

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
per lo studio del Diritto Commerciale e Bancario

www.associazionegfcampobasso.it

**Direttiva 2007/44/CE in materia di acquisto di partecipazioni qualificate in banche,
assicurazioni e imprese di investimento - Comunicazione al mercato**

(Provvedimento Banca d'Italia del 12 maggio 2009) ¹

IL GOVERNATORE

La direttiva 2007/44/CE del 5 settembre 2007 ha introdotto una nuova disciplina, di armonizzazione massima, delle «regole procedurali e criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario».

L'armonizzazione interessa le banche, le imprese di investimento, le imprese di assicurazione e le imprese di riassicurazione autorizzate in un Paese dell'Unione europea.

Il recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano - che avrebbe dovuto essere realizzato entro il 21 marzo scorso - richiede la modifica di alcune disposizioni dei Testi unici bancario e della finanza; la Banca d'Italia ha collaborato con il Ministero dell'economia e delle finanze per predisporre uno schema legislativo di intervento sulle normative del settore finanziario interessate dalla nuova disciplina. Attualmente una delega al Governo per il recepimento della direttiva è contenuta nella legge comunitaria, ora all'esame del Parlamento.

Considerato che è scaduto il termine per il recepimento e che la direttiva reca disposizioni di dettaglio, chiare e precise, nella determinazione dei diritti e degli obblighi in capo ai soggetti che ne sono destinatari, si ritiene - secondo un'impostazione condivisa dal Ministero dell'economia e delle finanze - che tali disposizioni abbiano diretta efficacia nell'ordinamento italiano; esse, pertanto, devono essere applicate anche se in contrasto o non previste dal quadro normativo nazionale allo stato vigente.

Si illustrano, in allegato, le previsioni comunitarie che si ritiene abbiano diretta applicazione alle banche e alle capogruppo di gruppi bancari (all. 1) nonché alle SIM (all. 2), con alcune indicazioni operative e procedurali.

Roma, 12 maggio 2009

Il Governatore
Draghi

Allegato 1

...*omissis*...

Allegato 2

Disposizioni della direttiva 2007/44/CE, relativa a regole procedurali e criteri per la valutazione prudenziale di acquisizioni e incrementi di partecipazioni nel settore finanziario, di diretta applicazione alle SIM 1. Partecipazioni soggette agli obblighi di comunicazione preventiva

Ai sensi degli articoli 4 e 10 della direttiva 2004/39/CE (relativa al mercato degli strumenti finanziari - MiFID) come modificata dalla direttiva 2007/44/CE, sono tenuti a effettuare la comunicazione preventiva di cui all'articolo 15 del TUF i soggetti che intendono - da soli o di concerto ²- acquisire, direttamente o indirettamente, partecipazioni in SIM che, tenuto conto di quelle già possedute, danno luogo:

1. a una partecipazione pari o superiore al 10% ovvero al raggiungimento o superamento delle soglie del 20%, 33% ³ e 50% del capitale sociale o dei diritti di voto;
2. alla possibilità di esercitare un'influenza notevole sulla gestione ⁴;
3. al controllo ⁵, indipendentemente dall'entità della partecipazione.

Conseguentemente, dovrà essere disapplicato il Provvedimento della Banca d'Italia del 4 agosto 2000, nella parte in cui prevede che debba essere preventivamente comunicata alla Banca d'Italia l'acquisizione di azioni in una SIM da chiunque effettuata quando comporta una partecipazione superiore al 5% del capitale di una SIM rappresentato da azioni con diritto di voto (cfr. Titolo II, Capitolo 3, Sezione I, Par. 1.1) ⁶.

2. Modalità di calcolo e condizioni di aggregazione dei diritti di voto

Gli articoli 4 e 10 della direttiva MiFID, come modificati dalla direttiva 2007/44/CE, prevedono le modalità per individuare i diritti di voto relativi alle partecipazioni soggette agli obblighi di comunicazione preventiva e le condizioni di aggregazione, richiamando, tra l'altro, gli articoli 9 e 10 nonché 12, paragrafi 4 e 5, della direttiva 2004/109/CE ⁷.

