

via posta elettronica

21 ottobre 2011

Spett.le **Dipartimento del Tesoro**
Ministero dell'Economia e delle Finanze

dt.direzione4.ufficio2@tesoro.it

dt.direzione5.ufficio4@tesoro.it

Alla cortese attenzione dei dott. Giuseppe Vito Forese e Federico Luchetti

**Documento per la Consultazione relativa allo schema di decreto legislativo
concernente ulteriori modifiche ed integrazioni
al decreto legislativo 13 agosto 2010, n.141**

Spettabile Dipartimento del Tesoro,

nell'ambito della proposta consultazione, con la presente Vi inviamo in allegato i nostri commenti allo *schema di decreto legislativo concernente ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, recante attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo V del testo unico bancario in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi*, diffuso sul sito di Codesto Spettabile Dipartimento del Tesoro.

Cogliamo l'occasione per ringraziare Codesto Dipartimento e sottolineare il nostro apprezzamento per l'opportunità concessa di rappresentare i nostri commenti.

Come noterete, l'intento è quello di assicurare una piena coerenza del quadro normativo italiano.

Saremo naturalmente a disposizione per fornire qualsiasi chiarimento in merito alle nostre osservazioni.

Cordiali saluti.

Dante Leone

MEMORANDUM

a: Dipartimento del Tesoro
da: Dante Leone, Barbara Braghiroli, Silvio Cavallo
data: 21 ottobre 2011

Commenti allo schema di decreto legislativo (lo “Schema di Decreto”) concernente ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, recante attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo V del testo unico bancario in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

**Articolo 2, comma 2, dello Schema di Decreto
Modifiche all’articolo 4 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141**

NOZIONE DI RILEVANZA PER L’APPLICAZIONE DI SANZIONI AMMINISTRATIVE:

Il Dipartimento del Tesoro riformula, con questa modifica, l’articolo 144 del TUB mantenendo tuttavia la nozione di rilevanza quale requisito indispensabile al fine dell’applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste nell’articolo stesso. In particolare:

All’articolo 4, comma 4, del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, nel capoverso articolo 144 sono apportate le seguenti modifiche:

- a) al comma 3, le parole: “la rilevante inosservanza” sono sostituite dalle seguenti: “l’inosservanza”;*
- b) al comma 3-bis, le parole: “qualora esse rivestano carattere rilevante” sono soppresse;*
- c) ...*
- d) il comma 8 è sostituito dal seguente: “Le sanzioni previste dal presente articolo si applicano quando le infrazioni rivestono carattere rilevante. Se le infrazioni previste dai commi 6 e 7 sono gravi o ripetute, la Banca d’Italia può ordinare la*

sospensione o cancellazione dall'elenco.”.

COMMENTO:

In primo luogo, si sottolinea l'incertezza nell'applicazione, in via pratica, di tale principio. Ogniqualvolta sia accertata la violazione di una delle disposizioni indicate nell'articolo 144 TUB, la Banca d'Italia è chiamata infatti valutare se tale inosservanza sia “rilevante”: con tale specificazione, dunque, si lascia un potere ampiamente discrezionale alla Banca d'Italia nell'applicazione delle sanzioni.

Al fine di potere individuare con certezza l'ambito di applicabilità di una sanzione, suggeriremmo di utilizzare i criteri, più facilmente determinabili, indicati al comma 8 dell'articolo 144 TUB: quelli della gravità e della ripetitività.

Del resto, poiché si può immaginare che un'inosservanza “grave” debba essere per forza un'inosservanza “rilevante”, si potrebbe, graduando l'intensità della gravità (e della ripetitività), da un lato, sostenere che solo un'inosservanza che sia tale da rivelare un comportamento grave (o ripetuto nel tempo) o che abbia portato conseguenze gravi (o ripetute nel tempo) possa essere un comportamento passibile di sanzione e, dall'altro lato, si potrebbe agire in modo tale da applicare le sanzioni della sospensione e della cancellazione dall'elenco solo nei casi più estremi.

