

Marzo 2017

Certificati di deposito: distinzione di regime TUF/TUB ed effetti sulla tutela del FITD

Luca Bonzanini, Alberto Leidi, Moreno Rota

1. Normativa di riferimento

Con l'entrata in vigore, il 9 marzo 2016, del d. lgs 15 febbraio 2016 n. 30, attuativo della direttiva 2014/49/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa ai sistemi di garanzia dei depositi ("Deposit Guarantee Schemes Directive" – "DGSD"), come noto, è stato introdotto nel TUB l'art. 96-bis.1, che ha confermato – rispetto alla previsione del previgente art. 96-bis TUB regolante la materia¹ – in euro 100.000 l'ammontare massimo del rimborso dovuto ai depositanti "per testa", modificando tuttavia l'elenco puntuale dei rapporti ammessi al rimborso, qualificabili questi ultimi come i crediti che possono essere fatti valere nei confronti della banca in liquidazione coatta amministrativa (di seguito, la "LCA"), relativi ai fondi acquisiti dalla banca con obbligo di restituzione sotto forma di "depositi protetti". Ulteriormente, va ricordato che il recepimento della direttiva 2014/59/UE ("Bank Recovery and Resolution Directive" – "BRRD"), per mezzo dei d. lgs del 16 novembre 2015 nn. 180 e 181, cui è conseguita l'introduzione nell'ordinamento italiano, per effetto della modifica del TUB e del TUF, di un nuovo quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento in crisi, ha ampliato il novero degli istituti a disposizione delle Autorità di vigilanza a tal fine, storicamente limitati alla sola LCA.

La riformata normativa ha così rimesso in discussione la classificazione quali depositi protetti di numerosi prodotti bancari, fra cui quella dei certificati di deposito (di seguito, i "CD"). Il tema in effetti non è di poco conto, poiché tale valutazione presenta impatti circa:

1. la contribuzione al FITD dovuta dalle banche in percentuale rispetto ai soli depositi

¹ In tale contesto si osserva che l'Italia, anticipando parzialmente quanto previsto dal DGSD, aveva già istituito nel 1987 il Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, rendendone obbligatoria l'adesione per le banche dal 1996, a seguito dell'attuazione della prima direttiva 94/19/CEE sui sistemi di garanzia dei depositi. Il ruolo del FITD è stato confermato dal decreto legislativo 30/2016, con il quale è stata recepita la nuova DGSD, che nella sostanza ha innovato l'operato del fondo, mantenendo sostanzialmente invariata la struttura principale delle tutele garantite ai clienti del sistema bancario italiano.

“protetti” e come tali potenzialmente oggetto di rimborso da parte del Fondo stesso;

2. l’informativa precontrattuale (anche mediante la consegna dell’apposito modulo standard) e le comunicazioni periodiche dovute alla clientela circa l’assoggettamento del prodotto alla garanzia del FITD;
3. la sottoposizione del CD alla nuova procedura di bail-in: infatti, l’eventuale applicazione della garanzia del FITD (*i.e.* entro i limiti degli ormai noti euro 100.00 per depositante) determinerebbe l’esclusione dei CD, in qualità di “*depositi protetti*”, dal novero dei prodotti soggetti a tale misura risolutiva, rendendone di fatto l’acquisto più sicuro rispetto ad altri prodotti, con evidenti ripercussioni commerciali con i clienti²;

il tutto con evidenti impatti circa la strutturazione dei nuovi prodotti offerti dalle banche.

2. Distinzione tra CD regolati dal TUB e CD regolati dal TUF

La questione, come noto già dibattuta dalla dottrina³, può essere analizzata partendo da un punto di vista nuovo (*rectius*, aggiornato), con particolare riguardo ai rapporti soggetti alla tutela del FITD, come tali definiti “depositi protetti” ai sensi dell’art. 96-bis.1, co. 1, TUB⁴, nei limiti dell’ammontare massimo oggetto di rimborso pari, come detto, ad euro 100.000 “per testa”. Con riferimento al concetto di “depositi”, si ritiene altresì opportuno richiamare anche il disposto di cui all’art. 69-bis TUB⁵, che – nell’ambito delle misure preparatorie, di intervento precoce e LCA disciplinate nel Titolo IV del TUB - contiene la definizione di “depositi” rimborsabili in caso di liquidazione coatta amministrativa. Tale definizione introduce un’importante distinzione tra rapporti (bancari) regolati dal TUB e prodotti (finanziari) regolati dal TUF, laddove recita: “non costituiscono depositi i crediti relativi a fondi acquisiti dalla banca debitrice rappresentati da strumenti finanziari indicati dall’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, (omissis) costituiscono depositi i certificati di deposito purché non rappresentati da valori mobiliari emessi in serie”.

