., cit., p. 8. cfr. anche art. 21, par. 1 secondo cui "Nel recepire e nell'applicare l'articolo 5, paragrafi 1, 2 e 5, l'articolo 13, l'articolo 14, paragrafi 1 e 2, e gli articoli 15, 17, 19 e 20, gli Stati membri, fatti salvi i provvedimenti necessari e proporzionati che essi possono adottare per motivi di ordine pubblico, non pongono restrizioni alle attività dei creditori che, nel quadro della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi, sono stabiliti in un altro Stato membro e operano sul loro territorio conformemente alla presente direttiva".

In terzo luogo alcune disposizioni restano ambigue attribuendo agli Stati ampia discrezionalità, come avviene per la questione del collegamento funzionale regolata dall'art. 14, che per altro, codifica una disposizione decisamente meno coraggiosa di quella contenuta nelle proposte di direttiva precedenti a quella del 2005⁵³⁰ e decisamente poco garantista dell'interesse del consumatore.

Ultimo aspetto da prendere in considerazione è relativo alla previsione dell'art. 8, il quale dispone che ciascuno Stato membro garantisca agli istituti finanziari degli Stati membri l'accesso alle banche dati nazionali a condizioni non discriminatorie e di reciprocità. Tale norma assume fondamentale importanza: la possibilità di consultare le banche dati e di conoscere e scambiarsi le informazioni sulla solvibilità dei clienti costituisce un elemento essenziale per un'effettiva prestazione transfrontaliera dei servizi. Gli enti creditizi spesso rifiutano clienti stranieri, non avendo alcuna informazione sulla loro solvibilità e sulla loro situazione finanziaria e patrimoniale. La norma dell'art. 8 è, quindi, fondamentale per superare la naturale ritrosia di certe banche straniere ad accettare clienti di cui non abbiano alcuna conoscenza e quindi per favorire una maggiore mobilità dei consumatori su un piano comunitario.

Tuttavia, nonostante la disposizione dell'art. 8 debba essere considerata con favore, presta il fianco a due ordini di critiche. In primo luogo, pone solo il principio generale secondo cui “nel caso dei crediti transfrontalieri, ogni Stato membro garantisce l'accesso dei creditori degli altri Stati membri, a condizioni non discriminatorie, alle banche dati situate nel proprio territorio”. Non si preoccupa, invece, di stabilire quali siano le modalità di accesso, quali dati debbano essere condivisi, quali siano le controprestazioni della banca straniera che chiede di consultare le informazioni e i costi che dovrà affrontare. Tale enunciazione di principio rischia quindi di tradursi in ventisette disposizioni nazionali diverse, con l'effetto di creare ulteriori ostacoli alla prestazione transfrontaliera. In secondo luogo, la disposizione dell'art. 8 si caratterizza per la sua minore incisività rispetto a quella contenuta nella proposta di direttiva del 2002⁵³¹ che prevedeva non solo un obbligo di garantire il libero accesso ai sistemi esistenti di condivisione dei dati, ma anche l'obbligo di ciascuno Stato di creare *ex novo* tali registri, laddove mancanti.

⁵³⁰ COM(2002) 443 def, cit. e COM(2004) 747 def., cit.

⁵³¹ COM(2002) 443 def., cit.

Anche la direttiva sulla commercializzazione servizi finanziari a distanza non sembra potersi inquadrare tra quelle che predispongono un'armonizzazione piena, nonostante abbia "l'obiettivo di fornire un quadro giuridico armonizzato e adeguato per i contratti a distanza in materia di servizi finanziari il quale tenga conto delle specificità di questi ultimi"⁵³². Essa mira a consolidare e completare "il quadro giuridico già esistente in modo da facilitare il funzionamento del mercato interno e di instaurare nel contempo un livello appropriato di protezione dei consumatori (...). Considerato che i contratti negoziati a distanza rappresenteranno una parte crescente del mercato dei servizi finanziari la protezione dei consumatori diviene, in questo ambito, un obiettivo prioritario della Commissione"⁵³³.

Tuttavia le norme dalla direttiva 2002/65, sebbene dettagliate, costituiscono esempio di armonizzazione solo tendenzialmente (o falsamente) massima.

Molte sono le disposizioni che realizzano un'armonizzazione minima, parziale o alternativa. Un esempio di armonizzazione minima è fornita dalle norme in materia di informazioni, le quali espressamente stabiliscono la facoltà (anche se solo temporanea, in attesa di ulteriore armonizzazione) degli Stati membri di introdurre e mantenere disposizioni più rigorose di quelle minime previste dalla direttiva. Inoltre, esse realizzano anche una forma di armonizzazione parziale, riguardando esclusivamente l'informativa precontrattuale. Parzialmente armonizzata è anche anche la disciplina posta dall'art. 6 laddove esclude dall'applicazione della disciplina del recesso taluni (molti) tipi contrattuali. Il medesimo articolo, per altro rappresenta un'esempio di armonizzazione anche alternativa in quanto consente agli Stati di ampliare le deroghe al diritto di recesso. La medesima tecnica è utilizzata in materia di comunicazioni e servizi non richiesti (art. 10) dove si lascia ai Paesi membri la scelta tra i sistemi di *opt-in* e *opt-out*; di sanzioni (art. 11) e di onere della prova (art. 15) regolamentate discrezionalmente dai governi nazionali.

Ad opinione di chi scrive, quindi, la direttiva 2002/65 non può essere classificata tra le direttive di armonizzazione massima e nemmeno tra quelle particolarmente ben riuscite, tanto che la stessa Commissione ha dovuto prendere atto degli scarsi risultati ottenuti⁵³⁴. Tuttavia questo non stupisce. La direttiva si è prefissata due importanti obiettivi,

⁵³² Proposta di direttiva sulla commercializzazione dei servizi finanziari a distanza, COM(1998) 468 def. del 14.10.1998, p. 2.

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ COM(2007) 226 def., del 30.4.2007, *Libro Verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*, p. 15.

l'integrazione del mercato finanziario ed un'elevata tutela dei consumatori, ma le norme che essa pone non sono in grado di raggiungere né l'uno né l'altro risultato. Molte disposizioni sono contraddittorie, altre fissano il principio e al contempo numerose deroghe, indebolendo le norme a tutela del consumatore. Infine, la troppa discrezionalità lasciata agli Stati si traduce in normative nazionali diverse, che vanno a danno dell'integrazione del mercato.

Tenuto conto di quanto fin qui esposto, si può concludere dicendo che le direttive analizzate realizzino una sorta di armonizzazione "media" e pongano una base giuridica *standard-based* per la regolamentazione della commercializzazione dei servizi finanziari a distanza e del credito al consumo.

Quanto alla rete FIN-NET, che si inserisce nel quadro comunitario volto ad integrare i mercati finanziari al dettaglio, si deve prendere atto del loro positivo contributo nell'incrementare la c.d. *consumer confidence* nel settore finanziario. Al riguardo in seguito alla consultazione lanciata dalla Commissione con la pubblicazione del *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*⁵³⁵ gli *stakeholder* interpellati hanno espresso parere contrario all'introduzione di norme armonizzate in materia, ritenendo che i sistemi nazionali e locali rispondano meglio alle esigenze dei consumatori. Tuttavia, l'azione comunitaria in tale materia non può considerarsi conclusa, dovendo, invece, provvedere ad incentivare l'utilizzo dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e a permettere il coordinamento dei medesimi a livello comunitario⁵³⁶.

⁵³⁵ COM(2007) 226 def., del 30.4.2007.

⁵³⁶ *Summary of the Written Contributions received on the Green Paper on Retail Financial Services*, del 18.9.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/policy/gp_report-2007_09_18_en.pdf.

CAPITOLO QUARTO.

I SERVIZI DI PAGAMENTO.

1. Premessa. 2. Il quadro giuridico comunitario. La direttiva 97/5 sui bonifici transfrontalieri. 3. Ambito di applicazione. 4. Gli obblighi di trasparenza. 5. Gli obblighi minimi degli enti e il contenuto del contratto. 6. Il regolamento 2560/2001 sui trasferimenti transfrontalieri in Euro. 7. Ambito di applicazione. 8. I principi di parità e di trasparenza delle commissioni. 9. Misure per facilitare i bonifici transfrontalieri e gli ulteriori obblighi degli Stati membri. 10. Il progetto di un'area unica per i pagamenti in Euro (*Single Euro Payment Area*). 11. Strumenti e infrastrutture del SEPA. 12. Impatto del SEPA. 13. Il quadro giuridico di riferimento del SEPA: la proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno. 14. Ambito di applicazione e oggetto. 15. Un'autorizzazione unica per gli istituti di pagamento. *Cenni*. 16. Le norme in materia di trasparenza. 17. Diritti e obblighi in relazione alla prestazione di servizi di pagamento. 18. Conclusioni. Armonizzazione solo tendenzialmente massima.

1. Premessa.

La costituzione di mercati finanziari al dettaglio aperti e sicuri, secondo la dicitura del Piano d'azione sui servizi finanziari, passa necessariamente anche attraverso la creazione di un contesto normativo e strutturale in cui i pagamenti transfrontalieri al dettaglio possano essere effettuati in condizioni di sicurezza e competitività comparabili con il servizio dei sistemi di pagamento all'interno di ogni Paese. Un'efficiente prestazione da parte delle banche (o degli altri istituti autorizzati) dei servizi di pagamento⁵³⁷ transfrontalieri è, infatti strumentale, all'integrazione dei mercati al dettaglio in generale e dei mercati dei servizi finanziari al dettaglio in particolare e agisce accanto alle norme di armonizzazione prudenziale e del diritto contrattuale che abbiamo già visto e che, sole, non bastano al raggiungimento di tale scopo.

A partire dal 2002 i cittadini europei residenti nella zona Euro hanno potuto beneficiare della moneta unica, con la conseguenza che i pagamenti in contante possono essere effettuati con la medesima facilità sia all'interno del proprio Stato sia a livello transfrontaliero su tutto il territorio dei tredici Paesi aderenti all'Euro. In conseguenza di ciò i pagamenti in questione sono divenuti più facili, più veloci e decisamente meno costosi.

⁵³⁷ I servizi di pagamento sono elencati al punto 4 dell'allegato I alla direttiva 2006/48 tra le attività bancarie che beneficiano del mutuo riconoscimento.

Tuttavia, nonostante introduzione dell'Euro i pagamenti al dettaglio con strumenti alternativi al contante non sono ancora stati armonizzati e continuano a fondarsi su sistemi nazionali e i trasferimenti di denaro da un Paese all'altro dell'Unione monetaria sono ancora considerati transfrontalieri. Per dirlo con le parole della Commissione “l'Unione europea dispone già di un mercato interno e dell'Euro, ma non ancora di una *area unica per i pagamenti*”⁵³⁸. Infatti, “allo stato attuale, i mercati dei servizi di pagamento degli Stati membri sono organizzati separatamente, su base nazionale, e il quadro giuridico che regola i servizi di pagamento è frammentato in 25 ordinamenti nazionali”⁵³⁹.

Un sistema di pagamento è composto da un insieme di strumenti e regole (un'infrastruttura) che consentono la realizzazione di operazioni di pagamento tra le parti di una transazione nelle forme desiderate.

I sistemi di pagamento e le correlate infrastrutture si sono tradizionalmente sviluppate in relazione ad aree di valuta definite da confini nazionali. A livello statale esistono, quindi, sistemi e strumenti di pagamento efficienti e le transazioni (interne) sono realizzate in modo rapido, sicuro e a basso costo, mentre l'introduzione di una moneta unica ha comportato una dissociazione tra l'area della valuta, che ora corrisponde alla zona Euro, e i confini nazionali⁵⁴⁰. Di conseguenza i mercati dei pagamenti nell'UE risultano decisamente frammentati: quelli nazionali da un lato, e quelli transfrontalieri dall'altro con l'effetto che le transazioni intraeuropee, in assenza di un'infrastruttura che colleghi gli intermediari bancari di Paesi diversi, risultano più costose, meno efficienti e più lunghe rispetto alle medesime operazioni effettuate all'interno dei confini statali. Tale situazione produce un “effetto frontiera”⁵⁴¹ in diretto contrasto con il principio del mercato interno (articolo 14, par. 2 del Trattato), limitando l'efficacia e l'operatività delle norme tese a garantire la libera circolazione di merci, servizi e capitali.

All'inizio della terza fase dell'Unione monetaria europea è stata presa un'importante iniziativa atta a superare la problematicità della situazione appena descritta, limitatamente,

⁵³⁸ COM(2001) 36 def., del 31.1.2000, *Pagamenti al dettaglio nell'Unione europea*.

⁵³⁹ Secondo considerando della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e recante modifica delle direttive 97/7, 2000/12 e 2002/65, COM(2005) 603 def., dell'1.12.2005.

⁵⁴⁰ European Central Bank, *Towards a Single Euro Payments Area – Progress Report*, 2003, p. 8, reperibile all'indirizzo <http://www.ecb.int/pub/pdf/other/singleeuropaymentsarea200306en.pdf>.

⁵⁴¹ COM(2003) 718 def., del 2.12.2003, *Nuovo quadro giuridico per i pagamenti nel mercato interno*, p. 5.

però, al settore dei pagamenti all'ingrosso. A partire dal 1999 è operativo il TARGET, acronimo di *Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer System*, il quale offre all'interno della zona Euro servizi di pagamenti interbancari e commerciali transfrontalieri per i soli pagamenti di valore ingente. Esso è il sistema di regolamento lordo⁵⁴² in tempo reale⁵⁴³ per i pagamenti in Euro ed è costituito dai sistemi nazionali di regolamento lordo in tempo reale (*Real-Time Gross Settlement -RTGS*), dalla procedura per i pagamenti della BCE (*ECB Payment Mechanism*) e da un insieme di infrastrutture tecniche e procedure comuni (*Interlinking*) atte a creare un unico sistema per il trattamento dei pagamenti *cross-border*. Si tratta di un sistema decentrato, poiché ogni Paese deve disporre di un RTGS⁵⁴⁴ (accessibile a tutte le banche di ciascun Paese membro) collegato agli altri RTGS tramite la struttura di *Interlinking*, alla quale hanno accesso solo le Banche centrali nazionali⁵⁴⁵.

Mentre nel settore dei pagamenti all'ingrosso è stato istituito il sistema in grado di gestire le transazioni transfrontaliere in tempi brevi e con costi moderati, i pagamenti al dettaglio sono stati trascurati: manca una struttura unitaria di collegamento dei vari sistemi nazionali. Allo stato attuale, le banche individuano, sulla base di accordi bilaterali, l'istituto creditizio straniero di riferimento, al quale affidano lo svolgimento dell'operazione sul rispettivo territorio (*correspondent bank*). Tale sistema, se comprensibile e funzionante negli anni Cinquanta del secolo scorso, sorprende non poco nell'era moderna, caratterizzata dalla scalata di internet e dal successo dell'informatizzazione⁵⁴⁶.

⁵⁴² Ogni pagamento viene gestito singolarmente.

⁵⁴³ I pagamenti immessi, a prescindere dall'importo, giungono a destinazione entro un paio di minuti, se non addirittura pochi secondi, dall'addebito del conto del partecipante mittente. Inoltre, l'esito di ogni transazione viene notificato in tempo reale alla banca centrale nazionale mittente.

⁵⁴⁴ Il segmento italiano del sistema RTGS è denominato BI-REL e su di esso transitano oltre alle transazioni di importo elevato anche le operazioni transfrontaliere con controparti europee. Cfr. Banca d'Italia, *Libro Bianco sulla sorveglianza dei sistemi di pagamenti. Gli obiettivi, le modalità, i profili d'interesse*, 1999, p. 47 ss.

⁵⁴⁵ Per approfondimenti cfr. European Central Bank, *Overview of Target*, 2005, reperibile all'indirizzo <http://www.ecb.int/paym/target/html/index.en.html>; BAGLIONI, *Sistemi di pagamento e tutela della concorrenza: aspetti teorici ed istituzionali*, in POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 597-657, p. 616 ss.

⁵⁴⁶ PAR BENJAMIN ANGEL, *Les paiements transfrontalières en Euro*, in *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, 2001, p. 516-520, p. 517.

L'assenza di un'iniziativa comune in materia è stata oggetto di molte critiche che hanno investito sia la Commissione sia, soprattutto, l'Eurosistema⁵⁴⁷ (BCE e banche centrali dei Paesi della area Euro), che ai sensi dell'art. 105 TCE e dell'art. 22 dello Statuto del SEBC è competente a “promuovere il regolare funzionamento dei sistemi di pagamento”. Tale situazione penalizza le piccole e medie imprese e gli individui e si traduce in un ostacolo alla concorrenza bancaria, costituendo un freno all'integrazione del mercato⁵⁴⁸.

È stato rilevato che la conseguenza di tale inerzia “è che, se anche c'è la libera circolazione delle merci, la circolazione del denaro a distanza non sembra proprio che dia l'idea dell'esistenza di un mercato unico”⁵⁴⁹. In mancanza di un sistema europeo, infatti, i pagamenti transfrontalieri d'importo modesto risultano meno sicuri, richiedono tempi più lunghi e costano molto di più dei pagamenti effettuati all'interno dello Stato⁵⁵⁰. Infatti, come è stato detto, “il fatto che siano state abbattute le frontiere per la libera circolazione delle merci alle quali i bonifici bancari si riferiscono; che le due banche abbiano tutte e due il passaporto europeo (...); e che, infine, il pagamento sia espresso, non nella moneta dei due Paesi, ma nella nuova moneta europea che entrambi li accomuna, l'Euro, non elimina l'estraneità nazionale delle due banche se non c'è un sistema di pagamento che (le) accomuna”⁵⁵¹.

La questione non è stata risolta con l'adozione della direttiva 97/5⁵⁵² in materia di bonifici transfrontalieri, preventivamente emessa prima dell'introduzione dell'Euro, (e nemmeno con il successivo regolamento CE n. 2560/2001⁵⁵³), poiché “il problema dei pagamenti transfrontalieri non si risolve” solamente “prevedendo una disciplina cogente per i bonifici transfrontalieri al dettaglio, bensì promuovendo” anche “l'inserimento dei bonifici c.d. transfrontalieri in un sistema di pagamento europeo”⁵⁵⁴. Infatti “l'Euro può funzionare

⁵⁴⁷ Più comprensibile è l'inerzia del settore privato bancario, meno propenso all'esborso di ingenti capitali per la creazione di un sistema europeo.

⁵⁴⁸ PAR BENJAMIN ANGEL, *Les paiements transfrontalières en Euro*, cit., p. 517.

⁵⁴⁹ MERUSI, *Verso lo Stato Europa: il ruolo dei sistemi di pagamento nell'Eurosistema*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 219-238, p. 222.

⁵⁵⁰ A differenza di pagamenti nazionali, che vengono effettuati mediante sistemi automaticizzati, quelli intraeuropei richiedono ancora l'intervento manuale dei dipendenti delle banche dell'ordinante e del beneficiario.

⁵⁵¹ MERUSI, *Verso lo Stato Europa*, cit., p. 224.

⁵⁵² Dir. 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri, in GUCE L 43 del 14.2.1997, p. 25-30.

⁵⁵³ Reg. 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in Euro, in GUCE L 344 del 28.12.2001, p. 13-16.

⁵⁵⁴ MERUSI, *Verso lo Stato Europa*, cit., p. 225.

come moneta unica europea solo se esistono sistemi di pagamento europei” e se questi ultimi mancano “una unificazione monetaria si riduce all’unificazione di un termine contabile e all’unificazione degli *argents de poche* dei cittadini compresi nell’ambito dell’unificazione monetaria”⁵⁵⁵.

Anche la BCE, nel 1999 (al momento dell’introduzione dell’Euro come moneta scritturale), ha espresso la medesima opinione e preoccupazione ed ha precisato che “the introduction of the Euro should provide an important contribution to the completion of the Single Market. However individuals and business have, on several occasions, expressed concern that the introduction of the Euro has failed to provide the benefits they expected in the area of retail cross border payments. The prices for retail cross border payments are still substantially higher than fees for domestic payments, although the introduction of the Euro has removed the costs of currency conversion within the Euro area. In addition execution times are substantially longer for cross border payments than for domestic ones. In the absence of substantial improvements since the start of Stage Three of Economic Monetary Union (EMU), the acceptance of the Euro by the citizens of Europe may be undermined. The difference in service levels will become even more apparent, and therefore problematic, after 2002, when all citizens of the Euro area will use the same currency denomination”⁵⁵⁶.

Sempre nel 1999 e sul medesimo argomento ha preso posizione anche la Commissione, col Piano d’azione sui servizi finanziari, insistendo sulla necessità di costruire sistemi integrati di pagamenti al dettaglio in grado di garantire, per i bonifici transfrontalieri d’importo modesto, sicurezza e competitività comparabili con il servizio dei sistemi di pagamento all’interno di ogni Paese. A tal riguardo il PASF prevedeva l’adozione di una comunicazione della Commissione su un mercato unico dei pagamenti.

In attuazione di tale obiettivo si è fatto, in realtà, molto di più.

⁵⁵⁵ Ibidem, p. 224.

⁵⁵⁶ European Central Bank, *Improving Cross-Border Retail Payment Services- The Eurosystem View (document)*, in *Euro n. 49*, 1999, p. 7-15, p. 7; Tale opinione è stata ribadita anche da una recente pubblicazione della BCE la quale, ricostruendo le iniziative prese nel settore conferma che “less progress has been made in the integration of retail payment services, where there is no equivalent to the TARGET system for low-value payments. Indeed, there were still 15 retail payment systems in 2005, only slightly fewer than the 19 that existed in 1998”. Cfr. European Central Bank, *Financial integration in Europe*, 2007, p. 44, reperibile all’indirizzo <http://www.ecb.eu/pub/pdf/other/financialintegrationineurope200703en.pdf>.

Ad una prima comunicazione della Commissione del 2000 relativa ai *Pagamenti al dettaglio nel mercato unico*⁵⁵⁷ ha fatto seguito l’emanazione del regolamento 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in Euro, il quale ha finalmente “smosso le acque” fornendo lo stimolo perché l’Eurosistema, iniziasse a pensare alla creazione di un sistema per i pagamenti al dettaglio⁵⁵⁸. Nel 2002, con l’adozione del Libro bianco *Euroland: our Single Payment area*⁵⁵⁹, l’industria bancaria, assieme all’Eurosistema, ha lanciato il progetto SEPA (*Single Euro Payment Area*) per la creazione di un’area di pagamenti unica nella zona Euro caratterizzata dalla presenza di strumenti di pagamento e infrastrutture proprie del sistema SEPA, inteso come uno spazio interno dei pagamenti esteso a tutto il territorio dell’Euro, nel quale venga meno l’attuale distinzione fra pagamenti nazionali e transfrontalieri⁵⁶⁰. Accanto a tale iniziativa, ed in supporto ad essa, la Commissione, previa emanazione di una comunicazione relativa ad un *Nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato Unico*⁵⁶¹, ed alla successiva consultazione delle parti interessate, ha presentato una proposta di direttiva⁵⁶² relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e tesa a fornire il quadro giuridico per il funzionamento dell’area unica per i pagamenti europei.

I paragrafi che seguono analizzeranno in primo luogo le norme comunitarie vigenti in tale settore (in particolare la direttiva 97/5 e il regolamento 2560/2001) per poi esporre, in cenni, il progetto di costituzione di un’area di pagamento unica, tenendo conto anche della

⁵⁵⁷ COM(2000) 36 def., cit., con la quale la Commissione rivolge l’attenzione principalmente ai bonifici di scarsa entità e insiste sulla necessità di disporre nel mercato interno di servizi di pagamento al dettaglio efficienti, sicuri e non costosi in concomitanza con l’introduzione dell’Euro. A tal fine auspica la veloce attuazione della direttiva 97/5 e l’adozione di norme tecniche comuni tali da creare efficienti collegamenti transfrontalieri.

⁵⁵⁸ “The Commission appears to take some pride in the fact that Regulation 2560/2001 “kick starter” a process in which banks at European level started to work seriously towards setting in place more efficient cross-border retail payment systems”. Così VAN EMPEL, *Retail Payments in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1425-1444, p. 1439.

⁵⁵⁹ La sintesi di tale libro bianco è reperibile all’indirizzo <http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/SEPA%20Whitepaper%200520021.pdf>.

⁵⁶⁰ Il progetto mira, quindi a costituire quell’area unica dei pagamenti, “che, nonostante l’introduzione dell’Euro, ancora non esiste. Si tratta di un elemento importante per l’integrazione dei mercati al dettaglio in generale e dei mercati dei servizi finanziari al dettaglio in particolare”. COM(2003) 718, p. 2.

⁵⁶¹ COM(2003) 718 def., cit., con la quale la Commissione ha inteso consultare tutte le parti interessate in merito agli obiettivi e ai principi generali ispiratori dell’ammodernamento e semplificazione del quadro normativo concernente i servizi di pagamento al dettaglio nel mercato interno, al fine di permettere alla Commissione di presentare le proposte più opportune per un nuovo quadro normativo per i pagamenti.

⁵⁶² COM(2005) 603 def., cit.

proposta di direttiva della Commissione che intende fornire la base giuridica per il suo funzionamento.

2. Il quadro giuridico comunitario. La direttiva 97/5 sui bonifici transfrontalieri.

La normativa comunitaria relativa ai servizi e strumenti di pagamento è piuttosto scarna. Oltre ad alcune raccomandazioni emanate tra gli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso relative agli strumenti di pagamento elettronico⁵⁶³, regolano i trasferimenti di valuta la direttiva 97/5 sui bonifici transfrontalieri⁵⁶⁴, la comunicazione sull'applicazione delle regole della concorrenza ai sistemi di bonifici transfrontalieri⁵⁶⁵, e il regolamento 2560/2001 sui pagamenti transfrontalieri in Euro. Uniche norme comunitarie che regolano le infrastrutture dei sistemi di pagamento sono, invece, la direttiva 98/26⁵⁶⁶ concernente il carattere

⁵⁶³ Per prima è stata emanata la raccomandata 87/598/CEE (in GUCE L 365 del 24.12.1987, p. 72-76) relativa ad un codice europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico, primariamente concentrata sulle relazioni fra istituti finanziari, commercianti-prestatori di servizio e consumatori, seguita dalla raccomandata 88/590/CEE (in GUCE L 317 del 24.11.1988, p. 55-58), concernente i sistemi di pagamento e in particolare il rapporto tra il proprietario della carta e l'emittente della medesima. Anni più tardi la normativa in materia è stata aggiornata con l'adozione della raccomandazione 97/489/CE (in GUCE L 208 del 2.8.1997, pag. 52-58) relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti.

⁵⁶⁴ L'emanazione della dir. 97/5 è stata preceduta dall'adozione della raccomandata della Commissione 90/109/CEE (in GUCE L 43 del 14.2.1997, p. 25-30) concernente la trasparenza delle condizioni bancarie applicabili alle transazioni finanziarie transfrontaliere. Per una ricostruzione dell'iter legislativo che ha portato all'adozione della direttiva in questione cfr. HARRIS-BURLAND, DONÀ, *La proposition de directive de la Commission sur les virements transfrontaliers: première étape vers l'établissement d'un cadre juridique*, in *Revue du Marché Inique Européen*, 1996, p. 177-135, p. 182 ss. Per un commento della direttiva cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al D.LGS. 28 Luglio 2000, N.253*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, p. 736-769; MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla direttiva 97/5/CE*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 547-589; OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla direttiva (97/5) sui bonifici transfrontalieri*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 143-154; TOMA, *Bonifici transfrontalieri: "agli ordini" le banche europee*, in *Commercio internazionale*, 1997, p. 390-392.

⁵⁶⁵ In GUCE C 251 del 27.9.1995, p. 3-10.

⁵⁶⁶ In GUCE L 166 dell'11.6.1998, p. 45-50. In tale direttiva mira a sottrarre i sistemi di pagamento dal rischio sistemico, ossia il rischio che l'insolvenza di uno dei partecipanti al sistema si ripercuota su tutti gli altri. Per questo motivo la direttiva in questione prevede "l'isolamento" di tali sistemi introducendo norme derogatorie delle regole nazionali contrattuali e fallimentari che potrebbero mettere in discussione compensazioni di debito/credito già realizzate o da realizzare in un determinato arco di tempo. Essa stabilisce il momento in cui le compensazioni debbano ritenersi definitive risultando opponibili ai terzi e non più suscettibili di essere revocate. Per un commento si vedano SCIARRONE-ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti dalla direttiva 98/26/CE al d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 797-812, p. 797 ss.; MERUSI, *Verso lo Stato Europa*, cit., p. 230 ss. Per una classificazione dei sistemi di pagamento e dei diversi rischi a cui sono soggetti, cfr. Banca Centrale Europea, *Standard di sorveglianza per i sistemi di pagamento al dettaglio in Euro*, 2003.

definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli e la direttiva 2002/47 relativa ai contratti di garanzia finanziaria⁵⁶⁷.

La direttiva sui bonifici transfrontalieri, come si evince dalla sua base giuridica, art. 100 A della vecchia numerazione (corrispondente all'attuale art. 95 TCE) e dalla lettura del terzo considerando, si iscrive nel progetto di completamento del mercato interno nel campo della liberalizzazione del movimento dei capitali "in vista della realizzazione dell'Unione economica e monetaria". Essa si propone lo scopo di contribuire a ridurre il termine massimo di esecuzione dei bonifici transfrontalieri al fine di garantire ai cittadini, alle imprese, soprattutto piccole e medie la possibilità di "effettuare bonifici rapidi, sicuri ed economici da un capo all'altro del territorio della Comunità" (caratterizzata ancora dalla presenza di diverse valute) nonché al fine di promuovere una maggiore concorrenza nel mercato dei bonifici transfrontalieri, la quale dovrebbe condurre al miglioramento dei servizi e alla riduzione dei prezzi⁵⁶⁸.

Tali obiettivi sono perseguiti mediante due linee d'azione, la prima delle quali è fondata sulla trasparenza: agli artt. 3 e 4 sono previsti i requisiti minimi necessari ad assicurare un livello adeguato di informazione della clientela prima e dopo l'esecuzione di un bonifico transfrontaliero. La seconda definisce il contenuto contrattuale stabilendo agli artt. da 5 a 10 le obbligazioni e i diritti delle parti.

3. Ambito di applicazione.

Ai sensi dell'art. 1 la direttiva si applica "ai bonifici transfrontalieri nelle valute degli Stati membri e in ECU, di ammontare non superiore all'equivalente di 50.000 ECU, eseguiti dagli enti creditizi e dagli altri enti" su istruzione di soggetti che non siano né enti creditizi, né istituti finanziari, né altri enti che nell'ambito della loro attività siano soliti svolgere bonifici transfrontalieri.

L'ambito di applicazione viene ulteriormente specificato tenendo conto delle definizioni fornite dall'art. 2. Ai sensi della lettera f) "il bonifico transfrontaliero è l'operazione effettuata su iniziativa di un ordinante tramite un ente o una sua succursale insediati in uno

⁵⁶⁷ In GUCE L 168 del 27.6.2002, p. 43-50.

⁵⁶⁸ Secondo considerando.

Stato membro, al fine di mettere una somma di denaro a disposizione di un beneficiario presso un ente o una sua succursale insediati in un altro Stato membro”.

La medesima lettera precisa, per altro, che l’ordinante, ossia la persona che “dà istruzione di eseguire un bonifico” (lett. g) e il beneficiario, cioè, il destinatario finale dello stesso (lett. f), possono anche coincidere.

Sono, invece, considerati enti distinti le succursali di un medesimo ente creditizio ubicate in diversi Stati membri e che partecipano all’esecuzione dell’operazione (lett. d).

Ai sensi delle lettere a), b) e c) possono eseguire bonifici transfrontalieri gli enti creditizi, gli istituti finanziari e anche altri enti, intesi quali persone fisiche o giuridiche diverse da enti creditizi le quali, nell’ambito della propria attività, eseguano bonifici transfrontalieri.

Tenuto conto che ai sensi della lett. g) l’ordine di bonifico transfrontaliero consiste nell’“istruzione incondizionata, impartita in qualunque forma direttamente da un ordinante a un ente, di eseguire un bonifico transfrontaliero” si può concludere dicendo che la definizione di bonifico è abbastanza ampia da poter comprendere “qualunque operazione avente ad oggetto il trasferimento di fondi disponibili da uno Stato membro all’altro per il tramite di un intermediario autorizzato”⁵⁶⁹.

4. Gli obblighi di trasparenza.

La sezione II della direttiva è dedicata alla “trasparenza delle condizioni applicabili ai bonifici transfrontalieri”.

L’art. 3, disciplinando le informazioni preliminari, stabilisce che gli enti (creditizi, finanziari o gli altri enti che eseguano bonifici) debbano mettere a disposizione dei propri clienti, sia effettivi che potenziali, una serie di informazioni relative alle condizioni applicabili ai bonifici transfrontalieri. L’articolo in questione specifica, inoltre, che le stesse debbano essere fornite per iscritto o, se del caso, anche per via elettronica, e debbano essere presentate “in forma facilmente comprensibile”.

Precisamente, l’ordinante deve essere messo a conoscenza dei tempi necessari per la conclusione dell’operazione, in particolare il momento iniziale della stessa, il termine entro il

⁵⁶⁹ OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla direttiva (97/5)*, cit., p. 147.

quale i fondi sono accreditati sul conto dell'ente del beneficiario e quello di accreditamento della somma sul conto del beneficiario. In secondo luogo debbono essergli comunicate le modalità di esecuzione, nonché quelle di calcolo di tutte le commissioni e spese a carico del cliente, l'eventuale data di valuta applicata e dei tassi di cambio di riferimento⁵⁷⁰. Infine l'ordinante deve essere informato dell'esistenza di procedure di reclamo e di ricorso offerte ai clienti e delle modalità per accedervi.

Gli obblighi di informazione successiva all'esecuzione (o al ricevimento) del bonifico transfrontaliero sono disciplinati dall'art. 4, il quale prevede che gli enti debbano fornire ai loro clienti, salvo espressa rinuncia, ulteriori informazioni. In particolare deve essere dato un riferimento che consenta di identificare il bonifico transfrontaliero, devono essere comunicati sia l'importo iniziale del bonifico, sia di tutte le spese e commissioni a carico del cliente. Infine, deve essere indicata la data di valuta applicata dall'ente.

Anche in questo caso la direttiva precisa che tali informazioni devono essere fornite per iscritto o per via elettronica e in una forma facilmente comprensibile al cliente.

La direttiva inoltre precisa che laddove l'ordinante abbia specificato che le spese relative al bonifico transfrontaliero debbano essere in tutto o in parte poste a carico del beneficiario, questi deve esserne informato dal proprio ente.

Tale ultimo assunto dell'art. 4, ci permette di soffermarci su un ulteriore elemento, relativo alla ripartizione dei costi del bonifico tra ordinante e beneficiario. Il legislatore comunitario, pur prevedendo come opzione principale la ripartizione del tipo OUR (tutti i costi a carico dell'ordinante) lascia, comunque la libertà di scegliere che i costi siano sopportati dal beneficiario (BEN) o che siano ripartiti equamente tra i due soggetti (SHARE)⁵⁷¹.

5. Gli obblighi minimi degli enti e il contenuto del contratto.

La sezione II, adottando la tecnica dell'armonizzazione minima, disciplina gli obblighi essenziali degli enti in materia di bonifici transfrontalieri, ossia il contenuto minimale del contratto di bonifico transfrontaliero.

⁵⁷⁰ La direttiva in questione è stata adottata prima della introduzione dell'Euro. Chiaramente il requisito dei tassi di cambio è ora richiesto solo per quei bonifici diretti al di fuori della zona Euro.

⁵⁷¹ Come vedremo la proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno adotta il modello SHARE.

L'art. 5 prevede un obbligo generale dell'ente, specificato dagli articoli successivi, di eseguire il bonifico nei termini per le relative spese e commissioni. A questo riguardo è fatta espressamente salva l'ipotesi in cui l'ente, su espressa richiesta del cliente, voglia avviare relazioni d'affari con lo stesso.

In primo luogo, è fatto obbligo di rispettare i termini. L'ente dell'ordinante deve rispettare i tempi di esecuzione pattuiti con quest'ultimo, pena l'obbligo di indennizzo e salvo che la mancata esecuzione dipenda da forza maggiore (art. 9). È infatti, previsto che, laddove i termini di esecuzione non siano rispettati (o laddove il termine manchi del tutto) l'ente dell'ordinante debba indennizzare il beneficiario se alla fine del quinto giorno lavorativo bancario successivo alla data di accettazione dell'ordine di bonifico transfrontaliero, la somma non sia stata accreditata sul suo conto⁵⁷².

Al secondo comma è previsto uno specifico obbligo anche in capo all'ente del beneficiario, il quale si impegna a mettere a disposizione del beneficiario, entro i termini pattuiti con quest'ultimo, la somma risultante dal bonifico transfrontaliero. In caso di mancato rispetto del termine (o in caso di assenza) se alla fine del giorno lavorativo bancario successivo al giorno in cui la somma è stata accreditata sul conto dell'ente del beneficiario, la somma non è stata accreditata sul conto del beneficiario l'ente del beneficiario è tenuto ad indennizzare il proprio cliente⁵⁷³.

Nessun indennizzo è dovuto, invece laddove l'ente dell'ordinante o l'ente del beneficiario riescano a dimostrare che il ritardo debba imputarsi ai rispettivi clienti.

In secondo luogo, l'art. 7 prevede uno specifico obbligo di eseguire il bonifico transfrontaliero secondo le istruzioni. Gli enti che intervengono nell'operazione (quelli dell'ordinante e del beneficiario, nonché eventuali intermediari) devono, dopo la data di accettazione dell'ordine di bonifico transfrontaliero, eseguirlo “per l'intero ammontare

⁵⁷² In questo caso “l'indennizzo consiste nel pagamento di un interesse calcolato sull'importo del bonifico transfrontaliero mediante l'applicazione del tasso di interesse di riferimento per il periodo compreso tra: lo scadere del termine pattuito o, in assenza di questo, la fine del quinto giorno lavorativo bancario successivo alla data di accettazione dell'ordine di bonifico transfrontaliero, da un lato, e la data alla quale la somma è stata accreditata sul conto dell'ente del beneficiario, dall'altro”. Cfr. art. 6, comma 1.

⁵⁷³ In quest'altra ipotesi “l'indennizzo consiste nel pagamento di un interesse calcolato sull'importo del bonifico transfrontaliero mediante l'applicazione del tasso d'interesse di riferimento per il periodo compreso tra: lo scadere del termine pattuito o, in assenza di tale termine, la fine del giorno lavorativo bancario successivo al giorno in cui la somma è stata accreditata sul conto dell'ente del beneficiario, da un lato, e la data alla quale la somma è accreditata sul conto del beneficiario, dall'altro”. Cfr. art. 6, comma 2.

indicato, a meno che l'ordinante non abbia specificato che le spese relative al bonifico transfrontaliero debbano essere sostenute nella loro totalità o in parte dal beneficiario". Inoltre è previsto che "in caso d'inadempimento dell'obbligo di esecuzione dell'ordine di bonifico transfrontaliero secondo le istruzioni dell'ordinante da parte dell'ente del beneficiario, e fatto salvo ogni altro ricorso, l'ente del beneficiario è tenuto a rimborsare a proprie spese al beneficiario qualsiasi importo indebitamente detratto".

Oltre all'obbligo di indennizzo previsto dall'art. 6, l'art. 8 introduce uno specifico dovere di rimborso da parte degli enti in caso di bonifici non portati a buon fine, sempre che l'inadempimento non dipenda da causa di forza maggiore. In particolare è previsto che nel caso in cui la somma non sia accreditata sul conto dell'ente del beneficiario l'ente dell'ordinante sia tenuto ad accreditare sul conto di quest'ultimo, sino alla somma di 12.500 ECU, l'importo integrale del bonifico transfrontaliero, maggiorato di un interesse calcolato sull'importo del bonifico transfrontaliero e dell'importo delle spese sostenute dall'ordinante. Il medesimo rimborso è dovuto anche dagli enti intermediari che abbiano accettato l'ordine di bonifico transfrontaliero o anche dall'ente del beneficiario qualora il mancato accreditamento dipenda dalla mancata esecuzione da parte di un ente intermediario scelto dall'ente del beneficiario.

Qualora, invece, l'ente dell'ordinante riesca a recuperare l'importo, questo è accreditato sul conto del proprio cliente. Non sono dovute né spese né interessi, ma l'ente può dedurre gli oneri derivati dall'operazione di recupero qualora siano specificati.

Infine l'art. 10 prevede che gli Stati membri si debbano assicurare "che esistano procedure di reclamo e ricorso adeguate ed efficaci per la soluzione delle eventuali controversie tra un ordinante e il suo ente o tra un beneficiario e il suo ente, utilizzando le eventuali procedure esistenti".

6. Il regolamento 2560/2001 sui trasferimenti transfrontalieri in Euro.

Con la *Comunicazione relativa ai pagamenti al dettaglio nel mercato interno*, nel 2000, la Commissione ha sottolineato la "necessità di disporre nel mercato interno di servizi di

pagamento al dettaglio efficienti, sicuri e non costosi in concomitanza con l'introduzione dell'Euro»⁵⁷⁴.

A tal fine sono stati stesi 7 obiettivi⁵⁷⁵ da realizzarsi, in previsione dell'introduzione della nuova moneta, entro il primo gennaio 2002, per migliorare l'efficienza dei pagamenti transfrontalieri di importo modesto. Quindi si è sottolineata la necessità di dare celere attuazione alla direttiva 97/5 in tutti gli Stati membri e si è sollecitata l'adozione di ulteriori misure.

In previsione dell'introduzione dell'Euro, anche la BCE e il SEBC si sono impegnati nell'ambito di loro competenza alla riduzione dei costi delle operazioni⁵⁷⁶, ma a fronte dell'assenza degli sperati miglioramenti dei prezzi, come evidenziato da due studi della Commissione, in attuazione degli obiettivi della comunicazione (e del Piano d'azione sui servizi finanziari) è stato adottato il regolamento 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in Euro.

Lo scopo dell'atto in questione è la creazione di un'area unica per i pagamenti in Euro. Il legislatore comunitario si propone di raggiungere tale risultato mediante l'utilizzo di tre strumenti. In primo luogo introduce il principio di parità delle commissioni, che comporta per le banche il dovere di applicare la medesima tariffa per le tutte le operazioni uguali, a prescindere dal fatto che debbano eseguirsi a livello nazionale o a livello europeo. In tal modo il regolamento mira ad eliminare "l'effetto frontiera" che la diversità delle spese a carico dei consumatori comporta e a migliorare il funzionamento del mercato interno e, quindi, ad accrescere la fiducia nell'utilizzo dell'Euro. In secondo luogo il regolamento

⁵⁷⁴ COM(2000) 36, cit., p. 2.

⁵⁷⁵ Gli obiettivi erano: 1. Migliorare l'efficienza dei pagamenti e il rapporto costi-efficacia, in particolare per i bonifici. 2. Ridurre le spese per i bonifici transfrontalieri in misura sostanziale, per ravvicinarle ai livelli delle spese previste per analoghi bonifici all'interno del Paese. 3. I tempi di liquidazione dei pagamenti transfrontalieri non devono superare, nei limiti del possibile, quelli necessari per i pagamenti all'interno del Paese: l'esecuzione integrale di un pagamento transfrontaliero non deve superare di più di un giorno i tempi necessari per un pagamento all'interno del Paese. 4. Di norma, le spese per un bonifico transfrontaliero all'interno del Paese nell'ambito di un sistema sono integralmente a carico dell'ordinante e non del beneficiario, secondo le pratiche nazionali vigenti nella massima parte dei sistemi UE di bonifici. 5. Va evitato il proliferare di norme. Quelle esistenti vanno applicate al più presto. 6. L'accesso ai sistemi di pagamento transfrontaliero deve esser libero. 7. I miglioramenti suddetti, intesi a conferire efficienza ai sistemi, vanno attuati per il 1° gennaio 2002.

⁵⁷⁶ Cfr. i due rapporti della Banca centrale europea intitolati rispettivamente, *Improving Cross-border Retail Payment Services- Progress Report*, 2000, e *Towards an integrated infrastructure for credit transfer in Euro*, 2001 reperibili all'indirizzo <http://www.ecb.eu/paym/pol/sepa/html/index.en.html>.

impone obblighi di trasparenza dei prezzi. Infine, armonizza le norme tecniche relative alla numerazione internazionale dei conti.

7. Ambito di applicazione.

L'ambito di applicazione è definito dall'art. 1, il quale precisa che il regolamento 2560/2001 “detta norme sui pagamenti transfrontalieri in Euro, destinate ad assicurare che le commissioni applicate a tali pagamenti siano uguali a quelle applicate ai pagamenti in Euro effettuati all'interno di uno Stato membro”. Il medesimo articolo pone un limite quantitativo, prevedendo che le norme dello stesso non si applichino ai pagamenti transfrontalieri in Euro eseguiti nella Comunità d'importo superiore ai 50.000 €. Inoltre anche in questo caso le disposizioni dell'atto comunitario si applicano solo laddove l'ordinante non sia un ente (creditizio, finanziario o altro ente che comunque offre bonifici ai clienti). Per espressa previsione infatti “il presente regolamento non si applica ai pagamenti transfrontalieri effettuati tra enti per loro proprio conto”.