In secondo luogo, inoltre, la proposta modifica estende la nozione di rilevanza a tutte le fattispecie contemplate nell'articolo 144 TUB e non solo a quelle attualmente previste al comma 3 e al comma 3-*bis* dell'articolo 144 TUB; in particolare, tali commi fanno riferimento alle fattispecie relative all'inosservanza, da parte dei soggetti che svolgono funzioni di amministrazione o di direzione, nonché dei dipendenti, (i) delle norme contenute negli articoli 116, 123, 124 e 126-*quater* TUB e delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie (comma 3 dell'articolo 144 TUB) e (ii) delle norme degli articoli 117, commi 1, 2 e 4, 118, 119, 120, 120-*quater*, 125, commi 2, 3 e 4, 125-*bis*, commi 1, 2, 3 e 4, 125-*octies*, commi 2 e 3, 126, 126-*quinquies*, comma 2, 126-*sexies* e 126-*septies*, delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie e delle disposizioni circa l'inserimento nei contratti di clausole nulle o che violano certe disposizioni o che impongono certi oneri in capo alla clientela (comma 3-*bis* dell'articolo 144 TUB).

L'estensione rischia quindi di creare ancora più incertezze, dovendosi applicare la nozione di rilevanza ad una moltitudine di disposizioni – contemplate negli altri commi dell'articolo 144 TUB (in particolare, i commi 1, 2, 4, 5 e 5-*bis*) – che si riferiscono ad una serie disparata di fattispecie, del tutto diverse l'una dall'altra.

* * *

PROPOSTA DI MODIFICA:

Alla luce delle nostre considerazioni, proponiamo di modificare l'articolo 2, comma 2, dello Schema di Decreto come segue:

All'articolo 4, comma 4, del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, nel

capoverso articolo 144 sono apportate le seguenti modifiche:

- a) al comma 3, le parole: “la rilevante inosservanza” sono sostituite dalle seguenti: “l’inosservanza”;
- b) al comma 3-bis, le parole: “qualora esse rivestano carattere rilevante” sono soppresse;
- c) ...
- d) il comma 8 è ~~sostituito dal~~ modificato nel modo seguente: “~~Le sanzioni previste dal presente articolo si applicano quando le infrazioni rivestono carattere rilevante. Se~~ ~~l~~Le infrazioni previste dai commi 3, 3-bis, 6 e 7 si applicano solo se sono gravi o ripetute, e la Banca d'Italia può ordinare la sospensione o cancellazione dall'elenco qualora la gravità o la ripetitività delle infrazioni previste dai commi 6 e 7 abbiano assunto carattere sistematico e abbiano cagionato un danno significativo per i clienti”.

* * *

**Articolo 3, comma 1, lettera r, dello Schema di Decreto
Modifiche all'articolo 7 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141**

ORGANISMO PER IL MICROCREDITO:

Il Dipartimento del Tesoro propone di introdurre alcune modifiche alla disciplina sulla costituzione dell'Organismo per la tenuta dell'elenco di cui all'articolo 111 TUB. In particolare:

All'articolo 7, comma 1, capoverso articolo 113, l'articolo 113 è sostituito dal seguente:

Articolo 113 (Controlli sull'elenco previsto dall'articolo 111)

1. *La Banca d'Italia tiene l'elenco previsto dall'articolo 111 e vigila sul rispetto da parte degli iscritti della disciplina cui essi sono sottoposti anche ai sensi dell'articolo 111, comma 5; a tal fine può chiedere agli iscritti la comunicazione di dati e notizie e la trasmissione di atti e documenti, fissando i relativi termini, nonché effettuare ispezioni. ...*
4. *Quando il numero di iscritti nell'elenco è sufficiente per consentire la costituzione di un Organismo con personalità giuridica di diritto privato, autonomia organizzativa, statutaria e finanziaria, esso è costituito con decreto del Ministro dell'Economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia; con il medesimo decreto ne sono nominati i componenti. L'Organismo svolge ogni attività necessaria per la gestione dell'elenco; determina la misura dei contributi*

a carico degli iscritti, entro il limite del cinque per mille dell'ammontare dei prestiti concessi; riscuote i contributi e le altre somme dovute per l'iscrizione nell'elenco e vigila sul rispetto da parte degli iscritti della disciplina cui sono sottoposti anche ai sensi dell'articolo 111, comma 5. Per l'espletamento di tali compiti, i poteri di cui ai commi 1, 2 e 3 sono attribuiti all'Organismo a far tempo dall'avvio della sua operatività; la cancellazione dall'elenco potrà essere disposta dall'Organismo anche per il mancato pagamento del contributo e delle altre somme dovute per l'iscrizione nell'elenco.

COMMENTO:

Non riteniamo di condividere la scelta di codesto Dipartimento del Tesoro di assegnare alla Banca d'Italia i compiti in materia di vigilanza sugli istituti di microcredito e posticipare l'istituzione dell'apposito Organismo di vigilanza – di cui all'attuale formulazione dell'articolo 113 del TUB – ad un momento successivo, e, in particolare, quello in cui “*il numero di iscritti nell'elenco [sarà] sufficiente per consentir[n]e la costituzione*”.