In applicazione di tali previsioni, nel computo delle soglie rilevanti ai fini della comunicazione preventiva:

1. i diritti di voto devono essere calcolati con riferimento a tutte le azioni che conferiscono diritti di voto, anche se il loro esercizio è sospeso. In presenza di azioni con diritti di voto appartenenti a diverse categorie, il calcolo deve essere effettuato con riferimento a ciascuna categoria: al numeratore vanno poste le azioni possedute e da acquisire appartenenti ad una stessa categoria e, al denominatore, tutte le azioni emesse dalla SIM appartenenti a quella categoria;

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
per lo studio del Diritto Commerciale e Bancario

www.associazionegfcampobasso.it

2. non sono presi in considerazione i diritti di voto detenuti da imprese di investimento o banche nell'ambito del servizio di sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente, di cui all'art 1, comma 5, punto c), del TUF, purché i diritti di voto connessi alla partecipazione non siano esercitati o altrimenti utilizzati per intervenire nella gestione dell'emittente e detti diritti siano ceduti entro un anno dall'acquisizione;

3. non sono presi in considerazione i diritti di voto inerenti alle azioni acquisite da parte di una banca o di una impresa di investimento, autorizzate a svolgere il servizio di negoziazione in conto proprio, quando agiscono in qualità di market maker ⁸, purché non intervengano nella gestione della SIM interessata né esercitino alcuna influenza su quest'ultima al fine dell'acquisizione delle azioni o del sostegno del prezzo di esse;

4. non sono presi in considerazione i diritti di voto inerenti alle azioni acquisite esclusivamente a fini di operazioni di compensazione e regolamento nel consueto ciclo di regolamento a breve (regolate nei tre giorni di negoziazione successivi all'operazione), né quelli detenuti da coloro che prestano il servizio di custodia, in quanto tali, di azioni purché costoro possano soltanto esercitare diritti di voto inerenti a dette azioni secondo istruzioni fornite per iscritto o con mezzi elettronici;

5. i diritti di voto nella SIM detenuti da una società di gestione o da un'impresa di investimento nell'ambito della prestazione dei servizi di gestione collettiva del risparmio o di gestione di portafogli sono computati separatamente dai diritti di voto nella stessa SIM detenuti dalla società che controlla tali intermediari, a condizione che:

a. la società di gestione o l'impresa di investimento eserciti i diritti di voto inerenti alla partecipazione nella SIM in modo indipendente ² rispetto al soggetto controllante e ai soggetti appartenenti al suo gruppo; o

b. i diritti di voto detenuti nell'ambito della gestione di portafogli siano esercitati dagli intermediari secondo le istruzioni impartite per iscritto o mediante mezzi elettronici dai clienti del servizio di gestione di portafogli.

Se il soggetto controllante o un soggetto facente parte del suo gruppo detengono una partecipazione nella SIM avvalendosi dei servizi di gestione collettiva del risparmio o di portafogli prestati da una società di gestione o da un intermediario del suo gruppo, il soggetto controllante non tiene conto dei relativi diritti di voto se gli intermediari esercitano tali diritti in modo indipendente ¹⁰ e il relativo mandato di gestione non prevede clausole che consentano al soggetto controllante o a un soggetto del suo gruppo di interferire con il potere degli intermediari di assumere in modo indipendente le decisioni relative all'esercizio dei diritti di voto.

Oltre al titolare dell'azione è tenuto a richiedere l'autorizzazione il soggetto cui spettano i diritti di voto quando ricorra uno dei seguenti casi o una combinazione degli stessi:

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
per lo studio del Diritto Commerciale e Bancario

www.associazionegfcampobasso.it

- i diritti di voto spettano in base a un accordo che prevede il trasferimento provvisorio e retribuito di tali diritti di voto;
- i diritti di voto spettano in qualità di depositario, purché essi possano essere esercitati discrezionalmente in assenza di istruzioni specifiche da parte dell'azionista;
- i diritti di voto spettano in qualità di creditore pignoratizio, usufruttuario o cessionario in garanzia;
- i diritti di voto spettano in virtù di una delega, purché essi possano essere esercitati discrezionalmente in assenza di istruzioni specifiche da parte del delegante.