L'ambito di applicazione del regolamento è più ampio rispetto a quello della direttiva 97/5. Oltre ai bonifici transfrontalieri, si applica anche alle operazioni transfrontaliere di pagamento elettronico, tra le quali rientrano sia i trasferimenti transfrontalieri di fondi mediante strumenti di pagamento elettronico (ad eccezione di quelli ordinati ed eseguiti dagli enti) che i prelievi transfrontalieri di denaro contante tramite mezzi di pagamento elettronici e il caricamento o scaricamento di strumenti di moneta elettronica, presso un distributore automatico di banconote situato nei locali dell'emittente o di un ente impegnato contrattualmente ad accettare lo strumento di pagamento (art. 2, lett. a) n. ii). Inoltre, le norme del regolamento trovano applicazione parziale nei confronti degli assegni transfrontalieri, ossia “gli assegni cartacei definiti nella convenzione di Ginevra per l'unificazione del diritto in materia di assegni bancari (*chèques*), del 19 marzo 1931, emessi presso un ente situato all'interno della Comunità, e utilizzati per pagamenti transfrontalieri all'interno della Comunità” (art. 2, lett. a) n. iii). Ad essi, infatti, come specificato dall'ottavo considerando si applicano solo le norme sulla trasparenza e non anche il principio della parità delle commissioni.

L'art. 2 lett. b), inoltre, fornisce la definizione di strumento di pagamento elettronico da intendersi quale “uno strumento di pagamento con accesso a distanza o uno strumento di moneta elettronica che consente al titolare di effettuare una o più operazioni di pagamento elettronico”, la quale è ulteriormente specificata dalla lett. c) e lett. d) dove viene rispettivamente definito lo “strumento di pagamento con accesso a distanza” e lo “strumento di moneta elettronica”. Il primo corrisponde ad uno strumento “che consente al titolare di un conto presso un ente di avere accesso ai fondi detenuti su tale conto, al fine di eseguire un pagamento a favore di un terzo, di norma attraverso l'impiego di un codice di identificazione personale od altra analoga prova di identità; detto strumento comprende in particolare le carte di pagamento (carte di credito, carte di debito, carte di debito differito o ricaricabili) e le carte abilitate ai servizi bancari per telefono o a domicilio⁵⁷⁷. Il secondo viene definito come “uno strumento di pagamento ricaricabile, ossia una carta prepagata o una memoria di calcolatore nelle quali le unità di valore sono caricate elettronicamente”.

8. I principi di parità e di trasparenza delle commissioni.

Come detto, il principio della parità delle commissioni nazionali ed europee si applica solo alle operazioni transfrontaliere di pagamento e ai bonifici. Per le prime l'art. 3 prevede che il principio sia operativo a partire dal primo luglio 2002 e per gli importi inferiori a 12.500 €, mentre per i bonifici transfrontalieri esso sia valido, con i medesimi limiti quantitativi a partire dal primo luglio 2003. Tuttavia dal primo gennaio 2006, in conformità con la previsione dell'art. 3, l'importo di 12.500 € è stato portato a 50.000 €.

Il principio in questione ha portato notevoli miglioramenti, avendo costretto le banche alla riduzione dei costi, che ora sono portati ad un livello uniforme e pari a quello nazionale, con notevole vantaggio di tutti i clienti e consumatori europei. Ha giovato meno alle imprese bancarie, che come rilevato dalla BCE, si sono viste costrette ad una riduzione dei prezzi a prescindere dall'effettiva diminuzione dei costi, andando incontro a perdite⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Da tale definizione sono esclusi i bonifici transfrontalieri.

⁵⁷⁸ European Central Bank, *Towards a Single Euro Payment Area- Progress Report*, 2003, p. 10, reperibile all'indirizzo <http://www.ecb.eu/paym/pol/sepa/html/index.en.html>. La BCE ha, peraltro, espresso riserve sul regolamento in quanto interferisce sulla formazione dei prezzi. Cfr. il parere della BCE sulla proposta di regolamento (CON/2001/134).

In materia di trasparenza (art. 4) è previsto che ogni ente metta a disposizione dei propri clienti, in forma chiara e comprensibile e per iscritto (ed eventualmente anche per via elettronica) le informazioni preliminari sulle commissioni per i pagamenti transfrontalieri e per quelli nazionali e che comunichi ogni variazione prima della data di applicazione. È inoltre, concessa agli Stati la facoltà di prevedere l'obbligo di far stampare sui libretti degli assegni un avviso ai consumatori relativa alle commissioni percepite per l'utilizzo transfrontaliero degli assegni.

Infine, è fatto obbligo agli enti che addebitino una commissione per il cambio di valuta da e in Euro, di fornire ai clienti sia le informazioni preliminari su tutte le commissioni di cambio che intendono applicare sia quelle specifiche sulle commissioni di cambio che sono state applicate.

9. Misure per facilitare i bonifici transfrontalieri e gli ulteriori obblighi degli Stati membri.

Per effetto dell'art. 5 sono entrate in vigore due tecniche di numerazione dei conti, ossia il codice di identificazione della banca (BIC) e il numero internazionale del conto bancario (IBAN) del cliente. L'ente è tenuto a comunicare tali codici ai propri clienti anche in ogni estratto conto o allegati che invii loro.

L'indicazione dei codici IBAN e BIC del beneficiario da parte dell'ordinante sono condizione dell'applicazione del principio di parità di trattamento. In assenza di uno dei due, infatti, la banca può addebitare al proprio cliente commissioni supplementari, delle quali quest'ultimo deve essere sempre e comunque informato.

Ai sensi dell'art. 6, inoltre, gli Stati membri sono tenuti a sopprimere (a partire dal luglio 2002) ogni obbligo di dichiarazione previsto dal diritto interno ai fini delle statistiche della bilancia dei pagamenti e relativo ai pagamenti transfrontalieri non superiori a 12.500 € nonché ogni obbligo riguardante le informazioni minime sui dati del beneficiario, che impedisca l'automazione dell'esecuzione di un pagamento. Tali obblighi interni sono infatti ritenuti forieri di costi per i clienti.

10. Il progetto di un'area unica per i pagamenti in Euro (*Single Euro Payment Area*)

Nonostante il regolamento 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in Euro abbia contribuito a ridurre notevolmente il costo delle operazioni di pagamento nel mercato interno e alla creazione o all'adattamento delle infrastrutture di pagamento sottostanti a livello di Unione europea, non si è rivelato sufficiente per superare quell'“effetto frontiera” prodotto dall'assenza di sistemi e strumenti di pagamento pan-europei.

La Commissione ha più volte evidenziato la necessità di ulteriori interventi non solo comunitari nel settore e già con la citata comunicazione n. 36 del 2000 aveva messo in rilievo la necessità di creare un'area unica dei pagamenti quale necessario corollario dell'introduzione dell'Euro. Tuttavia, la realizzazione di un così ambizioso obiettivo⁵⁷⁹, non potendo fondarsi sulla sola attività legislativa comunitaria, necessita della partecipazione di altri soggetti, in primo luogo la BCE e il SEBC, in quanto responsabili della promozione e del funzionamento dei sistemi di pagamento e, in secondo luogo delle industrie bancaria e dei sistemi di pagamento le quali sono le prime dirette interessate, dato l'ingente investimento che la realizzazione del progetto SEPA richiederà proprio a queste ultime.

Il progetto SEPA, di cui il regolamento 2560/2001 ha costituito il primo passo, è volto alla costituzione entro il 2010 di un'area unica senza distinzioni tra pagamenti interni e transfrontalieri, in cui i cittadini, le imprese piccole o grosse, le amministrazioni e gli altri attori economici, potranno fare e ricevere pagamenti in Euro, a condizioni uguali e con i medesimi diritti ed obblighi, a prescindere dal luogo in cui il trasferimento abbia avuto origine e da quello a cui sia diretto. L'area unica dei pagamenti in Euro permetterà ai privati cittadini e alle società di effettuare pagamenti con strumenti alternativi al contante in tutta l'area dell'Euro a partire da un singolo conto in un qualsiasi Paese dell'area e utilizzando un'unica serie di strumenti con la stessa facilità, efficienza e sicurezza su cui possono contare attualmente nel contesto nazionale.

Il progetto, fortemente supportato dalla Commissione europea, ha visto la luce nel maggio 2002, quando, finalmente, l'industria bancaria, fino ad allora reclutante a prendere qualsiasi

⁵⁷⁹ La creazione di un'area unica di pagamenti “rappresenta un'importante obiettivo europeo, che per ambizione e complessità può essere paragonato al passaggio all'Euro e all'introduzione delle nuove banconote e monete”. Così Banca Centrale Europea, *Progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro: obiettivi e scadenze*, 2006, p. 11, reperibile all'indirizzo <http://www.ecb.eu/paym/pol/sepa/html/index.en.html>.

iniziativa in materia⁵⁸⁰, riunitasi in un consiglio si è impegnata alla realizzazione dell'area unica dei pagamenti con la stesura del Libro bianco *Euroland: Our Single Payment Area*.⁵⁸¹ L'industria bancaria è quindi divenuta principale attrice del progetto, agendo attraverso il Consiglio europeo dei pagamenti (*European Payment Council-EPC*).

La realizzazione del SEPA, quindi, vede il necessario intrecciarsi delle azioni di tre attori: l'Eurosistema, con il compito di fornire le linee direttive anche temporali dell'operazione; l'EPC, organo decisionale istituito dall'industria bancaria - composto da 65 banche, le tre associazioni del settore creditizio⁵⁸² e l'Associazione bancaria europea - deputato alla definizione di regole e standard comuni, prassi commerciali e indirizzi politici; infine, la Comunità europea⁵⁸³, e in particolare la Commissione che, al fine anche di rafforzare la integrazione del mercato interno soprattutto bancario e finanziario, si è impegnata a fornire un quadro normativo nuovo per il SEPA. Rimuovendo gli ostacoli legislativi e armonizzando le regole d'esecuzione delle operazioni di pagamento, la Commissione mira a rafforzare la concorrenza nei mercati finanziari. Per altro lo sforzo comunitario, diversamente da quello della BCE, è rivolto non solo all'integrazione dei sistemi di pagamento della zona Euro, ma anche di quelli degli altri Paesi dell'Unione europea.

Il progetto SEPA è piuttosto complicato e la sua particolareggiata disamina rischierebbe di fuoriuscire dal tracciato ed obiettivo del presente capitolo, che vuole illustrare le azioni comunitarie di armonizzazione volte ad aumentare l'integrazione dei frammentati mercati di

⁵⁸⁰ Fino al 2002 le banche non hanno effettuato alcun investimento volto a creare infrastrutture efficienti per i pagamenti transfrontalieri al dettaglio. Le singole banche non intendevano, infatti, arrischiarsi a livello individuale senza la certezza che anche gli altri istituti avrebbero fatto lo stesso. Vero stimolo dell'iniziativa SEPA è stato l'introduzione dell'Euro non solo come moneta scritturale, ma anche come valuta corrente, che ha palesato la necessità di un intervento. L'Eurosistema ha, dal canto suo, svolto un ruolo di catalizzatore coordinando gli sforzi dell'industria bancaria, mentre la Comunità, oltre ad avere effettuato pressioni politiche perché tale progetto prendesse il via, svolge tuttora l'importantissima funzione legislativa, fornendo la base giuridica per il funzionamento ed attuazione del progetto.

⁵⁸¹ Con tale atto i partecipanti hanno effettuato la seguente dichiarazione:

"We, the European Banks and credit sector associations,

- Share the common vision that Euroland payments are domestic payment
- Join forces to implement this vision for the benefit of European consumers, industry and banks

And accordingly

- Launch the initiative Euroland – Our Single Payment Area!"

⁵⁸² La European Banking Federation, la European Saving Banks Group, e la European Association of Co-operative Banks.

⁵⁸³ Si vedano le conclusioni dell'ECOFIN del 10.10.2006, p. 17, dove il Consiglio ha espresso pieno appoggio al progetto SEPA.

servizi bancari al dettaglio. Tuttavia il progetto in questione è di tale importanza che merita qui una, pur breve, spiegazione nei suoi punti essenziali.

11. Strumenti e infrastrutture del SEPA.

In primo luogo la realizzazione del progetto in discussione richiede la creazione di strumenti di pagamento (chiaramente diversi dal contante) propri del SEPA. Al riguardo sono stati presi in considerazione i bonifici transfrontalieri, gli addebiti preautorizzati (o diretti) e le carte di pagamento, i quali sono destinati a subentrare nel gennaio 2008 accanto agli strumenti di pagamento nazionali e sostituirli del tutto a partire dalla fine del 2010⁵⁸⁴. Le caratteristiche, i contenuti, il funzionamento di tali mezzi di pagamento sono definite in appositi schemi redatti dall'EPC, il quale ha emanato un *Rulebook* per i bonifici seguito da quello per gli addebiti diretti. Le regole stabilite in tali schemi andranno a sostituire quelle nazionali. Per le carte di pagamento è stato, invece, pubblicato un *Framework*, le cui regole non sostituiranno quelle già esistenti nei singoli Stati, i quali tuttavia dovranno adattare a quelle redatte a livello europeo.

L'obiettivo del SEPA per quanto riguarda i bonifici transfrontalieri consiste nel fatto “che tutti i bonifici effettuati all'interno dell'area dell'Euro siano trattati in conformità con il sistema di procedure definito dall'EPC” per il SEPA. “Tale strumento assicurerà la raggiungibilità di tutti i titolari di conto e permetterà l'accredito dell'intero importo sul conto del beneficiario, senza porre limiti alla somma da trasferire”⁵⁸⁵. Inoltre, l'aspettativa è che a partire dal gennaio 2008 i bonifici standard i bonifici prioritari (per i quali devono ancora essere stabilite delle regole comuni) possano essere utilizzati dalla clientela a livello sia nazionale sia transfrontaliero, quali alternativa rispetto ai mezzi nazionali e che entro la fine del 2010 le pubbliche amministrazioni, le società e (forse anche) i privati cittadini utilizzino esclusivamente i bonifici SEPA.

L'addebito diretto è un metodo di pagamento posticipato mediante il quale la somma dovuta dal debitore (che abbia un conto corrente in banca) al creditore è addebitata sul

⁵⁸⁴ Il progetto SEPA non armonizza gli assegni cartacei i quali sono destinati a scomparire nel giro di pochi anni.

⁵⁸⁵ Banca Centrale Europea, *Progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti in Euro*, cit., p. 15.

conto del primo in seguito alla presentazione alla banca da parte del secondo dell'importo dovutogli. Tale metodo di pagamento, che deve essere autorizzato dal cliente, conferendo mandato alla banca o al creditore stesso⁵⁸⁶, viene principalmente utilizzato per i pagamenti relativi a prestazioni di servizi continuative, quali, per esempio, la fornitura di energia. Lo schema dell'EPC ne delinea gli standard, le prassi e le regole funzionali che disciplineranno il sistema definendone l'ambito di applicazione, i ruoli e le responsabilità dei partecipanti, le regole operative e funzionali e il quadro giuridico e contrattuale. Fine ultimo del SEPA è che tutti gli addebiti preautorizzati nell'area dell'Euro siano conformi al sistema stabilito dall'EPC e che di conseguenza possano essere effettuati addebiti diretti anche transnazionali, attualmente inesistenti, permettendo la raggiungibilità di tutte le banche dei debitori.

Infine, per le carte di pagamento la realizzazione di un'area unica di pagamenti in Euro “comporta l'estensione all'area dell'Euro del servizio interno oggi offerto su scala nazionale. Di conseguenza, l'obiettivo ultimo (...) consiste nell'agevolare lo sviluppo dello strumento dal punto di vista sia dell'offerta (banche) sia della domanda (titolari di carte, esercenti) in tutta l'area dell'Euro, senza distinzioni fra pagamenti nazionali e transfrontalieri” all'interno del SEPA⁵⁸⁷. In conseguenza di ciò i titolari avranno “la possibilità di utilizzare le proprie carte presso qualsiasi sportello bancario automatico (ATM/ Bancomat) o punto di vendita (*point of sale*, POS), sempre che la banca o l'esercente accettino il tipo di carta o il marchio in questione, a un costo ragionevole e senza distinzioni fondate sul Paese di emissione della carta. Gli esercenti dovranno essere liberi di scegliere la banca ricevente a prescindere dalla sua ubicazione nell'area dell'Euro. Eventuali commissioni di interscambio non dovranno differire sulla base di fattori geografici”⁵⁸⁸.

La grande novità che deriverà dall'utilizzo degli strumenti SEPA è che ogni pagamento effettuato all'interno dell'area Euro mediante bonifici, addebiti diretti o carte, sarà considerato come un pagamento interno e non più transfrontaliero.

⁵⁸⁶ Lo schema del SEPA prevede che il mandato debba essere conferito direttamente al creditore. Tuttavia, poiché i modelli nazionali esistenti sono divergenti e in molti Stati il mandato viene dato alla banca, l'EPC ha deciso di studiare ulteriormente la questione per vagliare la possibilità di includere procedure addizionali.

⁵⁸⁷ Banca Centrale Europea, *Progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti in Euro*, cit., p. 17.

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

La realizzazione di tale obiettivo richiede, tuttavia, un intervento non solo sugli strumenti, ma anche sulle infrastrutture (stanze di compensazione e regolamento) e sui sistemi di pagamento. In questo settore il SEPA pone un triplice obiettivo: i sistemi di pagamento al dettaglio devono poter trattare gli strumenti del SEPA e garantire la piena interoperabilità; il consolidamento delle infrastrutture di mercato esistenti in modo tale da sfruttare le economie di scala; un'ulteriore riduzione dei costi per mezzo dell'utilizzo delle moderne tecnologie.

In tale modo dovrebbero ridursi, in conseguenza, sia il numero delle infrastrutture per la compensazione il regolamento (*clearing and settlement*)⁵⁸⁹ dei pagamenti al dettaglio (con una correlata estensione dell'ambito geografico di loro competenza), sia i costi associati ai rispettivi servizi.

È previsto che entro il primo gennaio 2008 i sistemi di compensazione e regolamento debbano essere in grado di ricevere ed elaborare pagamenti mediante strumenti sia nazionali che pan-europei (utilizzando, quindi i relativi standard ed effettuando una conversione tra i due) assicurando loro, al contempo, il medesimo trattamento. Per la fine del 2010 si attende che tutte le infrastrutture per la compensazione e il regolamento dei pagamenti al dettaglio, al fine di trattare gli strumenti SEPA, siano dotate di piena interoperabilità, dovendo essere in grado di inviare e ricevere, direttamente o indirettamente, istruzioni di pagamento con qualsiasi banca nell'area dell'Euro.

L'EPC, al fine di promuovere l'adozione del progetto SEPA da parte delle infrastrutture per la compensazione e il regolamento dei pagamenti al dettaglio, ha emanato un quadro di riferimento per l'evoluzione di tali infrastrutture nel SEPA, comprendente principi di conformità al sistema⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ Con l'espressione "compensazione e regolamento" si fa riferimento a quell'insieme dei meccanismi e delle strutture necessari per perfezionare operazioni in titoli o derivati, nel quale rientra un'ampia gamma di enti, strumenti, regole, procedure, standard e mezzi tecnici. La Commissione ha recentemente emanato una comunicazione nella quale espone specifiche misure atte a permettere una maggiore integrazione delle stanze di compensazione e regolamento a livello europeo. Cfr. COM(2004) 312 def., del 28.4.2004, *Compensazione e regolamento nell'Unione europea – Prospettive future*.

⁵⁹⁰ European Payment Council, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA – Including the Principles for SEPA Scheme Compliance and Re-Statement of the PE-ACH Concept (PE-ACH/CSM Framework)*, del 5.1.2007. "This document is issued by the EPC and establishes the principles on which Clearing and Settlement Mechanisms (CSMs) will support the Schemes for SEPA Credit Transfer and SEPA Direct Debit on the basis of separation of Scheme from infrastructure. This document provides an update and clarification of the required principles, building on work already completed by the EPC. It has a clear focus on

Entro il 2010⁵⁹¹ i sistemi esistenti si dovranno uniformare ai requisiti previsti a livello comune. A tal riguardo è lasciata alle banche e ai sistemi stessi una duplice scelta: o istituire dei sistemi di clearing automatizzato paneuropeo (*Pan-European Automated Clearing House, PEACH*)⁵⁹², chiudendo il proprio sistema e passando a una nuova infrastruttura oppure trasformando in PEACH dei sistemi nazionali consolidati ed efficienti; oppure le ACH (*Automated Clearing House*) nazionali possono conformarsi al SEPA senza necessariamente trasformarsi in PEACH, sempre che i requisiti di conformità siano adeguatamente formulati e non si frappongano ostacoli ad una concorrenza aperta e leale tra fornitori PEACH e infrastrutture compatibili col SEPA⁵⁹³.

Perché le infrastrutture possano raggiungere tutte le banche della zona Euro saranno redatti standard comuni per i messaggi e i dati e dovranno essere stabiliti collegamenti tra le varie banche ed infrastrutture. A tal fine la BCE sta lavorando alla costituzione del sistema TARGET 2, che sostituendo il predecessore (TARGET) permetterà una effettiva interoperabilità delle stanza di compensazione e regolamento e delle banche.

Infine, è da sottolineare un'importante caratteristica del sistema SEPA. È espressamente previsto, a differenza di quanto di norma succede attualmente, che gli schemi di funzionamento degli strumenti di pagamento debbano rimanere assolutamente distinti dalle infrastrutture sottostanti. In questo modo le infrastrutture saranno in grado di ricevere e inviare tutti i pagamenti a prescindere dagli schemi utilizzati, aumentando la concorrenza.

12. Impatto del SEPA.

the delineation of roles and responsibilities between the scheme layer and the infrastructure layer. The PEACH/CSM Framework is deliberately created as a set of high-level principles and is an important complementary document to the SEPA Direct Debit Scheme and the SEPA Credit Transfer Scheme Rulebooks". Tale documento è reperibile all'indirizzo http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/EPC170_05_CSM%20Framework%20v1.1%20Approved.pdf.

⁵⁹¹ In realtà si ritiene che la data potrebbe slittare, poiché il processo di consolidazione delle infrastrutture dovrà essere guidato dal mercato e non da decisioni imperative provenienti dall'Eurosistema.

⁵⁹² Il PEACH è definito come "a business platform for the provision of Euro retail payment instruments and basic related services, made up of governance rules and payments practices and supported by the necessary technical platform(s)". Cfr. European Central Bank, *Towards a Single Euro Payment Area- Progress Report*, p. 11.

⁵⁹³ Inizialmente le banche avevano promosso la trasformazione dei sistemi nazionali in PEACH (Cfr. European Central Bank, *Towards a Single Euro Payment Area- Progress Report*, cit., p. 11 s.). Successivamente è stata invece, avanzata la proposta di permettere alle infrastrutture nazionali di adeguarsi agli standard dell'EPC senza doversi trasformare in PEACH.

La creazione di un'area unica per i pagamenti in Euro, creando le condizioni per una maggiore concorrenza nella fornitura di servizi di pagamento e per un funzionamento più efficiente degli strumenti di pagamento, porterà con sé innumerevoli vantaggi per consumatori, commercianti e anche per le banche e la moneta unica si rafforzerà essendo sostenuta da un sistema dei pagamenti integrato a livello comunitario⁵⁹⁴.

I consumatori riceveranno numerosi benefici, dei quali se ne elencano qui solo alcuni a titolo di esempio⁵⁹⁵. Con un unico conto corrente aperto presso la propria banca di fiducia si potranno effettuare e ricevere pagamenti diretti e provenienti da ogni altra banca del SEPA con prezzi bassi, uguali a quelli applicati ai pagamenti nazionali. I lavoratori e gli studenti che si siano trasferiti in un altro Paese dell'area non avranno bisogno di aprire un nuovo conto, ma potranno utilizzare quello di cui già dispongono nel proprio Stato. Tale conto potrà essere utilizzato dall'estero per effettuare pagamenti, senza nessun aumento dei costi e su di esso potrà essere accreditato lo stipendio.

La carta di credito emessa sulla base di un conto nazionale, potrà essere utilizzata su tutto il territorio senza l'aggiunta di ulteriori commissioni e potrà essere accettata da tutti i commercianti della zona Euro. Il turista, poi, utilizzerà solo la carta di credito non avendo più bisogno di portare con sé molto denaro e nemmeno di ricorrere ai servizi degli ATM (*Automated Teller Machine*- o sportelli bancomat) per ritirare il contante. Nemmeno incorrerà nei rischi connessi al possesso di denaro contante.

Inoltre, ogni transazione avverrà con regole comuni ovunque e con standard armonizzati di tutela del consumatore (per esempio relativi al recesso e ai rimborsi). Sarà più semplice anche effettuare i pagamenti correlati all'affitto o all'acquisto di case all'estero (rette, tasse, spese di ogni genere) utilizzando l'unico conto corrente, mediante il ricorso all'addebito diretto transfrontaliero.

Anche i piccoli e medi commercianti, così come i grandi, si avvantaggeranno della diminuzione dei costi connessi alle transazioni con carta di credito e si gioveranno della

⁵⁹⁴ Le strutture SEPA potranno, infatti, essere utilizzate anche dai Paesi comunitari non aderenti all'Unione monetaria.

⁵⁹⁵ Per un'analisi specifica di tutti i benefici derivanti ai consumatori cfr. European Payment Council, *Making SEPA a Reality. Implementing the Single Euro Payment Area*, 2007, p. 23 ss.

capacità di accettare tutte le carte di pagamento SEPA grazie alla standardizzazione delle carte e dei POS (*Point of Sale*)⁵⁹⁶.

Le banche trarranno vantaggio dal SEPA potendo espandere i propri affari, offrendo servizi anche innovativi (per esempio servizi di pagamento specializzati per i possessori di case all'estero).

Inoltre, la maggiore efficienza del mercato porterà ad una effettiva riduzione dei costi sopportati dalle banche (diversamente da quanto ha fatto il regolamento 2560/2001 che ha ridotto le commissioni lasciando alle banche il problema di gestire i costi rimasti inalterati).

Il SEPA diverrà realtà verso la fine del 2010, ma già dal gennaio 2008 saremo in grado di poter utilizzare carte, bonifici o addebiti diretti secondo gli schemi dell'EPC. Esso permetterà finalmente una più profonda integrazione del mercato unico in generale e dei mercati finanziari in particolare, andando a contribuire in misura significativa anche al programma di Lisbona, che si prefigge, tra l'altro, l'obiettivo di promuovere la competitività e il dinamismo dell'economia europea.

13. Il quadro giuridico di riferimento del SEPA: la proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

La Commissione è stata, forse, la più grande sostenitrice del progetto di integrazione dei mercati dei pagamenti, come dimostrato dagli sforzi realizzati nel settore già alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso (*supra*). Accogliendo con entusiasmo l'iniziativa SEPA, si è affiancata ad essa ed ha presentato una proposta di direttiva⁵⁹⁷, basata sull'art. 47, par. 2 e sull'art. 95, par. 1 del Trattato di Roma, con la quale verrà istituito “un quadro comune per il mercato dei pagamenti comunitario, creando le condizioni necessarie per l'integrazione e la razionalizzazione dei sistemi nazionali di pagamento”⁵⁹⁸.

Con la proposta la Commissione persegue tre fondamentali obiettivi. In primo luogo, attraverso la predisposizione di un insieme equilibrato di requisiti prudenziali qualitativi essa mira ad aumentare la concorrenza tra i mercati nazionali e a garantire la parità delle

⁵⁹⁶ Per un'analisi dettagliata dei benefici per grandi e piccoli commercianti cfr. *ibidem*, p. 28 ss.

⁵⁹⁷ Proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, COM(2005) 603 def., cit.

⁵⁹⁸ Relazione della proposta di direttiva, COM(2005) 603 def., cit., p. 1.

condizioni. Secondariamente, la Commissione vuole accrescere la trasparenza sia per i prestatori che per gli utenti e a tal fine ha optato per lo strumento dell'armonizzazione di tali regole. Infine, essa mira a definire i diritti e gli obblighi degli utenti e dei prestatori. Anche in quest'ultimo caso la Commissione ha ritenuto opportuno ricorrere alla tecnica dell'armonizzazione, infatti "le 25 [ora 27] normative nazionali diverse che disciplinano attualmente il mercato dei pagamenti hanno funzionato bene fino a quando i pagamenti transfrontalieri e il mercato unico non hanno assunto un ruolo importante. Con la creazione del mercato unico, e ancor più con l'introduzione dell'Euro, l'armonizzazione è diventata una necessità, in particolare quando le norme nazionali consentono di mantenere differenze nazionali, ostacolando i pagamenti transfrontalieri ed impedendo la diffusione di servizi di pagamento paneuropei più efficienti"⁵⁹⁹. La proposta di direttiva offrirà, dunque, un quadro normativo semplificato e pienamente armonizzato, che sostituirà la direttiva 97/5, le raccomandazioni 87/598, 88/590 e 97/489, nonché l'art. 8 della direttiva 97/7 e l'art. 8 della direttiva 2002/65.

La proposta sembra essere pronta per l'adozione. La versione originaria del 2005 è stata emendata secondo i suggerimenti del Parlamento europeo⁶⁰⁰ ed è ora al vaglio del Consiglio che come si deduce dal registro delle attività è pronto ad adottare la direttiva così come modificata dal PE non appena il servizio linguistico abbia preso visione e corretto il testo.

14. Ambito di applicazione e oggetto.

La proposta di direttiva in esame, come emendata dal Parlamento, si applica ai servizi di pagamento nella Comunità⁶⁰¹, quando almeno il prestatore si trovi sul territorio comunitario (art. 2), mentre le norme relative alla trasparenza e ai diritti e obblighi delle parti (titoli III e IV della proposta) si applicano ai servizi di pagamento effettuati in Euro o in qualsiasi altra valuta ufficiale di uno degli Stati membri. L'ambito di applicazione è definito in negativo dall'art. 3, il quale elenca una lunga lista di operazioni, quali per esempio quelle effettuate interamente in contante, le fattispecie di trasporto materiale a titolo professionale di

⁵⁹⁹ Ibidem, p. 7.

⁶⁰⁰ È del 24 aprile 2007 l'accordo tra Parlamento e Commissione relativo al testo della direttiva.

⁶⁰¹ A differenza del progetto SEPA, la cui applicazione è limitata ai Paesi della zona Euro, la proposta di direttiva si applica a tutto il territorio della Comunità.

banconote e monete, a cui la direttiva non si applica. L'art. 1 stabilisce sei categorie di prestatori di servizi di pagamento: (i) gli enti creditizi; (ii) gli istituti di moneta elettronica; (iii) gli uffici dei conti correnti postali che hanno il diritto di prestare servizi di pagamento a norma del diritto nazionale; (iv) gli istituti di pagamento; (v) la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali ove non agiscano in quanto autorità monetarie o altre autorità pubbliche; (vi) gli Stati membri o le rispettive autorità regionali e locali ove non agiscano in quanto autorità pubbliche.

15. Un'autorizzazione unica per gli istituti di pagamento. Cenni.

Le disposizioni della proposta si dividono in tre titoli, il primo dei quali è dedicato agli istituti di pagamento, che sono definiti, ai sensi dell'art. 4 lett. 2 ter), come qualsiasi "persona giuridica che è stata autorizzata, a norma dell'articolo 6 a prestare ed eseguire servizi di pagamento in tutta la Comunità".

L'obiettivo del titolo II, la tutela della concorrenza, viene perseguito garantendo anche ad enti diversi dalle banche o dagli istituti di moneta elettronica, il diritto di accedere, a condizioni chiare e non discriminatorie, al mercato dei servizi di pagamento. Tuttavia, al fine di tutelare la parità delle condizioni tra i diversi enti e a difesa della stabilità finanziaria la proposta introduce anche per gli istituti di pagamento una autorizzazione unica, che garantisce la libertà di prestazione di servizi e di stabilimento in tutto il territorio comunitario e che viene accordata dalle autorità predisposte dallo Stato membro d'origine una volta accertata la sussistenza di specifici requisiti prudenziali (capitale iniziale e permanente, fondi propri da tenersi separati da quelli forniti dai clienti per i pagamenti, sana e prudente gestione...). La medesima autorità può, laddove tali requisiti venissero a mancare, anche procedere alla revoca dell'autorizzazione. È previsto poi l'obbligo di redazione di conti individuali e consolidati e l'obbligo di sottoporli a revisione.

16. Le norme in materia di trasparenza.

Il titolo III dispone in materia di trasparenza e specifica gli obblighi cui sono soggetti i prestatori di servizi di pagamento in materia di informazione dei clienti, al fine di permettere

loro di fare scelte con cognizione di causa. La proposta di direttiva fissa i requisiti armonizzati indispensabili per garantire il livello necessario e sufficiente di informazione agli utenti dei servizi di pagamento i quali si applicano “alle singole operazioni di pagamento, ai contratti quadro e alle operazioni di pagamento da essi contemplate” (art. 23 ter). In tale sezione vengono previsti specifici obblighi di informazione preliminare e successiva sia alla conclusione del contratto quadro sia all’ordine di pagamento. È previsto che tali informazioni debbano necessariamente essere fornite al consumatore, mentre è lasciata agli Stati la facoltà di estendere tali obblighi anche nei confronti dei professionisti e delle microimprese.

Obiettivo della presente sezione è, quindi, quella di permettere agli utenti di tutta l’UE di ricevere informazioni chiare e di qualità elevata, sui servizi di pagamento.

Gli obblighi di informazione vengono disciplinati distintamente a seconda che si riferiscano alle singole operazioni non rientranti in un contratto, al contratto quadro o a singole operazioni di pagamento rientranti nel contratto quadro. Nel primo caso (art. 25) è disposto che prima che “l’utente del servizio di pagamento sia vincolato da un contratto o offerta di servizio di pagamento singolo”, gli debbano essere fornite in modo facilmente accessibile e con una forma chiara e leggibile, le informazioni e le condizioni di cui all’articolo 26, ossia: la specificazione delle informazioni o dell’identificativo unico che l’utente del servizio di pagamento deve fornire affinché l’ordine di pagamento sia eseguito correttamente; il tempo massimo di esecuzione per la prestazione dei servizi di pagamento; tutte le spese dovute dall’utente al suo prestatore di servizi di pagamento, e la suddivisione delle spese; nonché, eventualmente, il tasso di cambio effettivo o di riferimento da applicare all’operazione di pagamento. Su richiesta dell’utente del servizio di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento fornisce le informazioni e le condizioni su supporto cartaceo o altro supporto durevole e se del caso fornisce anche le informazioni precisate dall’art. 31 in materia di contratti quadro.

Inoltre, il prestatore è tenuto a fornire ulteriori informazioni al soggetto pagante, “immediatamente dopo il ricevimento dell’ordine di pagamento”⁶⁰² e al beneficiario “immediatamente dopo l’esecuzione”⁶⁰³.

Obblighi di informazione minori sono previsti dall’art. 23 septies per il caso di operazioni di scarso rilievo economico, cioè quando vengano utilizzati “strumenti di pagamento che conformemente al contratto quadro riguardano unicamente singole operazioni di pagamento per un importo non superiore a 30 € oppure che hanno un limite di spesa di 150 € o depositano fondi per un importo che non supera in alcun momento 150 €”.

Per l’ipotesi di sottoscrizione di un contratto quadro, in tempo utile prima della conclusione dello stesso, il prestatore deve fornire su un supporto cartaceo o altro supporto durevole le informazioni e le condizioni prescritte dall’art. 31, relative al prestatore, all’utilizzazione del servizio di pagamento, alle spese e ai tassi d’interesse e di cambio, ai mezzi e alle modalità di comunicazione col prestatore, ai sistemi di salvaguardia e alle misure correttive, alle modifiche e alla possibilità di rescindere il contratto⁶⁰⁴, al diritto di ricorso. Esse devono essere redatte in “termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile, in una lingua ufficiale dello Stato membro nel quale viene prestato il servizio di pagamento o in qualsiasi altra lingua convenuta dalle parti” (art. 30)⁶⁰⁵.

⁶⁰² Ai sensi dell’art. 27 tali informazioni sono: un riferimento che consenta al soggetto pagante di individuare l’operazione di pagamento e, se del caso, le informazioni relative al beneficiario; l’importo dell’operazione di pagamento espresso nella valuta dell’ordine di pagamento; l’importo delle eventuali spese per l’operazione di pagamento a carico del soggetto pagante e, se del caso, la suddivisione delle spese; se pertinente, il tasso di cambio utilizzato per l’operazione di pagamento da parte del prestatore del soggetto pagante; l’importo dell’operazione di pagamento dopo detta conversione in valuta; infine, la data di ricevimento dell’ordine di pagamento.

⁶⁰³ Ai sensi dell’art. 28 sono dovute le seguenti informazioni: il riferimento che consente al beneficiario di individuare l’operazione di pagamento e, ove opportuno, il soggetto pagante e tutte le informazioni trasmesse con l’operazione di pagamento; l’importo dell’operazione di pagamento nella valuta in cui i fondi sono a disposizione del beneficiario; l’importo di tutte le spese per l’operazione di pagamento a carico del beneficiario e, se del caso, la suddivisione delle spese; se del caso, il tasso di cambio utilizzato per l’operazione di pagamento dal prestatore di servizi di pagamento del beneficiario e l’importo dell’operazione di pagamento prima della conversione valutaria; la data valuta dell’accredito.

⁶⁰⁴ Le modalità di modifica e di rescissione del contratto sono espressamente disciplinate dagli artt. 33 e 34.

⁶⁰⁵ Cfr. il considerando 18 bis, secondo cui in ragione della maggiore rilevanza economica dei contratti quadro rispetto alle singole operazioni “i requisiti di informazione preventiva sui contratti quadro dovrebbero essere abbastanza ampie e le informazioni dovrebbero sempre essere fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, quale la stampa degli estratti conto, i dischetti (*floppy disk*), i CD-ROM, i DVD e i dischi rigidi dei personal computer in cui possono essere memorizzati i messaggi di posta elettronica, nonché i siti Internet, sempre che tali siti consentano di recuperarle agevolmente durante un periodo di tempo adeguato ai fini informativi e consentano la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate. Tuttavia, il modo in cui sono fornite le successive informazioni sulle operazioni eseguite può essere deciso nell’ambito del

Ciononostante in qualsiasi momento del rapporto contrattuale l'utente ha diritto di richiedere (e di ricevere) le condizioni contrattuali del contratto quadro nonché le informazioni e le condizioni di cui all'art. 31 su supporto cartaceo o altro supporto durevole (art. 32).

Ulteriori diversi obblighi sono previsti nel caso di singole operazioni rientranti nel contratto quadro. In tali casi, come previsto nel considerando n. 18 ter, “dovrebbero essere sempre fornite solo le informazioni essenziali su iniziativa del prestatore di servizi di pagamento. Dato che il soggetto pagante è di norma presente quando dà l'ordine di pagamento, non è necessario esigere che le informazioni debbano essere in ogni caso fornite su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole. Il prestatore di servizi di pagamento può fornire informazioni oralmente allo sportello o rendere queste facilmente accessibili in altro modo, per esempio esponendo nei locali un cartello con le condizioni. Dovrebbero essere inoltre fornite informazioni su dove reperire altre informazioni più dettagliate (per esempio l'indirizzo del sito web). Tuttavia, qualora richiesto dal consumatore, le informazioni essenziali dovrebbero essere fornite su supporto cartaceo o su un altro supporto durevole”. Quindi, ai sensi dell'art. 35 il prestatore di servizi di pagamento, su richiesta del soggetto pagante, prima dell'esecuzione dell'ordine fornirà, per quella specifica operazione di pagamento, informazioni sui tempi massimi di esecuzione, sulle eventuali spese che il soggetto pagante deve corrispondere e sulla loro suddivisione⁶⁰⁶. Anche per il caso di singole operazioni inserite in un contratto quadro il prestatore è tenuto a fornire specifiche informazioni dopo che l'importo sia stato addebitato sul conto del soggetto pagante (art. 36)⁶⁰⁷ e dopo l'esecuzione dell'ordine (art. 37)⁶⁰⁸.

contratto quadro tra i prestatori di servizi di pagamento e gli utenti dei servizi di pagamento. A titolo esemplificativo, può essere convenuto che nel servizio di *internet banking* tutte le informazioni sul conto di pagamento siano rese accessibili in linea”.

⁶⁰⁶ In genere le spese relative alle informazioni non dovrebbero essere sopportate dagli utenti, ma l'art. 23 quinquies fa salva la possibilità delle parti di concordare le spese relative ad informazioni supplementari o più frequenti, o alla trasmissione con strumenti diversi da quelli eventualmente previsti dal contratto quadro, sempre che tali spese siano proporzionate e adeguate ai costi effettivi.

⁶⁰⁷ Il prestatore deve fornire: un riferimento che consenta al soggetto pagante di individuare ogni operazione di pagamento e, se del caso, le informazioni relative al beneficiario; l'importo dell'operazione di pagamento nella valuta in cui avviene l'addebito sul conto di pagamento del soggetto pagante o in quella utilizzata per l'ordine di pagamento; se del caso, l'importo di tutte le spese relative all'operazione di pagamento e la suddivisione delle stesse o l'importo degli interessi che il soggetto pagante deve corrispondere; se del caso, il tasso di cambio utilizzato nell'operazione di pagamento dal prestatore di servizi di pagamento del soggetto pagante e l'importo dell'operazione di pagamento dopo la conversione valutaria; la data valuta dell'addebito o

La proposta non definisce a chi spetti l'onere della prova dell'avvenuta regolare informazione, limitandosi a prevedere in capo agli Stati la facoltà di accollarlo al prestatore (art. 23 sexies).

17. Diritti e obblighi in relazione alla prestazione di servizi di pagamento.

Il Titolo IV introduce dettagliate disposizioni che delineano il contenuto del rapporto contrattuale tra cliente e prestatore di servizi di pagamento, stabilendo precisi diritti, obblighi e responsabilità delle parti, almeno nel caso in cui una delle due sia un consumatore. Talune delle disposizioni, sono infatti derogabili per iniziativa contrattuale delle parti⁶⁰⁹ o per scelta legislativa⁶¹⁰, laddove il cliente non sia un consumatore (art. 40 ter). Inoltre, laddove gli Stati membri lo ritengano opportuno, possono estendere l'applicazione delle norme del Titolo IV anche alle microimprese.

In primo luogo è presa in considerazione la definitività del contratto relativo ad una operazione di pagamento, regolando i principi relativi al consenso e alla revoca dello stesso. L'operazione di pagamento è considerata autorizzata solo laddove il soggetto pagante abbia espresso il suo consenso preventivo all'operazione, oppure, ma solo se così concordato, anche successivamente alla stessa.

la data di ricezione dell'ordine di pagamento. Il medesimo articolo prevede che “un contratto quadro può includere la condizione che le informazioni di cui al paragrafo 1 debbano essere fornite o rese disponibili periodicamente almeno una volta al mese e secondo modalità convenute che permettano al soggetto pagante di conservare e riprodurre le informazioni immutate. Tuttavia, gli Stati membri possono imporre al prestatore di servizi di pagamento di fornire informazioni su supporto cartaceo una volta al mese senza spese”.

⁶⁰⁸ Ai sensi dell'art. 37 il fornitore deve comunicare: il riferimento che consente al beneficiario di individuare l'operazione di pagamento e, ove opportuno, il soggetto pagante e tutte le informazioni trasmesse con l'operazione di pagamento; l'importo dell'operazione di pagamento nella valuta in cui avviene l'accredito sul conto di pagamento del beneficiario; se del caso, l'importo di tutte le spese relative all'operazione di pagamento e la suddivisione delle stesse o l'importo degli interessi che il soggetto pagante deve corrispondere; se del caso, il tasso di cambio utilizzato per l'operazione di pagamento dal prestatore di servizi di pagamento del beneficiario e l'importo dell'operazione di pagamento prima della conversione valutaria; la data valuta dell'accredito. Anche in questo caso il contratto quadro può prevedere (e gli stati membri possono imporre) che tali informazioni siano fornite almeno una volta al mese su supporti durevoli.

⁶⁰⁹ Cfr. art. 40 ter, par. 1 secondo cui “se l'utente dei servizi di pagamento non è un consumatore, le parti possono convenire che l'articolo 40 quater, paragrafo 1, l'articolo 41, paragrafo 3, gli articoli 48, 50, 52, 53 56 e 67 non sono d'applicazione in parte o del tutto. Le parti possono altresì concordare un periodo di tempo diverso da quello di cui all'articolo 47bis”.

⁶¹⁰ Cfr. l'art. 40 ter, par. 1 bis secondo cui “gli Stati membri possono prevedere che l'articolo 75 non si applica se l'utente dei servizi di pagamento non è un consumatore”.

L'utilizzo degli strumenti di pagamento è disciplinato sia nei suoi limiti, sia relativamente agli obblighi e responsabilità a carico dell'utilizzatore e del prestatore. Per quanto riguarda il primo aspetto (art. 43) è conferito il diritto al prestatore di bloccare l'utilizzo di uno strumento di pagamento⁶¹¹, ma solo in presenza di motivi obiettivamente giustificati legati alla sicurezza dello strumento stesso, al sospetto di un suo utilizzo non autorizzato o fraudolento oppure, nel caso lo stesso sia dotato di una linea di credito, ad un rischio significativamente aumentato e il soggetto pagante non sia in grado di adempiere ai propri obblighi di pagamento. In tali casi, tuttavia il prestatore è tenuto a dare comunicazione al cliente sia del blocco sia delle motivazioni sottese.

Il prestatore del servizio di pagamento che rilasci lo strumento di pagamento deve rispettare determinati specifici obblighi pena l'insorgere di una sua personale responsabilità. Esso è tenuto ad assicurare che le caratteristiche di sicurezza personalizzate di uno strumento di pagamento non siano accessibili ad altri se non all'utente autorizzato ad utilizzarlo. Inoltre, deve astenersi dall'inviare uno strumento di pagamento non richiesto, salvo il caso in cui uno strumento di pagamento già detenuto dall'utente debba essere sostituito e deve assicurare che siano sempre disponibili mezzi adeguati tali da garantire che l'utente possa notificare la perdita, smarrimento, indebita appropriazione dello strumento, oppure la richiesta di sblocco dello stesso. Egli deve, inoltre, su richiesta, fornire all'utente gli strumenti per provare l'avvenuta notifica nei 18 mesi successivi alla stessa. Infine il prestatore deve impedire qualsiasi utilizzazione dello strumento di pagamento una volta espletato l'obbligo di notifica.