² Con evidenti rischi di fiducia di sistema verso l’uno o l’altro prodotto offerto dalla Banca, a seconda della potenziale applicabilità della “garanzia” del FITD, chiaramente alle condizioni di legge previste. In generale, su tali aspetti, si legga Santoni, La nuova disciplina della gestione delle crisi bancarie: da strumento di contrasto a generatore di sfiducia sistemica?, in BBTC, I, 2016, 619 ss.

³ Tra i vari Autori, si segnalano le tesi espresse da LENER, *Sui certificati bancari di deposito*, BBTC, 2013, I, 351 ss; dello stesso Autore, il parere richiesto e reso noto dall’ABI agli associati per mezzo della Circolare associativa del 29 ottobre 2012, serie tecnica n. 8; LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1276 ss; FAUCEGLIA, *I certificati di deposito nella disciplina del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, 1998, I, 458 ss.

⁴ Previsione questa da leggersi in combinato disposto con il comma 2 dell’art. 96-bis.1 TUB, che elenca i casi di esclusione della tutela.

⁵ Inserito dal d. lgs. n. 181/2015 di recepimento della direttiva BRRD.

Da tali elementi, si ritiene si possa desumere che, per quanto di interesse di questo elaborato, per mezzo della normativa di recepimento della direttiva 2014/49/UE in materia di SGD si sia voluta operare una netta distinzione tra CD emessi ai sensi del TUB (di seguito, anche “CD TUB”) e prodotti finanziari eventualmente costituiti in forma di depositi e regolati dal TUF (in particolare, per quanto di interesse, nella forma di certificati di deposito, di seguito anche “CD TUF”), garantendo solo ai primi la tutela del FITD⁶. Ancora, sembrerebbe che solo i CD TUB, poiché tutelati dalla garanzia del FITD (per quanto ovvio, al ricorrere delle condizioni e nei limiti dei termini di rimborso previsti dalla normativa applicabile), siano esclusi dall’applicazione del *bail-in*⁷.

Al contrario, i CD TUF, in quanto qualificabili come strumenti finanziari, sarebbero soggetti allo strumento del *bail-in*, con tutte le conseguenze del caso per la banca e per gli investitori.

Ciò posto, appare evidente l’importanza di studiare compiutamente i criteri discretivi tra CD TUB e CD TUF che, a nostro avviso, possono essere riassunti come di seguito illustrato.

A livello normativo, le fonti cui riferirsi sono: (i) l’art. 1, co. 1 *ter* del TUF, secondo cui i CD sono da intendersi compresi tra gli “strumenti del mercato monetario”⁸, in quanto tali rientranti nella definizione di “strumenti finanziari” del TUF; (ii) le vigenti Disposizioni di Banca d’Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (emanate al fine di dettagliare le previsioni del TUB), che specificano che la relativa disciplina si applichi ai soli CD “consistenti in titoli individuali non negoziati

⁶ Con ciò, di fatto, superando le ipotesi di cumulo di tutela fra FITD ed altro fondo di tutela previsto per i prodotti finanziari (ovverosia il Fondo Nazionale di Garanzia) proposte da Lener nell’ambito del citato parere pubblicato nella Circolare serie tecnica ABI n. 8 del 2012. Secondo il citato Autore, nella sostanza, l’assenza nel previgente quadro normativo di una demarcazione netta tra CD TUB e TUF con riferimento alla loro sottoposizione alla tutela del FITD doveva far propendere l’interprete nel senso di ricomprendere sotto la tutela di tale fondo anche i CD TUF, a condizione che fossero di tipo “nominativo” (poiché al tempo la normativa escludeva espressamente i rapporti al portatore dalla garanzia del FITD).

⁷ Al Considerando n. 70 della BRRD è previsto che, per tutelare i titolari di depositi protetti, lo strumento del *bail-in* non dovrebbe applicarsi ai depositi protetti ai sensi della direttiva 2014/49/UE, vale a dire (in base alla definizione contenuta all’art. 2, comma 1, n. 94 della medesima direttiva 2014/49/UE, che fa rinvio all’art. 2, par. 1, punto 5) della direttiva 2014/49/UE) alla parte di depositi ammissibili che non supera il livello di copertura del totale dei depositi di ciascun depositante, pari a 100.000, 00 euro. Il principio appena esposto è ribadito al successivo Considerando n. 71, ai sensi del quale “è opportuno che lo strumento del *bail-in* non incida sui depositi protetti, anche se il sistema di garanzia dei depositi dovrebbe contribuire comunque a finanziare il processo di risoluzione assorbendo le perdite a concorrenza delle perdite nette che avrebbe dovuto sostenere dopo aver indennizzato i depositanti nella procedura ordinaria d insolvenza. L’esercizio dei poteri di *bail-in* permetterebbe ai depositanti di continuare ad accedere ai depositi almeno fino al livello di copertura, il che costituisce il principale motivo per cui sono stati istituiti i sistemi di garanzia dei depositi.” (il medesimo concetto è inoltre ripreso agli articoli 34, comma primo, lett. h) e all’ art. 44, comma 2 della direttiva 2014/49/UE).