3. Criteri per la valutazione dell'istanza

In base all'articolo 10 *ter* della direttiva MiFID, introdotto dalla direttiva 2007/44/CE, la Banca d'Italia valuta, al fine di garantire la gestione sana e prudente della SIM cui si riferisce il progetto di acquisizione e in modo proporzionale alla probabile influenza del candidato acquirente sulla SIM medesima, la qualità del candidato acquirente e la solidità finanziaria della prevista acquisizione. La valutazione viene condotta sulla base dei seguenti criteri:

- a. la reputazione del candidato acquirente ¹¹;
- b. la reputazione e l'esperienza di coloro che, in esito alla prevista acquisizione, svolgeranno funzioni di amministrazione, direzione e controllo nella SIM ¹²;
- c. la solidità finanziaria del candidato acquirente, in particolare in considerazione del tipo di attività esercitata e prevista dalla SIM cui si riferisce il progetto di acquisizione;
- d. la capacità della SIM di rispettare e continuare a rispettare le disposizioni di vigilanza. In particolare, il gruppo di cui diventerà parte deve disporre di una struttura che permetta di esercitare una vigilanza efficace, di scambiare effettivamente informazioni tra le autorità competenti e di determinare la ripartizione delle responsabilità tra le autorità competenti;
- e. l'esistenza di motivi ragionevoli per sospettare che, in relazione alla prevista acquisizione, sia in corso o abbia avuto luogo un'operazione o un tentativo di riciclaggio di proventi di attività illecite o di finanziamento del terrorismo ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2005/60/CE o che la prevista acquisizione potrebbe aumentarne il rischio.

Nelle more del recepimento della direttiva la Banca d'Italia valuterà le istanze di acquisizione di partecipazioni alla luce dei criteri sopra richiamati - tenendo anche conto delle linee guida applicative emanate dai Comitati di terzo livello CEBS, CESR e

CEIOPS ¹³- e delle attuali disposizioni di vigilanza, in quanto compatibili. A queste ultime si fa rinvio anche per la documentazione ivi richiesta a corredo dell'istanza.

4. Comunicazione preventiva

L'articolo 10 *bis* della direttiva MiFID, introdotto dalla direttiva 2007/44/CE, disciplina i termini per la valutazione delle istanze di acquisizione di partecipazioni soggette all'obbligo di comunicazioni preventiva.

Ai sensi della disciplina comunitaria, entro due giorni lavorativi dalla ricezione dell'istanza, la Banca d'Italia invia al candidato acquirente la comunicazione di avvio del procedimento. Nella comunicazione è attestata l'avvenuta ricezione della comunicazione preventiva e di tutte le informazioni richieste e viene indicato il termine di conclusione del procedimento.

Se la domanda è irregolare o incompleta, entro due giorni lavorativi dalla sua ricezione ne viene data comunicazione al candidato acquirente, indicando le cause dell'irregolarità o dell'incompletezza e invitandolo a produrre gli eventuali documenti mancanti. In tali casi, la comunicazione di avvio del procedimento è inviata entro due giorni lavorativi dalla ricezione della domanda regolarizzata o completata.

La Banca d'Italia dispone di 60 giorni lavorativi dalla data di invio della comunicazione di avvio del procedimento per effettuare la valutazione.

Nella comunicazione di avvio del procedimento o successivamente, purché entro 50 giorni lavorativi dall'invio della predetta comunicazione, la Banca d'Italia può richiedere al candidato acquirente informazioni ulteriori, qualora ritenga necessari chiarimenti o integrazioni delle stesse al fine di completare la valutazione prudenziale. La richiesta è effettuata per iscritto precisando le informazioni integrative necessarie. In tali casi, il termine di conclusione del procedimento è sospeso, per una sola volta, fino alla ricezione della risposta del candidato acquirente.

La sospensione non può eccedere i 20 giorni lavorativi. Il termine massimo di sospensione può tuttavia essere prorogato fino a un massimo di 30 giorni lavorativi se il candidato acquirente risiede in un paese extracomunitario o è soggetto a una regolamentazione extracomunitaria, ovvero non è un soggetto vigilato ¹⁴.

Al più tardi entro due giorni lavorativi dalla ricezione delle informazioni integrative ovvero dalla scadenza del termine massimo di sospensione senza che siano pervenute le informazioni richieste, la Banca d'Italia comunica per iscritto al candidato acquirente la riapertura dei termini di conclusione del procedimento.