L'utilizzatore di uno strumento di pagamento, dal canto suo è tenuto ad utilizzare lo strumento di pagamento conformemente alle condizioni che ne disciplinano l'emissione e l'uso e ad adottare tutte le misure per proteggerne le caratteristiche di sicurezza personalizzate. In secondo luogo egli deve notificare senza indugio al prestatore e non appena ne abbia conoscenza, lo smarrimento, il furto o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento o un uso non autorizzato di tale strumento (art. 46), pena,

⁶¹¹ Ai sensi dell'art. 4 n. 17 per strumento di pagamento si intende "qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento e utilizzate dall'utente di servizi di pagamento per disporre un ordine di pagamento".

l'insorgere di una sua responsabilità e la perdita del diritto di rimborso previsto dalle norme comunitarie⁶¹².

Inoltre, ai sensi dell'art. 47 bis l'utilizzatore deve notificare al prestatore, entro tredici mesi dalla data di addebito, anche ogni operazione che gli risulti non autorizzata non eseguita in modo esatto, onde ottenerne una rettifica. Il prestatore risponde infatti tanto delle operazioni di pagamento non autorizzate (art. 49) quanto per la mancata esecuzione o l'adempimento inesatto delle stesse (art. 67), sempre che non dipenda dalle errate informazioni fornite dal soggetto pagante (art. 66) o da "circostanze esterne anormali e imprevedibili le cui conseguenze non si sarebbero potute evitare nonostante ogni diligenza impiegata". (art. 70). Inoltre è prevista una responsabilità dell'istituto di pagamento del soggetto pagante anche per le ipotesi di addebito diretto, quando cioè il pagamento sia avvenuto per iniziativa del beneficiario e non sia specificata la data dell'addebito o l'importo superi la somma che il pagante ragionevolmente poteva aspettarsi (art. 51).

La proposta armonizza anche le norme in materia di ricezione degli ordini e trasferimento degli importi e le norme relative alla data di valuta⁶¹³, al fine sia di ridurre i tempi di esecuzione dell'operazione, sia per garantire la trasparenza dei prezzi. Come specificato dal considerando 29, infatti "è essenziale che gli utenti dei servizi di pagamento siano a conoscenza dei costi e delle spese reali dei servizi di pagamento per poter operare la loro

⁶¹² L'art. 50 disciplina la responsabilità dell'ordinante il quale, in deroga alle norme che disciplinano la responsabilità del prestatore di servizi, "sopporta, a concorrenza massima di 150 Euro, la perdita relativa ad operazioni di pagamento non autorizzate derivante dall'uso di uno strumento di pagamento smarrito o rubato o, se il soggetto pagante non ha conservato in condizioni di sicurezza le caratteristiche di sicurezza personalizzate, dall'appropriazione indebita di uno strumento di pagamento. 2. Il soggetto pagante sostiene tutte le perdite derivanti da operazioni non autorizzate subite agendo in modo fraudolento o non adempiendo uno o più degli obblighi a lui incombenti in virtù dell'articolo 46 intenzionalmente o con negligenza grave. In tali casi, il massimale di cui al paragrafo 1 non si applica. 2 bis. Se il soggetto pagante non ha agito in modo fraudolento o non ha inadempito agli obblighi a lui incombenti in virtù dell'articolo 46, gli Stati membri possono ridurre la responsabilità di cui ai paragrafi 1 e 2 tenendo conto, in particolare, della natura delle caratteristiche di sicurezza personalizzate dello strumento di pagamento e delle circostanze dello smarrimento, del furto o dell'appropriazione indebita. 3. Salvo qualora abbia agito in modo fraudolento, il soggetto pagante non sopporta alcuna conseguenza finanziaria derivante dall'uso di uno strumento di pagamento smarrito, rubato o oggetto di appropriazione indebita, intervenuta dopo la notifica ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 1, lettera b). 4. Se il prestatore di servizi di pagamento non ha fornito strumenti adeguati per la notifica, in qualsiasi momento, dello smarrimento, del furto o dell'appropriazione indebita di uno strumento di pagamento, secondo quanto disposto dall'articolo 47, lettera c), il soggetto pagante non è responsabile delle conseguenze finanziarie derivanti dall'uso dello strumento di pagamento, salvo qualora abbia agito in modo fraudolento".

⁶¹³ Ai sensi dell'art. 4 n. 11, per data di valuta deve intendersi "la data di riferimento usata da un prestatore di servizi di pagamento per il calcolo degli interessi sui fondi addebitati o accreditati a un conto di pagamento".

scelta. Di conseguenza, non dovrebbe essere ammesso l'uso di metodi di fissazione dei prezzi non trasparenti, in quanto è comunemente riconosciuto che tali metodi rendono estremamente difficile per gli utenti stabilire il prezzo reale del servizio di pagamento. In particolare, l'uso di date valuta che svantaggiano l'utente non dovrebbe essere consentito". Per quanto riguarda gli ordini di pagamento, la proposta prevede che il momento in cui risulti la loro ricezione coincida esattamente con quello in cui l'ordine di pagamento, che provenga dal pagante o dal beneficiario, sia materialmente ricevuto dal prestatore di servizi, senza possibilità di posticipare fittiziamente tale data, se non nel caso in cui l'ordine in questione sia ricevuto in un giorno non lavorativo, o nel caso di accordo tra le parti⁶¹⁴. Il momento di ricezione è importante, poiché ai sensi dell'art. 60 (che regola i tempi d'esecuzione delle operazioni di pagamento effettuate su un conto di pagamento⁶¹⁵), il prestatore di servizi del soggetto pagante, al più tardi entro la fine del giorno lavorativo successivo ed esso⁶¹⁶, deve accreditare l'importo dell'operazione sul conto del prestatore del beneficiario (o entro i due giorni successivi nel caso di operazioni disposte su supporto cartaceo) e quest'ultimo, indicata la data di valuta e ricevuti i fondi, deve rendere disponibile l'importo sul conto del beneficiario⁶¹⁷. Il momento di ricezione rileva anche quando ad essere ricevuto non sia un ordine ma direttamente dei fondi in contanti. In questo caso "il prestatore di servizi di pagamento assicura che l'importo sia reso disponibile e la valuta datata immediatamente dopo il momento della ricezione dei fondi". Mentre "qualora l'utente dei servizi di pagamento non sia un consumatore, l'importo è reso disponibile e la valuta datata al più tardi il giorno lavorativo successivo alla ricezione dei fondi".

⁶¹⁴ Il secondo comma dell'art. 54 dispone che "se l'utente dei servizi di pagamento che dispone un ordine di pagamento e il suo prestatore concordano che l'esecuzione dell'ordine di pagamento sia avviata in un giorno determinato o alla fine di un determinato periodo o il giorno in cui il soggetto pagante ha messo i fondi a disposizione del prestatore del servizio di pagamento, si considera che il momento della ricezione ai sensi dell'articolo 60 coincida con il giorno convenuto. Se il giorno convenuto non è un giorno lavorativo per il prestatore dei servizi di pagamento, l'ordine di pagamento ricevuto è considerato ricevuto il giorno lavorativo successivo".

⁶¹⁵ Definito ai sensi dell'art. 4 n. 7 come "un conto detenuto a nome di uno o più utenti di servizi di pagamento che è utilizzato per l'esecuzione delle operazioni di pagamento".

⁶¹⁶ Tuttavia fino al gennaio 2012 sarà possibile concordare un tempo d'esecuzione non superiore ai tre giorni, o quattro nel caso di operazioni disposte su supporto cartaceo.

⁶¹⁷ Il medesimo art. 60, sempre in tema di tempi di esecuzione, stabilisce che nel caso di ordine impartito dal beneficiario, il suo prestatore debba trasmettere l'ordine di pagamento al prestatore del soggetto pagante entro i limiti temporali convenuti con il beneficiario, "in modo da consentire il regolamento, per quanto riguarda l'addebito diretto alla scadenza convenuta".

L'ordine di pagamento, se ricevuto, è irrevocabile, (art. 56) sia che provenga dall'ordinante, sia che derivi dal beneficiario. In quest'ultimo caso il pagante non può revocare una volta che abbia trasmesso al beneficiario l'ordine di pagamento o il suo consenso, mentre nel caso di addebito diretto al più tardi entro la fine del giorno lavorativo precedente il giorno concordato per l'addebito dei fondi.

Il prestatore può rifiutare l'ordine, a patto che lo comunichi all'ordinante insieme alle motivazioni e alle procedure per la modifica di eventuali errori fattuali.

Inoltre, ai sensi dell'art. 58, salvo diverso accordo tra il beneficiario e il suo prestatore di servizi, quest'ultimo, insieme al prestatore di servizi di pagamento del soggetto pagante e ad eventuali intermediari, devono trasferire al beneficiario la totalità dell'importo dell'operazione di pagamento, astenendosi dal trattenere spese sull'importo trasferito.

Infine, la proposta di direttiva interviene armonizzando anche le regole in materia di data di valuta (ossia) prevedendo che essa debba essere sempre indicata, che non possa essere successiva al giorno lavorativo in cui l'importo dell'operazione sia accreditato sul conto del prestatore di servizi del beneficiario e che da quel momento l'importo deve essere messo a disposizione di quest'ultimo. È fatto divieto di applicare una data di valuta dell'addebito sul conto di pagamento che sia precedente a quella in cui il pagamento viene addebitato sul conto di pagamento.

18. Conclusioni. Armonizzazione solo tendenzialmente massima.

Il settore dei servizi di pagamento è in fase di decisiva evoluzione. Le norme attualmente in vigore realizzano una armonizzazione solo parziale del medesimo e sono, come visto, da tempo ritenute insufficienti, soprattutto in seguito all'introduzione della moneta unica. La situazione è destinata a mutare radicalmente in seguito alla adozione delle proposte di direttiva appena illustrate e all'attuazione del progetto SEPA.

La proposta si propone un obiettivo ambizioso: integrare i mercati dei servizi finanziari al dettaglio mediante la creazione di un mercato unico dei servizi di pagamento. Tale obiettivo è perseguito, come visto, per mezzo dei due strumenti tipici utilizzati dalla Commissione per promuovere l'integrazione di questo settore, combinati in un unico atto. Da un lato l'armonizzazione delle regole prudenziali e la creazione di un passaporto unico per gli istituti

di pagamento, e dall'altro l'armonizzazione degli obblighi di trasparenza e dei contenuti contrattuali. Anche in questo caso si tratta di una direttiva di armonizzazione solo tendenzialmente massima, come si evince anche dalla lettura dell'art. 78, che reca il titolo di *piena armonizzazione* e che stabilisce che “fatti salvi l'articolo 23 ter, paragrafo 2, l'articolo 23 sexies, l'articolo 23 septies, paragrafo 3, l'articolo 34, paragrafo 3, l'articolo 36, paragrafo 3, l'articolo 37, paragrafo 3, l'articolo 40 ter, paragrafo 2, l'articolo 40quater, paragrafo 3bis, l'articolo 40 quinquies, paragrafo 3, l'articolo 50, paragrafo 2 bis e gli articoli 64 e 80, nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere o introdurre disposizioni diverse da quelle stabilite nella presente direttiva”. È altresì previsto che ogni disposizione nazionale che avvalendosi della possibilità prevista dall'art. 78 si discosti dalle norme comunitarie debba essere comunicata alla Commissione, insieme ad ogni eventuale successivo cambiamento, per essere da questa resa pubblica.

La direttiva in questione pone in essere una armonizzazione di principi generali cui gli Stati debbono dare attuazione. Accanto a tali standard tuttavia sono previste anche specifiche regole dettagliate, come quelle relative alla autorizzazione unica degli istituti di pagamento. Inoltre non si deve dimenticare che tali norme si accompagneranno a tutte le regole e i principi creati (e quelli che verranno in essere nei prossimi tempi) dall'EPC, che andranno ad uniformare le prassi degli istituti bancari e di pagamento in genere.

La proposta di direttiva, come detto, fornirà la base giuridica per il funzionamento del SEPA, che nell'opinione di chi scrive non è solo un progetto ambizioso, come è stato definito dalla BCE⁶¹⁸, ma è anche dovuto. All'introduzione della moneta unica non poteva non seguire un'iniziativa simile, pena la riduzione dell'Euro ad un “*argent de poche*”⁶¹⁹, utilizzabile solo per i pagamenti al dettaglio in contanti. In tale modo, invece, non solo “the Euro currency will be systematically strengthened by being underpinned with an integrated payments environment”⁶²⁰ (che è primario obiettivo dell'Eurosistema), ma verrà rafforzato anche il mercato comune (obiettivo primario della Commissione) eliminando finalmente

⁶¹⁸ Banca Centrale Europea, *Progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti in Euro*, cit., p. 11.

⁶¹⁹ MERUSI, *Verso lo Stato Europa*, cit., p. 223.

⁶²⁰ European Payment Council, *Making SEPA a Reality. Implementing the Single Euro Payment Area*, cit., p. 3.

“l’effetto frontiera” causato dall’estraneità tra sistemi di pagamento e che costituisce un ostacolo, in termini di rallentamento, alla circolazione dei beni e dei servizi.

Il SEPA e la direttiva sui servizi di pagamento, non appena entrerà in vigore, permetteranno di superare, almeno nel settore dei servizi di pagamento, la frammentazione che caratterizza attualmente tale mercato e i mercati finanziari al dettaglio in generale. La prestazione dei servizi di pagamento transfrontalieri non necessiterà più della presenza fisica della banca.

Il medesimo risultato è perseguito anche dalle direttive che sono intervenute ad uniformare le norme a tutela dei consumatori nel settore dei servizi finanziari, nonostante si debba sottolineare come in taluni ambiti il lavoro di armonizzazione è destinato a proseguire, come si evince dalle differenze che permangono tra le legislazioni nazionali, in virtù delle deroghe esplicite o implicite alle norme delle direttive stessa.

CAPITOLO V.

I SERVIZI DI PAGAMENTO, DI CONTO CORRENTE ED ACCESSORI TRA CONCORRENZA ED INTEGRAZIONE.

1. Premessa. 2. La disciplina comunitaria della concorrenza: gli accordi tra imprese (art. 81). 2.1 (*Segue*) Il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante (art. 82). 2.2 (*Segue*) Il regolamento 1/2003 in materia di applicazione delle regole di concorrenza. 3. La concorrenza nei sistemi di pagamento. 3.2 Gli accordi sui prezzi: le commissioni multilaterali uniformi nei confronti della clientela. 3.3 (*Segue*) Le commissioni multilaterali uniformi a livello interbancario. 3.4 (*Segue*) Le commissioni interbancarie nell'indagine di settore. 4. Le disposizioni relative al funzionamento dei sistemi di pagamento: la clausola di non discriminazione e il divieto di sovrapprezzo. 5. Altri rilievi dell'indagine di settore relativamente ai servizi di pagamento. Le barriere di tipo strutturale. 6. Il problema dell'accesso alle *essential facilities*. I sistemi di pagamento. 6.1 (*Segue*) L'accesso alle infrastrutture di pagamento. 6.2 (*Segue*) La decisione nel caso *Clearstream*. 7. I riscontri dell'indagine di settore sulla concorrenza nel mercato dei conti correnti e dei servizi correlati. 7.1 Il *product tying* e la pratica di fissazione dei prezzi. 8. Le infrastrutture del mercato dei conti correnti: i sistemi di scambio di informazioni tra istituti finanziari sulla solvibilità dei clienti. 9. La cooperazione tra banche. 10. Il problema della *customer mobility*. 11. Conclusioni. Possibili soluzioni di integrazione dei mercati al dettaglio.

1. Premessa.

Il settore dei servizi al dettaglio è il più importante tra i settori bancari, rappresentando più del 50% di tutta l'attività bancaria dell'Europa occidentale. Come già accennato, nel 2004 esso ha prodotto il 2% di tutto il PIL comunitario e ben si comprende come esso rappresenti quindi un settore di vitale importanza. Per garantire la flessibilità e il dinamismo all'interno dell'economia europea, per aumentare la produttività, la crescita e creare occupazione, conformemente agli obiettivi di Lisbona, sono essenziali mercati di servizi finanziari efficienti, i quali costituiscono "a precondition to make the European Union the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world"⁶²¹. Tuttavia, nonostante l'attuazione legislativa del PASF e l'introduzione dell'Euro, i mercati finanziari al dettaglio continuano a mostrarsi poco integrati.

La creazione del "mercato unico finanziario", che è parte del generale obiettivo di creare un mercato unico comunitario, non è perseguito solo mediante l'utilizzo degli strumenti

⁶²¹ Communication by Commissioner Kroes in Agreement with Commissioner McCreevy, *Memorandum on Sector Inquiries in Financial Services (Retail Banking and Business Insurance)*, par. 6, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/communication_en.pdf.

legislazione *ex ante* di armonizzazione. Il secondo strumento individuato dal Trattato di Roma, quale garanzia del funzionamento del mercato unico, è dato dall'applicazione di norme *ex post* in materia di concorrenza.

La disciplina della concorrenza contenuta nel TCE, così come integrata da numerosi atti, mira a rafforzare le quattro libertà di circolazione, che costituiscono il fondamento del mercato comune. Essa è un valore ed al contempo strumento “per la realizzazione dei fini del Trattato istitutivo della Comunità europea: la tutela dell'economia di un mercato rappresenta un «principio» dell'attuale ordinamento comunitario”⁶²². La strumentalità di tali regole al raggiungimento del menzionato obiettivo si ricava in primo luogo dalla lettura degli artt. 2 e 3, lett. g) e 4 del Trattato di Roma, in cui la concorrenza viene tratteggiata quale uno dei principali strumenti per mantenere e consolidare l'assetto unitario del mercato⁶²³. L'art. 4, in particolare, esplicita tale correlazione stabilendo che “ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende (...) l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.

In secondo luogo, la relazione tra il progetto di creazione del mercato unico e regole della concorrenza emerge dal testo degli articoli 81 e 82 TCE. Infatti, intese ed abusi di posizione dominante sono vietati solo in quanto incompatibili con il mercato comune. Tali prescrizioni sono dettate perché non venga impedito, ristretto o falsato il gioco della concorrenza “all'interno del mercato comune”.

Se la strumentalità della concorrenza alla creazione del mercato unico si evince dalle norme del Trattato, il ruolo che essa gioca nell'integrazione del mercato dei servizi finanziari al dettaglio (e per quanto ci riguarda, in quello bancario) ultimamente è stato enfatizzato in più occasioni dalle istituzioni comunitarie.

⁶²² ROTONDO, *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Napoli, 2004, p. 26.

⁶²³ È da tenere in considerazione, tuttavia, che su richiesta del Consiglio europeo del giugno 2007, la conferenza intergovernativa (CIG) del 2007 ha elaborato un Trattato di riforma volto alla modernizzazione dell'UE. Il testo definitivo del medesimo è stato approvato durante il Consiglio europeo informale di Lisbona del 18 e 19 ottobre 2007, firmato dagli Stati membri il 13 dicembre 2007 e dovrebbe entrare in vigore, previa ratifica da parte di tutti gli Stati membri prima del giugno 2009. Ciò che in questa sede va sottolineato è che il Trattato di Lisbona ha eliminato, su richiesta del leader francese Sarkozy, l'esplicito riferimento alla concorrenza tra le finalità dell'Unione (riferimento recuperato, su iniziativa italiana, ma solo nel Protocollo n. 6).

Il Parlamento europeo con la *Relazione sullo stato attuale di integrazione dei mercati finanziari UE* del 2005 ha sottolineato “il ruolo della politica di concorrenza nel monitoraggio e nel miglioramento della *performance* dei mercati finanziari nell’Unione europea” sollecitando i commissari e le DG interessate a cooperare strettamente tra loro e chiedendo alla Commissione di produrre “un’analisi completa dei servizi bancari al dettaglio dei vari Stati membri” tale da identificare “i principali ostacoli alla concorrenza e all’ulteriore integrazione, comprese le differenze culturali e sociali”⁶²⁴.

Con il *Libro bianco* relativo a *La politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010*⁶²⁵, la Commissione, indicando le varie azioni da intraprendere al fine di integrare maggiormente il mercato di cui si discute, ha sostenuto l’essenzialità di “avvalersi al massimo delle sinergie tra i servizi finanziari e altri settori politici, con i quali nei prossimi cinque anni si rafforzerà ancor più una stretta cooperazione”, in particolare con la politica della concorrenza⁶²⁶.

La commissaria alla concorrenza, Neelie Kroes, sottolineato il basso livello di integrazione dei mercati finanziari al dettaglio e la necessità di porvi rimedio così come indicato dal *Libro Bianco* citato, ha ribadito che “the heart of this future strategy is competition policy – opening up markets; promoting transparency; and identifying and tackling the full range of market barriers”, il tutto “hand in hand with internal market policy”⁶²⁷.

Infine nella relazione sulla concorrenza redatta dalla Commissione nel 2005 si legge che “la politica di concorrenza e quella del mercato interno sono complementari e possono contribuire a realizzare un mercato integrato e concorrenziale per tutti i servizi finanziari. La Commissione sostiene la concorrenza nei servizi finanziari tramite l’uso mirato delle indagini settoriali, dell’esame di singoli casi e l’ampio sviluppo della politica di concorrenza in questo settore”.

Come si evince da quest’ultima citazione, la Commissione dispone di tre mezzi per sostenere la concorrenza. Il primo è dato dalla possibilità di adottare decisioni sui singoli

⁶²⁴ A6-0087/2005 del 7.4.2005, par. 37.

⁶²⁵ COM(2005) 629 def., cit.

⁶²⁶ Ibidem, p. 9. Inoltre, la Commissione sottolinea la necessità di coordinare la politica del mercato interno con quella a protezione dei consumatori, del diritto contrattuale e dell’imposizione fiscale.

⁶²⁷ NEELIE KROES, *Tougher competition in retail financial services: a threat or a promise?*, discorso tenutosi a Bruxelles il 6.6.2006 in occasione dell’*Eurofi Conference on Retail Financial Services in Europe*, reperibile all’indirizzo <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/344&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

casi. A partire dal 1981, data dell'avvenuto riconoscimento, mediante la sentenza *Züchner*⁶²⁸ dell'applicabilità delle norme della concorrenza al settore bancario, sono state adottate molte decisioni ed emanate numerose sentenze in osservanza degli articoli 81 e 82 TCE relativamente al settore finanziario, soprattutto nel settore dei servizi di pagamento⁶²⁹.

In secondo luogo la Commissione può favorire lo sviluppo della concorrenza mediante l'emanazione di comunicazioni interpretative o contenenti principi e linee guida per l'applicazione degli artt. 81 ed 82 in determinati settori.

Terzo strumento con il quale la Commissione persegue gli obiettivi della concorrenza è dato dalle indagini settoriali ai sensi dell'art. 17 del regolamento 1/2003⁶³⁰, il quale prevede che “se l'evoluzione degli scambi fra Stati membri, la rigidità dei prezzi o altre circostanze fanno presumere che la concorrenza può essere ristretta o falsata all'interno del mercato comune, la Commissione può procedere ad una sua indagine in un settore specifico dell'economia o nell'ambito di un tipo particolare di accordi in vari settori”. Nel corso della stessa “può richiedere alle imprese o alle associazioni di imprese interessate di fornire le informazioni necessarie per l'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato e svolgere i necessari accertamenti” e di “comunicarle tutti gli accordi, decisioni e pratiche concordate”. La Commissione può, inoltre, “pubblicare una relazione sui risultati della sua indagine in settori

⁶²⁸ Corte di giustizia, sent. 14.7.1981, causa 172/80, *Züchner c. Bayerische Vereinsbank*, in *Racc.*, 1981, p. 2021 ss. Fino ad allora nel periodo in cui l'attività bancaria era percorsa da pesanti venature pubblicistiche, era parso normale fare ricorso all'art. 90 TCEE (attuale art. 86 TCE) ed esentare il settore dall'applicazione degli artt. 85 e 86 (ora artt. 81 e 82). La sentenza citata, ha escluso che i servizi bancari abbiano di per sé natura di servizi di interesse generale, la quale può essere riconosciuta ove si provi che “detti istituti prestino un servizio di interesse economico generale che sia stato loro affidato in forza di un atto della pubblica amministrazione”(par. 7). Quindi, per poter esentare determinati servizi dall'applicazione delle norme antitrust, è necessaria la presenza dei requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria: che l'ente sia stato incaricato per legge o da un'autorità pubblica; che la fissazione di condizioni uniformi appaia necessaria per consentire il corretto adempimento della missione affidata; che quest'ultima non possa essere conseguita diversamente in condizioni di stabilità finanziaria. Per un commento alla sentenza cfr. MORELLO, *Le banche e le regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, p. 7-50, p. 14 ss. sull'argomento cfr. anche GALLETI, *Antitrust e tutela del cliente bancario: suggestioni provenienti dal regolamento comunitario n. 1 del 2003*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, p. 363-396, p. 371.

⁶²⁹ A partire dagli anni Ottanta del secolo scorso si è prestata sempre maggiore attenzione agli obiettivi della concorrenza, della trasparenza e della correttezza. Ciò è il risultato del combinarsi di svariati fattori: la spinta delle direttive europee in materia bancaria e finanziaria e la sempre maggiore integrazione dei mercati finanziari internazionali; la nascita di nuovi tipi di intermediari finanziari; lo sviluppo dei mercati finanziari; il mutato orientamento delle autorità di vigilanza bancarie, sempre più favorevoli ad una maggiore e progressiva intensificazione della concorrenza; della graduale affermazione della vigilanza prudenziale sulle banche e sugli altri intermediari finanziari. Cfr. SCHENA, PEZZOTTA, *Commissione europea e politiche antitrust nel settore bancario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1187-1199, p. 1189.

⁶³⁰ Reg. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato in GUCE L 1 del 4.1.2003, p. 1-25.

specifici dell'economia o nell'ambito di tipi particolari di accordi in vari settori e invitare le parti interessate a presentare le loro osservazioni".

Le indagini settoriali rappresentano un importante elemento del moderno approccio alla concorrenza, caratterizzato dall'abolizione del sistema di notifica tipico del regolamento 17/62⁶³¹. In vigore del nuovo regolamento 1/2003, è venuto meno l'obbligo per le imprese che volessero avvalersi dell'esenzione di cui all'art. 81, par. 3 TCE, di notificare alla Commissione i loro accordi, decisioni e pratiche concordate, ai sensi degli artt. 4 e 5⁶³² del regolamento 17/62. In assenza di un'informativa fornita direttamente dalle imprese, la Commissione raccoglie i dati per mezzo delle indagini, le quali sono, quindi, volte ad effettuare una ricognizione generale degli ostacoli alla concorrenza presenti in un determinato ambito e sono spesso preliminari all'inizio di procedimenti formali nei confronti di singoli soggetti.

La Commissione può avvalersi dei poteri investigativi di cui agli artt. 18, 19, 20, e 22 del regolamento 1/2003. L'art. 18 autorizza la Commissione a chiedere alle imprese e associazioni di imprese, tramite una decisione, tutte le informazioni necessarie, pena la possibilità di irrogare ammende⁶³³ e penalità di mora⁶³⁴ ex artt. 23 e 24 laddove le medesime siano false, non corrette o incomplete. Le stesse possono essere richieste anche ai governi e alle autorità antitrust nazionali (art. 18, par. 6). Ai sensi dell'art. 19, la Commissione può sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine. Inoltre, ai sensi dell'art. 20 la Commissione può effettuare

⁶³¹ Reg. (CEE) 17/62, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, in GUCE 13 del 21.2.1962, p. 204-211.

⁶³² L'art. 4 disciplinava l'obbligo di notificazione di nuovi accordi, decisioni e pratiche, mentre l'art. 5 quello di notifica degli accordi, pratiche e decisioni esistenti.

⁶³³ L'art. 23 introduce due categorie di ammende, entrambe adottate tramite decisione. La prima consegue a violazioni degli obblighi che gravano in capo alle imprese in seguito all'esercizio dei poteri di indagine della Commissione o delle Autorità nazionali. Il suo importo può giungere fino all'1% del fatturato. Il secondo tipo di ammende, che può raggiungere il 10% del fatturato, sono comminate a fronte di violazioni degli artt. 81 e 82 del Trattato, di decisioni o di misure cautelari.

⁶³⁴ Le penalità di mora, comminate tramite decisione, hanno la funzione di costringere le imprese ad adempiere a specifici obblighi e precisamente quelli imposti ai sensi degli artt. 7 (eliminazione delle infrazioni), 8 (rispetto di una decisione che dispone provvedimenti provvisori), 9 (rispetto di un impegno reso obbligatorio mediante decisione), dagli artt. 17 e 18, par. 3 (obbligo di fornire in maniera completa ed esatta un'informazione richiesta mediante decisione) e dall'art. 20, par. 4 (obbligo di sottoporsi agli accertamenti che la Commissione ha ordinato mediante decisione) del reg. 1/2003. L'importo della sanzione non può superare il 5% del fatturato.

per conto proprio, o delegare le autorità nazionali a compiere tutti gli accertamenti presso le imprese o associazioni di imprese.

Il 13 giugno 2005 la Commissione ha iniziato un'indagine proprio nel settore dei servizi bancari al dettaglio, che si è conclusa nel gennaio 2007 con la pubblicazione di una relazione finale⁶³⁵ e della comunicazione n. 33 del 2007⁶³⁶, nella quale sono riassunti tutti i principali ostacoli alla concorrenza che l'inchiesta ha individuato relativamente ai conti correnti e servizi correlati e alle carte e sistemi di pagamento, nonché i rimedi che la Commissione prevede di adottare per eliminarli⁶³⁷.

L'indagine di settore permette di identificare la via per migliorare la concorrenza nel settore dei servizi finanziari al dettaglio in due modi complementari. In primo luogo, tenendo conto dei contesti normativi nazionali, essa permette di capire “the functioning of the sector with a view to ultimately identifying any concrete restrictive practices or distortions of competition that can be addressed under Articles 81 or 82 of the Treaty, either by the Commission or by national competition authorities within the European Competition Network”⁶³⁸. In secondo luogo, rafforzando la trasparenza relativa ai prezzi e alle pratiche generali poste in essere nei mercati finanziari, l'indagine di settore “could enable consumers to make better informed choices and contribute to strengthening of consumers bargaining power thereby increasing competitive constraints on the behaviour of banks and insurers”⁶³⁹.

⁶³⁵ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, del 31.1.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/sec_2007_106.pdf

⁶³⁶ COM(2007) 33, def. del 31.1.2007, intitolata, *Sector Inquiry under Art. 17 of Regulation 1/2003 on retail banking (Final Report)*.

⁶³⁷ Il 13.6.2005 la Commissione ha iniziato anche un'indagine di settore nel campo delle assicurazioni, che ha portato, per ora alla pubblicazione, nel gennaio 2007, di un *Interim Report* relativo al *Business Insurance Sector inquiry*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/interim_report_24012007.pdf.

⁶³⁸ Communication by Commissioner Kroes in Agreement with Commissioner McCreevy, cit. par. 8. L'indagine di settore analizza i mercati nazionali e fornisce utile strumento anche per lo svolgimento delle funzioni antitrust delle autorità nazionali, le quali, riunite nell'ambito della rete europea della concorrenza saranno chiamate a collaborare al fine di eliminare le numerose infrazioni degli artt. 81 e 82 presenti sui rispettivi mercati.

⁶³⁹ Ibidem.

L'indagine della Commissione copre i prodotti e i servizi finanziari al dettaglio forniti in particolare ai consumatori e alle piccole e medie imprese. Essa ha raccolto dati⁶⁴⁰ relativi alla struttura dei mercati, agli accordi tra imprese e associazioni di imprese e *networks* e altri dati economici.

Inoltre, l'inchiesta in questione persegue l'importante scopo di fornire la base empirica per individuare gli ostacoli strutturali, tecnologici e comportamentali alla creazione del SEPA. Infatti "the findings of the inquiry into retail banking, and in particular payment card systems, will provide valuable evidence to inform the future development of the SEPA project. In particular the enquiries aim to show how differing forms of organisation, structure and governance of payment systems in the EU can produce differing competitive outcomes. The evidence gathered for the enquiry suggests that the characteristics of some payment systems lead to significantly higher prices for firms and consumers in some Member States. As work continues to develop the appropriate principles and structures to support SEPA and its Payment Cards Framework (PCF), significant consideration should be given to the findings of the Commission services' retail banking enquiry"⁶⁴¹.

La relazione finale elenca una lunga serie di ostacoli alla concorrenza che dovranno essere eliminati mediante l'attuazione degli artt. 81 e 82 TCE o per il tramite di interventi di armonizzazione o di autoregolamentazione.

Il presente capitolo, previo un breve cenno alle norme antitrust comunitarie analizzerà lo stato dell'arte dell'applicazione delle regole sulla concorrenza nel settore dei servizi bancari al dettaglio, tentando di fornirne una valutazione. Partendo dal dato di fatto che le norme emesse in attuazione del secondo obiettivo del PASF sono principalmente *standard-based*, si tenterà, quindi, di verificare se esse siano o meno ottimali all'applicazione delle regole della concorrenza o se invece sia preferibile un sistema di regole meno flessibili.

⁶⁴⁰ La DG Concorrenza ha raccolto informazioni grazie a tre questionari uno inviato nel luglio 2005 a 203 tra banche emittenti e convenzionatrici, il secondo inviato nel successivo agosto a 26 sistemi di pagamento internazionali e nazionali. Un ulteriore questionario, del dicembre del medesimo anno, è stato recapitato ai circuiti di pagamento con carta. I dati raccolti riguardano i 25 Paesi membri (escluse quindi Romania e Bulgaria che sono Membri dal primo gennaio 2007) e sono relative al periodo compreso tra il 2000 e il 2004. La Commissione ha, altresì, potuto utilizzare anche dei sondaggi relativi alle opinioni dei consumatori e dei commercianti e altri studi di mercato.

⁶⁴¹ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking*, cit., p. 8.

2. La disciplina comunitaria della concorrenza: gli accordi tra imprese (art. 81).

Prima di esaminare l'applicazione delle regole della concorrenza nel settore dei servizi bancari al dettaglio è necessario illustrare brevemente i principi generali che in materia sono posti dagli artt. 81 e 82 TCE e dal regolamento 1/2003.

L'art. 1, par. 1 vieta “tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”.

Tale articolo è rivolto alle imprese, la cui nozione non è definita dal Trattato, ma dalla ampia giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale si riferisce ad ogni entità, persona giuridica o fisica, impegnata in una attività economica⁶⁴², sia essa industriale, commerciale o di prestazione di servizi⁶⁴³.

Prima condizione di applicabilità dell'articolo in questione è la sussistenza di un accordo tra imprese, di una decisione di associazione di imprese o di pratiche concordate. Anche in questo caso è stata la Corte di Giustizia a marcare i limiti di applicazione del primo comma dell'art. 81, delineando le definizioni e le distinzioni tra le tre tipologie di intesa.

Costituisce accordo un qualsiasi incontro di volontà tra le parti, a prescindere dal fatto che sia giuridicamente vincolante e valido ai sensi del diritto interno e dalla forma scritta, essendo sufficiente che “le parti abbiano espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo” e che esso rappresenti “la fedele rappresentazione

⁶⁴² “Le norme comunitarie in materia di concorrenza si applicano ad imprese, e la nozione di «impresa» che tali norme presuppongono non è identica a quella di «impresa con personalità giuridica» utilizzata dal diritto societario o dal diritto tributario. Il termine di «impresa» non è definito nel Trattato, ma può riferirsi a ogni ente che esercita attività commerciali e, nel caso di gruppi, può riferirsi ad una società capogruppo o ad una consociata, oppure all'unità formata congiuntamente dalla società capogruppo e dalle consociate”. Cfr. la decisione 86/398/CEE del 23 aprile 1986 caso IV/31.149, *Polipropilene*, in GUCE L 230, del 18.8.1986, p. 1-66, par. 99.

⁶⁴³ Rientrano nell'ampia nozione di impresa anche le attività di sfruttamento dell'opera di ingegno, l'esercizio di una attività liberale, (Corte di Giustizia, sent. 18.6.1998, C35/96, *Commissione c. Italia, Spedizionieri doganali*, in *Racc.* 1998, p. I-3815), quale quella di avvocato (Corte di Giustizia, sent. 19.2.2002, causa C-35/99, *Arduino*, in *Racc.* 2002 p. I-01529) o di medico (Corte di Giustizia, sent. 12.9.2002, cause C180 e 184/98, *Parlov*, in *Racc.* 2000, p. I-6451).

della comune volontà dei membri dell'intesa circa il loro comportamento sul mercato comune⁶⁴⁴.

Le associazioni di imprese sono organizzazioni, nate per legge o per iniziativa privata, che riuniscono le aziende operanti su di un certo mercato ad adesione sia facoltativa che obbligatoria. Le decisioni di associazioni di impresa possono consistere in un atto o uno statuto vincolante per i componenti della medesima, o in una raccomandazione accettata dalla gran parte degli associati.

Le pratiche concordate, infine, consistono in una “forma di coordinamento delle imprese che, senza essere stata spinta all’attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce, in pratica, una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza, collaborazione la quale porti a condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali di mercato, tenuto conto della natura dei prodotti, dell’entità e del numero delle imprese, nonché del volume e delle caratteristiche del mercato stesso”⁶⁴⁵. La ragione che ha portato all’elaborazione di tale concetto è data dalla necessità di impedire che le imprese possano sfuggire all’applicazione dell’art. 81 agendo con mezzi meno formali di accordi scritti.

In secondo luogo perché l’art. 81 abbia applicazione è necessario che i cartelli abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo sensibile e anche solo in via potenziale ed eventuale il gioco della concorrenza.

La modifica sensibile delle condizioni di concorrenza del mercato presuppone la necessità di individuare il mercato rilevante entro il quale analizzare le condizioni di concorrenza. Il mercato di riferimento viene determinato sulla base di determinati standard che sono attualmente contenuti nella *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*⁶⁴⁶ del 1997. I criteri individuati possono ricondursi, quanto alla definizione del mercato del prodotto⁶⁴⁷, al concetto di sostituibilità del prodotto o servizio oggetto dell’intesa da un punto di vista sia dell’offerta

⁶⁴⁴ Tribunale di primo grado, sent. 6.4.1995, causa T-141/89, *Tréfileurope Sales Sarl c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-00791, par. 7 della massima, par. 95.

⁶⁴⁵ Corte di Giustizia, sent. 16.12.1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri c. Commissione*, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, in *Racc.* 1975, p. 1663, par. 26.

⁶⁴⁶ In GUCE C 372 del 9.12.1997, p. 5-13.

⁶⁴⁷ In merito cfr. CROWTHER, *Product Market Definition in the E.C. Competition Law: The Compatibility of Legal and Economic Approaches*, in *Journal of Business Law*, 1996, p. 177-198.

sia della domanda, mentre per il mercato geografico si possono riportare essenzialmente all'esistenza di condizioni concorrenziali omogenee⁶⁴⁸.

Terza ed ultima condizione posta dal primo comma dell'art. 81 perchè il divieto in esso contenuto trovi applicazione consiste nel pregiudizio al commercio tra Stati membri. Laddove, invece, l'intesa svolgesse i propri effetti senza incidere sugli scambi comunitari, troverebbe applicazione la normativa nazionale. L'articolo in questione elenca, in via esemplificativa, cinque ipotesi di accordi suscettibili di pregiudicare il commercio comunitario e in particolare se consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Il secondo comma dell'art. 81 commina espressamente per gli accordi o decisioni vietati la nullità di pieno diritto, la quale può essere sollevata d'ufficio o fatta valere da chiunque vi abbia interesse. Tuttavia il terzo comma introduce la possibilità di esentare determinate intese (esenzioni individuali) o categorie di intese (esenzioni per categoria)⁶⁴⁹ a patto che

⁶⁴⁸ Non rientrano nell'ambito di applicazione del divieto gli accordi c.d. *de minimis*. Cfr. la *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili alla concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 1 del Trattato che istituisce la Comunità europea*, in GUCE C 368 del 22.12.2001, p. 13-15.

⁶⁴⁹ Attualmente sono in vigore, seppur modificati da successivi atti, i seguenti regolamenti di esenzione per categoria: reg. 1017/68, relativo all'applicazione di regole di concorrenza ai settori dei trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili, in GUCE L 175 del 23.7.1968, p. 1-12; reg. 4056/88 relativo a varie forniture di cereali a titolo di aiuto alimentare, in GUCE L 356 del 24.12.1988, p. 21-28; reg. 1617/93, relativo all'applicazione dell'articolo 85, par. 3 del Trattato CEE ad alcune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate aventi per oggetto, sui servizi aerei di linea, la programmazione congiunta e il coordinamento degli orari, gli esercizi congiunti, le consultazioni sulle tariffe per i passeggeri e le merci e l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti, in GUCE L 155 del 26.6.1993, p. 18-22; reg. 3652/93, relativo all'applicazione dell'articolo 85, par. 3 del Trattato CE ad alcune categorie di accordi fra imprese sui sistemi telematici di prenotazione per i servizi di trasporto aereo, in GUCE L 333 del 31.12.1993, p. 37-44; reg. 2790/1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in GUCE L 336 del 29.12.1999, p. 21-25; reg. 823/2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, par. 3 del Trattato a talune categorie di accordi, di decisioni e di pratiche concordate tra compagnie di trasporto marittimo di linea (consorzi), in GUCE L 100 del 20.4.2000, p. 24-30; reg. 2658/2000, relativo all'applicazione dell'articolo 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi di specializzazione, in GUCE L 304

“contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell’utile che ne deriva” ed evitando di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e di dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

2.1 (Segue) Il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante (art. 82).

Ai sensi dell’art. 82 “è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo”⁶⁵⁰.

L’art. 82 non si applica a tutte le imprese, ma solo a quelle che si trovano in una posizione dominante che, secondo la definizione della Corte di Giustizia corrisponde ad una situazione di “potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”⁶⁵¹.

La norma in questione non vieta alle imprese di detenere una posizione dominante, bensì di farne abuso. Tale ipotesi si verifica, per esempio, laddove esse pongano in essere pratiche commerciali che consistono “a) nell’imporre direttamente od indirettamente prezzi d’acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell’applicare nei

del 5.12.2000, p. 3-6; reg. 2659/2000, relativo all’applicazione dell’articolo 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo, in GUCE L 304 del 5.12.2000, p. 7-12; reg. 1400/2002, relativo all’applicazione dell’articolo 81, par. 3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in GUCE L 203 dell’1.8.2002, p. 30-41; reg. 358/2003, relativo all’applicazione dell’articolo 81, par. 3, del Trattato a talune categorie di accordi, decisioni e pratiche concordate nel settore delle assicurazioni, in GUUE L 53 del 28.2.2003, p. 8-16; reg. 772/2004, relativo all’applicazione dell’articolo 81, par. 3, del Trattato CE a categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, in GUUE L 123 del 27.4.2004, p. 11-17.

⁶⁵⁰ Per un approfondito studio dell’art. 82 cfr. EILMANSBERGER, *How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 129-177.

⁶⁵¹ Corte di Giustizia, sent. 13.2.1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 461, par. 38.

rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi" (art. 82, par. 2)⁶⁵².

La fattispecie delineata dalla disposizione di cui si discute si differenzia da quella propria dell'art. 81, poiché, in primo luogo si riferisce a comportamenti unilaterali di una singola impresa, o eventualmente da più imprese che esercitino insieme una posizione dominante collettiva⁶⁵³. Quest'ultima ipotesi si verifica laddove "due o più entità economiche indipendenti siano, su un mercato specifico, unite da tali vincoli economici che, grazie ad essi, esse detengano insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori del mercato. Tale potrebbe ad esempio essere il caso allorché due o più imprese indipendenti dispongono in comune, mediante accordo o licenza, di un vantaggio tecnologico che conferisce loro la possibilità di comportamenti che siano in misura apprezzabile indipendenti rispetto ai loro concorrenti, ai loro clienti e, infine, ai consumatori"⁶⁵⁴.

L'esistenza di una posizione dominante viene individuata sulla base della definizione del mercato rilevante, che deve corrispondere ad una parte essenziale del mercato comune e che risulta da una combinazione del mercato del prodotto e del mercato geografico rilevanti. Il primo "comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati"⁶⁵⁵. Il secondo viene individuato nell'area "nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta

⁶⁵² L'elenco contenuto nel secondo paragrafo dell'art. 82 deve ritenersi meramente esemplificativo.

⁶⁵³ Per approfondimenti cfr. ALBORS-LLORENS, *Collective Dominance in EC Competition Law: Trojan Horse or Useful Tool?*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2004, p. 151-172; CAPUANO, *Posizione dominante collettiva e oneri probatori della Commissione: il caso Airtours*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 481-496, p. 482 ss.; BRIONES, PADILLA, *The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy. Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?*, in *World Competition*, 2001, p. 307-318.

⁶⁵⁴ Tribunale di primo grado, sent. 10.3.1992, cause riunite T-68- 77-78/89, *Società Italiana Vetro S.p.A. e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1992, p. II-01403, par. 358.

⁶⁵⁵ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante, cit. par. 7.

distintadalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse⁶⁵⁶.

Seconda condizione di applicabilità dell'art. 82 è data dal pregiudizio al commercio tra Stati membri. Anche in questo caso, come già per l'art. 81, tale disposizione ha il compito di delimitare il campo di applicazione della normativa comunitaria rispetto a quelle nazionali, la cui operatività è subordinata alla mancanza di tale pregiudizio.