Siamo infatti convinti che l'opera di “catalizzatore normativo” di un istituto meritevole di tutela e di incoraggiamento da parte dell'ordinamento giuridico – a seguito dell'introduzione, ad opera del decreto legislativo del 13 agosto 2010, n. 141, di una disciplina specifica e di un autonomo Organismo per il microcredito – rischia di essere indebolita da tale cambiamento di posizione in relazione alle funzioni di vigilanza, che vengono ricondotte nell'alveo della Banca d'Italia.

I numerosi benefici del microcredito sono oggetto di pressoché generale riconoscimento ed apprezzamento¹. Per ciò che attiene, più specificamente, al nostro Paese riteniamo che il microcredito possa svolgere un ruolo di grande importanza all'interno del sistema economico italiano, consentendo l'accesso al credito a quei soggetti – individui e microimprese – che, per inadeguatezza del merito creditizio, assenza o insufficienza di garanzie, ovvero dimensioni di attività molto ridotte, sono emarginati dalle forme tradizionali di prestito bancario. Ed invero, in un paese – quale l'Italia – caratterizzato da un contesto economico formato da una moltitudine di piccole e piccolissime imprese ed in un momento – quale quello attuale – di violenta crisi finanziaria (che ha, quale ripercussione più immediata, il prosciugarsi del mercato del credito) il microcredito potrebbe

¹ Basti citare le parole del governatore della Federal Reserve, Ben Bernanke, il quale, in un intervento al summit della microfinanza negli Stati Uniti tenuto ad Austin il 6 novembre 2007, ha dichiarato: “*I want to affirm the important role that microfinance plays in bringing the opportunity for entrepreneurship to people who otherwise might not have it*”. La stessa Commissione Europea, nell'Expert Group Report della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – Attuazione dello Strumento Europeo Progress di Microfinanza 2010, ha scritto: “*Le microimprese sono un pilastro dell'economia dell'Unione europea e rappresentano oltre il 95% delle 2 milioni di imprese costituite ogni anno. ...Un prerequisito per avviare un'impresa è avere accesso ai finanziamenti. La crisi economica ha ridotto drasticamente i prestiti bancari, acuendo così i problemi strutturali che i gruppi svantaggiati devono fronteggiare quando cercano di avere accesso ai servizi bancari. La microfinanza e in particolare il microcredito ... offrono una soluzione*”.

svolgere una funzione di supporto e volano di sviluppo.

Tra l'altro, i dati più recenti a disposizione dimostrano come, rispetto all'anno precedente, nel 2010 il microcredito sia cresciuto dell'86% in termini di numero di clienti attivi e del 70% in termini di volume di prestiti erogati². I medesimi dati mostrano inoltre come nel triennio 2006-2008 il numero complessivo di microcrediti erogati ogni anno sia quintuplicato³.

Ovviamente, però, considerate le caratteristiche strutturali dell'istituto del microcredito, tra le quali, in particolare, la circostanza che l'82% delle istituzioni di microfinanza sia rappresentato da enti no-profit⁴, perché possa prosperare, il microcredito necessita anche di un *humus* normativo-regolamentare favorevole. In questo senso, si è espressa anche la Commissione Europea che, nella relazione del 2007 “*The Regulation of Microcredit in Europe*”, ha sottolineato come “*the costs of even a minimal regulatory regime can be prohibitive for some [microfinance institutions]*”.

Riteniamo dunque che, considerate anche le caratteristiche intrinseche degli istituti di microcredito, le funzioni di vigilanza debbano essere svolta da un organismo autonomo che sia ben consapevole delle peculiarità del settore e fondate su procedure snelle, agili e poco formali.

Sulla base di quanto sopra, dunque, dubitiamo che la Banca d'Italia – che, per natura e funzioni istituzionali, non può che avere un approccio di vigilanza caratterizzato da un elevato livello di sofisticazione e procedure di supervisione alquanto rigide e formali – sia la scelta più indicata.

È lecito infatti attendersi che i costi di *compliance* per gli istituti di microcredito, ove la scelta del legislatore ricadesse su Banca d'Italia, sarebbero piuttosto onerosi e che la consapevolezza di dovere interagire con un organo austero e severo quale la Banca d'Italia potrebbe scoraggiare quanti, pur interessati alla microfinanza, temano di non essere in possesso degli strumenti e delle capacità adeguate per relazionarsi con tale organo.