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
per lo studio del Diritto Commerciale e Bancario

www.associazionegfcampobasso.it

Eventuali ulteriori richieste di completamento o chiarimento delle informazioni ricevute non comportano una nuova sospensione dei termini.

Nel corso del procedimento, la Banca d'Italia può effettuare approfondimenti istruttori tramite accertamenti ispettivi o acquisire pareri, anche non obbligatori, di altre amministrazioni o autorità nazionali ed estere. In tali casi, i termini di conclusione del procedimento non sono sospesi. Tuttavia, la mancata tempestiva ricezione di informazioni o pareri che la Banca d'Italia abbia richiesto ad altre amministrazioni o autorità e che essa ritenga necessari per il rilascio dell'autorizzazione può costituire motivo per vietare l'acquisizione della partecipazione.

Ai sensi dell'articolo 10 della direttiva MiFID, come modificato dalla direttiva 2007/44/CE, la valutazione dell'acquisto forma oggetto di una consultazione preventiva con le autorità competenti dello Stato in cui ha sede la società acquirente qualora il soggetto che intende acquisire la partecipazione in una SIM sia:

- una banca, un'impresa di assicurazione, un'impresa di riassicurazione, un'impresa di investimento, una società di gestione ai sensi dell'articolo 1-bis, punto 2, della direttiva 85/611/CEE, autorizzate in un altro Stato membro dell'Unione europea o in un settore diverso da quello cui si riferisce il progetto di acquisizione;
- l'impresa madre di una delle suddette società, ovvero la persona fisica o giuridica che controlla una delle suddette società.

In tali casi, i termini di conclusione del procedimento non sono sospesi. Tuttavia, la mancata ricezione del parere dell'autorità di vigilanza sulla società acquirente in tempo utile per l'adozione del provvedimento autorizzativo entro i termini di conclusione del procedimento costituisce motivo per vietare l'acquisizione della partecipazione.

La Banca d'Italia può vietare l'acquisizione della partecipazione, informando il candidato acquirente e indicando le ragioni della decisione, entro due giorni lavorativi dall'adozione della decisione e, in ogni caso, entro la scadenza del termine di conclusione del procedimento. In assenza di decisione entro tale termine, l'acquisizione è da considerarsi approvata.

Anche prima della scadenza del termine la Banca d'Italia può comunicare che nulla osta all'operazione.

5. Ambito di applicazione della nuova disciplina

La disciplina comunitaria deve essere applicata nell'ordinamento italiano a partire dalla scadenza del termine per il suo recepimento. Le comunicazioni preventive presentate dopo il 21 marzo 2009 saranno quindi esaminate modificando e/o integrando la disciplina vigente secondo quanto previsto nei precedenti paragrafi.

Note:

1 Pubblicato nella G.U. n. 120 del 26.5.2009.

2 In relazione alla previsione dell'art. 10 della direttiva MiFID - che assoggetta all'obbligo di autorizzazione anche le "persone che agiscono di concerto" - si intende effettuato di concerto l'acquisto di partecipazioni da parte di più soggetti che eserciteranno in modo concertato i relativi diritti sulla base di accordi in qualsiasi forma conclusi, quando tali partecipazioni, cumulativamente considerate, superino le soglie indicate alle lettere a), b) e c). Agli altri accordi che regolano l'esercizio dei diritti di voto continuano ad applicarsi le disposizioni previste dal Provvedimento della Banca d'Italia del 4 agosto 2000, recante il Regolamento in materia di intermediari del mercato mobiliare (cfr. Titolo II, Capitolo 3, Sezione I, Par. 1.3).

3 La soglia del 33% è quella già prevista dal citato Provvedimento della Banca d'Italia del 4 agosto 2000 e la direttiva MiFID, come modificata dalla direttiva 2007/44/CE, pur prevedendo la soglia del 30%, consente di mantenere la soglia del 33% se prevista dagli ordinamenti nazionali.