2.2 (Segue) Il regolamento 1/2003 in materia di applicazione delle regole di concorrenza.

Il regolamento 1/2003⁶⁵⁷, che ha sostituito a partire dal 1° maggio 2004 il regolamento 17/62⁶⁵⁸, disciplina l'applicazione delle regole della concorrenza da parte della Commissione.

La normativa adottata nel 1962 attribuiva alla Commissione la competenza esclusiva per l'applicazione dell'art. 81, par. 3, introducendo un sistema accentrato di controllo fondato su di un complesso meccanismo di notifiche. Ogni intesa doveva essere, infatti, comunicata

⁶⁵⁶ Ibidem, par. 8.

⁶⁵⁷ Per una ricognizione del reg. 1/2003, cfr. DI PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo, norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, 2005, p. 277 ss. e ADINOLFI (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al regolamento (CE) n.1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007. Cfr. anche LENOCI, *La tutela in tema di concorrenza comunitaria davanti al giudice nazionale. Effetti della nuova disciplina del regolamento del Consiglio n. 1/2003*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 387-427; PIGNATARO, *Le misure di esecuzione del regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2004, p. 1031-1067; SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 123-134; TAVASSI, *Il regolamento CE N. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 315-365; ARGENTATI, *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza [Commento a Regolamento Ce 16 dicembre 2002, n. 1-2003]*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1199-1206; MENGOZZI, *La giurisprudenza del Tribunale delle Comunità europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del Regolamento del Consiglio n. 1/2003*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 210-232; NYSENS, PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 357-393; PIGNATARO, *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 233-265; RINALDI, *Il regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 143-168; VINCENZI, VENTURINI, *La nuova disciplina comunitaria in materia di concorrenza (regolamento n. 1/03 CE)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 537-560; GENTILE, *La svolta di inizio millennio del diritto comunitario della concorrenza: il nuovo approccio economico, la semplificazione delle norme, la cooperazione internazionale e la modifica del regolamento 17/62*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2000, p. 557-635.

⁶⁵⁸ Cfr. ALBORS-LLORENS, *Ec Competition Law*, Portland, 2002, p. 144 ss.

alla Commissione, la quale sola poteva decidere in merito alla sua eventuale esenzione⁶⁵⁹. A partire dal 2004 il complesso sistema accentrato introdotto nel 1962 è stato superato. La riforma ha profondamente modificato e modernizzato il sistema di applicazione delle norme antitrust⁶⁶⁰.

La prima fondamentale innovazione concerne l'abolizione del sistema di notifiche e della presunzione di illiceità delle intese, sostituite da un sistema in cui spetta alle imprese l'onere di verificare che i cartelli assolvano ai requisiti che giustificano la loro esenzione. Ai sensi dell'art. 1, par 2 del regolamento 1/2003, infatti, “gli accordi, le decisioni, le pratiche concordate di cui all'art. 81, par. 1 del Trattato che soddisfano le condizioni di cui all'art. 81, par. 3 non sono vietati, senza che occorra una previa decisione in tal senso”. Ogni intesa è quindi ritenuta lecita fino all'intervento di una decisione contraria.

L'art. 3 introduce il sistema di competenze parallele⁶⁶¹, prevedendo il potere per le autorità nazionali, sia giurisdizionali che amministrative, di applicare insieme alle leggi nazionali antitrust, anche gli articoli 81 e 82 del Trattato al fine di risolvere singoli casi individuali che si caratterizzano per avere dimensione comunitaria. D'altro lato, è fatto loro espresso divieto di emanare norme di carattere generale come i regolamenti di esenzione per categoria.

Il nuovo regolamento, inoltre, innova profondamente là dove, superando la riserva di competenza esclusiva della Commissione, attribuisce ai giudici nazionali il compito di applicare anche il terzo comma dell'art. 81 (artt. 5 e 6). Il sistema basato sul controllo accentrato della Commissione è stato sostituito da un meccanismo di controllo diffuso⁶⁶² ad opera delle autorità nazionali, le quali saranno tenute ad applicare per intero le norme comunitarie antitrust laddove vengano a conoscenza di intese o abusi capaci di pregiudicare

⁶⁵⁹ In materia cfr. DI PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 228 ss.

⁶⁶⁰ Le ragioni che hanno portato alla riforma del sistema di applicazione delle regole antitrust sono da riportarsi principalmente all'eccessivo carico di notifiche indirizzate alla Commissione, la quale non era più in grado di garantire un'equilibrata realizzazione degli obiettivi. In secondo luogo, l'accumulo di lavoro prodottosi in seguito al sistema istituito nel 1962 impediva alla Commissione di concentrarsi sulle infrazioni più gravi. Cfr. il secondo e terzo considerando del regolamento 1/2003.

⁶⁶¹ Cfr. DI PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 357 ss.

⁶⁶² L'art. 6 del reg. 1/2003 sembra aver attribuito efficacia diretta al terzo paragrafo dell'art. 81. Qualche autore sostiene che tale articolo debba considerarsi illegittimo, in quanto contiene una forzatura delle norme e dei principi comunitari imponendo “alle giurisdizioni nazionali l'applicazione di una norma che non ha effetto diretto”. L'effetto diretto è infatti conseguenza delle caratteristiche e della formulazione della norma, che deve essere chiara, precisa ed incondizionata e non del tipo di atto (regolamento) che contiene la norma. D'altra parte, secondo tale autore, è la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia ad escludere l'effetto diretto della norma in questione in quanto carente di determinatezza (sent. 13.2.1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, in *Racc.* 1969, par. 5). Cfr. DI PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., p. 453.

il commercio intracomunitario: in tal caso, riscontrando la presenza dei requisiti di cui all'art. 81, par. 3 potranno procedere ad esentare accordi, decisioni di imprese e pratiche concordate.

In ogni caso, a salvezza dell'unità e della certezza del diritto comunitario è previsto che gli organi giudiziari ed amministrativi nazionali non possano emettere decisioni in contrasto con quelle della Commissione (art. 16, parr. 1-2). È stato, quindi introdotto il principio generale di stretta collaborazione ed informazione reciproca nell'applicazione del diritto comunitario antitrust ed è stato previsto un sistema integrato di cooperazione tra singole autorità nazionali e tra le queste ultime e la Commissione⁶⁶³. A tal fine, insieme al regolamento 1/2003 sono state pubblicate anche due comunicazioni relative alla *Cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza*⁶⁶⁴ e alla *Cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE*⁶⁶⁵.

Inoltre, sempre al fine di evitare un contrasto di giudicati o di decisioni nazionali, è espressamente previsto per le autorità nazionali la facoltà (ma non il dovere) di sospendere il procedimento o respingere una denuncia laddove il medesimo caso di intesa o di abuso sia pendente di fronte ad autorità nazionale di un altro Stato membro (art. 13, parr. 1-2).

Quale contropartita alla perdita degli accentrati poteri di controllo della Commissione, le sono stati attribuiti nuovi e più penetranti poteri di indagine e sono state introdotte disposizioni volte ad incentivare una maggiore collaborazione delle imprese. Rientra in questa ultima categoria la norma che accorda alle imprese parte di un procedimento potenzialmente volto a sancire il divieto di un abuso o di una posizione dominante, la possibilità evitare la condanna, mediante l'assunzione di una serie di impegni, i quali, previa contrattazione con la Commissione vengono formalizzati nella c.d. "decisione con impegni" (art. 9) che li rende obbligatori per i destinatari. Infine, gli articoli 17 ss. del regolamento introducono ampi poteri ispettivi e di indagine. Come già detto la Commissione può effettuare indagini in settori specifici dell'economia o nell'ambito di tipi particolari di accordi, ogni volta che indizi, quali la rigidità dei prezzi o altre circostanze facciano

⁶⁶³ Cfr. PERA, FALCE, *The Modernisation of EC Competition Law and the Role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 433-454, p. 441 ss.

⁶⁶⁴ In GUUE C 101, del 27.4.2004, p. 43-53.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 54-64.

presumere che la concorrenza può essere ristretta o falsata all'interno del mercato comune. In tali casi i funzionari comunitari hanno il potere di richiedere alle imprese o alle associazioni di imprese interessate, invitandole a fornire le proprie osservazioni, tutte le informazioni necessarie, di comunicarle tutti gli accordi, decisioni e pratiche da esse posti in essere e svolgere i necessari accertamenti. Al termine dell'inchiesta la Commissione può pubblicare i risultati ottenuti (art. 17).

In secondo luogo, l'istituzione comunitaria può, con domanda o con decisione richiedere alle imprese e associazioni di imprese di fornire tutte le informazioni necessarie (art. 18) e raccogliere dichiarazioni (art. 19). Nel compiere gli accertamenti necessari gli agenti sono autorizzati ad accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese sottoposte a indagine, nonché nel domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese interessate; a controllarne i libri e qualsiasi altro documento connesso, su qualsiasi forma di supporto; a fare o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei medesimi; ad apporre sigilli a tutti i locali e libri o documenti aziendali per la durata degli accertamenti e nella misura necessaria al loro espletamento; a chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo degli accertamenti e verbalizzarne le risposte (artt. 20 e 21).

3. La concorrenza nei sistemi di pagamento.

Il primo punto preso in considerazione dalla comunicazione emessa dalla Commissione in relazione all'indagine settoriale⁶⁶⁶ e il maggior numero di decisioni in applicazione degli artt. 81 e 82 relative al settore bancario riguardano i sistemi di pagamento.

Un sistema di pagamento è dato dall'insieme “degli strumenti, delle procedure, degli operatori, delle infrastrutture, delle norme e delle istituzioni pubbliche che concorrono ad assicurare il trasferimento della moneta tra gli operatori economici”⁶⁶⁷ o, secondo, la

⁶⁶⁶ COM(2007) 33 def., cit.

⁶⁶⁷ FINOCCHIARO, CONTESSA, *La Banca d'Italia e i problemi del governo della moneta*, Roma, 2002, p. 186.

definizione fornita dalla proposta di direttiva sui servizi di pagamento⁶⁶⁸ consiste in “sistema di trasferimento di fondi regolato da disposizioni formali e standardizzate e regole comuni per il trattamento, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento” (art. 4, n. 3). Esso si configura diversamente a seconda del tipo di pagamento scelto e quindi del diverso strumento, bancario (assegni, bonifici e trasferimenti intrabancari), postale (conto corrente postale) o elettronico (carte di credito e debito).

I sistemi di pagamento possono fare capo ad un intermediario tra le parti della transazione, configurandosi in uno schema che vede la partecipazione di tre soggetti: il creditore, il debitore e l'intermediario della transazione, oppure possono appartenere a più intermediari (normalmente di natura bancaria) ed essere costituiti da uno schema a quattro parti: il creditore, il debitore e le (due) banche ove essi, rispettivamente, detengono il proprio conto corrente (o che hanno l'una emesso la carta di pagamento e l'altra convenzionato il commerciante perché possa accettare pagamenti con carta⁶⁶⁹).

I sistemi di pagamento presentano due principali caratteristiche. In primo luogo la domanda di servizi di pagamento è sempre congiunta, nel senso che i due soggetti interessati alla transazione devono necessariamente concordare sul sistema di pagamento da utilizzare perché la transazione vada a buon fine⁶⁷⁰: la possibilità di utilizzare un dato strumento dipende, infatti, dalla volontà del debitore di utilizzarlo e da quella del creditore di accettarlo. In secondo luogo, i sistemi di pagamento si configurano come infrastrutture di rete, ossia sono costituiti da una serie di collegamenti che uniscono tra loro un insieme di nodi “caratterizzati da un'elevata standardizzazione, bassa differenziazione del prodotto e processi produttivi necessariamente condivisi tra i vari produttori”⁶⁷¹. Essi sono caratterizzati dalla presenza di una esternalità di rete, per effetto della quale gli utilizzatori del sistema traggono maggiore beneficio man mano che il sistema cresce, potendo raggiungere (ed essere raggiunti da) più nodi.

⁶⁶⁸ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e recante modifica delle direttive 97/7, 2000/12 e 2002/65, COM(2005) 603 def., dell'1.12.2005.

⁶⁶⁹ Per una dettagliata analisi del funzionamento dei sistemi di pagamento con carta cfr. European Commission, *Interim Report I, Payment Cards. Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on Retail Banking*, del 12.4.2006, p. 1 ss. In dottrina cfr. TRIFILIDIS, *Carte di pagamento e tutela della concorrenza. Funzione ed effetti della «commissione interbancaria multilaterale - MIF»*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2004, p. 559-592, p. 561 ss.

⁶⁷⁰ PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust: il caso delle commissioni interbancarie*, in RAFFAELLI (a cura di) *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles-Milano, 2003, p. 343-412, p. 348.

⁶⁷¹ TRIFILIDIS, *Carte di pagamento*, cit., p. 560

In presenza di queste due caratteristiche ben si capisce la ragione per cui per le banche diventa non solo desiderabile, ma quasi necessario costituire sistemi di pagamento in cui siano messe in comune le rispettive reti e che siano effettivamente interoperabili. In tale modo l'offerta di servizi di pagamento delle banche "riesce a soddisfare le più svariate richieste della domanda, fornendo un servizio completo, celere, efficace ed efficiente"⁶⁷².

Si pone quindi il problema di individuare le modalità di ampliamento del sistema che garantiscano l'accettazione da parte della banca del creditore dello strumento emesso da quella del debitore e di determinare "quanto rapidamente e a quale costo possano avvenire i pagamenti, e quindi l'efficienza del sistema dei pagamenti stesso". Ciò viene effettuato mediante accordi tra banche "che possono avere diversi gradi di complessità: possono limitarsi al semplice riconoscimento degli strumenti emessi dalle altre banche, ovvero possono evolvere fino al punto di consentire ad un intermediario di avvalersi, per il processamento dei titoli da lui emessi o trattati, della rete di un altro intermediario («interoperabilità»)"⁶⁷³.

Proprio sulle diverse forme di cooperazione tra banche la Commissione ha concentrato la propria attenzione e, nel corso del tempo ha emanato decisioni relative alle commissioni alla clientela ed interbancarie, alle clausole di non discriminazione, alle altre clausole restrittive della concorrenza e alle questioni relative all'accesso ai sistemi di pagamento.

Le linee guida per l'applicazione delle norme antitrust ai sistemi di pagamento possono essere desunte, sia dall'analisi delle decisioni della Commissione e delle sentenze della Corte di Giustizia, che dalla comunicazione del settembre 1995⁶⁷⁴, relativa all'applicazione delle norme della concorrenza ai bonifici transfrontalieri. Quest'ultima, pur se con espresso riferimento ai bonifici transfrontalieri, individua i problemi tipici dei sistemi di pagamento rispetto all'applicazione delle norme sulla concorrenza e li classifica in due tipi: problemi relativi ai prezzi dei servizi prestati e ostacoli relativi all'accesso ai sistemi e alle regole di funzionamento degli stessi.

⁶⁷² PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust*, cit., p. 350.

⁶⁷³ *Ibidem*, p. 347 ss.

⁶⁷⁴ *Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza CE ai sistemi di bonifici transfrontalieri*, in GUCE C 251 del 27.9.1995, p. 3-10.

3.1 Gli accordi sui prezzi: le commissioni multilaterali uniformi nei confronti della clientela

Con specifico riguardo alla concorrenza sotto il profilo dei prezzi la comunicazione sull'applicazione della concorrenza ai bonifici transfrontalieri⁶⁷⁵ prevede che i partecipanti ad un sistema di pagamento possano ripartire tra di loro i costi sostenuti per il funzionamento di un ente centrale. La transazione nell'ambito di tali sistemi concerne solitamente almeno quattro parti: il cliente che effettua il pagamento (l'ordinante di un bonifico, ma anche il possessore di una carta di credito, o colui che autorizza l'addebito diretto), la sua banca, il cliente che riceve il pagamento (beneficiario del bonifico o di altro pagamento e nel caso di circuiti con carte di pagamento il commerciante che accetta il pagamento con carta) e la banca di quest'ultimo (che nel caso di pagamento con carta fornisce il commerciante del dispositivo necessario). Le quattro relazioni reciproche, che intercorrono fra colui che effettua il pagamento e la sua banca, fra il beneficiario e la sua banca, fra la banca del primo e quella del secondo ed infine fra colui che paga e il beneficiario, "costituiscono il quadro entro il quale ha luogo la tariffazione nell'ambito del sistema di pagamento. Gli accordi di tariffazione relativi a tali relazioni interagiscono fra loro"⁶⁷⁶.

A tale proposito la comunicazione distingue tra accordi volti a fissare commissioni multilaterali uniformi nei confronti della clientela e quelli che stabiliscono commissioni multilaterali uniformi a livello interbancario (*infra*).

Costituiscono commissioni multilaterali nei confronti della clientela quelle tariffe e prezzi concordati a livello multilaterale tra le banche per i servizi resi ai clienti, la cui liceità è esclusa dalla comunicazione, che ne fa espresso divieto (par. 39). Tale interdizione è stata

⁶⁷⁵ In primo luogo, la comunicazione del 1995 definisce il mercato rilevante del prodotto, "che comprende tutti i prodotti interscambiabili o sostituibili dal consumatore", in ragione delle loro caratteristiche, prezzi e dell'uso ai quali sono destinati (par. 13), e quello geografico comprendente il "territorio in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuto distinto da zone contigue, in particolare perché in queste ultime le condizioni sono particolarmente diverse" (par 13). Distingue, inoltre, tra concorrenza per assicurarsi i clienti e concorrenza nell'offrire servizi alle altre banche. Nel primo caso il mercato rilevante è quello in cui le banche concorrono nell'offrire le migliori condizioni tariffarie e di esecuzione alla clientela. Tale tipo di concorrenza può sussistere sia tra banche operanti nello stesso sistema (intrasistemica) sia tra quelle di sistemi diversi (intersistemica). Nel secondo caso il mercato rilevante è quello in cui i diversi sistemi di pagamento e le banche concorrono nell'offrire agli altri enti creditizi canali di trasmissione e di regolamento dei bonifici (o pagamenti in genere).

⁶⁷⁶ Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza, cit., par. 36.

costantemente ribadita dalla prassi della Commissione e delle autorità nazionali, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia ed è diretta espressione del principio espresso dall'art. 81 lett. a) TCE, per il quale sono incompatibili con il mercato comune di tutti quegli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che pregiudicando il commercio tra Stati membri e avendo per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune consistano nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione.

Questo principio è stato enucleato per la prima volta dalla Corte di giustizia, interpellata in via pregiudiziale dall'Amtsgericht di Rosenheim circa la compatibilità con gli artt. 85 e 86 TCEE (ora artt. 81 e 82 TCE) della pratica di riscossione da parte di un istituto bancario tedesco di una commissione percepita in occasione del trasferimento mediante assegno di una somma di denaro da uno Stato membro ad un altro. Con la successiva sentenza (caso *Züchner*)⁶⁷⁷, la Corte ha precisato che “il parallelismo di comportamento nella riscossione di una commissione bancaria uniforme per i trasferimenti di somme da uno Stato membro all'altro (...) effettuati dalle banche sui depositi della loro clientela, costituisce una pratica concordata, vietata dall'art. 85, par. 1” sempre che questa sia atta a pregiudicare in misura rilevante la concorrenza sul mercato delle prestazioni relative a detti trasferimenti⁶⁷⁸.

La prima decisione⁶⁷⁹ con la quale la Commissione ha vietato espressamente un accordo interbancario di fissazione di commissioni a carico della clientela, risale al 1992⁶⁸⁰. Tale decisione riguardava un'intesa nota come “accordo di Helsinki”⁶⁸¹, stipulato tra le istituzioni

⁶⁷⁷ Causa 172/80, cit.

⁶⁷⁸ In dottrina è stato rilevato che più che con una commissione multilaterale nei confronti della clientele il caso *Züchner* riguardava una fattispecie di commissione multilaterale interbancaria che le banche riversavano sulla clientela. Così GYSELEN, *EC Antitrust Law in the Area of financial services – Capita Selecta for the Cautious shaping of a policy*, in HAWK (a cura di), *International Antitrust Law and Policy: Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1997, p. 329-393, p. 333.

⁶⁷⁹ Prima di essa, la Commissione aveva esaminato intese notificate dalla *Association des Banque Belges* (in GUCE L 7 del 9.1.1987, p. 27-35) e dall'*Associazione bancaria italiana* (ABI) (in GUCE L 43 del 13.2.1987 p. 51-61), che stabilivano esplicitamente tariffe per i servizi resi ai clienti. Tuttavia, dopo aver ricevuto la comunicazione degli addebiti le stesse associazioni hanno provveduto ad eliminare le clausole contestate e quindi i relativi procedimenti non si sono conclusi con provvedimenti formali.

⁶⁸⁰ Decisione 92/212/CEE, *Eurocheque: accordo di Helsinki*, in GUCE L 95 del 9.4.1992 p. 50-67.

⁶⁸¹ Detto accordo è stato inserito nel capitolo E del manuale *Eurocheque* ed è rimasto in applicazione dal 1° dicembre 1983 fino al 27 maggio 1991, data alla quale il *Groupement des cartes bancaires* -CB-, associazione rappresentante le istituzioni finanziarie francesi in seno al sistema *Eurocheque*, ha comunicato ai propri membri la cessazione dell'accordo.

finanziarie francesi e l'assemblea Eurocheque e relativo all'accettazione da parte dei commercianti in Francia degli assegni eurocheque tratti su istituzioni finanziarie estere. In particolare esso stabiliva di imporre ai commercianti che accettavano tale tipo di assegno una commissione non superiore a quella prevista per l'accettazione di pagamenti con carte di credito.

In tale caso la Commissione ha rilevato che gli addebiti contestati alle parti, Eurocheque International e Groupement des cartes bancaires –CB-, in merito all'accordo di Helsinki “vertevano sul fatto che si trattava chiaramente di un'intesa sui prezzi, applicabile per di più nelle relazioni tra banche e clienti e non solamente nelle relazioni interbancarie, giacché con tale accordo le banche francesi convenivano, con l'assenso di tutta la comunità internazionale Eurocheque, di applicare ai loro clienti commercianti una commissione di identico importo di quella addebitata per i pagamenti con carta bancaria (francese o estera). Si contestava, inoltre, il fatto che l'accordo avesse per oggetto e per effetto immediato quello di evitare nel settore commerciale qualsiasi concorrenza tra eurocheque (in via di principio gratuiti per i beneficiari) e i pagamenti mediante carte bancarie, che i banchieri francesi hanno scelto in linea di massima di favorire e privilegiare rispetto al sistema eurocheque” (par. 32).

Il procedimento si è concluso, per altro, con l'applicazione di una ammenda pari a 5.000.000 di Euro nei confronti del Groupement des cartes bancaires –CB- e di 1.000.000 di Euro nei confronti di Eurocheque International. La decisione della Commissione è stata confermata dal Tribunale di primo grado che ha, tuttavia specificato, che la fattispecie illecita non è la fissazione di una commissione uniforme, bensì di un limite massimo alla stessa⁶⁸².

La Commissione ha ribadito l'illegittimità di tali tipi di accordi con due recenti decisioni, sanzionando ex art. 81, la fissazione dei prezzi dei servizi prestati ai clienti da parte di alcune banche tedesche⁶⁸³ ed austriache⁶⁸⁴.

Con una prima decisione, risalente all'11.12.2001, l'autorità antitrust comunitaria ha imposto ammende a cinque banche tedesche⁶⁸⁵ per aver fissato il prezzo del cambio delle valute nella

⁶⁸² Tribunale di primo grado, sent. 23.2.1994, causa T-40/92, *Groupement Carte Bancaire CB*, in *Racc.* 1994, II, p. 54 ss. Per un commento della decisione e della sentenza cfr. MORELLO, *Le banche*, cit., p. 25 ss.

⁶⁸³ Decisione 2003/25/CE, *Spese bancarie per il cambio delle valute della zona euro. Germania*, in *GUCE* L 15 del 21.1.2003, p. 1-34.

⁶⁸⁴ Decisione 2004/138/CE, *Banche austriache – “Club Lombard”*, in *GUUE* L 56 del 24.2.2004, p. 1-75.

zona Euro. Tali banche, dopo aver partecipato ad una riunione avevano concordato una commissione del 3% circa per l'acquisto e la vendita di banconote della zona Euro nel corso di un periodo transitorio di tre anni a partire dal 1° gennaio 1999, al fine di recuperare il 90%, circa, dei ricavi derivanti dal margine di cambio (*spread*)⁶⁸⁶, venuti a mancare dopo l'abolizione del differenziale tra i tassi di acquisto e di vendita (prezzi d'offerta/d'acquisto) avvenuta il 1° gennaio 1999 con l'introduzione della moneta unica⁶⁸⁷. La decisione in questione, sebbene recentemente annullata dal Tribunale di primo grado⁶⁸⁸, che ha ritenuto insufficienti le prove a fondamento della decisione della Commissione, mostra la determinazione dell'Istituzione comunitaria nel perseguire tali forme di intese.

Con la seconda decisione emessa l'11 giugno 2002 la Commissione ha sanzionato otto banche austriache, *Lombard Club* per aver aderito ad una complessa rete di accordi con la quale "attraverso lo scambio continuato, regolare, istituzionalizzato ed esteso di informazioni normalmente riservate le banche in questione hanno creato un elevato grado di mutuo consenso, reciprocità e intesa, per lo meno relativa e parziale, sulla condotta che avrebbero adottato sul mercato in quel momento e in futuro, eliminando o almeno riducendo così considerevolmente e sistematicamente qualsiasi incertezza sul comportamento concorrenziale delle altre banche" (par. 423). Gli istituti creditizi in questione avevano in tal modo concordato gli aumenti e le diminuzioni dei tassi d'interesse, le commissioni di qualsiasi genere, per le basi di calcolo o per la pubblicità sui tassi di interesse, il rapporto con i mezzi di informazione e con le associazioni dei consumatori. Tali accordi erano "istituzionalizzati, strettamente correlati tra di loro e coprivano l'insieme del

⁶⁸⁵ Commerzbank AG; Dresdner Bank AG; Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG; Deutsche Verkehrsbank AG; Vereins- und Westbank AG.

⁶⁸⁶ Decisione 2004/138/CE, cit., par. 102.

⁶⁸⁷ A decorrere dal 1° gennaio 1999, e per un periodo transitorio di tre anni, l'Euro è esistito come valuta virtuale nei Paesi della zona Euro. In tale periodo, le banconote nazionali hanno continuato a circolare, rendendo quindi ancora necessarie le operazioni di cambio estero per l'acquisto e la vendita delle valute partecipanti. Tuttavia la conversione tra le valute partecipanti veniva effettuata esclusivamente ai tassi di cambio fissati irrevocabilmente. Prima dell'introduzione dell'Euro in Germania ai clienti veniva addebitato un onere per il cambio di banconote e monete metalliche estere della zona Euro quasi esclusivamente ricorrendo al cosiddetto *spread*, il quale è venuto come con la fissazione irrevocabile dei tassi di cambio a decorrere dal 1° gennaio 1999 e quindi con l'abolizione del differenziale tra tassi di acquisto e di vendita.

⁶⁸⁸ Cfr. Tribunale di primo grado, sent. 14.10.2006, T-56/02, *Bayerische Hypo-und Vereinsbank/Commissione*, in *Racc.* 2006, II, p. 3495 ss. Nello stesso giorno sono state emanate, ma non pubblicate le sentenze relative alle altre ricorrenti: T-44/02, *Dresdner Bank/Commissione*, T-54/02, *Vereins-und Westbank/Commissione*, T-60/02, *Deutsche Verkehrsbank/Commissione*, T-61/02, *Commerzbank/Commissione*.

territorio austriaco «fino al più piccolo paese»” (par. 51). Mediante la riunione in gruppi di discussione le banche austriache “si prefiggevano, per propria ammissione, di conseguire, attraverso accordi «utili» e «costruttivi», una concorrenza «controllata», «ragionevole», «normalizzata», «disciplinata», «mitigata», «cauta», «trasferita su un altro livello», «limitata», «moderata» e «ordinata», tutte espressioni eufemistiche per indicare una concorrenza falsata e ridotta” (par. 83). Gli accordi in questione miravano, quindi, a restringere e a falsare la concorrenza tra gli istituti partecipanti sui temi trattati nell’ambito dei gruppi di discussione, accrescendo i proventi delle banche a scapito dei consumatori.

In questo caso, quindi la Commissione ha ritenuto la violazione dell’art. 81 particolarmente grave ed ha applicato pesanti ammende⁶⁸⁹.

La Commissione svolge un essenziale ruolo di guardiano sull’applicazione delle norme comunitarie. Dal suo intervento nel settore delle commissioni multilaterali nei confronti della clientela, ovviamente, traggono beneficio i consumatori, grazie ad una riduzione dei prezzi stimolata dall’accresciuta concorrenza. In condizioni di totale uniformazione delle condizioni di prezzo, dei tassi di interesse, ma anche delle condizioni di trasparenza come nel caso *Lombard club*, viene a mancare la mobilità dei consumatori non solo a livello interno ma anche transfrontaliero. L’intervento comunitario in tale settore, permette, quindi, di smuovere e vivacizzare una situazione statica, in modo tale che possano crescere gli stimoli alla prestazione di servizi bancari anche a livello transfrontaliero.

3.2 (Segue) Le commissioni multilaterali uniformi a livello interbancario.

Sono commissioni interbancarie (*interchange fees*, IF) quelle commissioni che una banca, spesso quella del creditore, paga all’altra banca (quella del debitore) in ragione della necessaria cooperazione nel gestire un determinato sistema di pagamento a cui esse hanno aderito. Tali commissioni sono multilaterali e uniformi (*multilateral interchange fees*, MIF), quando l’ammontare e la formula di calcolo della stessa vengono concordate

⁶⁸⁹ Il Tribunale di primo grado, nel respingere i ricorsi delle banche del *Lombard Club*, riduceva le ammende. Cfr. sent. 14.12.2006, cause da T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich / Commissione*, in GUUE C 331 del 30.12.2006, p. 29. Cfr. anche sent. 30.5.2006, causa T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt*, in GUUE C 178 del 29.7.2006, p. 31-31.

collettivamente per tutte le banche che partecipano ad un dato sistema, al momento in cui esse decidono di aderirvi⁶⁹⁰.

La comunicazione del 1995, al riguardo prevede che esse non rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 81, par. 1 se bilaterali, mentre siano vietate laddove stabilite a livello multilaterale. Dispone, altresì, che in casi eccezionali possa essere concessa l'esenzione ove si dimostri che dette intese siano effettivamente necessarie per la realizzazione di determinate forme di cooperazione, positive in se stesse⁶⁹¹.

La commissione interbancaria (o di interscambio) ricorre soprattutto negli schemi organizzativi di sistemi di pagamento a quattro soggetti. Come visto, il funzionamento del sistema richiede accordi di cooperazione tra le banche del soggetto pagante (se emettono carte di pagamento, banche *issuer*) e quelle del beneficiario (*acquirer*, nel caso in cui sia quella che ha concesso al commerciante il dispositivo per ricevere pagamenti con carta). Una delle caratteristiche dei sistemi di pagamento è data dalla domanda congiunta dei servizi, dalla quale nasce l'esigenza di ripartire giustamente i costi, gli oneri e i ricavi relativi al funzionamento del sistema. Tale funzione è svolta dalle commissioni interbancarie.

La Commissione ritiene che la MIF sia vietata ai sensi dell'art. 81, par. 1 TCE, in quanto essa "rappresenta una restrizione del gioco della concorrenza (...), poiché limita in misura significativa la libertà delle banche di decidere in modo indipendente la propria politica dei

⁶⁹⁰ GYSELEN, *EC Antitrust Law*, cit., p. 330.

⁶⁹¹ Per quanto riguarda i soli bonifici, la comunicazione distingue tra bonifici OUR, BEN e SHARE. Nel primo caso, quando cioè i costi sono tutti a carico dell'ordinante, gli accordi che fissano una commissione multilaterale di interscambio sono suscettibili di esenzione, poiché evitano la pratica del doppio addebito, consentendo alla banca del beneficiario di recuperare i costi sostenuti per l'accredito del bonifico, sempre che la commissione sia fissata a livello dei costi medi effettivamente sostenuti e sia applicata in assenza di accordi contrari, lasciando liberi gli aderenti di negoziare commissioni bilaterali superiori o inferiori al livello di riferimento (par. 56). Per il caso di bonifici transfrontalieri SHARE e BEN, la comunicazione stabilisce che essi non siano esentabili. L'impostazione della Commissione è stata fortemente criticata. Cfr. GYSELEN, *EC Antitrust Law*, cit., p. 352 secondo cui "The main critique against the above position falls apart in two segments. First of all, one argues that it is entirely up to the banks participating in the payment system to decide how to allocate the operating costs of the system through an interchange fee and thus that banks should be entirely free to agree on a multilateral interchange fee (whether the payment is SHARE, BEN or OUR). By reserving the exemptibility of MIF to OUR-payment situations, the Commission loses its neutrality to which it must commit itself (at least when acting as antitrust authority) and favours one cost allocation arrangement over the other. Secondly, an MIF is the least costly and the most efficient device for allocating operating costs. In particular bilaterally agreed interchange fees raise higher transaction costs at the moment banks negotiate these fees as well as later when they handle the payments". Come rileva il medesimo autore la Commissione sembra divenuta nel corso del tempo più morbida essendosi mostrata disponibile a considerare le commissioni necessarie al funzionamento dei sistemi a prescindere dal sistema di tariffazione della clientela.

prezzi. Tale restrizione avrà probabilmente anche l'effetto di alterare il comportamento delle banche nei confronti dei clienti. Un'ulteriore restrizione del gioco della concorrenza ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, si verificherà in caso di accordi o pratiche concordate fra banche al fine di scaricare sulle tariffe praticate ai clienti l'effetto della commissione d'interscambio in questione⁶⁹². Tuttavia, gli accordi che stabiliscono commissioni di interscambio possono, in casi eccezionali, essere oggetto di un'esenzione ai sensi dell'art. 81, par. 3 "ove si dimostri che dette intese siano effettivamente necessarie per la realizzazione di determinate forme di cooperazione, positive in se stesse. Non spetta alla Commissione imporre alle banche accordi particolari. Ove, tuttavia, queste ultime concludano accordi relativi alle commissioni d'interscambio multilaterali, essa esaminerà, nell'applicare i criteri previsti dall'articolo 85, paragrafo 3, per la concessione di un'esenzione, quali benefici economici gli accordi intendano realizzare, se ai consumatori ne sia riservata una congrua parte e se per conseguirli siano effettivamente necessari gli accordi in questione"⁶⁹³.

Tale presa di posizione da parte della Commissione è stata confermata da svariate decisioni, che partendo dall'assunto della illegittimità degli accordi di fissazione delle commissioni interbancarie per via dei loro effetti negativi sulla concorrenza⁶⁹⁴, hanno finito per esentarli sulla scorta di svariate valutazioni che tenevano conto della funzionalità dell'accordo alla cooperazione tra le banche al fine dell'accettazione e della compensazione internazionale dei pagamenti, del fatto che la sola alternativa alla negoziazione multilaterale sarebbe la negoziazione bilaterale tra tutte le banche aderenti al sistema⁶⁹⁵; che una commissione negoziata multilateralmente mette le banche più piccole al riparo dall'imposizione nei loro confronti di condizioni inique e che la fissazione di una commissione massima risulta necessaria ad armonizzare le regole operative e ad evitare qualunque contestazione sull'*import* delle commissioni e delle spese⁶⁹⁶; che almeno in determinate situazioni le banche si pongono tra loro in condizioni di partner obbligati, non potendo scegliere le rispettive

⁶⁹² Comunicazione sull'applicazione delle norme antitrust ai bonifici transfrontalieri, cit., par. 40.

⁶⁹³ Ibidem, par. 43.

⁶⁹⁴ Per un'analisi degli effetti negativi della MIF e per una ricognizione della dottrina che sostiene la loro lesività cfr. TRIFILIDIS, *Carte di pagamento*, cit., p. 570 ss.

⁶⁹⁵ Decisione 85/77/CEE, *Eurocheques uniformi*, in GUCE L 035 del 07.2.1985, p. 43-53.

⁶⁹⁶ Decisione 87/13/CEE, *Association belge des banques/Belgische Vereniging der Banken*, in GUCE L 7 del 9.1.1987, p. 27-35.

controparti⁶⁹⁷, verificato che tali accordi non siano in grado di restringere sufficientemente la concorrenza⁶⁹⁸.

Con un'importante e recente decisione⁶⁹⁹ la Commissione ha ritenuto che le commissioni interbancarie multilaterali possano consentire di conseguire efficienza ed economie di scala benefiche e possano, quindi, essere esentate laddove rispettino due condizioni: siano cioè fissate ad un livello ragionevole, equo e aderente ai costi del servizio e siano trasparenti nella comunicazione delle stesse ai commercianti.

In conclusione, la prassi comunitaria evidenzia come la commissione interbancaria, nonostante rientri in linea di principio tra gli accordi di fissazione del prezzo vietati ai sensi dell'art. 81, par. 1, realizzi una forma di cooperazione benefica, volta al recupero dei costi.

L'impostazione comunitaria, diametralmente opposta a quella americana, che parte dall'assunto della legittimità delle commissioni interbancarie⁷⁰⁰, è fortemente criticata dalla dottrina sia giuridica che economica⁷⁰¹, che ritiene che le commissioni interbancarie siano necessariamente accessorie ed ancillari al corretto funzionamento del servizio di pagamento, costituendo l'interfaccia economica delle previsioni tecniche strettamente inerenti alla

⁶⁹⁷ Decisione 87/103/CEE, ABI, in GUCE L 43 del 13.2.1987, p. 51-61. Tale argomento è stato messo in rilievo dalla dottrina quale elemento a sostegno della necessità della MIF per la copertura dei costi dell'operazione. "The banks involved in a cross-border payment system do not choose each other. On the contrary, they are only executing instruments of a previous contract between their respective clients. This is the reason why they must accept the above stated condition because the efficiency of the payment system essentially depends upon these obligations. In conclusion, they are merely passive actors who carry out the execution of the payment obligation. The MIF is a constant element that is necessary to cover the operation cost". Così POMBO, *EU Antitrust Law in the Area of Financial Services*, in HAWK (a cura di), *International Antitrust Law and Policy*, cit., p. 398- 421, p. 397. Cfr. anche PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust*, cit., p. 376.

⁶⁹⁸ Per un'analisi delle decisioni relative alle commissioni multilaterali uniformi cfr. PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust*, cit., p. 366 ss.; GHEZZI, MAGNANI, *L'applicazione della disciplina antitrust comunitaria nel settore bancario*, in POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Milano, 2000, p. 259-328, p. 276 ss.; ID, *Banche e concorrenza*, Milano, 1999, p. 152 ss.; GYSELEN, *EC Antitrust Law*, cit., p. 332 ss.; MORELLO, *Le banche*, cit., p. 19 ss.

⁶⁹⁹ Decisione 2002/914, *Visa International- Commissione interbancaria multilaterale*, in GUCE L 318 del 22.12.2002, p. 17-36.

⁷⁰⁰ Cfr. PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust*, cit., p. 363 ss.; BIANCO, GHEZZI, MAGNANI, *L'applicazione della disciplina antitrust nel settore bancario statunitense*, in POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, cit., p. 143-258, p. 163 ss.; CARLTON, FRANKEL, *The Antitrust Economics of Credit Card Networks*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, p. 643-668, 655 ss.; ID, *The Antitrust Economics of Credit Card Networks: Reply to Evans and Schmalensee Comment*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, p. 903-915, p. 912 ss. EVANS, SCHMALENSSEE, *Economic aspects of Payment Card Systems and Antitrust Policy Towards Joint Venture*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, p. 861-901, p. 887 ss.

⁷⁰¹ TRIFILIDIS, *Carte di pagamento*, cit., p. 567; PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust*, cit., p. 396 ss.; GYSELEN, *EC Antitrust Law*, cit., p. 352 ; POMBO, *EU Antitrust Law in the Area of Financial Services*, cit., p. 397.

normalizzazione e standardizzazione del sistema, in quanto in grado di garantire un'efficace ripartizione dei costi tra le banche che vi partecipano, tenuto conto del fatto che in assenza di tali commissioni le banche sarebbero costrette a negoziare bilateralmente le condizioni da applicare alle transazioni da effettuarsi, con un notevole aumento dei costi e rendendo impossibile centralizzare ogni forma di compensazione⁷⁰².

Tale parte della dottrina auspica(va) un cambio di orientamento della Commissione, a fronte anche dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003, teso ad anticipare il momento del riconoscimento della liceità delle condizioni interbancarie all'atto dell'applicazione dell'art. 81, par. 1⁷⁰³.

3.3 (*Segue*) Le commissioni interbancarie nell'indagine di settore.

Nonostante le argomentazioni della dottrina, la Commissione non sembra convinta, pur riconoscendo l'esistenza di un ampio dibattito in materia, dell'effettiva necessità, accessorietà ed ancillarità delle commissioni interbancarie.

Dopo aver spiegato il funzionamento dei circuiti di pagamento con carta⁷⁰⁴ e dopo aver analizzato le singole commissioni che il possessore della carta (*cardholder*)⁷⁰⁵ e il commerciante che accetta il pagamento con carta (*merchant*)⁷⁰⁶ devono alle rispettive banche

⁷⁰² Altra dottrina economica ritiene che le commissioni di interscambio siano neutrali, ossia non producano alcun effetto economico. Cfr. ROCHET, TIROLE, *Two-Sided Market: an Overview*, IDEI Working Paper, 2005, p. 11, reperibile all'indirizzo http://idei.fr/doc/wp/2005/2sided_markets.pdf.

⁷⁰³ PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust*, cit., p. 412.

⁷⁰⁴ In base allo schema tipico di funzionamento di un circuito di carte un soggetto (*issuer*) emette una carta a favore di un proprio cliente, il quale può utilizzarla per effettuare pagamenti presso gli esercizi commerciali convenzionati, i quali sono in grado di accettare la carta solo qualora abbiano sottoscritto un apposito contratto con un intermediario *acquirer* o con lo stesso emittente (la banca *issuer* e quella *acquirer* possono infatti coincidere). Mentre il detentore della carta paga alla propria banca solo un canone annuo (*cardholder fee*), il commerciante convenzionato che accetta un pagamento mediante carta paga alla propria banca una commissione (*merchant fee*), in genere calcolata in percentuale dell'importo della transazione stessa. Le informazioni contabili dell'operazione vengono trasferite ed elaborate tramite un POS (*Point of sales*), che viene fornito dall'*acquirer* all'esercente. L'importo della transazione viene immediatamente accreditato sul conto dell'esercente, mentre è addebitato su quello del titolare della carta con un ritardo che può variare da pochi giorni a un mese circa (rispettivamente per le carte di debito e di credito).

⁷⁰⁵ Il detentore della carta può essere caricato di quattro tipi di commissioni: la commissione annuale per carta, la commissione da pagare all'atto dell'emissione della stessa, una commissione per ogni transazione ed infine le commissioni volte a coprire i costi di spedizione delle informazioni cartacee al domicilio del cliente.

⁷⁰⁶ L'analisi rileva che le *merchant fees* variano a seconda della dimensione dell'esercente commerciale, che se piccolo paga anche il 70% in più rispetto ad uno grande. Tale differenza potrebbe essere indizio di un potere

(*issuer* ed *acquirer*), l'indagine di settore⁷⁰⁷ si occupa delle commissioni interbancarie, per verificare se sollevino o meno preoccupazioni dal punto di vista concorrenziale.

L'indagine parte dall'analisi dei dati, che rivelano che le commissioni nazionali fissate nei confronti dei *cardholders* e dei *merchants*, nonché quelle multilaterali uniformi (MIF) di Visa e Mastercard differiscono sia all'interno di un singolo Stato, sia da Paese a Paese in modo rilevante⁷⁰⁸, contribuendo a mantenere i mercati frammentati e distinti lungo linee nazionali. Secondo l'opinione dell'istituzione comunitaria ciò potrebbe essere indice del fatto che “the setting of interchange fees could be subject to the exercise of market power in some Member States”⁷⁰⁹.

La Commissione, inoltre, rigetta le argomentazioni dell'industria bancaria e della dottrina tese a dimostrare la necessità delle commissioni interbancarie e volte a contrastare l'impostazione della Commissione, che a fronte di MIF ritenute per principio illegittime, verifica se esistano le condizioni per un'esenzione.

Le banche sostengono che le MIF siano necessarie per un'efficace ripartizione dei costi tra *issuers* e *acquirers* visto che normalmente i maggiori costi sono sostenuti dalla banca che emette la carta di pagamento, mentre i maggiori ricavi sono effettuati dalla banca *acquirer* per mezzo della riscossione delle commissioni imposte ai commercianti. Alcuni circuiti di pagamento interpellati, invece, ritengono che esse siano necessarie per ottimizzare le operazioni in quei sistemi che coinvolgono quattro soggetti. Anche la dottrina sostiene, come visto, la tesi della ancillarità delle commissioni interbancarie sulla base di due argomentazioni: per taluni la commissione di interscambio è neutra, non producendo altro effetto economico, se non quello di incentivare le banche ad emettere più carte di pagamento; per altri, la commissione interbancaria è un efficace metodo di trasferimento dei guadagni dall'*acquirer* all'*issuer*.

di mercato delle banche in determinati sistemi di pagamento. Inoltre le commissioni variano anche da settore a settore. Quelle più alte si registrano nell'ambito delle attività di *Travel & Entertainment*.

⁷⁰⁷ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking*, cit.