⁸ Ai sensi dell’art. 1, co.1-ter del TUF, per “strumenti del mercato monetario” si intendono le “categorie di strumenti normalmente negoziati nel mercato monetario, quali, ad esempio, i buoni del Tesoro, i certificati di deposito e le carte commerciali”.

nel mercato monetario⁹; (iii) la Sez. IV concernente la “raccolta del risparmio in titoli delle banche”, di cui alle vigenti Istruzioni di vigilanza per le banche (i.e. Circolare di Banca d’Italia n. 229 del 21 aprile 1999 e successivi aggiornamenti), che, nel descrivere le caratteristiche imprescindibili dei CD¹⁰ (i.e. peraltro senza distinzione tra prodotti regolati dal TUB ovvero dal TUF, in tal modo lasciando ipotizzare all’interprete l’applicabilità dei requisiti ad entrambi i prodotti), li indicano come “titoli destinati alla circolazione”.

Alla luce di tale quadro normativo, seppur in presenza di aspetti poco chiari, si ritiene che la questione circa l’applicazione, all’interno del più ampio insieme dei CD, delle regole TUF o TUB possa trovare soluzione nei seguenti criteri discretivi, anche alla luce dei contributi forniti al riguardo dalla dottrina:

1. “serialità” oppure “individualità”, quale caratteristica all’emissione del prodotto;
2. “negoziabilità” o meno sul mercato monetario¹¹.

In sintesi, il CD, per andare soggetto al TUF, non deve essere soltanto (e semplicemente) scambiabile ma negoziabile (i.e. in astratto) e normalmente negoziato (i.e. in concreto). All’opposto, resta soggetto a TUB il CD che sia emesso con caratteristiche tali da rendere disagevole, o comunque non ordinario, lo scambio sul mercato, senza peraltro escluderlo del tutto, atteso il requisito essenziale di

⁹ Disp. trasparenza, Sez. I, § 1.1 nt. 2 “*Il presente provvedimento si applica, quindi, oltre che ai depositi, anche ai buoni fruttiferi e ai certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario (cfr. articolo 1, comma 1 ter, T.U.F.)*”. Le FAQ di Banca d’Italia in materia di trasparenza ulteriormente specificano: “*Sono stati chiesti chiarimenti in ordine al significato della precisazione contenuta nella nota n. 1 della sez. I, par. 1.1, secondo cui le Disposizioni si applicano ai depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari, che non costituiscono prodotti finanziari, nonché “ai buoni fruttiferi e ai certificati di deposito consistenti in titoli individuali non negoziati nel mercato monetario”; le incertezze interpretative sorgono anche in relazione a quanto previsto dalla comunicazione della Banca d’Italia del luglio 2006, che escludeva l’applicabilità del TUB ai certificati di deposito. La norma tiene conto della definizione di “strumenti del mercato monetario” contenuta nel TUF (art. 1, comma 1 ter), che richiama i certificati di deposito tra le categorie di strumenti finanziari normalmente negoziati nel mercato monetario, compresi tra gli strumenti finanziari ai quali non si applicano le regole del TUB. Conseguentemente, rientrano nel campo di applicazione delle Disposizioni solo quelle particolari tipologie di certificati di deposito consistenti in titoli individuali che non vengono negoziati nel mercato monetario e, quindi, non sono strumenti finanziari. Con riguardo alla comunicazione del luglio 2006, si rammenta che le Disposizioni (sez. I, par. 5) hanno abrogato tutte le note interpretative emanate in relazione alla disciplina previgente*”.

¹⁰ Secondo le stesse Istr. Vigilanza, Tit. V, Cap. III, § 2 “*Non è consentita l’emissione di titoli denominati “certificati di deposito” (o “buoni fruttiferi”) che possiedano caratteristiche diverse da quelle indicate nelle presenti Istruzioni*”. Per altro verso, tuttavia, non può escludersi l’applicazione anche alla fattispecie dei CD del’art. 117, co. 8, TUB, che sanziona con la nullità “*tout court*” del prodotto una sua eventuale difformità rispetto ai contenuti tipici predeterminati dal legislatore per determinati prodotti.