4 La nozione di influenza notevole, quale elemento per individuare una partecipazione da autorizzare, era già prevista dalle direttive in materia di servizi di investimento; nel citato Provvedimento della Banca d'Italia del 4 agosto 2000 la previsione era stata attuata individuando, in via presuntiva, la capacità di esercitare una influenza notevole nel superamento della soglia del 5%. Questa soluzione non è ora più percorribile data l'armonizzazione massima delle soglie rilevanti prevista dalla direttiva 2007/44/CE; le ipotesi di influenza notevole dovranno quindi essere individuate caso per caso in relazione all'assetto proprietario e di governo della SIM nella quale è assunta la partecipazione da autorizzare avendo a riferimento alcuni indici, tra i quali - a titolo esemplificativo - la possibilità di: designare uno o più esponenti negli organi di supervisione strategica o di gestione; condizionare scelte strategiche della società; esercitare poteri analoghi a quelli di una partecipazione che comporterebbe l'obbligo di preventiva autorizzazione.

5 Nel nostro ordinamento il controllo ricorre nei casi previsti dall'articolo 23 del TUB.

6 Il raggiungimento della soglia del 5% dovrà comunque essere comunicato successivamente, a fini informativi, alla Banca d'Italia. Restano fermi gli altri obblighi di comunicazione successivi previsti dal Titolo II, Capitolo 3, Sezione I, par. 4 del Provvedimento della Banca d'Italia del 4 agosto 2000.

7 Direttiva 2004/109/CE del 15 dicembre 2004, sull'armonizzazione degli obblighi di trasparenza riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato.

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
per lo studio del Diritto Commerciale e Bancario

www.associazionegfcampobasso.it

8 Ai sensi dell'articolo 1, comma 5-quater, del TUF per market maker si intende il soggetto che si propone sui mercati regolamentati e sui sistemi multilaterali di negoziazione, su base continua, come disposto a negoziare in contropartita diretta acquistando e vendendo strumenti finanziari ai prezzi da esso definiti.

9 Tenuto conto di quanto previsto dall'art. 10 della direttiva 2007/14 della Commissione europea, di esecuzione della direttiva 2004/109/CE, questa condizione ricorre quando:

a) il soggetto controllante o un soggetto facente parte del suo gruppo non può interferire - attraverso istruzioni, dirette o indirette o in alcun altro modo - nell'esercizio da parte della società di gestione o dell'intermediario dei diritti di voto detenuti nella SIM nell'ambito dei servizi di gestione collettiva del risparmio o di portafogli;

b) la società di gestione o l'intermediario adottati, applichi e mantenga procedure e misure organizzative, debitamente formalizzate, volte ad assicurare che:

- i diritti di voto relativi alla partecipazione nella SIM siano esercitati dalla società di gestione o dall'intermediario in modo indipendente rispetto al soggetto controllante e agli altri soggetti del suo gruppo;
- le persone che decidono come esercitare i diritti di voto agiscano in modo indipendente rispetto al soggetto controllante e agli altri soggetti del suo gruppo;
- non vi siano scambi di informazione tra la società di gestione o l'intermediario, da un lato, e la controllante e le altre società del gruppo, dall'altro, relativi alle decisioni della società di gestione o dell'intermediario in materia di modalità di esercizio dei diritti di voto delle partecipazioni detenute.

10 Cfr. nota precedente.

11 La reputazione del candidato acquirente include il possesso dei requisiti di onorabilità di cui all'articolo 14 del TUF, la correttezza nei comportamenti e nelle relazioni d'affari, nonché la competenza professionale.

12 Per reputazione e esperienza degli esponenti aziendali si intendono i requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza di cui all'articolo 13 del TUF. Tale criterio trova applicazione nel caso in cui, a seguito dell'acquisizione della partecipazione, il candidato acquirente sia in grado e intenda effettivamente nominare nuovi esponenti aziendali.

13 Cfr. "Guidelines for the prudential assessment of acquisitions and increase of holdings in the financial sector required by directive 2007/44/CE", CEBS, CEIOPS E CESR, disponibile su www.cebs.org.

ASSOCIAZIONE GIAN FRANCO CAMPOBASSO
per lo studio del Diritto Commerciale e Bancario

www.associazionegfcampobasso.it

14 La scansione dei tempi e delle fasi procedurali prevista dalla direttiva comunitaria è incompatibile con l'applicazione dell'articolo 10 *bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, al procedimento per il rilascio dell'autorizzazione.