⁷⁰⁸ In primo luogo enormi diversità si evidenziano sul medesimo territorio nazionale tra un segmento commerciale e l'altro. Le banche *acquirers* pagano (alle *issuers*) commissioni decisamente inferiori per determinate transazioni (per esempio un pagamento ad una stazione di servizio) rispetto ad altre (acquisto di un biglietto aereo). In secondo luogo le commissioni relative al medesimo segmento commerciale variano da Paese a Paese. Infine, le commissioni Visa e Mastercard relative al medesimo segmento commerciale differiscono anche all'interno della stessa nazione con Mastercard che rivela avere le commissioni più alte sia per quanto riguarda l'accettazione di pagamento con carta di credito, sia con carta di debito.

⁷⁰⁹ Cfr. SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, cit., p. 117.

In ogni caso, le tesi appena esposte si basano su una presunta relazione tra commissione imposta al detentore della carta e commissioni di interscambio, le quali non sarebbero altro che un meccanismo economico di remunerazione della banca *issuing* per la sua attività di emissione delle carte. Tale affermazione tiene conto di tre condizioni: (i) le norme di adesione ai circuiti nazionali ed internazionali prevedono che l'unico onere gravante sul *cardholder* sia quello del canone annuo della carta; (ii) la MIF costituisce un costo per la banca *acquirer* (la quale è tenuta a versarne una parte alla *issuer*) e viene scaricato sui prezzi finali applicati ai commercianti che accettano le carte di pagamento per le proprie transazioni; (iii) la MIF, insieme al canone annuo della carta emessa costituiscono i ricavi della banca *issuer* mentre quelli della banca *acquirer* sono dati dalle commissioni finali praticate ai commercianti, al netto delle MIF pagate alla banca *issuer*. Ciò comporterebbe, in assenza di un accordo fissato a livello multilaterale, degli effetti negativi. Infatti, alzando il livello della MIF, aumenterebbe anche la commissione finale agli esercenti e crescerebbero i ricavi delle banche *issuers*. In questo caso, diminuirebbe il numero degli esercenti disposti a convenzionarsi, in relazione ai più alti costi che dovrebbero fronteggiare per ogni transazione effettuata, mentre diminuirebbe il costo di detenzione della carta, aumentando così il numero dei soggetti disposti a dotarsene. Al contrario, diminuendo la MIF, aumenterebbero i costi per il *cardholder* poiché la banca *issuer* si vedrebbe costretta a rifarsi dei costi solo su questi ultimi. Diminuirebbero, quindi, i soggetti disposti a detenere una carta, mentre aumenterebbero i commercianti disposti a convenzionarsi con *un'acquirer* al fine di poter accettare pagamenti con carta di credito o di debito.

La Commissione tuttavia ritiene che la relazione tra commissione applicata ai detentori di carta di pagamento e MIF, che giustificerebbe economicamente l'apposizione di una commissione di interscambio, in realtà non sussista. Essa sostiene, infatti, che tale relazione sarebbe provata dall'esistenza di una forte relazione negativa tra la media delle commissioni per carta e la media delle MIF in un dato Paese e in un dato sistema di pagamento. Mancando, viene meno anche il fondamento delle argomentazioni dell'industria bancaria e della dottrina economica⁷¹⁰, senza contare che i dati raccolti dalla Commissione illustrano

⁷¹⁰ "Since the correlation coefficient is negative in only three of the ten observations, these results suggest that there is not a strong negative relationship between the level of the cardholder fee and the level of the interchange fee. (...) It seems fair to conclude that this result challenges the hypothesis advanced by some

una situazione ben diversa da quanto sostenuto da banche e dottrina. Infatti, l'indagine evidenzia che in ben venti Stati membri sui venticinque scrutinati, la sola attività di emissione di carte di pagamento (*issuing*) genera guadagni senza la necessità di dover ricorrere alle MIF. In particolare in Paesi quali Italia, Portogallo, Estonia, Lettonia e Repubblica Ceca l'attività di *issuing* genera il 60% delle entrate, al netto degli introiti derivanti dall'incasso delle MIF.

La Commissione, quindi, giunge ad affermare che, sebbene sia ancora aperto il dibattito relativo a come le MIF siano necessarie in pratica al fine di permettere un efficiente funzionamento dei sistemi di pagamento e, sulle condizioni della loro ammissione, “in a POS [point of sale] system, agreements on interchange fees lead to a transfer of revenues from acquirers to issuers and thereby distort price competition between acquiring banks”⁷¹¹. Tale affermazione non si discosta dalla originaria posizione della Commissione, che a fronte dell'illegittimità delle stesse, verifica se esistano le condizioni per l'esenzione, le quali secondo quanto statuito nel recente caso VISA consistono nella fissazione di commissioni di interscambio aderenti ai costi sostenuti e nella trasparente comunicazione delle stesse ai commercianti. La Commissione nota, ad ulteriore sostegno della sua tesi, come in seguito alla sua decisione e a quelle emesse sulla sua scia dalle autorità nazionali italiana⁷¹² spagnola⁷¹³ e inglese⁷¹⁴, il livello delle commissioni Visa sia decisamente diminuito, mentre la stessa cosa non si sia verificata per Mastercard, la quale in assenza di decisioni prese nei suoi confronti non ha provveduto ad abbassare le proprie commissioni per adeguarle ai costi. Da qui, visto che la diminuzione delle commissioni dell'una, non ha spinto l'altra a fare lo stesso, conclude la Commissione dicendo che “market forces may therefore be insufficient to penalise card systems with relatively high interchange fees, at least as far as fees for cross-

industry participants and the economic literature that an increase in interchange fees is fully offset by reductions in cardholder fees”. SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, cit., p. 100.

⁷¹¹ Ibidem, p. 115.

⁷¹² Provvedimento n. 223/A del 5.8.2003, *Visa Italia: commissione interbancaria per il settore benzine* in *Bollettino AGCM*, n. 31/2003.

⁷¹³ Tribunal de Defensa de la Competencia, Provvedimento A314/02 *Sistema 4B*, e provvedimento A318/02 *Servired*. Per un commento cfr. FREIGANG, GRÜN, *The Assessment of Domestic Credit Card Interchange Fees under EC Competition Law*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 151-167, p. 156 s.

⁷¹⁴ Preliminary Conclusions of the Office of Fair Trading of February 2003 on Mastercard Interchange Fees, OFT publication 634, and of November 2004, OFT publication 184/04. Per un commento cfr. FREIGANG, GRÜN, *The Assessment*, cit., p. 155 s.

border payments are concerned”, lasciando indovinare che ritenga di dover intervenire prossimamente anche nei confronti di Mastercard.

In conclusione, la Commissione, rigettando le tesi fortemente sostenute dalla prevalente dottrina (*supra*) non fa altro che confermare la sua originaria posizione, affermando, anche in documenti successivi alla pubblicazione dell’indagine di settore⁷¹⁵, che le commissioni interbancarie rimarranno oggetto della sua attenzione, che verranno costantemente monitorate e che alle decisioni già prese ne seguiranno delle altre, prima fra tutte nei confronti di Mastercard, al quale è già stato inviato una nuova comunicazione degli addebiti⁷¹⁶.

Per altro, l’applicazione delle regole della concorrenza è l’unico mezzo che la Commissione intende utilizzare al fine di risolvere il problema in esame: non pare, infatti, voler intervenire in tale settore mediante normative comuni, come dimostra il fatto che la proposta di direttiva sui servizi di pagamento, pur essendo meticolosamente dettagliata, evita di prendere posizione su tale argomento limitandosi a stabilire nei suoi considerando le regole per il riparto delle commissioni da pagare tra committente e beneficiario del pagamento al fine di remunerare le rispettive banche (art.58). Questa scelta presta il fianco, se non ad una critica, quanto meno ad una provocazione. Se, infatti, le forze di mercato sembrano essere insufficienti al fine di regolamentare le MIF, perché non intervenire con un provvedimento di ravvicinamento delle legislazioni, che imponga le regole dell’adeguatezza delle MIF ai costi e della trasparenza delle comunicazioni ai consumatori. In tal modo le commissioni multilaterali di scambio sarebbero lecite in presenza di determinati requisiti e illecite in loro assenza. Aumenterebbe, così, la certezza e la prevedibilità del diritto e la trasparenza del mercato e si sopirebbe, finalmente, l’annoso dibattito dottrina-Commissione in merito alla liceità o illiceità delle MIF.

⁷¹⁵ COM(2007) 226 def., del 30.4.2007, *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*, p. 8. “La Commissione affronterà il problema delle barriere alla concorrenza individuate dall’indagine di settore sui servizi bancari al dettaglio. Per quanto riguarda le carte di pagamento, essa applicherà il diritto comunitario della concorrenza in caso di regimi che gonfiano artificialmente i costi per i consumatori. Un settore in cui si sta lavorando è quello delle commissioni multilaterali di cambio, normalmente versate dalla banca del commerciante a quella del titolare della carta”.

⁷¹⁶ La comunicazione degli addebiti è stata inviata il 23.4.2006 e riguarda la commissioni interbancarie transazionali Mastercard e la prassi di quest’ultima di prederminare il prezzo minimo che i consumatori devono pagare per accettare le carte MasterCard e Maestro.

4. Le disposizioni relative al funzionamento dei sistemi di pagamento: la clausola di non discriminazione e il divieto di sovrapprezzo.

La comunicazione del 1995 relativa all'applicazione delle regole della concorrenza ai bonifici transfrontalieri si dedica anche alle disposizioni relative al funzionamento dei sistemi di pagamento. Essa parte dal presupposto che, per le loro caratteristiche intrinseche, i diversi sistemi necessitano, per poter operare anche a livello transfrontaliero, di standardizzare le procedure e le tecniche per l'esecuzione delle operazioni. Di conseguenza, "le banche facenti parte di un sistema possono accordarsi sugli standard relativi al funzionamento del sistema stesso, sul tipo e sulla qualità delle transazioni da trattare nel sistema, nonché sulle regole di sicurezza e di gestione dei rischi" (par. 31)⁷¹⁷, sempre che non si traducano in pratiche concertate nei confronti dei clienti. Tuttavia, viene precisato che in alcuni casi anche questi accordi rientrano nel campo di applicazione dell'art. 81, par. 1, ossia quando si tratti di accordi sui tempi di transazione e sugli standard di liquidità. In queste occasioni gli accordi possono comunque essere esentati sempre che "abbiano carattere non discriminatorio e siano limitati a quanto necessario per migliorare il funzionamento del sistema" (par. 33).

Nelle disposizioni relative al funzionamento dei circuiti di carte di credito o di sportelli di distribuzione automatica di contante spesso ricorre la clausola di non discriminazione (*no discrimination rule* - NDR), la quale consiste in una restrizione imposta agli utilizzatori dei circuiti relativamente alla determinazione dei prezzi. Spesso con tali clausole si fa divieto agli esercenti convenzionati di caricare il costo della commissione che essi pagano all'*acquirer* sui clienti che utilizzino una carta di pagamento, riservando a chi paghi in contanti un trattamento economico più favorevole. Ugualmente le clausole in questione possono vietare alle banche proprietarie di uno sportello automatico di distribuzione del contante di imporre commissioni aggiuntive a chi non sia cliente della banca stessa.

Tali clausole sono state oggetto di una valutazione altalenante da parte della Commissione.

⁷¹⁷ Al riguardo si veda la decisione 86/507/CEE, relativa al caso *Irish Banks' Standing Committee*, in GUCE L 295 del 18.10.1986, p. 18-30, con la quale la Commissione ha emesso un'attestazione negativa relativamente ad un accordo di fissazione degli orari di apertura degli sportelli. Se veda anche la decisione 89/512/CEE, *Banche dei Paesi Bassi*, in GUCE L 253 del 30.8.1986, p. 1-16, con la quale la Commissione ha precisato che non ricadono sotto il divieto di cui all'art. 81, par. 1 le disposizioni che fissano regole e tecniche uniformi per l'esecuzione delle operazioni.

Inizialmente, pur in assenza di decisioni in materia, si può sostenere che l'autorità comunitaria ritenesse tali clausole lesive della concorrenza⁷¹⁸ facendole rientrare tra gli accordi di fissazione dei prezzi vietati ai sensi dell'art. 81, par. 1. Si riteneva che essa configurasse un accordo tra tutte le banche aderenti ad un circuito in base al quale venivano imposte le medesime condizioni agli esercenti commerciali relativamente alle politiche di sovrapprezzo. In particolare, come è stato fatto notare, in assenza di una NDR i commercianti “potrebbero accettare una carta in pagamento riversando sui soli titolari della carta stessa parte o la totalità della specifica commissione versata alla banca accettante. In presenza di una clausola antidiscriminazione, la gamma delle possibili scelte si riduce invece alla situazione di «prendere o lasciare», sia nei confronti dei circuiti, sia nei confronti del titolare della carta”⁷¹⁹.

Inoltre, alla clausola di non discriminazione venivano imputati ulteriori effetti negativi. In primo luogo è stato sostenuto che essa incide negativamente sulla domanda dello strumento di pagamento, poiché alla diminuzione delle commissioni interbancarie e quindi all'aumentare delle *merchant fees* gli esercenti non potrebbero compensare l'aumento dei costi connessi all'accettazione delle carte di pagamento, fissando un sovrapprezzo nei confronti dei clienti. Inoltre, essa altererebbe la convenienza relativa dei diversi mezzi di pagamento, poiché, a prescindere dagli effettivi costi e benefici propri dei detentori di carta e degli esercenti, porterebbe ad una “eccessiva utilizzazione del mezzo di pagamento favorito ed ad un sottoutilizzo degli altri” con conseguente “non ottima allocazione delle risorse nel mercato dei mezzi di pagamento”⁷²⁰.

Tale posizione è stata corretta dalla Commissione all'atto dell'emanazione della sua prima decisione relativa alle clausole di non discriminazione, adottata nei confronti di Visa⁷²¹, con

⁷¹⁸ Cfr. Commissione europea, *Ventitreesima Relazione sulla politica della concorrenza - 1993*, Bruxelles 1994, p. 485.

⁷¹⁹ Cfr. GHEZZI, MAGNANI, *Banche e concorrenza, riflessioni sull'esperienza antitrust statunitense, comunitaria e italiana*, Milano, 1999, p. 168. Cfr. anche il discorso del commissario Piffaut, *Banque – Concurrence*, del 1.2.1997, il quale afferma che “en effet, elle gêne la concurrence entre différents instruments de paiement (la concurrence inter-système) et elle réduit la capacité de négociation des commerçants vis-à-vis de leurs banques à une situation de “à prendre ou à laisser”. En outre, il est douteux que la règle en cause remplisse les conditions figurant à l'article 85, par. 3. En effet, comme le démontrent les pays ou les systèmes de paiement où elle n'est pas d'application, sa disparition n'emporte pas d'effets négatifs qui devraient l'emporter sur les gains dus au surcroît de concurrence”. Il discorso è reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1997_006_fr.html.

⁷²⁰ GHEZZI, MAGNANI, *Banche e concorrenza*, cit., p. 169.

⁷²¹ Decisione 2001/782/CE, *Visa International*, in GUCE L 293, del 10.11.2001, p. 24-41.

la quale la Commissione, sebbene riconoscendo che le regole di non discriminazione nell'ambito delle disposizioni Visa limitino la libertà d'azione degli esercenti, in quanto impediscono loro di imporre una commissione (supplementare) per l'uso delle carte Visa e che quindi potrebbero avere un effetto restrittivo sulla concorrenza, ha sostenuto che “ tale eventuale pregiudizio non è sensibile” ⁷²² così come dimostrato dalle prove empiriche fornite dalle indagini di mercato svolte su richiesta della Commissione nei Paesi in cui tale regola è stata abolita (Svezia e Paesi Bassi), portando quindi a concludere che la NDR non possa “essere considerata restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato e dell'articolo 53 dell'accordo SEE”⁷²³.

La prova dell'effetto marginale della NDR deriva dall'osservazione di tre elementi: in primo luogo, nonostante la riacquistata libertà di fissare i prezzi secondo convenienza, solo pochissimi commercianti (il 5 % circa in Svezia e il 10 % nei Paesi Bassi) si è avvalso di questa facoltà, imponendo una commissione agli utilizzatori di carte di pagamento, mentre la stragrande maggioranza degli esercenti non ha sfruttato tale opportunità per il timore di una reazione negativa dei titolari della carta, con conseguente perdita di clientela⁷²⁴. In secondo luogo, la maggior parte degli esercenti ha sostenuto che l'abolizione di tale divieto non ha avuto alcun effetto sulla commissione che essi stessi devono sopportare⁷²⁵. In terzo luogo, relativamente all'effetto dell'abolizione della regola di non discriminazione sulla concorrenza sui mercati dei diversi beni e servizi forniti dagli esercenti, la Commissione ha tenuto conto del fatto che “la facoltà di pagare tramite carta è un servizio accessorio rispetto all'attività commerciale principale del commerciante e che tale servizio non è mai fornito come servizio isolato. La fissazione del prezzo di questo servizio costituisce solo una componente marginale dell'offerta dell'esercente e le indagini di mercato non dimostrano che l'abolizione della regola di non discriminazione abbia inciso in modo sostanziale sulla concorrenza di prezzi tra esercenti su tali mercati, a causa del piccolo aumento della commissione per l'utilizzatore della carta, e non ha neanche indotto una maggiore

⁷²² Ibidem, par. 54.

⁷²³ Ibidem, par. 58.

⁷²⁴ Ibidem, par. 55.

⁷²⁵ Ibidem, par. 56.

trasparenza nei prezzi per i consumatori in quanto, in pratica, solo pochi esercenti impongono tale commissione⁷²⁶.

La presa di posizione nella decisione *Visa International* mette in rilievo un fattore importante, ossia che gli accordi aventi direttamente o indirettamente ad oggetto o per effetto la fissazione di un prezzo debbono essere assoggettati ad un esame che tenga conto del contesto economico e di mercato all'interno del quale si inseriscono.

Le clausole di non discriminazione e la prassi dell'esercente di applicare un sovrapprezzo per l'utilizzo di carte di pagamento è stato oggetto di analisi anche nel corso dell'indagine di settore. La relazione finale conclude affermando che nonostante la decisione *Visa International* abbia ritenuto non applicabile l'art. 81, par. 1, la NDR deve restare oggetto di attenzione da parte delle autorità di vigilanza nazionale e comunitaria, in quanto “the ban on surcharging appears to restrict inter-network competition, notably by concealing the true cost of payment cards for consumers via cross-subsidisation, and may result in the use of non-optimal payment instruments. It has been suggested that the surcharging prohibition may constitute a barrier to entry for alternative non-cash payment instruments, such as mobile phones or e-money. Retailers surveyed in the inquiry were strongly in favour of the possibility to surcharge, since it would strengthen the incentive for consumers to use cheaper payment instruments⁷²⁷”.

La conferma dell'intenzione della Commissione di monitorare le pratiche di *surcharging* viene anche dal *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*, dove, con riferimento ad esse afferma che, indebolendo la concorrenza tra le reti, “saranno probabilmente oggetto di esame della concorrenza⁷²⁸”.

La Proposta di direttiva sui servizi di pagamento, così come emendata dal Parlamento stabilisce il principio per cui “al fine di promuovere la trasparenza e la concorrenza, il prestatore di servizi di pagamento non dovrebbe impedire al beneficiario di chiedere al pagatore una spesa per l'utilizzo di uno strumento di pagamento specifico. Mentre il beneficiario dovrebbe avere la facoltà di richiedere il pagamento di spese per l'uso di un determinato strumento di pagamento, gli Stati membri potranno decidere se proibire o

⁷²⁶ Ibidem, par. 58.

⁷²⁷ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, p. 107.

⁷²⁸ COM(2007) 226, def., cit., p. 8.

limitare prassi siffatte laddove, a loro giudizio, ciò possa essere giustificato in considerazione degli abusi in materia di prezzi o della fissazione di prezzi suscettibili di avere un impatto negativo sull'uso di un determinato strumento di pagamento tenendo conto della necessità di incoraggiare la concorrenza e l'uso efficiente degli strumenti di pagamento". Tale principio, enunciato in via generica dal considerando 26 *bis* è codificato dal successivo art. 40 *quater*, comma 3, è stato inserito per volontà del Parlamento e prevede che "il prestatore di servizi di pagamento non impedisce al beneficiario di imporre una spesa o proporre una riduzione al pagatore per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento. Tuttavia, gli Stati membri possono vietare o limitare il diritto di imporre spese tenendo conto della necessità di incoraggiare la concorrenza e di promuovere l'uso di strumenti di pagamento efficaci".

Tale disposizione, altro non fa che enunciare un principio, flessibile, lasciando agli Stati la libertà di valutare la convenienza consentire o meno la predisposizione di clausole di non discriminazione. Entrando in vigore la direttiva, non vi sarà alcuna uniformazione delle prassi statali, ma anzi la differenziazione in materia sarà legittimata, con la precisazione che spetterà ancora all'applicazione delle regole della concorrenza il compito di riequilibrare le situazioni di abuso.

Tuttavia la scelta dell'introduzione di siffatta norma, assente nella originaria proposta della Commissione ed introdotta per volontà del Parlamento, è, a mio avviso, censurabile. Essa, infatti, non apporta alcuna soluzione e nessun chiarimento alla problematica delle clausole di non discriminazione. La logica dell'inserimento di una disposizione *ad hoc* vorrebbe che la medesima definisca il problema in modo affermativo (possibilità dell'inserimento di tali clausole) o negativo (divieto del *surcharging*), mentre nel caso concreto la norma delega la soluzione di tale questione agli Stati membri, permettendo ancora una volta l'adozione di soluzioni diverse da Paese a Paese e costringendo le banche e gli istituti di pagamento a doversi adeguare a ventisette normative diverse. Era forse il caso, allora, di lasciare tale scelta alle decisioni commerciali delle singole banche.

5. Altri rilievi dell'indagine di settore relativamente ai servizi di pagamento. Le barriere di tipo strutturale.

L'indagine ha evidenziato l'esistenza di ostacoli di tipo strutturale.

A fronte dell'analisi della concentrazione dei mercati⁷²⁹, la Commissione ha rilevato che in parecchi Stati membri le attività di convenzionamento dei commercianti (*acquiring*) sono oggetto di monopolio (o oligopolio). Le varie banche, invece di competere tra loro nell'offrire servizi di questo genere, agiscono unitariamente per mezzo di una *joint venture*, con la conseguenza che i commercianti sono costretti ad affrontare una singola offerta, senza possibilità di scegliere.

Tale situazione è foriera di svariati problemi, non solo perché limita la concorrenza nel mercato dell'*acquiring*, ma anche perché conferisce alle banche emittenti un notevole potere di mercato, che si traduce in un ostacolo all'ingresso di nuovi intermediari stranieri. Infatti, le banche *issuer*, a fronte dell'offerta unica di servizi di convenzionamento da parte delle *joint venture*, reagiscono operando diverse commissioni di interscambio. Anziché applicare la medesima MIF a tutte le banche, esse spesso, stipulano accordi bilaterali preferenziali stabilendo commissioni di interscambio minori per le banche *acquirer* facenti parte del loro stesso gruppo creditizio o nelle quali abbiano un qualche interesse finanziario, mentre applicano le commissioni stabilite a livello multilaterale (che sono più alte) agli enti creditizi stranieri che tentino di accedere al mercato e di competere con quelle nazionali. Di conseguenza la concorrenza è pregiudicata: la scelta di *acquirer* da parte dei commercianti ne viene fortemente limitata e gli *acquirer*, che subiscono commissioni superiori sono costretti a scaricare sui commercianti.

Tale situazione è stata denunciata in svariati Paesi, quali Portogallo, Austria, Belgio, Spagna e Gran Bretagna. Tuttavia, a seguito della pubblicazione nel 2006 dell'*Interim Report I* e di alcune consultazioni con la Commissione, molti di questi accordi preferenziali e discriminatori sono già stati eliminati.

L'indagine settoriale si è inoltre soffermata sulle pratiche c.d. di *blending* e *co-branding*.

Con il termine *blending* si fa riferimento a quella prassi tipica delle banche *acquirer* di applicare la medesima commissione ai commercianti convenzionati (*merchant fee*) a prescindere dal tipo di transazione e dal livello di MIF che la stessa dovrà versare alla banca *issuing*. Tale pratica può avere conseguenze sulla concorrenza tra sistemi di pagamento (*inter-network*) in quanto

⁷²⁹ I dati rivelano un'alta concentrazione dei mercati dell'*acquiring* rispetto ad una concentrazione più bassa di quelli dello *issuing*. Cfr. SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking*, p. 87 ss.

rimuove un importante parametro concorrenziale, ossia la possibilità di confrontare i prezzi. Il risultato finale consiste in un generalizzato aumento delle commissioni che il commerciante deve versare alla sua banca, dal momento che mancando una differenziazione nei prezzi non esiste nemmeno quella concorrenza intersistemica in grado di esercitare pressione, inducendo gli *acquirers* ad abbassare le commissioni.

La relazione finale sottolinea, inoltre, un altro problema concorrenziale derivante dalla prassi c.d. del *co-branding*, la quale consiste nel far figurare sulla carta di pagamento oltre al simbolo del *network* a cui la carta appartiene, anche quello di un altro sistema. Esistono tre modalità di *co-branding*: (i) l'affiancamento del marchio di un circuito non concorrente quali quello di associazioni non profit; (ii) l'accostamento del simbolo di un concorrente indiretto quale può essere un *network* internazionale rispetto a quello nazionale⁷³⁰; (iii) il *co-branding* con un concorrente diretto.

La pratica del *co-branding* permette di servirsi delle reti di pagamento diverse da quelle proprie della banca che ha emesso la carta. Per esempio, una carta nazionale, laddove *co-branded* con un sistema internazionale può essere utilizzata per transazioni anche fuori dai confini nazionali.

L'indagine rileva che, mentre il *co-branding* con banche non concorrenti è generalmente possibile in ogni Stato, l'utilizzo accanto al proprio del marchio di un concorrente diretto è, invece, generalmente proibito.

La Commissione ritiene che il divieto di *co-branding* con i marchi dei concorrenti diretti possa restringere la concorrenza attuale e potenziale tra diversi *network* e tra intermediari bancari e non bancari. Per esempio, le reti internazionali quali Visa e Mastercard funzionano sia per i pagamenti nazionali che per quelli internazionali. Quelli nazionali necessitano di essere *co-branded* per poter essere utilizzati oltre confine. Tuttavia, laddove un sistema nazionale venisse percepito quale diretto concorrente di quello internazionale, il primo perderebbe la possibilità di affiancarsi al secondo e quindi di effettuare transazioni internazionali. Inoltre, in taluni Stati, come la Spagna, è fatto divieto di affiancare i tre marchi delle reti nazionali (Sistema 4B, ServiRed e Euro 6000) in base alla norma per cui un istituto di finanziario non può essere membro di più sistemi di pagamento contemporaneamente. Anche in questo

⁷³⁰ L'accostamento del marchio del sistema nazionale, accanto a quello internazionale è anche chiamato *co-badging*.

caso la Commissione ritiene che ciò costituisca un ostacolo alla libera concorrenza in quanto riduce la libertà di scelta del detentore della carta e quindi la possibilità di esercitare pressione sulla banca perché possa competere con le altre con prezzi migliori.

Infine, in taluni Paesi sussiste il divieto di affiancare al marchio del sistema bancario quello di enti non bancari. Anche in questo caso la Commissione ritiene che ciò sia contrario ai principi posti dagli artt. 81 e 82 TCE in quanto elimina la possibilità per gli altri intermediari non bancari di competere con le banche.

La Commissione ha espresso l'intenzione di perseguire tutte le pratiche che indeboliscono la concorrenza tra reti, quali sono il *blending*⁷³¹ e il *co-branding*, mediante un attento monitoraggio del mercato e l'applicazione delle norme di cui agli artt. 81 e 82 TCE. Non sembra, invece, intenzione della Commissione regolamentare tali pratiche per via anche legislativa. Tale scelta rientra nel tipico approccio comunitario, che armonizza solo i principi minimi ed essenziali per il funzionamento del mercato, lasciando il resto alle regole nazionali. Se le prassi in esame fossero regolamentate a livello comunitario, certamente aumenterebbe la certezza e prevedibilità del diritto e, quindi, anche la trasparenza del mercato e la sua concorrenzialità.

Per altro, alcuni aspetti anticoncorrenziali potranno essere risolti con l'entrata in vigore della direttiva sui servizi di pagamento, che come visto fa espresso divieto di discriminare tra banche ed istituti non bancari ed istituisce il passaporto unico degli istituti di pagamento.

6. Il problema dell'accesso alle *essential facilities*. I sistemi di pagamento.

Il problema dell'accesso ai sistemi di pagamento è stato preso in considerazione dalla comunicazione del 1995 relativa alla applicazione delle regole della concorrenza ai bonifici transfrontalieri. Giova ricordare che i sistemi di pagamento esistenti sono nati e si sono sviluppati all'interno di confini nazionali, di conseguenza la possibilità di creare collegamenti tra i sistemi di pagamento stranieri dipende da accordi tra le banche e le stanze di compensazione dei diversi Stati membri. Orbene, per espressa previsione del par. 24 della comunicazione in questione “gli accordi privati fra banche che creano o collegano fra loro

⁷³¹ Tale affermazione è contenuta anche nel *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio*, COM(2007) 226 def., cit. p. 8.

sistemi esistenti di bonifici transfrontalieri dovranno conformarsi agli articoli 85 e 86 del trattato CE” (ora art. 81 e 82). In tale contesto si distingue tra sistemi che possono considerarsi “strumenti essenziali” e quelli che invece non lo sono. Solo nel primo caso, quando cioè si è in presenza di un sistema o un’infrastruttura “senza l’accesso al quale o alla quale i concorrenti sono impossibilitati a prestare servizi ai propri clienti”⁷³², esso deve essere aperto ad ulteriori adesioni. In tale caso gli eventuali criteri di accesso, pur potendo differire per il caso di partecipazione diretta o indiretta, dovranno essere scritti, accessibili e non discriminatori, e obiettivamente giustificati. La commissione da pagarsi all’atto dell’adesione, se presente, non dovrà essere tale da costituire un ostacolo all’accesso.

Se il sistema non è “strumento essenziale” non ha, invece, l’obbligo di essere aperto a nuove adesioni.

Da ciò si deduce che sono “strumenti essenziali” (*essential facilities*) quelle infrastrutture che hanno particolari caratteristiche di unicità e non replicabilità e il cui accesso da parte di imprese terze è necessario per lo svolgimento di attività economiche in un mercato a valle, o comunque, derivato. Essi si caratterizzano quindi per essere strumentali rispetto ad una attività economica, per essere detenuti da un’impresa in posizione di monopolio e per il fatto di non essere duplicabili da altra parte che voglia avvalersene. Tale definizione è importante ai fini dell’applicazione delle regole della concorrenza, poiché il rifiuto di dare accesso ad un’infrastruttura essenziale è stato considerato un abuso di posizione dominante ai sensi dell’art. 82 da parte dell’impresa titolare dell’*essential facility*, concretandosi in un rifiuto a contrarre⁷³³.

⁷³² Cfr. il par. 25 il quale ulteriormente specifica che “un sistema di bonifici transfrontalieri rappresenta uno strumento essenziale se le banche devono necessariamente parteciparvi al fine di poter operare in modo concorrenziale sul mercato rilevante, ovvero, in altre parole, se la mancanza di accesso al sistema rappresenta una barriera significativa all’ingresso di un nuovo concorrente sul mercato di cui trattasi. Ciò si verificherà quando un nuovo concorrente si trovi nell’impossibilità di accedere ad un altro sistema o di crearne uno proprio al fine di operare in modo concorrenziale sul mercato in questione”.

⁷³³ La prima decisione nella quale la Commissione ha considerato il *refusal to supply* come integrante un abuso di posizione dominante è la decisione n. 72/457/CEE, in GUCE L 299, del 31.12.1972, p. 51 ss. la quale è stata seguita dalla sent. della Corte di Giustizia, 6.3.1973, cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico italiano S.P.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, in *Racc.* 1974, p. 223 ss. Cfr. par. 25 secondo cui la cessazione delle forniture di nitropropano da parte delle ricorrenti costituiva un comportamento contrario agli obiettivi enunciati dall’art. 3 lett. f) e degli artt. 85 e 86 del Trattato [ora artt. 81 e 82 TCE] e che “il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell’intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuta di rifornire un proprio cliente, anch’esso fabbricante di prodotti finiti, col rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ai sensi dell’art. 86 [art. 82 TCE]

In base alla teoria dell'*essential facilities* elaborata da Commissione e Corte di Giustizia⁷³⁴, un'impresa che si trovi in una posizione dominante, che sia titolare di un'infrastruttura essenziale, è quindi costretta a concludere contratti con gli utenti che lo richiedono. Tale fatto potrebbe sembrare in contrasto con il generale principio della libertà di contrarre⁷³⁵, ma non è così: un'impresa dominante non può e non deve, infatti, approfittare della sua posizione per ottenere vantaggi competitivi⁷³⁶ a scapito dei concorrenti e dei consumatori. La Commissione ha osservato alla luce di tali principi anche i sistemi di pagamento, senza pervenire, fino a tempi recentissimi, ad alcuna formale decisione⁷³⁷. Tuttavia, è notizia degli ultimi giorni, rispetto al tempo in cui si scrive, della adozione, il 3 ottobre 2007⁷³⁸, di una

sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante". A partire dal 1972 sono seguite molte altre decisioni e sentenze.

⁷³⁴ La Commissione ha usato per la prima volta l'espressione *essential facilities* nella decisione 94/19 *Sea Containers/Stena Sealink - Provvedimenti provvisori*, in GUCE, L 15 del 18.1.1994 p. 8-19, con la quale la Commissione ha considerato l'accesso in condizioni paritarie ad un porto quale strumento essenziale per un'equa concorrenza nel trasporto marittimo. Per una rassegna completa delle decisioni e della giurisprudenza relativa alla elaborazione della teoria della infrastrutture necessarie cfr. JONES, SUFRIN, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2004, p. 466 ss. La dottrina in materia è abbondante cfr., tra gli altri EVRARD, *Essential Facilities in the European Union*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2004, p. 491-426; BAVASSO, *Essential Facilities in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, 2003, p. 63-106; EILMANSBERGER, *Abschlusszwang und Essential Facility Doctrine*, in *Europäische Wirtschaft un Steuerrecht*, 2003, p. 12-23; ID, *How to Distinguish Good from Bad Competition*, cit., p. 155 s.; NESTEROWICZ, *The "Essential Facilities" Doctrine in Competition Law on the basis of the jurisprudence of the European Court of Justice*, in *Comparative Law Review*, 2003, p. 29-41; SHEEHAN, *Unilateral Refusals to Deal and the Role of the Essential Facility Doctrine – A US/EC Comparative Analysis*, in *World Competition*, 1999, p. 67-89.

⁷³⁵ "This solution is based on a paradox: in general terms, antitrust law aims at preventing competitors from co-operating with one other. Notwithstanding this principle is excluded when a dominal company owns or controls a facility acces to which is essential to enable its competitors to carry on business". Così CREUSS, AGUSTINOY, *The Operative System as an Essential Facility: An Open Door to Windows?*, in *World Competition*, 2000, p. 57-78, p. 66 s.

⁷³⁶ Corte di Giustizia, sent. 3.10.1985, caso 311/84, *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) contro SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB)*, in *Racc.* 1985, p. 3261 ss., par. 21 ss.

⁷³⁷ I casi analizzati dalla Commissione si sono conclusi tutti prima che la stessa potesse adottare una decisione. Con Ibos ed Eurogiro (1996), sistemi di gestione dei bonifici transfrontalieri, che contenevano regole di accesso restrittive basate sulla nazionalità e sulla tipologia di ente creditizio, la Commissione non ha ritenuto di intervenire non costituendo tali sistemi delle infrastrutture essenziali. Successivamente, la procedura aperta nei confronti di *Ecu banking association* e dell'*Exchange Clearing House*, si è chiusa con lettera amministrativa, ritenendo la Commissione che tali sistemi di compensazione e regolamento fossero conformi alle prescrizioni della comunicazione. Infine, la procedura contro la principale rete di trasmissione dati per i pagamenti internazionali, SWIFT, si è chiusa dopo che la stessa ha accettato di modificare le condizioni di accesso al proprio sistema. (Nella fattispecie SWIFT aveva rifiutato di ammettere tra i suoi membri Le Poste, ente pubblico postale francese, in quanto ente diverso da una banca). Per maggiori dettagli si rinvia a GHEZZI, MAGNANI, *Banche e concorrenza*, cit., p. 172 s.

⁷³⁸ Al momento in cui si scrive la decisione non è ancora stata pubblicata. Informazioni possono essere all'indirizzo

decisione nei confronti di Visa alla quale è stata applicata una multa di € 10.200.000, 00 per avere rifiutato senza giustificazione alcuna, per il periodo tra marzo 2000 e settembre 2006, di ammettere *Morgan Stanley* come membro del proprio circuito. La Commissione ha ritenuto che tale atteggiamento abbia comportato una restrizione della concorrenza nel mercato inglese dei servizi di *acquiring*.

Morgan Stanley possiede in America il circuito di carte di pagamento *Discover*, che non è presente sul mercato europeo. Fino alla sua ammissione nel circuito Visa, la sua attività europea era limitata al servizio di convenzionamento Mastercard degli esercenti commerciali in Gran Bretagna. Il rifiuto di Visa ha comportato una compressione ingiustificata degli affari di *Morgan Stanley* impedendogli di concludere transazioni per Visa.

La Commissione, tenuto conto delle caratteristiche del mercato inglese dell'*acquiring*, che è molto concentrato, e delle caratteristiche di *Morgan Stanley*, considerato una delle poche imprese avente le caratteristiche per penetrare tale mercato e per operare in modo efficiente, ha ritenuto che il suo ingresso sul mercato avrebbe contribuito a migliorare le condizioni concorrenziali, con effetti positivi sui prezzi e sulla qualità dei servizi di *acquiring*.

La Commissione ha ritenuto, inoltre, che la giustificazione apportata da Visa all'esclusione di *Morgan Stanley* fosse ingiustificata. Visa sosteneva, infatti, che le proprie regole interne le proibivano di accettare quali membri dei soggetti che possono essere considerati dei concorrenti diretti. Tuttavia, la Commissione ha reputato che, dato che *Morgan Stanley* non possedeva alcun circuito di carte in Europa e visto che le alte barriere all'ingresso del mercato rendono inverosimile l'ingresso di nuovi operatori, è ben difficile pensare che *Morgan Stanley* possa espandere in Europa il suo circuito *Discover*. Inoltre, la Commissione ha rilevato che la medesima regola invocata a giustificazione dell'esclusione di *Morgan Stanley* è stata applicata in modo discriminatorio, visto che Visa ha ammesso quali membri *Citigroup* (proprietario del *Diners Club network*) e diversi azionisti di *JCB Co. Ltd.* (proprietario del *JCB network*).

La questione dell'accesso ai sistemi di pagamento è stata oggetto di attenta analisi ad opera dell'indagine di settore, che ha sollevato numerosi rilievi critici, lasciando presagire la volontà della Commissione di intervenire in maniera incisiva in futuro. Essa ha rilevato che

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1436&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=it>

talune delle regole di *membership* possono sollevare problemi concorrenziali, in particolare quelle che permettono l'accesso ai soli enti creditizi o degli enti finanziari da essi controllati, con l'esclusione di tutti gli altri intermediari finanziari e quelle che richiedono lo stabilimento all'interno del territorio nazionale.

In Belgio, Danimarca, Italia, Spagna, Finlandia, Francia, Ungheria, Irlanda, Lussemburgo, Olanda e Portogallo il diritto di emettere carte e di convenzionare commercianti è esclusivamente riservato alle banche a istituti sottoposti al loro diretto controllo.

La seconda regola di *membership* incriminata riguarda quelle norme che richiedono quale requisito per l'adesione ad un sistema di pagamento, la presenza fisica della banca, mediante lo stabilimento di una succursale o di una filiale. Tali regole, presenti in Irlanda, Olanda e Portogallo, non solo, sono altamente lesive della concorrenza, in quanto aumentano i costi dell'adesione, riducendosi ad un ostacolo vero e proprio all'accesso al sistema, ma, laddove stabilite per legge o tramite decisione della Banca centrale nazionale, violano anche le norme che garantiscono alle banche la libertà di prestazione dei servizi a livello transfrontaliero (artt. 23 e 28 della direttiva 2006/48; art. 49 TCE), nonché le norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento. Come sancito anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli artt. 42 e 59 TCE ostano a che uno Stato membro riservi una attività finanziaria (nel caso concreto di intermediazione mobiliare) a banche o a società con sede legale sul suo territorio, "impedendo così alle società (di intermediazione) degli altri Stati membri che intendano esercitare un'attività sul suo territorio di utilizzare talune forme di stabilimento, quali l'agenzia o la succursale, il che le obbliga a sopportare costi aggiuntivi rispetto ai soggetti nazionali, privandole totalmente della possibilità di avvalersi della libera prestazione dei servizi. Infatti, così facendo, esso opera una differenza di trattamento non obiettivamente giustificata, in quanto, anche se facilita la sorveglianza e il controllo degli operatori sul mercato, tale obbligo non è né il solo mezzo né una condizione indispensabile perché esso possa, da una parte, accertarsi che gli operatori rispettino le norme di esercizio dell'attività di intermediazione mobiliare da esso emanate e, dall'altra, assoggettare efficacemente a sanzioni gli operatori che trasgrediscono tali norme. In particolare, nulla gli impedisce di richiedere alle società di intermediazione degli altri Stati membri di fornire informazioni e documenti riguardanti specificamente l'attività dei loro stabilimenti secondari sul suo territorio, di subordinare la loro attività alla costituzione di garanzie finanziarie su

quest' ultimo e di concludere con le autorità di controllo degli altri Stati membri accordi di cooperazione in materia di vigilanza sui mercati e sugli intermediari, ed esso non può far valere che le norme di accesso alla professione di intermediario nei vari Stati membri, in particolare quelle relative alle garanzie in materia di fondi propri, non sarebbero comparabili, dato che la sua legislazione prevede espressamente la possibilità di concludere accordi del genere e che, inoltre, i diversi metodi utilizzati dagli Stati membri per determinare i requisiti in materia di fondi propri garantiscono globalmente una sicurezza equivalente”⁷³⁹.

Disposizioni del genere erano presenti nelle originali regole di accesso predisposte da Visa, le quali ostacolavano in vari modi le banche che avessero voluto emettere carte Visa in tutto il territorio della Comunità e che sono state corrette spontaneamente in seguito all'invio della comunicazione degli addebiti⁷⁴⁰.

Terza ed ultima regola di *membership* oggetto delle attenzioni della Commissione è quella relativa al pagamento di una quota di adesione al sistema. L'analisi dei mercati permette di rilevare, infatti che le varie reti internazionali e domestiche attuano politiche diverse che vanno dalla assoluta mancanza di commissioni, come in Germania e alcuni sistemi italiani, al pagamento di somme d'iscrizione di milioni di Euro in altri Stati. La Commissione ritiene di dover intervenire con particolare riguardo a quei sistemi che applicano tali altissime commissioni, in quanto esse si traducono in ostacoli alla concorrenza intersistemica e all'accesso alle reti di pagamento.

Gli ostacoli connessi alle regole di adesione e alle barriere strutturali vanno sommate ad ulteriori impedimenti derivanti dall'assenza di standard tecnici e infrastrutture comuni. I sistemi di pagamento si sono sviluppati lungo i confini nazionali con norme, standard tecnici e di comunicazione propri e si caratterizzano per essere *technically closed*⁷⁴¹, nonché mancanti di interoperabilità. A ciò si aggiunga il dato di fatto dell'assenza di stanze di compensazione e regolamento multilaterali. Quelle esistenti, infatti, funzionano normalmente su base bilaterale e l'accesso a banche straniere risulta gravoso data la diffusa prassi di richiedere, quale condizione di accesso, la sponsorizzazione da parte di una banca

⁷³⁹ Cfr. la massima della sent. C-101/94, del 6.6.1996, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.* 1996, I-2691.

⁷⁴⁰ Decisione 2001/782/CE, *Visa International*, cit., par. 59.

⁷⁴¹ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, cit., p. 143.

locale. Cosa non semplice, soprattutto se si pensa che la banca straniera si propone di entrare sul mercato come concorrente di quelle nazionali⁷⁴².

Dall'indagine si desume chiaramente la volontà della Commissione di intervenire nel settore dei sistemi di pagamento mediante l'applicazione delle norme antitrust e ciò in quanto l'industria delle carte di credito gioca un ruolo essenziale nella costruzione del mercato unico dei pagamenti.

D'altra parte le regole di accesso ai sistemi di pagamento sono state oggetto di attenta disciplina da parte della proposta di direttiva per i servizi di pagamento sulla base della considerazione che per qualsiasi prestatore di servizi di pagamento è essenziale essere in grado di accedere ai servizi delle infrastrutture tecniche dei sistemi di pagamento. La Commissione ha ritenuto necessario chiarire le regole in materia di accesso alla prestazione di servizi e ai sistemi di pagamento e stabilire opportuni requisiti al fine di garantire l'integrità e la stabilità del sistema. A tal fine sono state predisposte dettagliate regole prudenziali propedeutiche alla concessione dell'autorizzazione all'esercizio dei servizi di pagamento ed è stata introdotta una norma espressamente dedicata all'accesso ai sistemi di pagamento. In merito l'art. 23 stabilisce che “gli Stati membri assicurano che le norme che disciplinano l'accesso ai sistemi di pagamento di prestatori di servizi di pagamento autorizzati o registrati, che siano persone giuridiche, siano obiettive, non discriminatorie e proporzionate e non limitino l'accesso più di quanto sia necessario per proteggere il sistema di pagamento da rischi specifici come il rischio di regolamento, il rischio operativo e il rischio d'impresa, e tutelarne la stabilità finanziaria e operativa. I sistemi di pagamento non possono imporre nessuno dei seguenti requisiti ai prestatori di servizi di pagamento, agli utenti dei servizi di pagamento o ad altri sistemi di pagamento: a) regole restrittive in materia di partecipazione effettiva ad altri sistemi di pagamento; b) una norma che discrimini tra prestatori di servizi di pagamento autorizzati o tra prestatori di servizi di

⁷⁴² Tali caratteristiche mettono in rilievo un dato di fatto: la concorrenza a livello transfrontaliero relativo ai servizi di pagamento con carta di credito è decisamente scarsa, soprattutto relativamente al settore dell'*acquiring*, che ha visto le banche tentare di superare gli ostacoli appena descritti mediante l'acquisto di banche straniere o l'apertura di succursali. Il settore dei servizi transfrontalieri di convenzionamento di commercianti è sottosviluppato e completamente al di sotto delle sue potenzialità: attualmente solo due circuiti, Visa e Mastercard possono vantare un'ampia attività transfrontaliera sia nel settore del *issuing* che in quello dell'*acquiring*. Ibidem, p. 144.

pagamento registrati in relazione ai diritti, agli obblighi ed alle prerogative dei partecipanti; c) restrizioni sulla base dello status istituzionale”.