PROPOSTA DI MODIFICA:

Alla luce delle nostre considerazioni, suggeriamo di mantenere l'attuale formulazione dell'articolo 113 TUB.

* * *

² http://www.milanofinanza.it/news/dettaglio_news.asp?id=201110181610498157&chkAgenzie=TMFI.

³ *ibidem*.

⁴ European Microfinance Network: http://www.european-microfinance.org/pays_en.php?pild=22.

**Articolo 7, comma 1, dello Schema di Decreto
Modifiche all'articolo 12 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141**

ECCEZIONI ALL'ESERCIZIO DI AGENZIA IN ATTIVITÀ FINANZIARIA E ALLA
MEDIAZIONE CREDITIZIA:

Il Dipartimento del Tesoro propone di modificare l'articolo 12 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, introducendo una nuova eccezione all'esercizio di agenzia in attività finanziaria e della mediazione creditizia. In particolare:

L'articolo 12 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 è modificato come segue:

- a) *al comma 1, dopo la lettera c) è inserita la seguente: “d) la pubblicità o la promozione di finanziamenti o servizi di pagamento, in cui il soggetto incaricato dall'intermediario si limita a fornire al potenziale cliente, senza corrispettivo a carico di quest'ultimo, informazioni sul prodotto offerto dall'intermediario senza consegnare in nessun caso documentazione che, se firmata, sia vincolante e qualificabile come proposta contrattuale. L'intermediario assicura il rispetto della disciplina prevista ai sensi del titolo VI del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e risponde per i danni cagionati nell'esercizio dell'attività prevista dalla presente lettera.”.*

COMMENTO:

La definizione di mediazione creditizia dell'articolo 128-sexies TUB stabilisce che è mediatore creditizio “il soggetto che mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari ... con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma”.

Ovviamente, è del tutto condivisibile lo sforzo del legislatore contenuto nello Schema di Decreto, laddove specifica che, oltre ai casi già previsti dall'articolo 12 del decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141, non costituisce esercizio di agenzia in attività finanziaria, né di mediazione creditizia “la pubblicità o la promozione di finanziamenti o servizi di pagamento, in cui il soggetto incaricato dall'intermediario si limita a fornire al potenziale cliente, senza corrispettivo a carico di quest'ultimo, informazioni sul prodotto offerto dall'intermediario”.

Sulla base della disciplina vigente, potrebbe invece essere considerato mediatore creditizio qualsiasi soggetto che promuova i finanziamenti o i servizi di pagamento limitandosi a fare pubblicità a banche o intermediari finanziari. Portando alle estreme conseguenze questo principio, anche un mero motore di ricerca *on-line* o il distributore di *brochure* o volantini pubblicitari potrebbe dover essere ricompreso nell'alveo della mediazione creditizia.

Questo, evidentemente, non trova alcuna giustificazione nella finalità ultima che si prefigge la disciplina, che è quella della tutela del potenziale cliente attraverso una completa informazione dello stesso – prima della stipulazione del contratto – circa

le caratteristiche del prodotto e della disciplina contrattuale del medesimo.

È evidente che i soggetti che si occupano di pubblicità o promozione non dovrebbero essere tenuti ad alcun obbligo normativo e/o regolamentare di informativa del potenziale cliente, limitandosi gli stessi a mettere in contatto due soggetti (la banca o l'intermediario finanziario e il potenziale cliente). Soltanto nella fase successiva, quella di contatto tra banca o intermediario finanziario e potenziale cliente, vi è invece il rischio che quest'ultimo non sia tutelato adeguatamente: da qui discendono gli obblighi di informativa precontrattuale nei confronti del potenziale cliente in capo alla banca o all'intermediario finanziario.

Da tale impostazione si ricava che la *ratio* della proposta di modifica mira a delimitare la definizione di esercizio in agenzia in attività finanziaria e di mediazione creditizia in modo tale che la stessa includa soltanto i soggetti che operano al fine della conclusione dei contratti di finanziamento o servizi di pagamento, escludendo invece coloro che si limitano a mettere in contatto il potenziale cliente con banche e intermediari finanziari.

Fatte queste premesse, la modifica proposta nello Schema di Decreto aggiunge che il soggetto che svolge pubblicità o promozione di finanziamenti o servizi di pagamento non deve *“consegnare in nessun caso documentazione che, se firmata, sia vincolante e qualificabile come proposta contrattuale”*.