¹¹ Tra i vari Autori, si segnala ONZA, SALAMONE, *Prodotti strumenti finanziari, valori mobiliari*, in *BBTC*, 2009, I, 575 ss. Non possono inoltre non segnalarsi alcuni interventi dell’Avv. Zitiello sul punto, che ha avuto sostanzialmente modo di affermare la centralità di tali criteri discretivi.

“*destinazione alla circolazione*” fissato dalle citate Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia¹².

Così fissato il discrimine tra i CD TUF (sottratti a nostro giudizio dalla tutela del FITD, quindi all'opposto soggetti ai meccanismi di *bail-in*) e i CD TUB (soggetti alla tutela del FITD e per l'effetto sottratti al *bail-in* fino all'importo di euro 100.000 per depositante), occorre chiedersi se tutti i CD TUB siano soggetti a garanzia del FITD o se vi siano, invece, delle deroghe da considerare.

In effetti, (i) essendo venuta meno l'esenzione da rimborso, da parte del più volte citato Fondo, per i depositi al portatore¹³, non dovrebbe più esservi distinzione “tipologica” all'interno dei CD TUB per quanto riguarda la tutela dei SGD (*i.e.* come detto, per la Banca, il FITD); (ii) per altro verso, tuttavia, è stata introdotta l'esenzione dei “*depositi i cui titolari, al momento dell'avvio della procedura di liquidazione coatta amministrativa, non risultano identificati ai sensi della disciplina in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*”¹⁴.

Al riguardo, va quindi evidenziato che, con il vigore del nuovo art. 96-*bis*.1 TUB anche i CD TUB al portatore dovrebbero essere soggetti alla “garanzia” del FITD, a condizione che i titolari risultino identificati ai fini antiriciclaggio. Il processo di identificazione ai fini AML coinvolge certamente i prodotti nominativi ed estende i propri effetti alla maggior parte di quelli al portatore, tenuto conto delle soglie in materia di identificazione previste dal d. lgs 231 del 2007 e successivi aggiornamenti.

3. Conclusioni

A conclusione dell'analisi suddetta, riteniamo sia possibile ritenere che, con l'avvento della riformata normativa in materia di SGD citata nel presente elaborato, solo i CD TUB possano essere assoggettati alle cure del FITD in caso di LCA di una banca.

Ciò dovrebbe quindi permettere agli istituti di credito di ritenere applicabili ai soli CD TUB (emessi o di futura emissione) le regole informative precontrattuali e di rendicontazione alla clientela previste dal TUB per i prodotti a rimborso “garantito” dal FITD, come modificato dal d. lgs 30 del 2016.

¹² A questo proposito, sono sicuramente più a rischio di qualificazione in termini di strumenti finanziari i CD al portatore poiché l'elevata fungibilità ne fa un valore destinato più facilmente al mercato.

¹³ Ciò sulla base dell'art. 96-*bis* TUB, co. 4, lettera a) – nella formulazione vigente precedentemente all'entrata in vigore del d. lgs n. 30/2016 che, come detto, ha parzialmente riformato l'ambito di intervento del FITD circa taluni prodotti bancari– e dell'art. 27, co. 2, lettera a) dello Statuto del FITD. Si osserva che il FITD, per quanto abbia formalmente aggiornato al luglio 2016 lo Statuto, non sembrerebbe essere perfettamente allineato alle nuove previsioni normative richiamate in apertura del presente parere (*ad es.* presenta nelle FAQ ancora la sola tutela per i rapporti nominativi, ormai superata dalla nuova legislazione introdotta dal d. lgs 30/2016 (con l'art. 1, co. 6) nel TUB all'art. 96-*bis*.1, come indicato al successivo punto della presente – cfr <https://www.fitd.it/Faq#16>).

¹⁴ Art. 96-*bis*.1, comma 2, lett. d), TUB.

A fronte di una maggior certezza di trattamento in tal senso, tuttavia, persevera l'assenza di una demarcazione netta tra CD TUB e CD TUF a cui solo il legislatore potrebbe porre rimedio, dopo anni di incertezze. A ben vedere, forse, il periodo storico è consono per un intervento chiarificatore, poiché l'incertezza suddetta (e i rischi di arbitraggio da parte degli operatori che questa comporta) non può che trasmettere i suoi effetti al FITD, quale soggetto chiamato, in ultima battuta dallo Stato italiano, a riscuotere la contribuzione e intervenire in caso di problemi a favore dei clienti delle banche.