L'adozione della direttiva sui servizi di pagamento segnerà un decisivo passo avanti, ponendo dei “paletti” alla condotta delle banche e dei circuiti di pagamento: infatti introduce importanti elementi di novità nella regolamentazione del settore. Per altro, la norma appena vista accosta alla enunciazione di un principio, quello del libero accesso ai servizi di pagamento, alcune regole laddove enuncia alle lettere a), b) e c) quali clausole debbano ritenersi vietate. Ciononostante la direttiva non pone rimedio a tutte le questioni sollevate dall'indagine della Commissione. Per esempio non menziona il problema delle commissioni di accesso e di quelle stabilite per transazione, che dovranno, quindi essere oggetto di un'analisi fatta caso per caso al fine di verificare se costituiscano o meno “regole restrittive in materia di partecipazione effettiva ad altri sistemi di pagamento” ai sensi della lett. a).

In ogni caso, pur essendo assolutamente positiva la norma in esame lascia molta discrezionalità agli Stati membri, ai quali è data una duplice scelta: o identificare le regole che a loro parere debbano considerarsi restrittive, o delegare tale compito all'analisi caso per caso delle autorità nazionali (o comunitaria) della concorrenza.

Tuttavia, non si deve dimenticare che la direttiva in questione sebbene enunci, come da prassi comunitaria, più principi che regole, e sebbene sia passibile di incentivare l'emanazione di legislazioni diverse da Stato a Stato, entrerà in vigore insieme ad un *corpus* di norme, strutture ed infrastrutture, così come elaborate nell'ambito del progetto SEPA, tali da portare ad una ulteriore uniformazione dei sistemi nazionali.

Si attendono, quindi, dall'attuazione di tale progetto, che vede norme di autoregolamentazione accanto a norme di derivazione comunitaria, vistosi progressi.

6.1 (Segue)... L'accesso alle infrastrutture di pagamento.

L'indagine di settore, sempre con riguardo ai problemi di accesso alle *essential facilities*, si è soffermata anche ad analizzare il problema delle cosiddette infrastrutture dei sistemi di

pagamento al dettaglio⁷⁴³. Normalmente un'operazione di pagamento che avvenga senza contanti coinvolge cinque soggetti: colui che paga, colui che riceve, le rispettive banche e l'infrastruttura interbancaria che esegue il trasferimento dei fondi tra i due intermediari. Di conseguenza, affinché una banca possa operare un trasferimento di denaro (o titoli) necessita di poter accedere alle c.d. stanze di compensazione e regolamento (*clearing and settlement*)⁷⁴⁴. Con tale espressione si designa “l'insieme dei meccanismi e delle strutture necessari per perfezionare operazioni in titoli o derivati, nel quale rientra un'ampia gamma di enti, strumenti, regole, procedure, standard e mezzi tecnici”⁷⁴⁵, che individuano le modalità di trasferimento e di compensazione e garanzia (ossia determinano la cosiddetta infrastruttura del pagamento), nonché fissano gli standard tecnici, operativi e commerciali del trasferimento stesso (individuando, quindi, i c.d. “schemi di pagamento”). Il *clearing* (o compensazione) designa il regolamento senza contanti di crediti fra banche per evitare pagamenti superflui (compensazione bancaria). *Settlement* (o liquidazione) consiste nell'operazione di trasferimento dei titoli dal venditore all'acquirente e il corrispettivo trasferimento dei fondi dall'acquirente al venditore.

Da ciò si comprende come l'accesso a tali poche infrastrutture sia indispensabile per ogni banca che operi nel mercato al dettaglio.

Il documento della Commissione, sulla base dell'analisi delle strutture legali, dei costi, dei requisiti e delle commissioni d'accesso, del numero e del tipo di sistemi esistenti in ogni Paese, ha rilevato gravi impedimenti alla concorrenza, o meglio, l'assenza di competizione sia interna ai singoli Stati sia a livello transfrontaliero, a causa delle gravi barriere poste all'accesso ai tali sistemi.

Il settore delle stanze di compensazione e regolamento si caratterizza per la sua immobilità: in ciascun Membro della Comunità europea esiste normalmente un solo sistema di *clearing*

⁷⁴³ L'indagine, tuttavia, non include tutti i tipi di sistemi di compensazione e regolamento, ma si limita a quelli multilaterali e aperti all'accesso di altri membri. Non sono presi in considerazione, quindi i sistemi bilaterali e quelli multilaterali “chiusi”, a cui possono accedere solo determinati enti.

⁷⁴⁴ A seconda che le banche coinvolte nella transazione appartengano al medesimo o a diverso gruppo si distingue tra cosiddetti pagamenti “*on us*” e pagamenti “interbancari”. Nel primo caso il trasferimento delle somme e delle informazioni avviene senza troppe difficoltà. Nel secondo caso, invece si necessita di un accordo interbancario che determini le modalità di trasferimento e gli standard tecnici, commerciali e operativi. Questi tipi di accordi possono essere bilaterali o multilaterali, i quali a loro volta si possono configurare come sistemi “aperti” o “chiusi” a secondo dei criteri d'accesso.

⁷⁴⁵ COM(2004) 312 def. del 28.4.2004, *Compensazione e regolamento nell'Unione europea - Prospettive future*.

and settlement per la gestione dei pagamenti al dettaglio, in genere di proprietà della Banca Centrale Nazionale o della associazione bancaria che riunisce le maggiori banche del Paese. Ciò comporta due effetti negativi. In primo luogo il processo decisionale è influenzato solo da pochi e grandi enti ad esclusione delle piccole banche. In secondo luogo le singole banche europee che intendano operare sul mercato comunitario necessitano di adeguarsi a ventisette diverse procedure e sistemi di standard tecnici.

Nei rari casi in cui esistono più sistemi nazionali⁷⁴⁶, poi, essi non si pongono in concorrenza tra loro, ma semmai, riguardando pagamenti di tipo diverso (elettronici o cartacei), si completano a vicenda. Altro effetto anticoncorrenziale è determinato dal fatto che le singole banche, che necessariamente partecipano ai diversi sistemi di pagamento nazionali e internazionali (per esempio di carte di credito e di debito, di bonifici), non hanno interesse ad incentivare e creare maggiore concorrenza tra sistemi diversi ma a cui ugualmente appartengono.

I rilievi critici della Commissione riguardano anche le norme relative alla *membership* e alle commissioni che i membri di un sistema di *clearing and settlement* devono necessariamente versare.

I membri delle stanze di compensazione e regolamento si distinguono normalmente in membri diretti e indiretti, con la differenza che ai primi, i soci, sono accordati maggiori diritti che ai secondi, i quali generalmente accedono al sistema grazie ad un contratto di agenzia o sponsorizzazione da parte di un membro diretto, o tramite la partecipazione al sistema nazionale di regolamento lordo in tempo reale. Tali partecipanti non contribuiscono, non avendo diritto di voto, alla gestione del sistema e spesso e volentieri non hanno accesso nemmeno a tutte le informazioni messe a disposizione da gli aderenti al sistema e che solo i membri diretti possono liberamente ed interamente consultare, creando, quindi una evidente asimmetria informativa.

Sono stati analizzati e criticati anche taluni dei requisiti di *membership* posti dalle infrastrutture dei pagamenti in analisi. La Commissione ha segnalato come “*possibly impeding competition*”⁷⁴⁷ le regole che condizionano l’accesso all’essere il richiedente una banca. In secondo luogo risultano anticompetitive anche talune clausole che richiedono un livello

⁷⁴⁶ Grecia, Irlanda, Lituania, Lussemburgo, Malta, Gran Bretagna.

⁷⁴⁷ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, cit., p. 149.

minimo di attività, la necessità di divenire socio del sistema o dell'associazione bancaria nazionale, o quelle che impongono lo stabilimento di una succursale.

Infine, condizioni sfavorevoli allo sviluppo di una sana concorrenza derivano dalla presenza in taluni sistemi di commissioni che le banche devono pagare all'atto di adesione al sistema, e/o per ciascuna transazione da effettuare, nonché dalle c.d. *regressive fees*, consistenti in commissioni commisurate al volume dell'attività, per cui più transazioni si effettuano, più si ottengono sconti su quanto si deve versare, finendo per agevolare i grandi gruppi bancari a scapito delle piccole banche.

6.2 (Segue) La decisione nel caso *Clearstream*.

Recentemente, in materia di accesso alle *essential facilities* e in particolare ai sistemi di *clearing and settlement*, è stata presa un'importante decisione, *Clearstream*⁷⁴⁸, che merita qui di essere accennata, sebbene non rientri nell'ambito specifico della presente trattazione in quanto non inquadrabile tra le misure prese nel settore dei pagamenti al dettaglio: il sistema *Clearstream* è un sistema di regolamento e compensazione di *bond* e *securities* e fa parte delle infrastrutture dei mercati di pagamento all'ingrosso. Ciononostante essa merita attenzione perché mostra come il nuovo fine sia della DG Mercato Interno, che della DG Concorrenza della Commissione, palesato anche con l'indagine settoriale relativamente alle infrastrutture dei pagamenti al dettaglio, sia ora volto a smuovere le acque nel settore delle infrastrutture di pagamento da sempre immobile e sottratto alla concorrenza.

L'introduzione della concorrenza in tali ambiti si presenta ora come il vero nuovo obiettivo della politica concorrenziale ed ha creato grandi entusiasmi a livello comunitario. Essa rappresenta una condizione ulteriore e necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo SEPA e dell'integrazione dei mercati finanziari.

La decisione *Clearstream* è stata preceduta da una lunga serie di atti preparatori e seguita da ulteriori iniziative volte al perseguimento dell'integrazione e di una maggiore concorrenzialità dei mercati finanziari anche per il tramite di interventi nel settore del regolamento e compensazione.

⁷⁴⁸ Caso COMP/38.096, 2.6.2004, decisione *Clearstream (Clearing and Settlement)*, reperibile all'indirizzo <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38096/en.pdf>.

L'intenzione di sondare e conoscere il settore in questione è stata resa nota a partire dal 2001 quando la Commissione ha lanciato una consultazione rivolta ai vari sistemi e soggetti interessati, sulla base delle cui risposte è stata possibile la successiva stesura di due importanti relazioni, conosciute come i *Giovannini Report*⁷⁴⁹. Tali documenti, hanno effettuato una dettagliata analisi degli ostacoli⁷⁵⁰ e delle cause della frammentazione delle infrastrutture di *clearing and settlement* a livello europeo al duplice fine di individuare le barriere esistenti relative alle transazioni transfrontaliere di titoli e di identificare, sulla base dell'approfondita conoscenza del settore, una nuova politica atta ad eliminare gli effetti anticoncorrenziali e soprattutto volta ad determinare i modelli di infrastrutture da utilizzare in una futura area unica dei pagamenti in Euro. A ciò ha fatto seguito, nel 2002, una comunicazione di consultazione della Commissione⁷⁵¹, con la quale essa ha esposto le proprie considerazioni in merito alla necessità, per un mercato finanziario integrato, di migliorare le procedure proprie dei sistemi di compensazione e regolamento, al fine di permettere un'effettiva e più ampia partecipazione degli operatori di mercato. Con tale documento la Commissione ha individuato due obiettivi: rimuovere ogni tipo di barriera che attualmente impedisce o rende più gravosa la realizzazione delle transazioni individuali transfrontaliere e rimuovere ogni tipo di distorsione concorrenziale che impedisce alle forze di mercato la creazione di una più efficiente infrastruttura per le attività transfrontaliere. Con una successiva comunicazione⁷⁵², sempre di natura consultiva, la Commissione ha reso noto il proprio piano d'azione volto al raggiungimento di un ambiente sano, integrato ed efficiente per lo svolgimento delle attività di *clearing and settlement*.

Successivamente alla decisione *Clearstream* sono stati adottati un *Draft working document on post trading*⁷⁵³ e il Codice di condotta per la compensazione e il regolamento⁷⁵⁴.

⁷⁴⁹ Cfr. Il *First report of the Giovannini Group on Cross Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union*, del novembre 2001 e il *Second report of the Giovannini Group on Clearing and Settlement Arrangements in the European Union*, dell'aprile 2003, entrambi reperibili all'indirizzo http://ec.europa.eu/economy_finance/giovannini/clearing_settlement_en.htm.

⁷⁵⁰ Gli ostacoli individuati dai *Giovannini Reports* riguardano tre settori: le differenze tra standard tecnici e prassi nazionali; le svariate leggi e procedure fiscali; i problemi relativi alla certezza del diritto.

⁷⁵¹ COM(2002) 257 def., *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo- Compensazione e regolamento nell'Unione europea - Principali questioni politiche e sfide future*.

⁷⁵² COM(2004) 312 def., *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo- Compensazione e regolamento nell'Unione europea - Prospettive future*.

⁷⁵³ Del 23.5.2006, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/draft/draft_en.pdf.

Giova ricordare che tutta l'attività della Commissione a cui si è appena accennato e compresa la decisione sul caso che andremo ad analizzare si caratterizza per l'essere strettamente funzionale e strumentale alla realizzazione del progetto SEPA e, quindi, alla maggiore integrazione dei mercati dei pagamenti (sia all'ingrosso che al dettaglio) quale prerequisito necessario dell'effettiva integrazione dei mercati finanziari.

Nel giugno 2004 la Commissione ha emesso una decisione⁷⁵⁵ con la quale ha constatato che *Clearstream Banking* (incorporata in Germania) e la casa madre *Clearstream International SA* (costituita sotto la legge del Lussemburgo) hanno abusato della loro posizione dominante nel mercato dei servizi transfrontalieri di compensazione e regolamento delle azioni registrate ai sensi dell'art. 82, lett. b) e c) del Trattato di Roma: per la Commissione esse hanno limitato "la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori" (art. 82, lett. b) per effetto del rifiuto di fornire servizi di compensazione e regolamento primari nei confronti della società *Euroclear Bank (refusal to supply)*⁷⁵⁶ ed hanno, mediante una politica di prezzi discriminatori, applicato "nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza" (art. 82, lett. c).

La Commissione ha ritenuto, in primo luogo, che *Clearstream* godesse di una posizione dominante nel mercato dei servizi transfrontalieri di compensazione e regolamento e che anzi, in Germania, *Clearstream Banking AG* occupasse una posizione di monopolio di fatto.

In caso una società detenga il monopolio su un mercato non è applicabile il principio della libera scelta dei contraenti, bensì è normalmente loro imposto un generale obbligo di contrarre, in ragione della speciale responsabilità propria delle imprese che occupano una posizione dominante sul mercato.

Nella caso in esame *Clearstream* ha sostanzialmente negato a *Euroclear Bank*, già sua cliente, l'accesso diretto a CASCADE RS, la società d'intermediazione che permette il collegamento

⁷⁵⁴ *European Code of Conduct for clearing and settlement*, del 7.11.2006, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf.

⁷⁵⁵ La procedura iniziata nei confronti di *Clearstream* ha tratto origine dall'indagine della Commissione iniziata nel 2001 e volta a verificare le condizioni concorrenziali del settore dei sistemi di regolamento e compensazione.

⁷⁵⁶ Per un commento della decisione in questione relativamente al rifiuto di fornire servizi cfr. HENRY, *Clarifying and Setting Access to Clearing and Settlement in the EU*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 999-1020, p. 1008 ss.

fisico tra *Clearing Banking AG* e gli intermediari del mercato, consentendo a questi ultimi di beneficiare dei servizi di compensazione e regolamento per i titoli e le azioni registrate forniti dalla prima. In particolare, *Clearstream Banking AG* ha ritardato di ben due anni la fornitura dei servizi richiesti da *Euroclear Bank*, a fronte dell'usuale ritardo quantificabile in non più di quattro mesi. Tale atteggiamento è stato classificato dalla Commissione quale rifiuto di fornire (*refusal to supply*) servizi primari di compensazione e regolamento per azioni registrate a *Euroclear Bank*, e quindi abuso di posizione dominante. A tale conclusione la Commissione è giunta sulla base di tre considerazioni: in primo luogo, essendo *Clearstream Banking AG* l'unica società di custodia finale dei titoli ed essendo altamente irrealistico che in un futuro prossimo potessero costituirsi nuove società fornitrici del medesimo servizio, si è preso atto del fatto che la stessa fosse l'unico ed inevitabile partner commerciale di chi necessitasse di tale servizio; in secondo luogo, la Commissione ha rilevato l'impossibilità per *Euroclear Bank* di duplicare i servizi che le richiedeva; infine, tenuto conto anche del fatto che *Euroclear Bank* già dal 1989 era cliente di *Clearstream*, la Commissione ha ritenuto che il comportamento di quest'ultima, ledesse le legittime aspettative della prima e compromettesse, inoltre, la sua capacità di fornire ai propri clienti i servizi (secondari) di *clearing and settlement* sul mercato comune. La fornitura di servizi di compensazione e regolamento da parte di *Clearstream* è infatti fondamentale prerequisito per la successiva prestazione dei medesimi servizi ad opera di *Euroclear* nei confronti della propria clientela⁷⁵⁷.

La seconda infrazione contestata a *Clearstream* riguarda la pratica della discriminazione sui prezzi. Dal 1997 al 2002, infatti *Clearstream* ha imposto alle transazioni effettuate su ordine di *Euroclear* commissioni più alte rispetto a quelle imposte a tutti gli altri intermediari con sede fuori dalla Germania. Dopo una attenta analisi dei servizi e dei costi al fine di stabilire se la differenza fosse in un qualche modo giustificata, la Commissione ha ritenuto che non lo fosse.

⁷⁵⁷ “The special characteristic of the clearing and settlement business make it indispensable for certain providers of secondary clearing and settlement, such as Euroclear to have direct supply of the primary clearing and settlement services provided by the issuer- CSD (such as Clearstream Banking), in order to be able to compete efficiently in the supply of innovative cross-border trade in securities”. Decisione *Clearstream*, par. 300.

L'importanza di tale decisione ai fini della regolamentazione del settore della compensazione e regolamento e degli stessi mercati finanziari è stata sottolineata dalla Commissione stessa che, a fronte della cessazione, già a partire dal 2002, di qualsiasi violazione dell'art. 82 da parte di *Clearstream*, ha comunque ritenuto necessario ed indispensabile pervenire ad una decisione formale al fine di fare chiarezza in un settore di vitale importanza come quello della compensazione e regolamento, per indicare ai vari intermediari del mercato quale sia la via da seguire. Infatti, "it is important for the proper functioning of a single European capital market that anti-competitive practices committed by market players in the area of cross-border clearing and settlement area are eliminated. As affirmed by the first Giovannini Report: «It is perhaps no exaggeration to conclude... that inefficiencies in clearing and settlement represent the most primitive and thus most important barrier to integrated financial markets in Europe. The removal of this inefficiencies is a necessary condition for the development of a large and efficient financial infrastructure in Europe»⁷⁵⁸.

Dall'indagine, ma anche dalla presente decisione, come detto, si desume chiaramente la volontà della Commissione di perseguire con vigore il nuovo obiettivo diretto ad aprire alla concorrenza anche il mercato delle infrastrutture di pagamento.

L'applicazione delle norme della concorrenza è, dunque, lo strumento con il quale la Commissione intende perseguire questo obiettivo. Tuttavia si deve considerare che lo scenario comunitario verrà stravolto, e molti dei problemi qui illustrati saranno risolti, con l'attuazione del progetto SEPA, che vedrà l'instaurazione di sistemi di compensazione e regolamento comunitari, basati su strutture, regole e standard comuni di funzionamento⁷⁵⁹, su norme di trasparenza e su criteri uniformi non discriminatori di accesso, che andranno ad integrare le disposizioni della proposta di direttiva per i servizi di pagamento.

⁷⁵⁸ Decisione *Clearstream*, par. 342.

⁷⁵⁹ I sistemi di *clearing and settlement* comunitari dovranno uniformarsi alle regole elaborate dall'European Payment Council e contenute: nel *PEACH/CSM Framework*, (PEACH sta per *Pan European Automated Clearing House*), che definisce le caratteristiche che le infrastrutture SEPA dovranno avere; nel *SCT Rulebook* (SEPA *Credit Transfer Scheme*) e nel *SDD Rulebook* (SEPA *Direct Debit Scheme*), che elencano un insieme di norme e di standard per realizzare l'interoperabilità a livello interbancario per i bonifici ed incassi, definendo i requisiti funzionali e la base per i dati logici; con le *Implementation Guidelines* che definiscono la rappresentazione fisica dei dati logici identificati nei *Rulebooks* a livello di standard per il SEPA; con gli standard UNIFI (ISO 20022) XML.

7. I riscontri dell'indagine di settore sulla concorrenza nel mercato dei conti correnti e dei servizi correlati.

Come già detto, la maggior parte delle decisioni e delle sentenze emesse ai sensi degli art. 81 e 82 TCE in materia bancaria riguardano principalmente i servizi di pagamento. Tuttavia la Commissione ha mostrato recentemente una crescente attenzione per le intese e gli abusi di posizione dominante poste in essere nel mercato dei conti correnti e dei servizi ad esso correlati, che sono quelli che vedono una più intensa interrelazione tra banche e clienti. La stragrande maggioranza della popolazione comunitaria dispone di almeno un conto corrente, quale contratto base del rapporto con l'ente creditizio, grazie al quale i clienti possono accedere anche ai servizi (e contratti) accessori.

Il settore *retail* produce circa il 2% di tutto il PIL della Comunità europea. La produttività è così ripartita: il 30% dei ricavi deriva dalla concessione di mutui ed ipoteche: il 25% è generato dai contratti di conti correnti; i conti di risparmio e i prestiti al consumo producono una percentuale di ricavo che varia tra il 17%, e il 18%; infine le carte di credito generano il 7% dei ricavi⁷⁶⁰. Da tali dati si può facilmente desumere quale sia l'importanza del mercato dei conti correnti e dei servizi accessori per l'economia bancaria.

Intenzione della Commissione è rendere competitivi anche tali mercati. Di nuovo, l'azione comunitaria volta al raggiungimento di tale risultato è duplice, da un lato tramite l'applicazione delle norme della concorrenza (a cui è strumentale l'indagine di settore in analisi) e dall'altro con la pubblicazione di *Reports* propedeutici alla futura adozione di nuove direttive. Di recentissima pubblicazione sono il Libro bianco sull'integrazione dei mercati di mutui ipotecari⁷⁶¹ e la relazione della DG Mercato Interno relativa alla questione della c.d. *customer mobility (infra)*.

Nei prossimi paragrafi saranno analizzati i rilievi della Commissione pubblicati nella Relazione successiva alla indagine di settore del 2007 e relativi ai mercati dei conti correnti. In particolare saranno presi in considerazione gli ostacoli concorrenziali derivanti dalle pratiche di fissazione dei prezzi, delle regole di accesso ai sistemi di scambio di informazioni

⁷⁶⁰ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, cit., p. 21. Maggiori dettagli sono forniti dall'*Interim Report II, Current Account and Related Services*, del 17.7.2006, Capitolo IV, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_2.pdf.

⁷⁶¹ COM(2007) 807 def., del 18.12.2007.

tra istituti finanziari relativi alla solvibilità tra clienti, quelli derivanti dalla cooperazione tra banche e quelli conseguenti alla scarsissima mobilità dei consumatori.

7.1 (Segue...) La pratica di fissazione dei prezzi e il *product tying*.

L'indagine si è soffermata ad analizzare le pratiche commerciali di fissazione dei prezzi dei servizi bancari ed in particolare dei conti correnti. Da tale studio risulta che le banche applicano, in modo diverso da Stato a Stato, commissioni per l'apertura dei conti, per la chiusura degli stessi, per la loro gestione, multe per il caso in cui il correntista sfiori la disponibilità del proprio credito, commissioni per il ritiro di denaro dagli sportelli bancomat e per l'esecuzione di bonifici bancari, con la conseguenza che il costo, e quindi, il prezzo dei conti corrente varia considerevolmente da Paese a Paese.

Gli Stati in cui i consumatori sono tenuti a maggiori esborsi sono il Lussemburgo e l'Italia. A riguardo si deve sottolineare, che a seguito della pubblicazione dell'*Interim Report I* l'Autorità garante della Concorrenza italiana è intervenuta con una nota del 5 febbraio 2007⁷⁶² a conclusione di un'indagine conoscitiva iniziata l'anno precedente (a seguito di quella iniziata dalla Commissione). Con tale documento l'ACGM ha preso atto della situazione del mercato bancario italiano, rilevando che il costo medio per conto corrente è pari ad € 182 annui contro una media europea molto più bassa (€ 65 in Belgio, € 68 in Gran Bretagna, meno di € 99 in Francia), che sono diffuse le pratiche di fidelizzazione forzosa, quali costi di uscita elevati per vari servizi bancari e ulteriori vincoli, che il mercato bancario italiano manca di trasparenza ed è quindi foriero di confusione per i consumatori, che le pratiche bancarie sono volte a rendere difficile (e costoso) il passaggio da una banca all'altra. La decisione italiana ha suscitato fermento, quando adottata, ma ad ora ancora si aspetta una decisione vera e propria nei confronti delle nostre banche.

L'indagine della Commissione, analizzando le pratiche di fissazione dei prezzi, si è soffermata sulla diversa prassi, conosciuta come *product tying*, che consiste nel vendere due o più prodotti in un determinato "pacchetto", quando almeno uno di essi non possa essere

⁷⁶² Autorità Garante Concorrenza e Mercato, *Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari*, IC32, del 5.2.2007, reperibile all'indirizzo <http://www.agcm.it>.

dal cliente acquistato separatamente⁷⁶³. Tali situazioni sono in grado di integrare una violazione dell'art. 82 TCE, il quale tra le ipotesi di abuso di posizione dominante vietate elenca alla lett. d) quelle che consistono “nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”.

Il *product tying*, quindi, può configurare una ipotesi di abuso ai sensi dell'art. 82 TCE, in quanto permette ad un'impresa in posizione dominante di impedire la libera concorrenza in un altro mercato, rafforzando la propria posizione e creando barriere all'ingresso del medesimo⁷⁶⁴.

L'indagine ha rivelato i dati di tale pratica, mettendo alla luce l'ampia diffusione della stessa. Un'ampia percentuale di banche comunitarie condiziona la prestazione di determinati servizi all'apertura di un conto corrente presso di loro: il 39% lo subordina alla vendita di mutui, il 35% alla concessione di prestiti al consumo, il 63% alla concessione di crediti alle piccole e medie imprese. Il 6% lega l'apertura di un mutuo alla stipula di una assicurazione sulla vita.

Il *product tying* costituisce un'efficace strategia grazie alla quale le banche riescono ad accrescere il volume dei propri affari senza dover necessariamente trovare nuovi clienti. Tuttavia, in generale le pratiche di *tying* sono potenzialmente lesive della concorrenza in virtù di svariati motivi. In primo luogo, in tal modo è ridotta la facoltà di scelta dei consumatori che sono costretti non solo ad acquistare insieme al servizio effettivamente voluto anche prodotti non necessari, ma anche ad acquistarli dalla medesima banca, senza possibilità di valutare quale ente creditizio possa offrire condizioni migliori per questo o quel prodotto, con la diretta conseguenza di incrementare i costi della risoluzione del rapporto bancario e di diminuire la mobilità della clientela. In secondo luogo, la vendita obbligatoriamente congiunta di servizi costituisce un ostacolo all'ingresso nel mercato di

⁷⁶³ Tale prassi si distingue da quella del *bundling*, in base alla quale diversi prodotti sono venduti in un medesimo pacchetto, ma ognuno di essi è reperibile singolarmente sul mercato. In merito cfr. ALBORS-LLORENS, *Ec Competition Law*, cit., p. 45; EILMANSBERGER, *How to Distinguish Good from Bad Competition*, cit., p. 153 s.

⁷⁶⁴ JONES, SUFRIN, *Ec Competition Law*, cit., p. 452.

nuovi operatori, soprattutto se specializzati nella fornitura di determinati prodotti. Infine, tale pratica riduce la trasparenza dei prezzi e la comparabilità degli stessi.

In sostanza, una volta identificato il mercato rilevante, geografico⁷⁶⁵ e del prodotto⁷⁶⁶, e in presenza di determinati criteri, la pratica appena descritta è suscettibile di integrare un abuso di posizione dominante o un abuso di posizione dominante collettiva ex art. 82 TCE.

Perché una pratica di *tying* rientri in tale fattispecie è necessario che la banca si trovi in una posizione dominante, che i due prodotti congiuntamente venduti siano in realtà tra loro autonomi e distinti, che tale pratica impedisca o restringa la concorrenza e che non sia in alcun modo giustificata⁷⁶⁷. Chiaramente tale analisi deve essere fatta caso per caso⁷⁶⁸.

La pratica di legare più prodotti per venderli congiuntamente è suscettibile di creare distorsioni della concorrenza e sarà oggetto della attenzione della Commissione e delle autorità nazionali antitrust. Tali prassi sono state oggetto di analisi anche da parte del *Expert Group on Customer Mobility in relation to Bank Account*, (*infra*) che come vedremo ha espresso due discordi raccomandazioni: gli esperti nominati dai consumatori chiedono alla Commissione che intervenga vietando tali pratiche commerciali, quelli nominati dalle banche sostengono, invece, l'utilità delle stesse e la necessità di lasciare la questione al mercato. Sarà, quindi, interessante vedere quale indirizzo la Commissione sceglierà di seguire.

8. Le infrastrutture del mercato dei conti correnti: i sistemi di scambio di informazioni tra istituti finanziari sulla solvibilità dei clienti

In ogni Stato membro operano sistemi, che a fronte della raccolta di dati in appositi registri, si propongono l'obiettivo di fornire servizi di informazione sulla solvibilità e il credito per

⁷⁶⁵ La Commissione ritiene che mercato geografico rilevante possa essere non solo quello nazionale, ma anche quello regionale e locale, data la tendenza generale dei consumatori di usufruire dei servizi di banche locali e situate nella vicinanza degli stessi.

⁷⁶⁶ La Commissione ritiene possano individuarsi cinque distinti mercati del prodotto relativi ai conti correnti personali, ai conti correnti delle piccole e medie imprese, ai mutui ipotecari, ai prestiti personali e ai prestiti alle imprese.

⁷⁶⁷ Possibili giustificazioni possono derivare dalla riduzione dei rischi di credito, dalla creazione di economie di scala e dalla presenza di difficoltà tecniche nell'ipotesi di vendita separata dei prodotti.

⁷⁶⁸ In seguito all'emissione dell'*Interim Report II*, cit., alcune autorità nazionali sono intervenute. Per una breve ricognizione degli interventi delle autorità inglese, ungherese e irlandese, cfr. SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, cit., p. 56 ss.

mezzo del trattamento automatico di dati relativi ai rischi assunti dagli istituti che operano nel settore delle attività di prestito e di credito⁷⁶⁹. Tali banche dati sono importanti elementi dell'infrastruttura del mercato dei servizi bancari al dettaglio, poiché grazie ad essi gli enti creditizi ottengono notizie sul potenziale cliente, pure in assenza della collaborazione di quest'ultimo, consentendo agli istituti finanziari di scegliere i propri clienti e di regolarsi di conseguenza per la fissazione dei prezzi.

Questi sistemi presentano svariati vantaggi economici: migliorano la conoscenza della banca rispetto i clienti; agiscono da deterrente rispetto ai clienti che tendono a sopra-indebitarsi; permettono di scegliere i clienti, evitando quelli insolventi e riducono quindi il rischio della c.d. *adverse selection*, ossia la fissazione generalizzata di alti tassi di interesse al fine di distribuire il rischio che deriva dall'impossibilità di distinguere il buono dal cattivo cliente; infine gli studi empirici hanno rilevato che l'esistenza di registri di tal fatta sia connessa ad una maggiore mobilità dei clienti. Grazie allo scambio di informazioni la banca alloca meglio i propri rischi di gestione⁷⁷⁰. Essi costituiscono, quindi, importantissime condizioni per quelle banche che intendano fornire servizi di prestito alla clientela, concessione di mutui, ipoteche e carte di credito.

Tali positivi effetti sono, peraltro rafforzati dalla presenza di concorrenza tra banche⁷⁷¹ e proprio in merito a questo aspetto si è concentrata l'attenzione comunitaria al fine di verificare se oltre all'apportare vantaggi economici per il sistema bancario, i sistemi di condivisione delle informazioni sul credito siano anche compatibili con il mercato comune e con le disposizioni dell'art. 81 e 82 TCE.

Per prima è intervenuta in materia la Corte europea di Giustizia, la quale ha avuto modo di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con il mercato comune dell'istituzione di un registro delle informazioni sul credito in Spagna⁷⁷². La controversia era insorta tra *Asnef-Equifax*, in seguito alla sua domanda di autorizzazione alla gestione di un registro per lo scambio di informazioni tra istituti finanziari, e *Ausbanc*, che aveva successivamente impugnato il provvedimento autorizzativo, asserendo che tale registro fosse limitativo della

⁷⁶⁹ Tale funzione è svolta in Italia dalla Centrale dei Rischi.

⁷⁷⁰ Cfr. JAPPELLI, PAGANO, *Role and Effects of the Credit information sharing*, Salerno, 2005, Working Paper n. 136, reperibile all'indirizzo <http://www.csef.it/WP/wp136.pdf>, p. 9.

⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁷² Corte di Giustizia, sent. 23.11.2006, C-238/05, *Asnef Equifax c. Ausbank*, in *Racc.* 2006, p. 11125 ss.

concorrenza, poichè, presupponendo uno scambio di informazioni normalmente riservate, eliminava i fattori di rischio propri di ogni decisione commerciale e facilitava una reazione omogenea degli istituti finanziari a chi chiedesse credito. La Corte è stata investita, con ricorso del Tribunal Supremo spagnolo, di due questioni pregiudiziali: se si debba ritenere che “l’interpretazione dell’art. 81, n. 1, TCE consenta di considerare compatibili con il mercato comune gli accordi di scambio tra istituti finanziari di informazioni riguardanti la situazione di solvibilità e morosità dei propri clienti, giacché tali accordi influenzano le politiche economiche dell’Unione e il mercato comune del credito e hanno l’effetto di limitare la concorrenza nel settore degli istituti finanziari e creditizi”; e se l’interpretazione dell’art. 81, n. 3, TCE “consenta ad uno Stato membro, mediante gli organismi per la concorrenza, di autorizzare accordi di scambio di informazioni tra istituti finanziari attraverso la costituzione di un registro di informazioni sui crediti riguardanti i propri clienti, giacché la sua creazione produce effetti favorevoli per i consumatori e gli utenti di tali servizi finanziari” (par. 11).

La Corte, analizzando le due questioni congiuntamente non ha escluso la compatibilità delle banche dati a patto che esse si inseriscano in mercati non fortemente concentrati, che tali sistemi permettano l’anonimato dei creditori e che le condizioni di accesso e di utilizzo per gli istituti finanziari non siano discriminatorie, né giuridicamente né di fatto. Inoltre, la Corte ha precisato che laddove il registro in questione restringa la concorrenza ai sensi dell’art. 81, n. 1, CE, l’esenzione ex art. 81, n. 3 è subordinata alle quattro condizioni cumulative indicate in tale ultima disposizione, la cui verifica spetta al giudice nazionale. È stato, infine precisato che perché sia soddisfatta la condizione relativa alla riserva a favore degli utilizzatori di una congrua parte dell’utile non è necessario che ciascun consumatore sia individualmente avvantaggiato da un accordo, da una decisione o da una pratica concordata, bensì che sia favorevole l’impatto complessivo sui consumatori nei mercati in questione⁷⁷³.

Successivamente, anche l’indagine di settore, previa un’analisi della struttura e delle caratteristiche tipiche dei sistemi informativi nei vari Paesi, si è soffermata sulla

⁷⁷³ Ibidem, par. 72.

compatibilità degli stessi con le norme a tutela della concorrenza, in particolare andando a verificare se i registri esistenti soddisfino le condizioni poste dalla sentenza appena citata.

I rilievi della Commissione non sono stati positivi, non tanto relativamente alla funzione delle banche dati, che risulta essere essenziale per le banche, soprattutto nell'epoca moderna, ma quanto alla struttura e organizzazione degli stessi. L'indagine ha preso atto che molti dei sistemi attualmente esistenti pongono, mediante regole discriminatorie di accesso al sistema e di ammissione allo scambio dei dati ai dati, delle barriere alla concorrenza. Altri ostacoli deriverebbero, inoltre, dalla diversità delle norme nazionali che regolano, per esempio, l'esercizio delle funzioni, gli standard di sicurezza e di il trattamento dei dati positivi e negativi, la tutela della segretezza degli stessi.

Regole di accesso, utilizzate dai registri europei, considerate discriminatorie e, quindi, potenzialmente lesive della concorrenza comunitaria sono quelle che ammettono solo banche ad esclusione di altri enti finanziari, quelle che richiedono la presenza fisica del richiedente, nonché quelle che impongono commissioni d'accesso o per singola transazione troppo alte, o, ancora, quelle che discriminano in base al volume delle transazioni effettuate. Secondo elemento di preoccupazione della Commissione riguarda la prassi della condivisione solo parziale dei dati raccolti: spesso, infatti, le banche decidono di mettere in comune, solo i dati negativi (relativi cioè ai casi di insolvenza o fallimento degli utenti), mentre in rari casi sono raccolti anche quelli positivi (gli altri dati relativi rapporto di credito).

Ulteriore fattore di divisione e incertezza consiste nell'utilizzo di regole e standard di comunicazione e condivisione dei dati che variano da Stato a Stato.

Inoltre, è diffusa la prassi di discriminare le banche in relazione alla possibilità di consultare i dati del registro. Tale rischio è tipico dei sistemi di raccolta di proprietà privata (e non anche in quelli pubblici, dove la consultazione è regolata in maniera paritaria) dove, spesso, solo le banche proprietarie del sistema possono accedere alle informazioni sia positive che negative, mentre le banche clienti si devono accontentare di una informazione parziale.

Ben si capisce come tali regole siano foriere di distorsioni concorrenziali, sia perché in taluni sistemi alcuni enti godono di maggiori informazioni rispetto ad altri, sia perché spesso e volentieri il bagaglio di dati raccolti dai registri sono incompleti, relativi nella maggior parte dei casi alle sole informazioni negative.

L'assenza di banche dati, o la parziale condivisione delle informazioni, o ancora regole di accesso discriminatorie determinano una situazione di sostanziale asimmetria informativa tra gli operatori presenti sul mercato. Leggi nazionali diverse creano ostacolo alla concorrenza: una regolamentazione comune che introducesse l'obbligo di istituire almeno una banca dati in ciascun Paese, prevedendo le regole di accesso, di raccolta delle informazioni e di condivisione delle stesse consentirebbe una maggiore concorrenza e, come rilevato anche dal *Customer Mobility Report (infra)*, riducendo la asimmetria informativa tra banche di Stati diversi, consentirebbe una maggiore mobilità dei consumatori ed una maggiore facilità nell'aprire conti correnti all'estero.

Un primo tentativo di regolamentazione è fornito dalla proposta modificata di direttiva sul credito al consumo⁷⁷⁴, il cui articolo 8 prevede che “ nel caso dei crediti transfrontalieri ogni Stato membro garantisce l'accesso dei creditori degli altri Stati membri, a condizioni non discriminatorie, alle banche dati situate nel proprio territorio”. Essa, tuttavia, si limita a mera enunciazione di principio e risulta decisamente meno “progressista” della disposizione contenuta nella proposta di direttiva originale⁷⁷⁵ la quale, si preoccupava di stabilire precise regole in materia di accesso, trasparenza, funzionamento e trattamento dei dati prescrivendo che “fatta salva l'attuazione della direttiva 95/46/CE, gli Stati membri assicurano l'esercizio, sul proprio territorio, di una banca dati centralizzata avente per finalità la registrazione dei consumatori e dei fideiussori dello Stato membro che hanno avuto problemi nel rimborso di un debito. Tale banca dati può assumere la forma di una rete di banche dati. I creditori devono consultare la banca dati centralizzata prima di ogni assunzione d'impegno da parte del consumatore o del fideiussore, nei limiti di cui all'articolo 9. Il consumatore e, se del caso, il fideiussore sono informati, su loro richiesta, senza ritardo e a titolo gratuito, del risultato di ogni consultazione. 2. L'accesso alla banca dati centralizzata di un altro Stato membro deve essere garantito alle stesse condizioni previste per le imprese e le persone di tale Stato membro, sia direttamente, che attraverso la banca dati centralizzata dello Stato membro d'origine. 3. I dati personali ricevuti a titolo del paragrafo 1 possono essere trattati unicamente al fine di valutare la situazione finanziaria del consumatore e del fideiussore nonché la loro solvibilità. La distruzione di tali dati avrà luogo immediatamente dopo la

⁷⁷⁴ COM (2005) 483 def., del 7.10.2005.

⁷⁷⁵ COM (2002) 443 def., del 11.9.2002.

conclusione del contratto di credito o di fideiussione oppure dopo il rifiuto da parte del creditore della richiesta di credito o della fideiussione proposta. 4. La banca dati centralizzata di cui al paragrafo 1 può comprendere la registrazione dei contratti di credito e di fideiussione”.

Questa disposizione, a parere di chi scrive, è meglio finalizzata al raggiungimento degli obiettivi comunitari della integrazione del mercato finanziario e di una sua maggiore concorrenzialità, rispetto a quella attualmente proposta e andrebbe, forse, recuperata.

Auspicabile, quindi, un intervento normativo pure in tale settore.

9. La cooperazione tra banche.

L'indagine della Commissione si è soffermata ad analizzare il comportamento delle banche, le quali tendono a cooperare al fine di stabilire strategie di marketing e standard comuni, per la gestione delle infrastrutture dei mercati dei pagamenti o per lo scambio di informazioni tramite la creazione di banche dati (*supra*). Per ragioni storiche e strutturali la cooperazione è più accentuata con riguardo alle banche cooperative e alle banche di risparmio. Tali rapporti possono tradursi in benefici economici sia per gli enti creditizi sia per i clienti, soprattutto quando si tratta di piccole banche che sole non posseggono quote rilevanti di mercato. Tuttavia, la Commissione ha rilevato che laddove, invece, l'azione congiunta delle stesse porti all'acquisto di una posizione di mercato rilevante (anche se non ancora dominante), l'effetto della cooperazione potrebbe risultare in accordi di suddivisione del mercato o di fissazione di prezzi comuni e, quindi, in una diminuzione della concorrenza. A tal fine la Commissione ha sottolineato la necessità di procedere alla futura valutazione di numerosi aspetti della cooperazione bancaria e in particolare: la struttura delle società bancarie e le aree di cooperazione tra le medesime; l'identificazione degli specifici comportamenti cooperativi che si traducono in una restrizione della concorrenza; i benefici economici che da tale cooperazione derivano agli utenti consumatori; le norme e le regole nazionali che consentendo a tale cooperazione di tradursi in violazioni delle norme del Trattato poste a tutela del mercato unico⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ SEC(2007) 106, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, cit., p. 48.

10. Il problema della *customer mobility*.

Le pratiche di *tying* e *bundling* costituiscono un ostacolo alla c.d. *customer mobility*, poiché, aumentando i costi dei servizi bancari, rendono difficile il passaggio da un istituto bancario all'altro. Ultimo aspetto preso in considerazione dalla indagine di settore è proprio questo: la Commissione ritiene, infatti, che la mobilità dei consumatori costituisca “an important contributor to competitive retail banking market”⁷⁷⁷ e debba essere di conseguenza promossa e tutelata. Infatti, “in markets where customers can change provider freely and a high proportion do so regularly, there is pressure on existing and potential providers to continually improve their performance. Obstacles that reduce customers ability to switch provider correspondingly reduce the competitive pressure on firms to retain existing customers and limit the number of potential new customers. In the case of banking, where providers are aware that customers are unlikely to switch provider, banks may be able to extract rent over the long-term from their existing customers”⁷⁷⁸.

Lo studio della Commissione si è focalizzato su due aspetti problematici: i costi per il passaggio da una banca all'altra e le cause che attualmente ostacolano l'apertura di conti correnti all'estero. Tali risultati hanno costituito il punto di partenza in base al quale l'*Expert Group on Customer Mobility in relation to Bank Accounts*, costituito nel maggio del 2006, ha pubblicato la propria relazione⁷⁷⁹, volta ad identificare gli ostacoli che i consumatori incontrano, a livello sia nazionale che europeo, all'atto di chiudere il proprio conto corrente per aprirne un altro in diversa banca e a fornire alla Commissione un utile strumento per la formulazione di uno specifico indirizzo politico in materia.

⁷⁷⁷ Ibidem, p. 65.