Tale specificazione andrebbe meglio chiarita perché crea alcune incertezze interpretative che contrastano con l'intento della stessa proposta di modifica. Infatti, non è tanto la mera consegna, al potenziale cliente, di documentazione che, se firmata, può diventare vincolante a necessitare l'applicazione della disciplina sull'esercizio dell'attività in agenzia finanziaria o della mediazione creditizia, quanto invece la successiva, quella della raccolta dei documenti firmati da parte della clientela. La differenza tra tali due fasi è sostanziale: al contrario della prima fase in cui il soggetto che svolge attività di pubblicità o promozione si limita a segnalare al potenziale cliente di rivolgersi presso una certa banca o un certo intermediario finanziario restando in capo a quest'ultimo la decisione di inoltrare una proposta o seguire la segnalazione ricevuta, la seconda fase implica evidentemente un'attività di persuasione nei confronti del potenziale cliente alla conclusione del contratto, che, se accolta, potrebbe vincolare il cliente in modo definitivo.

Di conseguenza, non ci sembra che vi sia alcuna esigenza di regolamentazione in momenti del processo anteriori a tale seconda fase.

PROPOSTA DI MODIFICA:

Alla luce delle nostre considerazioni, proponiamo di modificare l'articolo 7, comma 1, dello Schema di Decreto come segue:

L'articolo 12 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 è modificato come segue:

a) al comma 1, dopo la lettera c) è inserita la seguente: “d) la pubblicità o la

*promozione di finanziamenti o servizi di pagamento, in cui il soggetto incaricato dall'intermediario si limita a fornire al potenziale cliente, senza corrispettivo a carico di quest'ultimo, informazioni sul prodotto offerto dall'intermediario senza **provvedere alla raccolta di documentazione, firmata da parte del cliente, consegnare in nessun caso documentazione che, se firmata, sia risulti** vincolante e qualificabile come proposta contrattuale. L'intermediario assicura il rispetto della disciplina prevista ai sensi del titolo VI del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e risponde per i danni cagionati nell'esercizio dell'attività prevista dalla presente lettera.”.*

* * *

**Articolo 10, ultimo comma, dello Schema di Decreto
Modifiche all'articolo 17 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141**

DEFINIZIONE DI COLLABORATORI:

Il Dipartimento del Tesoro propone di introdurre il seguente comma all'articolo 17 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141:

Ai fini del presente decreto legislativo [e del Titolo VI-bis del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385] per collaboratori si intendono coloro che operano sulla base di un incarico conferito ai sensi dell'articolo 1742 del codice civile.

**Articolo 12, comma 1, dello Schema di Decreto
Modifiche all'articolo 21 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141**

Il Dipartimento del Tesoro propone di modificare il comma 1 dell'articolo 21 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141. In particolare:

L'articolo 21 del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 è modificato come segue:

a) *al comma 1: ...*

– alla lettera h) le parole: “collaboratori o lavoratori autonomi” sono sostituite dalle seguenti: “e collaboratori”.

COMMENTO:

La circoscrizione della nozione di “collaboratori” a coloro che operano sulla base di un incarico conferito ai sensi dell'articolo 1742 del codice civile è troppo restrittiva. Infatti, la proposta modifica escluderebbe dal novero dei soggetti che possono operare nell'attività di agenzia in attività finanziaria e in quella di

mediazione creditizia una serie di figure professionali inquadrare contrattualmente in maniera diversa. Ad esempio, ne deriverebbe che gli agenti in attività finanziaria e i mediatori creditizi potrebbero avvalersi, ai sensi dell'articolo 128-*novies* TUB, soltanto di dipendenti e collaboratori, ma non di lavoratori autonomi.

In ogni caso, ove si ritenesse di mantenere la proposta modifica occorrerebbe, in ogni caso, modificare l'articolo 21, comma 1, lett. *h*, del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141 che stabilisce le attività che vengono svolte dall'Organismo, tra cui quella di stabilire “*gli standard dei corsi di formazione che le società di mediazione e gli agenti in attività finanziaria sono tenuti a svolgere nei confronti dei propri dipendenti, collaboratori o lavoratori autonomi*”, escludendo tale ultima categoria di lavoratori da questo elenco.

PROPOSTA DI MODIFICA:

Alla luce delle nostre considerazioni, proponiamo di eliminare l'ultimo comma dell'articolo 10 dello Schema di Decreto e di abolire la modifica proposta all'articolo 12, comma 1, dello Schema di Decreto.

* * *