⁷⁷⁸ Ibidem, p. 66.

⁷⁷⁹ Expert Group on Customer Mobility in relation to Bank Accounts, *Report*, del 5.6.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/baeg_report_en.pdf. Il gruppo era costituito da accademici ed esperti nominati rispettivamente dalle associazioni bancarie e dei consumatori ed ha emanato numerose raccomandazioni che la Commissione dovrà tenere in giusto conto al fine di orientare la propria azione futura. Tuttavia, le indicazioni espresse nel *Report* non sono tutte unanimi, ma rispecchiano la diversa sensibilità e i diversi interessi di banche e consumatori in merito alla centrale questione della mobilità dei consumatori e della concorrenza nel mercato dei conti correnti. Al gruppo non è stato chiesto di valutare l'impatto giuridico ed economico delle proposte da esso avanzate, compito affidato alla consultazione pubblica, lanciata subito dopo la pubblicazione della relazione e alla Commissione.

La scarsa mobilità dei consumatori deve riportarsi in primo luogo ai costi ad essa correlati (*switching costs*), che hanno origine, oltre che dalle già viste pratiche di *tying* e *bundling*, anche dalle lunghe ed oscure procedure amministrative finalizzate alla chiusura di un conto bancario, dalla asimmetria informativa tra banca e cliente e dalle commissioni che gli enti creditizi pongono quale condizione della chiusura di un conto.

Dai rilievi della Commissione ha preso il via il lavoro del gruppo di esperti, il quale, riunendo rappresentanti delle associazioni bancarie e dei consumatori non è stato in grado di fornire una lettura univoca del fenomeno della mobilità (o immobilità), dei consumatori, delle sue cause ed effetti. Esso ha espresso numerose raccomandazioni indirizzate alla Commissione, spesso non unanimi ed anzi talvolta divergenti a secondo che provenissero dagli esperti bancari o delle associazioni dei consumatori.

Il gruppo ha, in primo luogo, preso in considerazione la questione della trasparenza: gli esperti nominati dai consumatori ritengono che l'informazione su prodotti e prezzi non sia trasparente e non permetta ai consumatori di comparare i diversi prodotti, che esistono molti tipi di prezzi e commissioni sui servizi e che, in definitiva, la complessità dei prodotti, nonché la mancanza di conoscenze e professionalità in capo ai consumatori, porta questi ultimi a paragonare i vari servizi non sulla base dei prezzi e delle condizioni contrattuali, ma sulla base di criteri imperfetti quali la vicinanza della banca, la reputazione della stessa e così via. Al contrario gli esperti bancari ritengono che i consumatori non siano ignari, ma siano in aumento i clienti professionali o quanto meno consapevoli ed informati, sostengono che molte informazioni sono già loro fornite sulla base del regolamento 2560/2001⁷⁸⁰ e che altre dovranno esserne date non appena la proposta di direttiva sui servizi di pagamento entrerà in vigore.

In effetti gli artt. 30 31 e 33 della proposta in esame impongono una lunga serie di obblighi informativi, relativamente, però, ai soli servizi di pagamento. In base a tali norme gli Stati saranno tenuti ad esigere “in tempo utile prima che l'utente del servizio di pagamento sia vincolato da un contratto quadro o offerta , il prestatore di servizi di pagamento gli fornisca su supporto cartaceo o altro supporto durevole le informazioni e le condizioni di cui

⁷⁸⁰ Reg. 2560/2001, relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro, in GUCE L 344 del 28.12.2001, p. 13-16.

all'articolo 31⁷⁸¹. Esse sono redatte in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile, in una lingua ufficiale dello Stato membro nel quale viene prestato il servizio di pagamento o in qualsiasi altra lingua convenuta dalle parti”, mentre l'art. 33 stabilisce che “qualsiasi modifica del contratto quadro nonché delle informazioni e delle condizioni ai sensi dell'articolo 31, è proposta dal prestatore di servizi di pagamento secondo le modalità di cui all'articolo 30, paragrafo 1 con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista”.

Gli esperti nominati dalle associazioni dei consumatori, tuttavia, non considerano tali norme sufficienti, ma le ritengono bisognose di essere integrate da nuove regole che impongano una maggiore trasparenza e comparabilità dei prezzi dei conti correnti.

In base alle risultanze dell'indagine la relazione riporta nove raccomandazioni indirizzate alla Commissione, di cui solo tre espresse all'unanimità, relative ad alcune modalità di informazione dei consumatori⁷⁸². Parzialmente concorde è la proposta di fornire ai consumatori sul sito della filiale o della banca una lista con tutti i prezzi dei prodotti. Tuttavia, le banche propongono che tale elenco venga fornito su richiesta, mentre i consumatori raccomandano che sia resa disponibile a tutti e gratuitamente a prescindere da qualsiasi iniziativa del consumatori. Inoltre, questi ultimi, insieme a qualche professore membro del gruppo raccomandano “*regulatory measures*”, mentre le banche chiedono che nessuna regolamentazione comunitaria venga adottata. Queste propongono che sulla base di uno studio a livello comunitario si rediga un elenco delle regolamentazioni già esistenti sul territorio comunitario in materia di trasparenza. I consumatori chiedono, invece norme di attuazione della trasparenza anche successivamente alla conclusione del contratto,

⁷⁸¹ L'art. 31 elenca una lunga serie di informazioni che debbono essere fornite dall'istituto di pagamento che devono riguardare: il prestatore di servizi di pagamento, le modalità di utilizzazione del servizio di pagamento, le relative spese, tassi ed interessi di cambio, le informazioni relative ai mezzi e alle modalità di comunicazione delle informazioni, nonché le salvaguardie e misure correttive, le regole per il caso di modifiche e rescissione del contratto ed, infine, le regole relative alla soluzione di controversie.

⁷⁸² La prima è relativa alla necessità di commissionare uno studio su base comunitaria (la cui metodologia sia concordata tra associazioni bancarie e di consumatori) relativo al grado di gradimento, soddisfacimento, di conoscenza e conoscibilità dei consumatori rispetto ai vari aspetti relativi ai servizi di conto corrente resi dalla propria banca. Tale studio dovrebbe inoltre essere finalizzato ad individuare le differenze tra Stati membri circa i fattori che spingono i consumatori a scegliere una banca piuttosto che un'altra. In secondo luogo, il gruppo unanimemente raccomanda che gli Stati membri sviluppino dei programmi di educazione finanziaria per studenti, giovani, adulti, famiglie ed anziani. Infine, si chiede che venga istituito un sito web europeo, gestito dalla Commissione, e disponibile in tutte le lingue ufficiali, che fornisca informazioni ai consumatori, permettendo anche un confronto tra i servizi offerti dalle banche nazionali ed europee.

mediante notifica annuale ai consumatori della nota contenente tutte le spese sostenute per la gestione del conto e che gli stessi vengano avvisati delle modifiche dei prezzi almeno tre mesi prima della loro attuazione. Addirittura essi chiedono che venga adottata una direttiva che renda possibile la creazione di un registro dei prezzi consultabile dai consumatori, al fine di comparare i medesimi.

Il secondo aspetto preso in considerazione dal *Report* è relativo alle pratiche di *tying* e *bundling*. Anche in questo caso le opinioni di consumatori e banche contrastano, i primi raccomandando che tali prassi vengano vietate, mentre le seconde, pur riconoscendo l'importanza della trasparenza, chiedono che continuino ad essere consentite, lasciando che la questione venga gestita dalla concorrenza tra banche.

Le pratiche amministrative per la chiusura del conto corrente costituiscono spesso ostacolo alla mobilità dei consumatori, richiedendo, a causa della loro complessità, tempi molto lunghi. Altro elemento che frequentemente agisce da deterrente per i consumatori è data dalle difficoltà che derivano dalla modifica del numero di conto corrente conseguente al cambiamento della banca, per la necessità di doverlo comunicare al datore di lavoro, a tutti i creditori che si avvalgono del servizio di addebito diretto e così via. Raccomandazioni sono state adottate anche riguardo a tali questioni e anche in questo caso, mentre le banche chiedono che non si intervenga lasciando che siano le banche stesse ad autoregolarsi, i rappresentanti dei consumatori e qualche professore chiedono che vengano adottate a livello comunitario delle *switching guides*, e addirittura “that switching services are introduced through legislation by setting out minimum standards for switching services based on identification of existing EU best practices (e.g. Dutch or Irish model)”⁷⁸³ e che si introduca un sistema di portabilità del proprio numero di conto corrente.

Per ultimo il gruppo ha preso in considerazione, quale ostacolo alla mobilità dei consumatori i costi di chiusura dei conti correnti. Nonostante molti Stati membri abbiano disposto l'eliminazione di tali costi in seguito alla pubblicazione degli *Interim Reports* della Commissione, come è successo in Italia con i decreti Bersani del 2006⁷⁸⁴, e nonostante la

⁷⁸³ Expert Group on Customer Mobility in relation to Bank Accounts, *Report*, cit., p. 32.

⁷⁸⁴ Il “pacchetto Bersani” sulle liberalizzazioni, d.l. n. 223 del 4 luglio 2006, convertito con legge n. 248 del 4 agosto 2006, ha imposto l'obbligo per la banca di comunicare al cliente per iscritto le variazioni al contratto del conto corrente con possibilità per il correntista di recedere dal contratto senza costi ulteriori. Inoltre ha

proposta di direttiva sui servizi di pagamento si occupi espressamente di tali questioni⁷⁸⁵, i rappresentanti dei consumatori chiedono che le commissioni di chiusura dei conti correnti siano espressamente proibiti, mentre le banche ritengono che i costi di chiusura debbano solo essere adeguatamente pubblicizzati al momento della conclusione del contratto. I consumatori raccomandano, inoltre, che sia lasciata la possibilità ai medesimi di risolvere il contratto in ogni tempo, senza alcuna penalità, andando oltre quanto previsto dalla proposta di direttiva per i servizi di pagamento che esclude il versamento di una commissione di chiusura solo dopo almeno 12 mesi di vigenza del contratto.

Il secondo aspetto preso in considerazione sia dall'indagine di settore della Commissione, sia dal gruppo di esperti, riguarda la questione della apertura *cross-border* di conti corrente e degli ostacoli alla medesima, che il gruppo ha individuato nelle diversità della regolamentazione nazionale, nelle difficoltà a reperire informazioni relative a servizi di banche straniere, nelle pratiche commerciali delle banche e, di nuovo, nei costi correlati alla apertura e alla chiusura dei conti correnti.

Il primo fattore che impedisce lo sviluppo di un commercio transfrontaliero dei conti correnti è legato alla difficoltà per le banche, vincolate a strette norme in merito a riciclaggio del denaro sporco, di conoscere il proprio cliente, soprattutto se straniero e dagli impedimenti relativi alle diverse regole nazionali relative alla apertura di conti correnti. Per questi motivi, unanimemente il gruppo raccomanda che la Commissione analizzi l'impatto delle norme della direttiva sul riciclaggio di denaro sporco e della diversa regolamentazione nazionale in merito all'apertura dei conti.

Al fine di superare gli ostacoli derivanti dalla assenza di circolazione transfrontaliera di informazioni sui clienti a beneficio delle banche e di informazioni su queste ultime e i loro servizi a beneficio dei consumatori, il gruppo avanza numerose proposte. Si raccomanda

previsto che ogni banca che modificherà i propri tassi di interesse a seguito delle variazioni stabilite dalla Banca Centrale Europea dovrà adeguare contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori.

⁷⁸⁵ L'art. 34 della proposta di direttiva stabilisce: "1. La risoluzione di un contratto quadro concluso per una durata superiore ai 12 mesi o per una durata indefinita non comporta spese per l'utente dei servizi di pagamento dopo la scadenza di 12 mesi. In tutti gli altri casi le spese per la rescissione del contratto devono essere ragionevoli e in linea con i costi sostenuti. 1 bis. Se concordato nel contratto quadro, il prestatore di servizi di pagamento può risolvere un contratto quadro concluso per una durata indefinita dando un preavviso di almeno due mesi secondo le stesse modalità di cui all'articolo 30, paragrafo 1. 2. Le spese per i servizi di pagamento fatturate periodicamente sono dovute, dall'utente dei servizi di pagamento, solo in misura proporzionale per il periodo precedente la risoluzione del contratto. Se sono pagate anticipatamente, tali spese sono rimborsate in misura proporzionale".

che ogni banca abbia un sito web multilingua, che si consenta a tutte le banche comunitarie l'accesso alle banche dati esistenti per consentire lo scambio di informazioni tra istituti finanziari sulla solvibilità dei clienti, che venga proibita qualsiasi prassi amministrativa che determini una discriminazione tra residenti e non residenti.

Infine, la relazione del gruppo di esperti ha individuato un ostacolo alla apertura di conti correnti in altri Paesi membri nella scelta di talune banche di non concedere conti ad individui non residenti e non cittadini. A tal fine i rappresentanti dei consumatori raccomandano che venga iniziata un'indagine in merito alle ragioni di tale scelta, che si provveda a dare informazioni ai medesimi relativamente a quali banche in Europa aprano conti ai non cittadini e che venga sancito a livello comunitario il diritto di tutti ad essere titolare di un conto corrente.

L'analisi delle raccomandazioni del gruppo torna utile ai fini della nostra analisi, in quanto esprime in modo chiaro la contrapposizione tra regole e standard: i consumatori richiedono infatti, una maggiore regolamentazione del settore dei conti correnti, mentre le banche ritengono che molte questioni debbano essere lasciate alla libera concorrenza e alla autoregolamentazione, sostenendo, inoltre, che la proposta di direttiva per i servizi di pagamento, non appena entrata in vigore risolverà numerose questioni, facilitando ed incentivando una maggiore mobilità dei consumatori. Al contrario i rappresentanti di questi ultimi, pur accogliendo con favore la proposta di direttiva in questione, ritengono che non possa costituire altro che il primo passo verso l'adozione di ulteriori e necessarie "regole" che limitino e delimitino la discrezionalità delle banche comportando quindi una maggiore regolamentazione dei mercati bancari, non solo dei servizi di pagamento, ma anche dei conti correnti e servizi accessori. Interessante sarà quindi, in futuro, vedere quale indirizzo seguirà la Commissione.

11. Conclusioni.

Dall'analisi dei risultati dell'indagine della Commissione risulta chiaramente che il settore dei servizi bancari al dettaglio è ancora decisamente poco integrato e che molti rimangono gli ostacoli alla prestazione transfrontaliera di servizi bancari e alla libera concorrenza.

Il mercato bancario è un mercato regolamentato e l'applicazione delle regole della concorrenza in tale ambito è subordinato alla presenza di regole che perseguono specifici interessi generali, quali la stabilità del sistema finanziario e la tutela del risparmio. Nell'ottica propria dell'armonizzazione e dell'integrazione dei mercati finanziari si pone il problema di stabilire quali questioni debbano essere espressamente regolamentate e quali invece possano essere lasciate alle libere forze del mercato.

L'esigenza di tutela degli interessi generali e di disciplina del settore bancario è stata soddisfatta prima a livello nazionale con singole norme relative alla tutela della stabilità del sistema finanziario e della tutela del credito e poi mediante la normativa comunitaria che ha introdotto il passaporto unico, a partire dalla seconda direttiva bancaria fino alla direttiva 2006/48.

Tuttavia, tale normativa, sebbene abbia creato le basi per il mercato unico bancario, fissando i criteri prudenziali minimi e istituendo il passaporto comune, non è sufficiente rispetto all'obiettivo di integrare il mercato bancario e di renderlo concorrenziale. Ne è derivata la necessità di regolamentare anche ulteriori aspetti relativi al diritto contrattuale e alla tutela dei consumatori. Nemmeno questo, tuttavia, sembra essere sufficiente: nonostante molte delle misure previste dal PASF siano state adottate, rimangono ancora troppe le differenze legate alla struttura e alle regolamentazioni nazionali dei sistemi e delle infrastrutture di pagamento, alle prassi commerciali delle banche e troppe le loro misure di protezione nei confronti della concorrenza straniera. Le strutture del mercato rimangono ancora regolate a livello nazionale in maniera diversa, esistono lacune regolamentari dovute al veloce sviluppo tecnologico e l'assenza di regolamentazione comune favorisce la collusione tra imprese a livello sia nazionale che europeo.

In questo quadro la politica della concorrenza è chiamata a svolgere un ruolo essenziale. Essa non si sostanzia in un intervento diretto della Comunità, atto ad imporre agli Stati una data normativa, ma, piuttosto, agendo su due piani d'azione, compie un ruolo di livellamento ed uniformazione delle normative nazionali, supplendo all'assenza di legislazione armonizzata o completandola. In primo luogo, pone un limite al ruolo delle imprese, che mediante intese o abusando della propria posizione dominante, possono impedire la formazione e il funzionamento del mercato comune. In secondo luogo, e in senso lato, le norme in materia di concorrenza costituiscono un vincolo anche per gli Stati,

ponendo la base giuridica per la rimozione di quelle restrizioni alla libera concorrenza, e quindi di quegli ostacoli alla creazione del mercato comune, originanti da normative nazionali. Le norme antitrust si inseriscono nel quadro legislativo comunitario esistente, che è fondamentalmente *principle based* e che lascia ancora molta discrezionalità agli Stati, andando a porre rimedio a quelle distorsioni della concorrenza derivanti dalle collusioni tra imprese bancarie, facilitate dalla presenza di regole poco chiare e di zone grigie di legislazione, dalla mancanza di regole precise. La normativa comunitaria uniforma, solo taluni aspetti del mercato, ponendo la maggior parte delle volte degli standard comuni solamente minimi. Manca per esempio una regolamentazione delle commissioni multilaterali uniformi o una definizione precisa della regola di non discriminazione (*supra*). Assente una norma che vieti o stabilisca le condizioni di liceità del *product tying* o che regoli le prassi di *blending* e *co-branding*. Ancora larghe rimangono, quindi, le maglie del mercato, tanto da permettere molte intese, collusioni e distorsioni della concorrenza. La Commissione ha annunciato la propria volontà di intervenire in applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato per sanzionare le innumerevoli pratiche restrittive della concorrenza quali quelle di *tying* e *bundling*, le disposizioni discriminatorie, le regole d'accesso e le commissioni che costituiscono barriere all'ingresso ai mercati di pagamento e a quelli dei conti correnti e servizi accessori, nonché quelle che impediscono l'accesso alle banche dati sulla solvibilità dei clienti.

Chiaramente l'applicazione delle norme nazionali e comunitarie sulla concorrenza pone rimedio ai singoli casi concreti, ma certamente non possono essere ritenute sufficienti al fine della integrazione dei mercati bancari.

Un importante passo avanti sarà compiuto all'atto dell'adozione, e dell'attuazione, della direttiva sui servizi di pagamento, in quanto, nonostante non si possa classificare tra le direttive di armonizzazione piena, interviene con alcune precise regole atte ad eliminare talune distorsioni della concorrenza, come per esempio quelle che, all'art. 23, elencano e vietano taluni criteri di accesso ai sistemi di pagamento considerati discriminatori⁷⁸⁶. Inoltre,

⁷⁸⁶ In realtà l'art. 23 non risolve ogni questione sollevata dall'indagine di settore in merito all'accesso ai sistemi di pagamento. Non comprende, tra le norme vietate, quelle che richiedono commissioni di accesso o per transazione troppo elevate. Spetterà quindi, in via di attuazione, ad ogni Stato, o alle autorità garanti della concorrenza, valutare se una commissione rientri o meno tra le disposizioni discriminatorie vietate dalla direttiva.

come sappiamo, l'attuazione della direttiva sarà accompagnata da un corpus insieme di regole, infrastrutture, standard tecnici e di comunicazione comuni, elaborati in via di autoregolamentazione dall'industria bancaria e dei sistemi di pagamento, che andranno ad integrare le previsioni della direttiva e a restringere il campo d'azione e discrezione dei singoli Stati membri e dei singoli operatori del mercato. Un insieme di regole dettagliate ridurrà sensibilmente il campo d'azione e di estensione di possibili pratiche anticoncorrenziali e di cooperazione tra singole banche e sistemi di pagamento, impedendo, per altro, lo sfruttamento abusivo di posizioni dominanti da parte dei medesimi. Essi si vedranno, infatti, costretti da norme di legge ad eliminare le disposizioni che regolano l'accesso ai propri servizi in forme discriminatorie, conformandosi alle prescrizioni comunitarie e SEPA.

Utile sarebbe un intervento normativo che predisponga con maggiore dettaglio le regole d'accesso ai sistemi di condivisione delle informazioni sulla solvibilità dei clienti, la selezione delle informazioni da raccogliere (positive, negative o entrambe) e le modalità di condivisione delle medesime. Come sappiamo, un primo accenno di regolamentazione è contenuto nell'art. 8 della proposta di direttiva sul credito al consumo. Tuttavia, come rilevato esso si limita ad enunciare un principio (accesso indiscriminato su base di reciprocità) lasciando ancora alle autorità antitrust il compito di valutare caso per caso l'incompatibilità delle regole di accesso stabilite dai sistemi nazionali con il mercato unico o nazionale. Maggiore dettaglio favorirebbe un mercato più integrato e concorrenziale. La questione delle banche dati è oggetto di analisi nell'ambito della elaborazione di un progetto di direttiva per il credito ipotecario. Tuttavia, sarebbe auspicabile, l'emanazione di una direttiva completamente dedicata a tali sistemi in modo da regolamentarli in una dimensione orizzontale, con norme da applicare in tutti i settori del credito e della finanza, evitando, quindi che ogni singola direttiva (credito al consumo, credito ipotecario, e più avanti forse altre direttive) li disciplini in modo diverso⁷⁸⁷.

Numerosi sono gli ambiti in cui è atteso un intervento legislativo comunitario, in primo luogo nel settore dei crediti ipotecari, per il quale la Commissione ha pubblicato un Libro

⁷⁸⁷ Tale esigenza si evince dal *Summary of Written Contribution received on the Green Paper on Retail Financial Services*, del 18.9.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/financeservices-retail/docs/policy/gp_report-2007_09_18_en.pdf.

bianco. Altre possibili azioni volte a risolvere, mediante una regolamentazione dettagliata dei singoli problemi, sono state richieste dai rappresentanti dei consumatori nominati presso l'*Expert Group on Customer mobility*. Anche se talune delle richieste dei consumatori risultano forse eccessive e non sono condivise dai rappresentanti del settore creditizio, mettono in mostra, come d'altra parte fa anche l'indagine della Commissione, la necessità di intervenire con nuove ed ulteriori misure legislative nel settore dei servizi bancari al dettaglio.

Ulteriori e più dettagliate normative comunitarie favorirebbero senza ombra di dubbio la concorrenzialità di tali mercati e faciliterebbero l'applicazione delle norme antitrust da parte della Commissione e delle autorità nazionali, andando a restringere le maglie del mercato e a ridurre le concrete possibilità di collusione e di abuso. Chiaramente se e quanto regolamentare è questione decisamente sensibile, in quanto richiede di trovare un sano equilibrio tra tutela degli interessi generali (stabilità finanziaria e risparmio), il libero gioco delle forze di mercato e l'obiettivo di integrazione di quest'ultimo, tenuto conto della volontà della Commissione di legiferare meno e meglio.

In conclusione, si può sostenere che il sistema comunitario di regolamentazione del settore bancario, basato principalmente sull'emanazione di principi, *principle based*, non sia il miglior sistema volto a garantire un efficace gioco della concorrenza e nemmeno sia il metodo che consenta una più facile applicazione delle norme antitrust da parte delle autorità ad essa preposte. Una minore discrezionalità sia statale, sia degli intermediari presenti sul mercato comporterebbe, infatti, una maggiore certezza del diritto, uniformità ed omogeneizzazione a livello comunitario. Certamente un maggiore dettaglio delle normative comunitarie faciliterebbe il compito delle autorità antitrust, riducendo gli spazi grigi, territorio fertile di pratiche collusive e di sfruttamento delle posizioni dominanti.

CONCLUSIONI.

Nella creazione di un mercato unico dei servizi finanziari al dettaglio si sono registrati rilevanti progressi dal 1957 ad oggi. In primo luogo, è in vigore un quadro volto a garantire la solidità e l'integrità finanziaria dei fornitori europei di tali servizi sia nel settore bancario, che in quello assicurativo e mobiliare. Tali normative perseguono importanti finalità di interesse pubblico, quali la stabilità prudenziale, la concorrenza e un alto livello di tutela dei consumatori e degli investitori.

L'Euro, insieme agli effetti del Piano d'azione per i servizi finanziari, hanno stimolato la concorrenza nei mercati europei dei servizi finanziari, soprattutto quelli all'ingrosso, mentre il settore dei servizi finanziari al dettaglio rimane tuttora frammentato.

Come abbiamo visto le misure emesse al fine di armonizzare il settore dei servizi bancari al dettaglio sono direttive che, nonostante si ispirino alla piena armonizzazione, pongono principalmente standard comuni, accanto ai quali si ravvisano anche talune regole. Tali direttive non sono in grado di creare quella certezza, chiarezza e prevedibilità del diritto tipiche dell'armonizzazione massima di regole dettagliate, particolarmente funzionale alla libera prestazione dei servizi e alla concorrenza.

La Commissione ritiene che “l'integrazione dei servizi finanziari al dettaglio non ha ancora esaurito tutto il suo potenziale e la concorrenza in alcuni mercati appare insufficiente – in particolare in settori come quello dei pagamenti e dei servizi bancari al dettaglio – impedendo ai consumatori UE di approfittare a pieno dei vantaggi del mercato unico”⁷⁸⁸ e che in mancanza di ulteriori sforzi, i mercati europei di prodotti finanziari al dettaglio rischiano di restare frammentati in quanto “quadri regolamentari e di tutela dei consumatori e politiche fiscali divergenti, nonché infrastrutture frammentarie creano barriere giuridiche ed economiche all'ingresso sul mercato. Gli ostacoli giuridici possono complicare o impedire l'offerta di taluni prodotti o l'accessibilità alle infrastrutture di mercato, limitando così la concorrenza e soffocando l'innovazione. Quanto agli ostacoli economici, come l'esigenza di adeguare prodotti, modelli di scambio e strategie di prezzo, essi rendono più costoso operare in un altro Stato membro. Tutte queste barriere scoraggiano coloro che si

⁷⁸⁸ COM(2007) 226 def., del 30.4.2007, *Libro Verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico*, p. 5.

affacciano sul mercato, limitano la scelta dei consumatori e spingono verso l'alto i prezzi. Costi di commutazione elevati possono ridurre la possibilità dei consumatori di cambiare fornitore per prodotti come conti bancari e fondi di investimento. Se non possono avere accesso alle informazioni, o solo in modo incompleto, i consumatori non sono neppure in grado di selezionare l'offerta migliore⁷⁸⁹. Tali caratteristiche determinano un'attività transfrontaliera modesta⁷⁹⁰, ampie variazioni dei prezzi dei servizi di pagamento e dei prodotti come il credito al consumo e i conti correnti, poca varietà e scelta dei prodotti e forti disparità nell'efficienza del mercato.

Progressi saranno certamente compiuti con l'adozione della direttiva sul credito al consumo e quella sui pagamenti, mentre la direttiva sulla commercializzazione dei servizi finanziari al dettaglio non sembra aver sortito l'effetto sperato. L'obiettivo di incrementare le attività transfrontaliere dei consumatori non è infatti ancora stato raggiunto. La Commissione ha avviato indagini al fine di valutare le motivazioni di tali risultati e l'impatto giuridico ed economico della direttiva.

A fronte della situazione appena descritta sorge spontanea una domanda: sono le misure adottate nel settore dei servizi finanziari al dettaglio sufficienti per il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi della Comunità di integrazione di tali mercati e di creazione di condizioni concorrenziali degli stessi? Ci si chiede, in sostanza, se la tecnica utilizzata dalla Comunità sia adeguata agli obiettivi che essa si pone, se cioè le direttive di armonizzazione possano o non possano creare davvero un mercato unico finanziario.

La risposta non è semplice, ma anzi complessa perché richiede di tenere in considerazione numerosi elementi connessi alla natura dello strumento usato, alle caratteristiche del mercato di servizi bancari al dettaglio, all'essenza della Comunità ed al suo tipico approccio funzionale.

Un primo rilievo in merito all'idoneità delle misure comunitarie rispetto all'obiettivo proposto riguarda la natura delle medesime. Principalmente sono state adottate direttive che, ai sensi dell'art. 249, vincolano "lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla

⁷⁸⁹ Ibidem, p. 6.

⁷⁹⁰ Dai sondaggi della Commissione emerge che solo l'1% dei consumatori UE acquista servizi finanziari a distanza a livello transfrontaliero, mentre il 26% lo fa a livello nazionale, ad esempio per telefono o via internet. Ibidem, p. 5.

forma e ai mezzi”. Esse, dovrebbero limitarsi all’enunciazione di principi e criteri generali, di regole finali destinate ad essere tradotte dal singolo Stato in norme in dettaglio, ponendo un mero obbligo di risultato. Esse, inoltre, non sono direttamente applicabili, ma necessitano di essere recepite ed attuate a livello nazionale. Tali caratteristiche vengono almeno in parte smorzate dalla prassi ormai diffusa di emettere le c.d. direttive *dettagliate o particolareggiate*, le quali indicano con precisione le norme interne che gli Stati sono tenuti ad adottare, pur lasciando un certo margine di scelta in merito alla loro attuazione. A tale categoria appartengono anche le direttive analizzate nei capitoli precedenti.

Il secondo elemento riguarda la natura dell’approccio comunitario alla creazione del mercato unico. Da sempre, infatti, la Comunità agisce e progredisce fissandosi obiettivi intermedi successivi. Molte delle azioni comunitarie presuppongono, quindi, successive misure ed ulteriori azioni di armonizzazione, in armonia col principio funzionale. Ne è un esempio la direttiva 2002/65 che fissa, in materia di commercializzazione dei servizi finanziari a distanza, in attesa di ulteriore successiva armonizzazione, un livello minimo comune di informazioni che debbono essere fornite al consumatore. Di ciò è data conferma dalla Commissione stessa che nel suo *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico* dichiara che saranno necessarie “ulteriori riforme perché il funzionamento dei mercati sia più favorevole ai consumatori”⁷⁹¹. A tale osservazione va aggiunta una considerazione ulteriore: il mercato unico non è mai obiettivo statico, bensì dinamico. Esso va “rincorso” con l’andare del tempo e il sopraggiungere di nuove tecnologie, di nuovi prodotti e di nuove necessità.

Terzo fattore da tenere in considerazione nell’analisi volta a capire se le normative comunitarie siano idonee all’obiettivo della integrazione dei mercati bancari al dettaglio, è dato dalle caratteristiche stesse del settore in questione, che è sostanzialmente un mercato locale⁷⁹². I consumatori raramente si spostano, preferendo la banca posta nelle vicinanze. La lingua nazionale e le preferenze culturali costituiscono veri e propri ostacoli alla prestazione transfrontaliera dei servizi medesimi. I consumatori preferiscono i servizi forniti da istituzioni finanziarie stabilite nel proprio Paese rispetto a quelle virtuali e utilizzano in via

⁷⁹¹ Ibidem, p. 6.

⁷⁹² Cfr. il discorso dell’europarlamentare Ieke van den Burg, tenuto in occasione del Public Hearing del 19.9.2007, reperibile all’indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/policy/hearing-vandenburgh_en.pdf.

prevalente prodotti domestici fidandosi maggiormente della norme nazionali di tutela dei consumatori.

Quarto elemento da tenere in considerazione riguarda i limiti di utilizzabilità dell'art. 95 TCE, che costituisce la base giuridica della grande maggioranza delle direttive di armonizzazione del settore finanziario. In primo luogo, infatti, il ravvicinamento delle legislazioni nazionali non è competenza generale della Comunità⁷⁹³, ma può essere esercitata in presenza di due elementi: l'oggetto e l'obiettivo dell'atto che si vuole adottare devono essere quelli di migliorare le condizioni di "instaurazione e di funzionamento del mercato interno"⁷⁹⁴. Inoltre, le istituzioni comunitarie devono rispettare i principi di sussidiarietà e proporzionalità in base ai quali ex art. 5 TCE l'azione comunitaria deve essere esercitata "soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione comunitaria non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato".

Inoltre, si deve tener presente che l'art. 95 TCE non offre uno strumento di intervento comunitario a tutto campo. In base ad esso la Comunità può intervenire per eliminare gli ostacoli delle libertà fondamentali presenti e futuri, purché incidano in maniera apprezzabile sul mercato interno, e per rimuovere gli ostacoli alla concorrenza causati dalle diverse legislazioni nazionali. Tuttavia, esso non conferisce alla Comunità un potere di intervenire in tutti i casi in cui il mercato non funzioni perfettamente, poiché il medesimo articolo non attribuisce alla Comunità alcun generale potere legislativo⁷⁹⁵. La giurisprudenza comunitaria distingue, quindi, tra *distorsioni della concorrenza*, attuali o anche solo potenziali⁷⁹⁶, che siano

⁷⁹³ Corte di Giustizia, sent. 10.12.2002, causa C-491/01, *The Queen contro Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, in *Racc.* 2002 p. I-11453, par. 179: "In via preliminare si deve sottolineare che il principio di sussidiarietà si applica quando il legislatore comunitario ricorre all'art. 95 TCE, in quanto tale disposizione non gli attribuisce una competenza esclusiva a regolamentare le attività economiche nel mercato interno, ma solo una competenza per migliorare le condizioni di realizzazione e di funzionamento di quest'ultimo, attraverso l'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione di servizi nonché l'eliminazione di distorsioni della concorrenza".

⁷⁹⁴ Corte di Giustizia, sent. 11.6.1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 1991, p. 2895 ss. par. 8.

⁷⁹⁵ BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedoms*, Oxford, 2007, p. 576.

⁷⁹⁶ Corte di Giustizia, sent. 11.6.1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio (titanium dioxide)*, in *Racc.* 1991, p. I-2867 ss., par. 15. "Per l'attuazione delle libertà fondamentali, le disparità tra gli ordinamenti giuridici degli

apprezzabili⁷⁹⁷, in presenza delle quali la Comunità ha potere di intervento e *restrizioni della concorrenza*, che invece non consentono alla medesima di provvedere ad eliminarle⁷⁹⁸.

Infine, è necessario tenere in considerazione le caratteristiche proprie dell'ordinamento comunitario, che trova fondamento nel trasferimento di specifiche competenze da parte degli Stati membri nei confronti della Comunità, sulla base delle quali si fonda il potere normativo dell'ordinamento comunitario. Tuttavia, tale rinuncia all'esercizioni di una parte dei poteri sovrani non comporta un'abdicazione dalla gestione degli interessi statali che in tali attribuzioni rientrano. Non si deve credere che gli Stati membri non abbiano più alcuna voce in capitolo. Essi possono, infatti, fare valere le proprie istanze sia in sede consiliare, sia in sede parlamentare⁷⁹⁹, ove i diversi interessi trovano un compromesso.

Solo in tal modo un'unica normativa comunitaria riesce ad inserirsi in ventisette diversi ordinamenti giuridici.

Tutti questi elementi permettono di considerare la questione che ci siamo posti nel contesto in cui è effettivamente inserita e ci consentono di capire la ragione per cui la normativa comunitaria è essenzialmente basata su standard, sebbene non si possa non affermare che la

Stati membri richiedono misure di armonizzazione nei settori ove sussiste il rischio che dette disparità creino o mantengano in essere condizioni di concorrenza falsate. Per questo motivo, l'art. 100 A [attuale art. 95] attribuisce alla Comunità competenza ad adottare, secondo il procedimento che lo stesso articolo contempla, le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri".

⁷⁹⁷ Corte di Giustizia, sent. 5.10.2000, causa C-376/98, *Pubblicità e sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco*, in *Racc.* 2000, p. I-08419 ss., par. 109 secondo cui "gli effetti di tali vantaggi sulla concorrenza sono lontani e indiretti e non costituiscono distorsioni che possano essere qualificate sensibili. Essi non sono paragonabili alle distorsioni della concorrenza provocate dalle differenze di costi di produzione come quelle che hanno in particolare indotto il legislatore comunitario ad adottare la direttiva del Consiglio 21 giugno 1989, 89/428/CEE, che fissa le modalità di armonizzazione dei programmi per la riduzione, al fine dell'eliminazione, dell'inquinamento provocato dai rifiuti dell'industria del biossido di titanio"; cfr. anche par. 113 secondo cui "certamente, come fatto presente dalla Commissione, i produttori e i venditori dei prodotti del tabacco devono ricorrere alla concorrenza sui prezzi per influire sulla loro posizione sul mercato negli Stati membri che hanno una normativa restrittiva; tuttavia, una simile circostanza non costituisce una distorsione della concorrenza, bensì una restrizione delle modalità di concorrenza che si applica allo stesso modo a tutti gli operatori economici in tali Stati membri. Vietando ampiamente la pubblicità dei prodotti del tabacco, la direttiva generalizzerebbe per il futuro una simile restrizione delle modalità di concorrenza, limitando in tutti gli Stati membri i mezzi di cui gli operatori economici dispongono per accedere al mercato o per rimanervi".

⁷⁹⁸ *Ibidem*, par. 109.

⁷⁹⁹ Si prenda ad esempio la proposta di direttiva sul credito al consumo. La prima formulazione da parte della Commissione (COM(2002) 443 def., dell'11.9.2002) conteneva disposizioni più incisive sia in merito al collegamento funzionale, sia in merito alla disciplina dei registri di raccolta dei dati relativi alla solvibilità dei clienti. L'ultima versione della proposta (COM(2005) 483 def., del 7.10.2005), come modificata in sede parlamentare, introduce, sulla base di un compromesso, le due disposizioni degli artt. 14 e 8 da noi tanto criticate, *supra*.

medesima ponga anche determinate e specifiche regole. Gli elementi sopra ricordati, le caratteristiche della direttiva, la necessità di giungere a compromessi, i limiti della competenza comunitaria in merito al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, da un lato e le caratteristiche proprie dei mercati al dettaglio dall'altro, si oppongono alla introduzione di sistemi *rule-based*.

È stato sostenuto che un sistema come quello comunitario non possa che fondarsi su di un sistema normativo *principle based*⁸⁰⁰ quale unico sistema idoneo, non tanto al celere raggiungimento degli obiettivi preposti, quanto all'efficace funzionamento della Comunità. Tale regime tiene in considerazione le continue interazioni tra Stati membri meglio di quanto non possa fare un sistema *rule-based*, che per la sua eccessiva rigidità non consente di temperare ed adattare gli obiettivi comunitari alle singole caratteristiche degli ordinamenti nazionali, alle loro tradizioni giuridiche e alle loro economie.

Se il sistema normativo comunitario non garantisse, pur nell'ambito del perseguimento degli obiettivi fissati, una qualche tutela degli specifici interessi nazionali, probabilmente la Comunità non sarebbe nata, né sarebbe resistita⁸⁰¹ e nemmeno avrebbe raggiunto i risultati che oggi sono sotto gli occhi di tutti.

Probabilmente il sistema *principle based* è il segreto del successo della Comunità europea.

La valutazione della idoneità delle direttive analizzate al raggiungimento dell'obiettivo della effettiva integrazione dei mercati bancari al dettaglio va quindi effettuata sulla base di tali elementi.

Certamente le direttive da noi viste e le proposte studiate non saranno in grado di integrare pienamente i mercati. Tuttavia, non si può negare la loro importanza e il loro efficace contributo verso il raggiungimento del fine comunitario.

Tali norme sono *principle based*. Come rilevato non sono idonee ad eliminare le differenze legislative da Stato a Stato ed anzi la possibilità di una diversa attuazione a livello nazionale è

⁸⁰⁰ LIBRETTA, *The Economic and Monetary Union: A Standard or Rules-Based Institution?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2003, par. V.

⁸⁰¹ È del 1965 la prima crisi comunitaria, allorché la Commissione presentò una proposta per il finanziamento della politica agricola per gli anni successivi. Il timore di un eccessivo rafforzamento dei poteri della Commissione e del Parlamento indusse la Francia a disertare i lavori della Comunità per ben sette mesi (politica della sedia vuota). La situazione si sbloccò solo nel gennaio 1966, quando i ministri degli esteri dei sei Paesi membri si incontrarono a Lussemburgo e riuscirono a raggiungere un compromesso che pose fine alla crisi.

suscettibile di porre ulteriori problemi sul piano proprio dell'integrazione dei mercati. Esse, inoltre, non costituiscono certo la migliore base per l'esercizio della attività bancaria in regime di libera concorrenza e per la più efficace e facile applicazione delle norme antitrust. Un maggiore dettaglio delle normative comunitarie ed una minore discrezionalità sia statale, sia degli intermediari presenti sul mercato, comportando una maggiore certezza del diritto e riducendo quelle zone grigie, territorio fertile di pratiche collusive e di sfruttamento delle posizioni dominanti faciliterebbe il compito delle autorità della concorrenza. Gli interventi sia nazionali che comunitari in applicazione delle rispettive regole antitrust sono fondamentali al fine dell'integrazione dei mercati finanziari e sono strumentali e complementari rispetto all'opera di ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Tuttavia, è a quest'ultimo strumento che è lasciato il compito raggiungere l'obiettivo di instaurare e di far funzionare il mercato unico. In presenza di normative comunitarie insufficienti, viene sminuito anche il ruolo delle norme della concorrenza.

Tuttavia, le direttive comunitarie analizzate si pongono come passo ed obiettivo intermedio nell'ambito dell'approccio funzionale tipico comunitario, in base al quale il risultato ultimo è perseguito mediante l'attuazione di tappe interposte. Non sono normative né definitive né finali, come affermato dalla stessa Commissione che in seguito al suo *Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico* ha iniziato innumerevoli consultazioni con le parti interessate, intermediari del credito, dei pagamenti e consumatori, per individuare una nuova politica volta all'individuazione delle azioni necessarie perché i vantaggi del mercato integrato possano essere goduti dagli utenti e consumatori. Tale nuovo indirizzo avrà come elemento centrale e caratterizzante la volontà della Commissione di intervenire ed attuare iniziative, "solo quando ne siano dimostrati chiaramente i vantaggi concreti per i cittadini e la sua indiscutibile logica economica"⁸⁰² al fine di evitare un eccesso di norme inutili o addirittura dannose per il mercato comune. Invece, "la Commissione avvierà nuove iniziative regolamentari nei servizi finanziari al dettaglio solo se se ne dimostra la necessità economica e se possono contribuire al miglioramento di fattori come la fiducia dei consumatori e le attività transfrontaliere"⁸⁰³.

⁸⁰² COM(2007) 226 def., cit., p. 7.

⁸⁰³ Ibidem.

L'attuale insufficienza delle normative comunitarie non esclude assolutamente che l'obiettivo di integrazione venga ulteriormente perseguito con altre norme e venga in futuro raggiunto o quanto meno avvicinato, data la natura dinamica e quasi "sfuggente" del mercato unico.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE.

ADINOLFI A. (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007.

ALBORS-LLORENS, *Ec Competition Law*, Portland, 2002.

BAFFI, *Le origini della cooperazione tra le banche centrali: l'istituzione della Banca dei regolamenti internazionali*, Roma, 2002.

BARNARD, *The Substantive Law of the EU, The Four Freedom*, Oxford, 2007.

BRESCIA MORRA, *Le fonti del diritto finanziario in Europa e il ruolo dell'autoregolamentazione*, *Quaderni di Ricerca Einaudi n 44*, 2003, p. 13 ss., reperibile all'indirizzo http://www.entelugieinaudi.it/pdf/Pubblicazioni/Quaderni/Q_44.pdf.

CANGELOSI, *Dal progetto di Trattato Spinelli all'Atto Unico Europeo*, Milano, 1987.

CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, 2005.

CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, Torino, 2002.

CARRIERO, *Il credito al Consumo in Banca d'Italia*, *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, Roma, 1998.

CECCHINI, *La Banca dei regolamenti internazionali origini e sviluppi*, Padova, 1986.

CRAIG, DE BÚRCA, *EU Law*, Oxford, 1998.

DASSESE, ISAAC QC, PENN (ed.), *Ec Banking Law*, London, 1994.

DI PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo, norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, 2005.

DI PACE, *Manuale di diritto comunitario dell'economia*, Padova, 2000.

DRAETTA, *Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*, Milano, 2001.

FERRARINI, *European Securities Markets-The Investment Services Directive and Beyond*, London, 1998.

FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH, (ed.) *Capital Markets in the Age of the Euro, Cross-border, Transaction and Regulation*, London, 2002.

FILOTTO, *Manuale del credito al consumo*, Milano, 2000.

- FINOCCHIARO, CONTESSA, *La Banca d'Italia e i problemi del governo della moneta*, Roma, 2002.
- FINOCCHIARO, CONTESSA, *La Banca d'Italia e i problemi del governo della moneta*, Roma, 2002.
- FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002.
- GHEZZI, MAGNANI, *Banche e concorrenza*, Milano, 1999.
- GHEZZI, MAGNANI, *Banche e concorrenza, riflessioni sull'esperienza antitrust statunitense, comunitaria e italiana*, Milano, 1999.
- HADJIEEMANUIL, *The European Central Bank and Banking Supervision*, London, 1996.
- IORIO FIORELLI, *Il contratto elettronico tra armonizzazione materiale e diritto privato*, Padova, 2006.
- JONES, SUFRIN, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford, 2004.
- MAJOCCHI, VITALE (a cura di), *Europa 1992, dall'Atto Unico al Governo europeo*, Milano, 1990.
- MALATESTA, *La Banca Centrale Europea*, Milano, 2003.
- MATJISEN, *A Guide to European Union Law*, London, 1995.
- PACCES, *La disciplina europea dei servizi finanziari al dettaglio. Prospettive di armonizzazione e di concorrenza tra ordinamenti e tutela del consumatore*, Quaderno di Ricerca n. 47 dell'Ente per gli studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi, 2003.
- PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976.
- PITONI, *La società dell'informazione e l'Europa delle conoscenze: tendenze e politiche comunitarie*, Milano, 2001.
- POGLIAGHI, VANDALI, MEGLIO (a cura di), *Basilea 2, LAS e nuovo diritto societario*, Roma, 2004.
- RESTUCCIA, *La carta di credito nell'ordinamento giuridico italiano e comunitario*, Milano, 1999.
- ROSSI, *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra Cee e Stati membri*, Milano, 1990.
- ROTONDO, *Il controllo antitrust nel mercato finanziario*, Napoli, 2004.
- TELCHINI, *L'Atto Unico Europeo e la scadenza del 1992*, Calliano, 1989.
- TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003.

TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n. 53, 2001.

URBANI, *L'impresa bancaria italiana nella prospettiva del mercato unico europeo*, Padova, 2005.

ARTICOLI

AFFERNI, COSTA, *I servizi assicurativi*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 471-528.

AFFERNI, *I servizi assicurativi*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2000, 421-453.

ALBORS-LLORENS, *Collective Dominance in EC Competition Law: Trojan Horse or Useful Tool?*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2004, p. 151-172.

ALEXANDER, *Establishing a European Securities Regulator: Is the European Union an Optimal Economic Area for a Single Securities Regulator?*, reperibile all'indirizzo <http://www.cerf.cam.ac.uk/publications/files/WP%2007%20-%20Kern%20Alexander%20v3.pdf>.

ALPA, *Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela dei consumatori*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 11-26.

ALPA, *Il credito al consumo e il sovraindebitamento*, in ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, p. 148.

ALPA, *L'armonizzazione del diritto contrattuale e il progetto di Codice civile europeo*, in *Economia e diritto del terziario*, 2004, p. 7-16.

ALPA, *New Perspectives in the Protection of Consumer: A General Overview and some Criticism on Financial Services*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 719-735.

ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 713-748.

ANTONUCCI, *eEurope : la costruzione del quadro normativo*, in ID (a cura di), *E-Commerce, la direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001.

ARGENTATI, *L'organizzazione comunitaria delle autorità garanti della concorrenza [Commento a Regolamento Ce 16 dicembre 2002, n. 1-2003]*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, p. 1199-1206.

ARORA, FAVRE-BULLE, *The Single European Market and the Banking Sector*, in *European Business Law*, 1996, p. 197-222.

ATHANASSIOU, MAVROMMATI, *Towards a Single Market in Retail Financial Services. Reflection on the Role of ADR*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2006, p. 229-262.

AVGOULEAS, *The Harmonisation of Rules of Conduct in EU Financial Markets: Economic Analysis, Subsidiarity and Investor Protection*, in *European Law Journal*, 2006, p. 72-92.

AVGOULEAS, *The New EC Financial Markets Legislation and the Emerging Regime for Capital Markets*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 321-361.

BAGLIONI, *Sistemi di pagamento e tutela della concorrenza: aspetti teorici ed istituzionali*, in POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 597-657.

BAINES, *Capital Mobility and European Financial and Monetary Integration: a structural analysis*, in *Review of International Studies*, 2002, p. 337-357.

BASSO, MARANGONI, *Fondi propri*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 253-263.

BAVASSO, *Essential Facilities in EC Law*, in *Yearbook of European Law*, 2003, p. 63-106.

BERNARD, *The Future of the European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 633-666.

BIANCO, GHEZZI, MAGNANI, *L'applicazione della disciplina antitrust nel settore bancario statunitense*, in POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 143-258.

BIELING, STEINHILBER, *Finanzmarktintegration und Corporate Governance in der Europäischen Union*, in *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 2002, p. 39-75.

BOLKESTEIN, *The Capital Markets Directives*, in *European Company Law*, 2005, p. 4-8.

BRESCIA MORRA, *Vigilanza su base consolidata*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 313-334.

BRIONES, PADILLA, *The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy. Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?*, in *World Competition*, 2001, p. 307-318.

CAMARDI, *Metodi alternative di risoluzione delle controversie: diritto spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, in *Europa e diritto privato*, 2004, p. 549-601.

- CAMPET, *Le Marché Commun Bancaire*, in *Revue du Marché Commun*, 1970, p. 441-446.
- CAPOTOSTI, *La disciplina definitiva delle assicurazioni private contro i danni (Terza direttiva assicurazioni danni del 18 giugno 1992, da attuare entro il 1 luglio 1994)*, in *Assicurazioni*, 1992, p. 131-148.
- CAPOTOSTI, *La disciplina definitiva delle assicurazioni private sulla vita (Terza direttiva assicurazioni vita da attuarsi nell'ordinamento interno entro il primo luglio 1994)*, in *Assicurazioni*, 1992, p. 259-270.
- CAPOTOSTI, *Le linee di definizione di un Mercato Europeo delle assicurazioni sulla vita*, in *Assicurazione*, 1996, p. 42-50.
- CAPRIGLIONE, *Freedom of Establishment and Provision of Services*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 447-461.
- CAPRIGLIONE, *Libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 155-171.
- CAPUANO, *Posizione dominante collettiva e oneri probatori della Commissione: il caso Airtours*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 481-496.
- CARBONE, MUNARI, *Enforcement of the European Regime for Investment Services in the Member States and its Impact on National Conflict of Laws*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 31-88.
- CARLTON, FRANKEL, *The Antitrust Economics of Credit Card Networks*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, p. 643-668.
- CARLTON, FRANKEL, *The Antitrust Economics of Credit Card Networks: Reply to Evans and Schmalensee Comment*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, p. 903-915.
- CARRIERO, *Verso una nuova direttiva sul credito ai consumatori*, reperibile all'indirizzo http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/nuova_direttiva_credito_consumatori.htm
- CARTA, *L'informazione societaria*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 185-200.
- CASSESE, *La vigilanza sugli "istituti di moneta elettronica" [Commento a Direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 settembre 2000]*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 186-193.

- CERA, *Condizioni di accesso all'attività bancaria*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 91-102, p. 98 ss.
- CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 749-818.
- CHIU, *Three Challenges Ahead for New EU Security Regulation Directives*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 121-134.
- CLAROTTI, *Progress and Future Developments of Establishment and Services in the EC in Relation to Banking*, in *XXII Journal of Common Market Studies*, 1984, p. 199-226.
- CLEMENTE, *Strumenti tecnici di vigilanza prudenziale*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 243-252.
- COMPORITI, *I conflitti d'interessi nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2005, p. 593-614.
- CONDINANZI, NASCIBENE, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2006, p. 330-374, p. 340.
- CONTI, in DE CATERINI, GREMENTIERI, (a cura di), *Libera circolazione dei capitali e disciplina comunitaria delle banche*, Milano, 1987, p. 40-51.
- CORCORAN, HART, *The Regulation of Cross-Border Financial Services in the EU Internal Market*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, p. 221-291.
- CRANSTON, HADJEMMANUIL, *Banking Integration in the European Community: The European Commission's unfinished Agenda*, in NORTON, ANDENAS, FOOTHER (eds.) *The Changing World of the International Law in the Twenty-First Century: a Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, The Hague, 1998, p. 341-384.
- CREUSS, AGUSTINOY, *The Operative System as an Essential Facility: An Open Door to Windows?*, in *World Competition*, 2000, p. 57-78.
- CROWTHER, *Product Market Definition in the E.C. Competition Law: The Compatibility of Legal and Economic Approaches*, in *Journal of Business Law*, 1996, p. 177-198.
- D'ORAZIO, *Il quadro giuridico della moneta elettronica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, p. 191-237.
- DASSESE, *Retail Banking Services in the Single Market*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market and The Law of Banking*, London, 1995, p. 59-74.

DE LUCA, *Le assicurazioni*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 439-448.

DEAKIN, *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?*, in *European Law Journal*, 2006, p. 440-454, p. 440 ss.

DI FONZO, *La moneta elettronica: confronto tra la normativa comunitaria e la disciplina italiana*, Roma, 2001, reperibile all'indirizzo <http://www.archivioiceradi.luiss.it/documenti/archivioiceradi/impresa/banca/monetaelettronica.pdf>.

DI GIORGIO, DI NOIA, *Financial Market Regulation and Supervision: How many Peaks for the Euro Area?*, in *Brooklin Journal of International Law*, 2003, p. 463-493.

DI PRISCO, *Il principio di conformità tra proposta e accettazione nella costruzione del diritto contrattuale europeo: a proposito del libro di Alessandra Bellelli*, in *Rivista di diritto civile*, 1998, p. 483-490.

EILMANSBERGER, *Abschlusszwang und Essential Facility Doctrine*, in *Europäische Wirtschaft und Steuerrecht*, 2003, p. 12-23.

EILMANSBERGER, *How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: in Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 129-177.

ENGLE, *The EU means Business: A Survey of Legal Challenge and Opportunities in the New Europe*, in *De Paul Business & Commercial Law Journal*, 2006.

EVANS, SCHMALENSSEE, *Economic aspects of Payment Card Systems and Antitrust Policy Towards Joint Venture*, in *Antitrust Law Journal*, 1995, p. 861-901.

EVARD, *Essential Facilities in the European Union*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2004, p. 491-426.

FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1991, p. 591-649.

FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 1986, p. 256-275.

FERRANTE, *Brevi note a margine del "Piano d'azione" sul diritto contrattuale europeo*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2003, p. 677-698

FERRARINI *Towards a European Law of Investment Services*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 1283-1311.

FERRARINI, *Contract Standards and the Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture*, 2005, reperibile all'indirizzo www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_039.pdf.

FERRARINI, *The European Market Abuse Directive*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 711-741.

FINE, *The Second EEC Banking Directive: a Practical Overview*, in *International Journal of Business Law*, 1988, p. 197 ss.

FINOCCHIARO, *Il problema dei mezzi di pagamento*, in TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di internet*, Milano, 2003, p. 269-306.

FINOCCHIARO, *Prime riflessioni sulla moneta elettronica*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 1345-1361.

FOLLAK, *International Harmonization of Banking Supervision and Regulation*, in WEBER, *Währung und Wirtschaft, das Geld im Recht*, Baden Baden, 1997, p. 379-396.

FOWEL, *1992: Its Impact on European Banks, Their Structure, Operation and Accounts*, in CRANSTON (ed.), *1992: The Legal Implication for Banking*, London, 1989, p. 19-42.

FOWLE, SMITH, *The European Union Single Banking and Finance Market*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market and The Law of Banking*, London, 1995, p. 75-96.

FREIGANG, GRÜN, *The Assessment of Domestic Credit Card Interchange Fees under EC Competition Law*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 151-167.

FREIXAS, HARTMANN, MAYER, *The Assessment: European Financial Integration*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2004, p. 475-489.

GALANOPOULOU, *The Fsa as an Institutional Model for the Emergence of a Single (Unified) European Financial Services Regulator*, in *European Business Law Review*, 2003, p. 277-323.

GALLETTI, *Antitrust e tutela del cliente bancario: suggestioni provenienti dal regolamento comunitario n. 1 del 2003*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, p. 363-396.

GENTILE, *La svolta di inizio millennio del diritto comunitario della concorrenza: il nuovo approccio economico, la semplificazione delle norme, la cooperazione internazionale e la modifica del regolamento 17/62*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2000, p. 557-635.

GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 20-36.

GHEZZI, MAGNANI, *L'applicazione della disciplina antitrust comunitaria nel settore bancario*, in POLO (a cura di), *Industria bancaria e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 259-328.

GIOIA-CARABELLESE, *Attività bancaria e d'investimento "fuori sede" "Tied Agents" e consulenza finanziaria nella nuova direttiva sui servizi d'investimento su strumenti finanziari: prime riflessioni e punti critici*, in *Nuovo Diritto*, 2006, p. 131-146.

GIURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2003, p. 103-114.

GODANO, *I Valori mobiliari*, in TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 438-470.

GODANO, *Le banche*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto private dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 375-438.

GODANO, *Le banche*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto private dell'Unione europea*, Torino, 2000, p. 315-388.

GRALF-PETER CALLIESS, *Heimatstaatsprinzip und Europa-Pass (Single Licence Principle) im europäischen Finanzmarktrecht: Wettbewerb der Finanzdienstler oder der Finanzplätze?*, in *Europäischen Wirtschaft- & Steuerrecht*, 2000, p. 432-442.

GRIFFI, *Riflessioni sulla seconda direttiva bancaria*, in *Banca impresa società*, 1991, p. 419-429.

GRISI, *La prestazione on line di servizi e prodotti finanziari*, in *Europa e diritto privato*, 2001, p. 367-412.

GRUNDMANN-VAN DE KROL, *New EC Prospectus Directive and the Lamfalussy Process*, in *European Company Law*, 2004, p. 32-35.

GRUSON, FEURING, *A European Union Banking Law: the Second Banking and Related Directives*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market and The Law of Banking*, London, 1995, p. 25-58.

GUARINO, *L'atto unico e il processo di integrazione europea*, in ID, *Dalla costituzione all'Unione Europea. Del fare del diritto per cinquant'anni*, Napoli, 1994, p. 481-489

GYSELEN, *EC Antitrust Law in the Area of financial services – Capita Selecta for the Cautious shaping of a policy*, in HAWK (a cura di), *International Antitrust Law and Policy: Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute*, New York, 1997, p. 329-393.

HARRIS-BURLAND, DONÀ, *La proposition de directive de la Commission sur les virements transfrontaliers: première étape vers l'établissement d'un cadre juridique*, in *Revue du Marché Inique Européen*, 1996, p. 177-135.

HENRY, *Clarifying and Setting Access to Clearing and Settlement in the EU*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 999-1020.

Introduzione alla disciplina comunitaria delle società, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 3-16.

JAPPELLI, PAGANO, *Role and Effects of the Credit information sharing*, Salerno, 2005, Working Paper n. 136, reperibile all'indirizzo <http://www.csef.it/WP/wp136.pdf>.

JOHANSSON, *Transfers and Settlement of Securities: The New Order*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 1093-1115.

KRICZKA, *Electronic Contracts and the Harmonisation of Contract Law in Europe - An Action Required, A Mission Impossible?*, in *European Review of Private law*, 2005, p. 149-170.

KURCZ, *Harmonisation by Means of Directives – Never-Ending Story?*, in *European Business Law review*, 2001, p. 287-307.

LA MARCA, *La fusione e la scissione della società*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 141-158.

LANFRANCHI, *Problemi giuridici della monetica*, in AA.VV., *Il commercio elettronico*, Milano, 1999, p. 119-126.

LENOCI, *La tutela in tema di concorrenza comunitaria davanti al giudice nazionale. Effetti della nuova disciplina del regolamento del Consiglio n. 1/2003*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 387-427

LENOCI, *La tutela in tema di concorrenza comunitaria davanti al giudice nazionale. Effetti della nuova disciplina del regolamento del Consiglio n. 1/2003*, in *Rassegna di diritto civile*, 2005, p. 387-427

LIBRETTA, *The Economic and Monetary Union: A Standard or Rules-Based Institution?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2003.

LODDER, *Directive 2000/31/EC on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in particular Electronic Commerce*, in LODDER, KASPERSEN (eds.), *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, The Hague, 2002, p. 67-94.

- LOPEZ-TARRUELLA, *A European Community Regulatory Framework for Electronic Commerce*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 1337-1384.
- LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1989, p. 183-195.
- MANFREDONIA, *I servizi finanziari on line e la tutela del consumatore "telematico"*, in *Rassegna di diritto civile*, 2004, p. 1171-1211.
- MARINO, *Italy's Implementation of Directive 2002/47/CE on Financial Collateral Arrangements: An Overview*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 1153-1179.
- MARTINELLO, CESTA, *Verso una direttiva europea sui contratti a distanza tra fornitori e consumatori in materia di servizi finanziari*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1998, p. 531-537, p. 532.
- MAURENBRECHER, *Von der Investment Services Directive zur Markets in Financial Instruments Directive*, in *Aktuelle Juristische Praxis*, 2005, p. 19-38.
- MECATTI, *Il futuro dei servizi finanziari in Europa: verso un European Securities Regulator?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 1955-1965.
- MEGLIANI, *Il quadro evolutivo dei mercati finanziari europei nella prospettiva internazionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 677-731.
- MENGOZZI, in DE CATERINI, GREMENTIERI, (a cura di), *Libera circolazione dei capitali e disciplina comunitaria delle banche*, Milano, 1987, p. 87-100, p. 87.
- MENGOZZI, *La giurisprudenza del Tribunale delle Comunità europee in materia di concorrenza e l'applicabilità da parte dei giudici nazionali del Regolamento del Consiglio n. 1/2003*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 210-232;
- MERUSI, *Verso lo Stato Europa: il ruolo dei sistemi di pagamento nell'Eurosistema*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 219-238.
- MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla direttiva 97/5/CE*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 547-589.
- MOLONEY, *New Frontiers in EC Capital Markets Law: from Market Construction to Market Regulation*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 809-843.
- MOLONEY, *The Investment Services Directive*, in *Irish Journal of European law*, 1998, p. 140-164;
- MOLONEY, *The Lamfalussy Legislative Model: a New Era for the EC Securities and Investment Services Regime*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 509-520.

MORELLO, *Le banche e le regole comunitarie sulla concorrenza*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, p. 7-50.

NARDI, *Il credito al consumo*, in IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005, p. 444-463.

NEELIE KROES, *Tougher competition in retail financial services: a threat or a promise?*, discorso tenutosi a Bruxelles il 6.6.2006 in occasione dell'Eurom Conference on Retail Financial Services in Europe, reperibile all'indirizzo <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/06/344&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

NESTEROWICZ, *The "Essential Facilities" Doctrine in Competition Law on the basis of the jurisprudence of the European Court of Justice*, in *Comparative Law Review*, 2003, p. 29-41.

NIELSEN, *The Community Directive on Investment Services*, in *Scandinavian studies in law*, 2000, 139-183.

NOBEL, *Stock Exchange Alliances: Towards a Pan-European Finance Market*, in MEIER-SCHATZ, SCHWEIZER, *Recht und Internationalisierung*, Zürich, 2000, p. 271-290.

NYSENS, PECCHIOLI, *Il regolamento n. 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 357-393.

OLIVIERI, *Appunti sulla moneta elettronica*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, p. 809-815.

OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla direttiva (97/5) sui bonifici transfrontalieri*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 143-154.

OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, p. 539-547.

ORTINO, *Ec Law on Cross-border On-line Financial Services*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 367- 379.

ORTINO, *Il mutuo riconoscimento e l'integrazione comunitaria dei mercati dei servizi finanziari*, in *Banca impresa società*, 2006, p. 185-219.

ORTINO, *Metodi di coordinamento tra sistemi giuridici statali nella disciplina comunitaria dei servizi finanziari on line*, in ALPA, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 79-90.

PACILEO, *La disciplina della moneta elettronica a seguito del recepimento delle direttive 2000/46/CE e 2000/28/CE nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2005, p. 307-356.

PAR BENJAMIN ANGEL, *Les paiements transfrontalières en Euro*, in *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne*, 2001, p. 516-520.

PARACAMPO, *La direttiva 2002/65 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e la tutela dei consumatori*, in *Nuova giurisprudenza civile e commentata*, 2003, pt. II, p. 382-428.

PARENTI, *L'armonizzazione comunitaria in materia di commercio elettronico*, in SACERDOTI, MARINO (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001, p. 77 ss.

PELLEGRINI, *Critical Analysis of the Prospectus Directive*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 1679-1692.

PERA, CRUELLAS, FALCE, *Concorrenza, cooperazione e antitrust: il caso delle commissioni interbancarie*, in RAFFAELLI (a cura di) *Antitrust between EC Law and National Law*, Bruxelles-Milano, 2003, p. 343-412.

PERA, FALCE, *The Modernisation of EC Competition Law and the Role of National Competition Authorities – Revolution or Evolution?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 433-454.

PIGNATARO, *La riforma del diritto comunitario della concorrenza: il regolamento n. 1/2003 sull'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, p. 233-265.

PIGNATARO, *Le misure di esecuzione del regolamento n. 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2004, p. 1031-1067

POMBO, *EU Antitrust Law in the Area of Financial Services*, in HAWK (a cura di), *International Antitrust Law and Policy*, cit., p. 398- 421.

PONTIROLI, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2006, p. 678-698.

POSER, *Automation of Securities Markets and the European Community's Proposed Investment Services Directive*, in *Law and Contemporary Problems, International Regulatory Competition and the Securities Laws*, 1992.

PRODI “*Implementation of financial services legislation in the context of the Lamfalussy Report*” è reperibile all'indirizzo

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/02/44&format=HTML&ag ed=1&language=EN&guiLanguage=en>.

RINALDI, *Il regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitarie in tema di concorrenza*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 143-168

ROCHET, TIROLE, *Two-Sided Market: an Overview*, IDEI Working Paper, 2005, p. 11, reperibile all'indirizzo http://idei.fr/doc/wp/2005/2sided_markets.pdf.

RONCARATI, *La direttiva 2002/65/CE concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Banca impresa società*, 2004, p. 81-115.

RONZO, *Attività preparatorie delle banche locali all'accordo di Basilea*, in *Banche e banchieri*, 2004, p. 255-259.

ROSSI, *Prospectus Liability: Implementing Article 6 of the European Community Directive 2003/71/EC in Italy*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 1500-1533.

ROTT, *Consumer Guarantees in the Future Consumer Credit Directive: Mandatory Ban or Consumer Protection?*, in *European Review of Private Law*, 2005, p. 383-404.

ROTT, *Minimum Harmonisation for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 1107-1135.

RUGGERO, *La contabilità*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 105-121.

RYM AYADI, ODILE PILLEY, *The Internal Market for Retail Financial Services: Much remains to be done. Prospectus for a CEPS Task Force*, 2005, p. 2, reperibile all'indirizzo <http://ceps01.link.be/files/TF/ProspectusTF.pdf>

SCANNICCHIO, *La conclusione del contratto on-line nella direttiva europea sul commercio elettronico*, ANTONUCCI (a cura di), *E-Commerce, la direttiva 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, p. 95-156.

SCHENA, PEZZOTTA, *Commissione europea e politiche antitrust nel settore bancario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 1187-1199.

SCHNEIDER, *The Harmonisation of the EC Banking Law: the Euro-Passport to Profitability and International Competitiveness of Financial Institutions*, in *Law & Pol'y Int'l Bus*, 1990, p. 267-276.

SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al D.LGS. 28 Luglio 2000, N. 253*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001, p. 736-769.

SCIARRONE-ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti dalla direttiva 98/26/CE al d.lgs. 12 aprile 2001, n. 210*, in *Europa e diritto privato*, 2002, p. 797-812.

SCOTT, *Reciprocity and the Second Banking Directive*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market and The Law of Banking*, London, 1995, p. 97-104.

SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 123-134.

SELK, RHINARD, HÄGE, *The Evolution of European Legal Integration*, in *European Journal of Law and Economics*, 2007, p. 187-200.

SERRANI, *La società europea*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 201-218.

SHEEHAN, *Unilateral Refusals to Deal and the Role of the Essential Facility Doctrine – A US/EC Comparative Analysis*, in *World Competition*, 1999, p. 67-89.

SMITS, *Banking Regulation in a European Perspective*, in *Legal Issues of European Integration*, 1989, p. 61-87.

SOLFERINI, *La direttiva europea contro gli abusi di mercato: informazioni privilegiate e manipolazione*, 2005, reperibile sul sito www.tidona.com/pubblicazioni/ottobre05_2.htm.

SØNDERGAAED BIRKMOSE, *Regulatory Competition and the European Harmonisation Process*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 1075-1097.

STUMPO, *Il quadro tecnico e normativo di riferimento degli strumenti di pagamento on line*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2001, p. 685-704.

SULLIVAN, *The Supreme Court 1991 Term: Foreword: The Justice of Rules and Standards*, in *Harvard Law Review*, 1992.

TAVASSI, *Il regolamento CE N. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 315-365.

TESCARO, *Applicazione ai servizi finanziari dell'art. 3, parr. 3-6, della "Direttiva sul commercio elettronico": la comunicazione della Commissione del 14 marzo 2003*, in *Studium Iuris*, 2003, p. 1155-1158.

TIRRITO, *Le offerte pubbliche di acquisto*, in CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, p. 159-184.

TISON, *Conduct of Business Rules and their implementation in the EU Member States*, in FERRARINI, HOPT, WYMEERSCH, (ed.) *Capital Markets in the Age of the Euro, Cross-border, Transaction and Regulation*, London, 2002.

TOMA, *Bonifici transfrontalieri: "agli ordini" le banche europee*, in *Commercio internazionale*, 1997, p. 390-392.

TRIFILIDIS, *Carte di pagamento e tutela della concorrenza. Funzione ed effetti della «commissione interbancaria multilaterale - MIF»*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2004, p. 559-592.

TROIANO, *Disciplina dei grandi fidi*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 285-296.

TROIANO, *Partecipazioni qualificate al di fuori del campo finanziario*, in ALPA, CAPRIGLIONE, *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002, p. 305-311, p. 309.

UBERTAZZI, *Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni*, in UBERTAZZI (a cura di), *L'armonizzazione comunitaria dei diritti bancari nazionali*, Padova, 1989, p. 3-36.

USHER, *The Implication of the Single European Market for Banking and Finance: an Overview*, in CRANSTON (ed.), *The Single Market and The Law of Banking*, London, 1995, p. 1-21.

VALENTINO, *Moneta elettronica e tutela del consumatore*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2004, p. 49-63.

VAN EMPEL, *Retail Payments in the EU*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1425-1444.

VERECKEN, *Electronic Money: EU Legislative Framework*, in *European Business Law Review*, 2000, p. 417-43.

VICUÑA, *The Legal Integration of Financial Markets of the Euro Area*, in *European Business Law Review*, 2001, p. 223-240.

VIGNERON, SMITH, *Il concetto di reciprocità nella normativa comunitaria: l'esempio della seconda direttiva bancaria*, in *Rivista bancaria*, 1992, p. 25-46.

VINCENTI, VENTURINI, *La nuova disciplina comunitaria in materia di concorrenza (regolamento n. 1/03 CE)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003, p. 537-560.

WALKER, *European Financial Programme: Content, Structure and Completion*, in *European Business Law Review*, 2004, p. 305-345.

WEATHERILL, *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional change in the European Community*, in O'KEEFE, TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, p. 13-33.

WERDMULLER, *Compatibility of EU Takeover Bid Directive Reciprocity Rule with the EU Free Movement Rules*, in *Business Law Review*, 2006, p. 64-69.

WEATHERILL, *Harmonisation: How Much, How Little?*, in *European Business Law review*, 2005, p. 533-545.

WINKLER, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: la direttiva 2002/65/CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2003, p. 537-560.

WYMEERSCH, *The Future of Financial Regulation and Supervision in Europe*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 987-1010.

ZENO-ZENCOVICH, *La tutela del fruitore di servizi finanziari resi attraverso le reti telematiche*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2001, p. 685, 669.

COMUNICAZIONI E ALTRI DOCUMENTI DELLA COMMISSIONE.

COM(1985) 310 def., del 28-29.6.1985, *Libro bianco della Commissione per il completamento del mercato interno.*

COM(1986) 292 def., del 23.5.1986, *Programma per una liberalizzazione dei movimenti di capitali nella Comunità.*

COM(1996) 209 def., del 22.5.1996, *Libro verde, Servizi finanziari: come soddisfare le aspettative dei consumatori.*

COM(1997) 309 def., del 26.6.1997, *Servizi finanziari: come rafforzare la fiducia dei consumatori.*

COM(1998) 625 def., del 28.10.1998, *Servizi finanziari: elaborazione di un quadro d'azione.*

COM(1999) 134 def., dell'11.5.1999, *Verso un mercato unico per i regimi pensionistici integrativi - Risultati della consultazione relativa al Libro verde sui regimi pensionistici integrativi nel mercato unico.*

COM(1999) 232 def., dell'11.5.1999, *Messa in atto del quadro di azione per i servizi finanziari: piano d'azione.*

COM(1999) 504 def., *Libera prestazione dei servizi e interesse generale nel settore delle assicurazioni*, in GUCE C43 del 16.02.2000, p. 5-27.

COM(2000) 359 def., del 13.6.2000, *La strategia dell'UE in materia di informativa finanziaria: la via da seguire*.

COM(2000) 36 def., del 31.1.2000, *I pagamenti al dettaglio nel mercato interno*.

COM(2000) 722 def., del 14.11.2000, *Applicazione delle norme di comportamento di cui all'articolo 11 della direttiva relativa ai servizi di investimento (93/22/CEE)*.

COM(2001) 11 def., del 9.2.2001, *Prevenire le frodi e le falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti*.

COM(2001) 214 def., del 19.4.2001, *L'eliminazione degli ostacoli fiscali all'erogazione transfrontaliera di pensioni aziendali e professionali*.

COM(2001) 36 def., del 31.1.2000, *Pagamenti al dettaglio nell'Unione europea*.

COM(2001) 531 def., del 2.10.2001, *Libro verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*.

COM(2001) 66 def., del 07.02.2001, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul commercio elettronico e i servizi finanziari*.

COM(2002) 196 def., del 19.4.2002, *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*.

COM(2002) 208 def., del 7.5.2002, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni - Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*.

COM(2002) 257 def., del 28.5.2002, *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Compensazione e regolamento nell'Unione europea - Principali questioni politiche e sfide future*.

COM(2002) 289 def., del 11.6.2002, *Follow-up Communication to the Green Paper on EU Consumer Protection*.

COM(2003) 259 def., del 14.05.2003, *L'applicazione ai servizi finanziari degli articoli da 3, paragrafo 4 a 3, paragrafo 6 della direttiva sul commercio elettronico*.

COM(2003) 284 def., del 21.5.2003, *Modernizzare il diritto delle società e rafforzare il governo societario nell'Unione europea - Un piano per progredire*.

COM(2003) 286 def., del 21.5.2003, *Rafforzare la revisione legale dei conti nella UE*.

COM(2003) 718 def., del 2.12.2003, *Nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato interno.*

COM(2004) 312 def. del 28.4.2004, *Compensazione e regolamento nell'Unione europea - Prospettive future.*

COM(2004) 312 def., *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Compensazione e regolamento nell'Unione europea - Prospettive future.*

COM(2005) 629 def., del 1.12.2005, *Libro bianco . La politica dei servizi finanziari per il periodo 2005-2010.*

COM(2007) 33 def., del 31.1.2007, *Communication from the Commission- Sector Inquiry under Art. 17 of Regulation 1/2003 on retail Banking (Final Report).*

COM(2007) 60 def., del 22.2.2007, *Il mercato unico per i cittadini - Relazione intermedia per il Consiglio europeo della primavera 2007.*

COM(2007) 807 def. del 18.12.2007, *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets.*

Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza CE ai sistemi di bonifici transfrontalieri, in GUCE C 251 del 27.9.1995, p. 3-10.

Comunicazione interpretativa della Commissione, Freedom to provide Services and the Interest of General Good in the Second Banking Directive, Brussels, 20.6.1997, SEC (1997) 1193 final).

Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili alla concorrenza ai sensi dell'art. 81, par. 1 del Trattato che istituisce la Comunità europea, in GUCE C 368 del 22.12.2001, p. 13-15.

Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza, in GUUE C 101 del 27.04.2004 p. 43-53.

Commissione europea, *Ventitreesima Relazione sulla politica della concorrenza - 1993*, Bruxelles 1994.

Commissione europea, *Verso un'Europa basata sulla conoscenza. L'unione europea e la società dell'informazione*, Bruxelles, 2003.

European Commission, *Evaluation, Part I: Process and Implementation*, 2005, disponibile sul sito
http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/index/051028_fsap_evaluation_part_i_en.pdf.

European Commission, *FSAP Evaluation, Part I: Process and Implementation*, del 24.01.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/index/070124_part1_en.pdf.

European Commission, *Inquiry into the European Business Insurance Sector pursuant to Article 17 of Regulation 1/2003. Interim Report*, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/interim_report_24012007.pdf.

European Commission, *Interim Report I, Payment Cards. Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on Retail Banking*, del 12.4.2006, http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_1.pdf.

European Commission, *Interim Report II, Current Account and Related Services*, del 17.7.2006, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_2.pdf.

European Commission, *Interim Report relativo al Business Insurance Sector inquiry*, 13.6.2005, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/interim_report_24012007.pdf.

European Commission, *Retail financial services: overcoming remaining barriers*, 2000, (MARKT/C/PT).

Commission Staff Working Document, *Financial Integration Monitor*, 2005, p. 15, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/cross-sector/fin-integration/050708fim.pdf.

Commission Staff Working Document, *Report on the Retail Banking Sector Inquiry*, del 31.01.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/com_2007_033_en.pdf.

Commission Staff Working Document, *The Application of the Lamfalussy Process to EU Securities Markets Legislation, a Preliminary Assessment by the Commission Services*, SEC(2004) 1459,

reperibile all'indirizzo
http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/sec-2004-1459_en.pdf.

Communication by Commissioner Kroes in Agreement with Commissioner McCreevy. *Memorandum on Sector Inquiries in Financial Services (Retail Banking and Business Insurance)*, reperibile all'indirizzo
http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/financial_services/communication_en.pdf.

Draft Working Document on Post Trading, del 23.5.2006, reperibile all'indirizzo
http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/draft/draft_en.pdf

European Code of Conduct for clearing and settlement, del 7.11.2006, reperibile all'indirizzo
http://ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf.

DOCUMENTI DELLA BANCA CENTRALE EUROPEA

Financial integration in Europe, 2007, p. 44, reperibile all'indirizzo
<http://www.ecb.eu/pub/pdf/other/financialintegrationineurope200703en.pdf>.

Improving Cross-border Retail Payment Services- Progress Report, 2000, reperibile all'indirizzo
<http://www.ecb.eu/paym/pol/sepa/html/index.en.html>.

Improving Cross-Border Retail Payment Services- The Eurosystem View (document), in *Euro n. 49*, 1999, p. 7-15.

Overview of Target, 2005, reperibile all'indirizzo
<http://www.ecb.int/paym/target/html/index.en.html>.

Progressi compiuti nella realizzazione di un'area unica dei pagamenti in euro: obiettivi e scadenze, 2006, p. 11, reperibile all'indirizzo
<http://www.ecb.eu/paym/pol/sepa/html/index.en.html>.

Towards a Single Euro Payment Area- Progress Report, 2003, p. 10, reperibile all'indirizzo
<http://www.ecb.eu/paym/pol/sepa/html/index.en.html>.

Towards an integrated infrastructure for credit transfer in Euro, 2001 reperibile all'indirizzo
<http://www.ecb.eu/paym/pol/sepa/html/index.en.html>.

COMITATO DI BASILEA

Basel Committee on Banking Supervision, *Report on the Supervision of Banks' Foreign Establishments – Concordat*, September 1975.

Basel Committee on Banking Supervision, *Principle for the Supervision of Bank's Foreign Establishment*, May 1983.

Basel Committee on Banking Supervision, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard (updated to April 1998)*, July 1988.

Basel Committee on Banking Supervision, *Basel II: The New Basel Capital Accord - Second Consultative Paper*, January 2001.

Basel Committee on Banking Supervision, *Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard*, June 2004, come aggiornato da Basel Committee on Banking Supervision, *Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standard: a Comprehensive Version*, June 2006, reperibile all'indirizzo <http://www.bis.org/publ/bcbs128.htm>.

PROVVEDIMENTI DELL'AUTORITÀ GARANTE CONCORRENZA E MERCATO

Indagine conoscitiva riguardante i prezzi alla clientela dei servizi bancari, IC32, del 5.2.2007, reperibile all'indirizzo <http://www.agcm.it>.

Provvedimento n. 223/A del 5.8.2003, *Visa Italia: commissione interbancaria per il settore benzine* in *Bollettino AGCM*, n. 31/2003.

PROVVEDIMENTI DELLA BANCA D'ITALIA

Banca d'Italia, Circolare n. 263 del 27.12.2006, *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, Titolo II, Capitolo II, Parte II

Banca d'Italia, *Libro Bianco sulla sorveglianza dei sistemi di pagamenti. Gli obiettivi, le modalità, i profili d'interesse*, 1999, p. 47 ss.

ALTRI DOCUMENTI CONSULTATI.

Committee of Wise Man, *Final Report on Regulation of European Securities Markets*, del 15.02.2001, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_en.pdf

Committee of Wise Man, *Initial Report on Regulation of European Securities Markets*, del 9.11.2000, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/initial-report-wise-men_en.pdf.

Discorso dell'europarlamentare Ieke van den Burg, tenuto in occasione del Public Hearing del 19.9.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/policy/hearing-vandenburg_en.pdf.

European Parliament, *Report on the Implementation of Financial Service Legislation*, del 23.01.2001, (A5-0011/2002).

Parlamento europeo, Commissione per i problemi economici e monetari, *Relazione sullo stato attuale di integrazione dei mercati finanziari UE*, (A6-0087/2005), reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A6-2005-0087+0+DOC+PDF+V0//IT&language=IT>.

European Payment Council, *Framework for the Evolution of the Clearing and Settlement of Payments in SEPA – Including the Principles for SEPA Scheme Compliance and Re-Statement of the PE-ACH Concept (PE-ACH/CSM Framework)*, del 5.1.2007, reperibile all'indirizzo http://www.europeanpaymentscouncil.eu/documents/EPC170_05_CSM%20Framework%20v1.1%20Approved.pdf.

European Payment Council, *Implementation Guidelines*

European Payment Council, *Making SEPA a Reality. Implementing the Single Euro Payment Area*, 2007.

European Payment Council, *PEACH/CSM Framework*.

European Payment Council, *SCT Rulebook (SEPA Credit Transfer Scheme)*

European Payment Council, *SDD Rulebook (SEPA Direct DEbit Scheme)*

Expert Group on Customer Mobility in relation to Bank Accounts, *Report*, del 5.6.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/baeg_report_en.pdf.

First report of the Giovannini Group on Cross Border Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, del novembre 2001, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/economy_finance/giovannini/clearing_settlement_en.htm

Second report of the Giovannini Group on Clearing and Settlement Arrangements in the European Union, dell'aprile 2003, entrambi reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/economy_finance/giovannini/clearing_settlement_en.htm.

High Level Group, *Facing the Challenge: The Lisbon Strategy for Growth and Employment*, 2004, p. 26, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/kok_report_en.pdf.

Inter-Institutional Monitoring Group, *Second Interim Report Monitoring the Lamfalussy Process*, par. 8, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/committees/070126_second_interim_report_en.pdf

Summary of the Written Contributions received on the Green Paper on Retail Financial Services, del 18.9.2007, reperibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/policy/gp_report-2007_09_18_en.pdf.

SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Sent. 5.10.2000, causa C-376/98, *Pubblicità e sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco*, in *Racc.* 2000 p. I-08419 ss.

Sent. 17.12.1981, causa 279/80, *Webb*, in *Racc.* 3305.

Sent. 10.12.2002, causa C-491/01, *The Queen contro Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd.*, in *Racc.* 2002 p. I-11453.

Sent. 11.11.1981, causa 203/80, *Casati*, in *Racc.* 1981, p. 2595 ss., par. 9.

Sent. 11.6.1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.* 1991, p. 2895 ss.

Sent. 11.6.1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio (titanium dioxide)*, in *Racc.* 1991, p. I-2867 ss.

Sent. 12.9.2002, cause C180 e 184/98, *Parlov*, in *Racc.* 2000, p. I-6451.

Sent. 13.2.1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, in *Racc.* 1979, p. 461, par. 38.

Sent. 14.7.1981, causa 172/80, *Züchner c. Bayerische Vereinsbank*, in *Racc.*, 1981, p. 2021 ss.

Sent. 16.12.1975, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA e altri c. Commissione*, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, in *Racc.* 1975, p. 1663, par. 26.

Sent. 18.3.1980, causa 52/79, *Procuratore del Re c. Marc Devaue*, in *Racc.* 1980, p. 833 ss.

Sent. 18.6.1998, C35/96, *Commissione c. Italia, Spedizionieri doganali*, in *Racc.* 1998, p. I-3815.

Sent. 19.2.2002, causa C-35/99, *Arduino*, in *Racc.* 2002 p. I-01529.

Sent. 20.2.1979, causa 120/78, *Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Racc.* 1979, p. 649 ss.

Sent. 20.2.1979, causa 120/78, *Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, in *Racc.* 1979, p. 649 ss.

Sent. 21.6.1974, causa 2/74, *Reyners c. Belgio*, in *Racc.* 1974, p. 631 ss.

Sent. 24.6.1986, causa 157/85, *Brugnoni e Ruffinengo c. Cassa di risparmio di Genova e Imperia*, in *Racc.* 1986, p. 2013 ss.

Sent. 3.10.1985, caso 311/84 *SA Centre belge d'études de marché - télémarketing (CBEM) contro SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB)*, in *Racc.* 1985, p. 3261 ss.

Sent. 3.12.1974, causa 33/74, *Van Binsbergen c. Van de Drijfsvereniging vor de Metaalnijverheid*, in *Racc.* 1974, p. 1299 ss.

Sent. 3.2.1993, causa 148/91 *Veronica Omroep Organisatie c. Commissariaat voor de Media*, in *Racc.* 1993, p. I-487 ss.

Sent. 30.11.1995, C-94/55, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, in *Racc.* 1995, p. I-4165.

Sent. 30.11.1995, causa C-55/94, *R. Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, in *Racc.* I-4165.

Sent. 31.1.1984, cause 286/82 e 26/83, *Luisi e Carboni c. Ministero del Tesoro*, in *Racc.* 1984, p. 377 ss.

Sent. 4.12.1986, causa 205/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1986, p. 3755 ss.

Sent. 4.12.1986, causa C-205/84, *Commissione c. Germania*, in *Racc.* 1986, p. 3755 ss.

Sent. 6.3.1973, cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico italiano S.P.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, in *Racc.* 1974, p. 223 ss.

Sent. 8.6.2000, causa C-264/99, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.* I-4417.

Sent. 18.1.1979, cause 110 e 111/78, *Ministère Public c. Van Maeseael*, in *Racc.* 1979, p. 35 ss.

Sent. 10.5.1995, causa C-384/93, *Alpine Investments BV c. Ministero delle Finanze olandese*, in *Racc.* 1995, p. I-1141 ss.

Sent. 13.2.1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, in *Racc.* 1969.

Sent. 23.3.2000, *Kindl Berliner Kindl Brauerei AG contro Andreas Siepert*, causa C-208/98, in *Racc.* 2000, p. I-01741

Sent. 6.6.1996, C-101/94, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.* 1996, I-2691.

SENTENZE DEL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO.

Sent. 10.3.1992, cause riunite T-68-77-78/89, *Società Italiana Vetro S.p.A. e altri c. Commissione*, in *Racc.* 1992, p. II-01403, par. 358.

Sent. 14.10.2006, T-56/02, *Bayerische Hypo-und Vereinsbank/Commissione*, in *Racc.* 2006, II, p. 3495 ss.

Sent. 14.12.2006, cause da T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich / Commissione*, in GUUE C 331 del 30.12.2006, p. 29.

Sent. 23.2.1994, causa T-40/92, *Groupment Carte Bancaire CB*, in *Racc.* 1994, II, p. 54 ss.

Sent. 30.5.2006, causa T-198/03, *Bank Austria Creditanstalt*, in GUUE C 178 del 29.7.2006, p. 31-31.

Sent. 6.4.1995, causa T-141/89, *Tréfileurope Sales Sarl c. Commissione*, in *Racc.* 1995, p. II-00791.

DECISIONI DELLA COMMISSIONE IN MATERIA DI CONCORRENZA

Decisione 2001/782/CE, *Visa International*, in GUCE L 293, del 10.11.2001, p. 24-41.

Decisione 2002/914/CE, *Visa International- Commissione interbancaria multilaterale*, in GUCE L 318 del 22.12.2002, p. 17-36.

Decisione 2003/25/CE, *Spese bancarie per il cambio delle valute della zona euro. Germania*, in GUUE L 15 del 21.1.2003, p. 1-34.

Decisione 2004/138/CE, *Banche austriache – “Club Lombard”*, in GUUE L 56 del 24.2.2004 p. 1-75.

Decisione 85/77/CEE, *Eurocheques uniformi*, in GUCE L 035 del 07.2.1985, p. 43-53.

Decisione 86/398/CEE, *Polipropilene*, in GUCE L 230, del 18.8.1986, p. 1-66.

Decisione 86/507/CEE, *Irish Banks’ Standing Committee*, in GUCE L 295 del 18.10.1986, p. 18-30.

Decisione 87/103/CEE, *ABI*, in GUCE L 43 del 13.2.1987, p. 51-61.

Decisione 87/13/CEE, *Association belge des banques/Belgische Vereniging der Banken*, in GUCE L 7 del 9.1.1987, p. 27-35.

Decisione 89/512/CEE, *Banche dei Paesi Bassi*, in GUCE L 253 del 30.8.1986, p. 1-16.

Decisione 92/212/CEE, *Eurocheque: accordo di Helsinki*, in GUCE L 95 del 9.4.1992 p. 50-67.

Decisione 94/19 *Sea Containers/Stena Sealink - Provvedimenti provvisori*, in GUCE, L 15 del 18.1.1994 p. 8-19.

Decisione 87/13/CEE, *Association des Banque Belges*, in GUCE L 7 del 9.1.1987, p. 27-35.

Decisione 87/103/CEE, *Associazione bancaria italiana (ABI)*, in GUCE L 43 del 13.2.1987 p. 51-61.

Decisione COMP/38.096, 2.6.2004 *Clearsteam (Clearing and Settlement)*, reperibile all'indirizzo

<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38096/en.pdf>.

Decisione n. 72/457/CEE, in GUCE L 299, del 31.12.1972, p. 51 ss.