

Spett.le

Banca d'Italia

Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza – Divisione Normativa Primaria

Via Milano 53

00184 Roma

npv.normativa_primaria@bancaditalia.it

Milano, 8 giugno 2012

Documento per la consultazione – attuazione dell'articolo 117-bis del Testo unico bancario in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti (maggio 2012)

1. Introduzione

Lo Studio Legale Associato Allen & Overy ringrazia l'Autorità di Vigilanza per l'opportunità di partecipare alla consultazione pubblica sul documento recante la proposta di "*Attuazione dell'articolo 117-bis del Testo unico bancario in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti*", vista la rilevanza e le criticità che il tema ricopre per gli operatori del mercato.

Allen & Overy Studio Legale Associato intende offrire un contributo muovendo dalla propria esperienza pratica, avuto riguardo alla tipologia di operazioni finanziarie seguite dallo studio, in considerazione dei riflessi che la nuova normativa potrebbe avere in quello specifico settore e anche nell'ottica di evitare che

un'implementazione indifferenziata della normativa possa comportare un'ulteriore contrazione della disponibilità delle banche, anche straniere, a finanziare le imprese italiane.

STUDIO LEGALE ASSOCIATO

David Max Aaron^{1,2}

Avv. Francesco Bonichi

Craig Byrne^{3,4}

Avv. Pasquale Cardellicchio

Nicholas Clark³

Avv. Silvia D'Alberti

Avv. G. Massimiliano Danusso

Avv. Giovanni Gazzaniga

Avv. Paolo Ghiglione

Avv. Massimo Greco

Dott. Com. Francesco Guelfi⁵

Avv. Paola Leocani

Avv. Stefano Sennhauser

Avv. Cristiano Tommasi

¹ New York Bar

² Massachusetts Bar

³ Solicitor, England and Wales

⁴ Barrister and Solicitor, British Columbia

⁵ Head of Tax Milan: Partner equivalent status

In caso di cattiva o incompleta ricezione, siete pregati di contattare il mittente. Il presente documento deve essere considerato riservato e confidenziale, siete pertanto pregati di voler immediatamente avvisare lo Studio nel caso in cui non siate il destinatario; il contenuto del presente documento non dovrà essere in alcun modo copiato od utilizzato né divulgato ad altri soggetti.

Ufficio di Milano: Via Manzoni, 41-43; 20121 Milano (tel +39 02 2904 91, fax +39 02 2904 9333)

Ufficio di Roma: Corso Vittorio Emanuele II, 284; 00186 Roma (tel +39 06 6842 71, fax +39 06 6842 7333)

Studio Legale Associato è in associazione con Allen & Overy LLP, una associazione a responsabilità limitata registrata in Inghilterra e Galles.

Allen & Overy LLP o associazioni collegate sono presenti con un proprio ufficio in ciascuna delle seguenti località: Abu Dhabi, Amburgo, Amsterdam, Anversa, Atene, Bangkok, Belfast, Bratislava, Bruxelles, Bucarest (Ufficio Associato), Budapest, Casablanca, Doha, Dubai, Düsseldorf, Francoforte, Giacarta (Ufficio Associato), Hong Kong, Istanbul, Londra, Lussemburgo, Madrid, Mannheim, Milano, Mosca, Monaco di Baviera, New York, Parigi, Pechino, Perth, Praga, Riyadh (Ufficio Associato), Roma, San Paolo, Shanghai, Singapore, Sydney, Tokyo, Varsavia, Washington, D.C.

Lo studio presta quotidianamente la propria assistenza a primarie banche, intermediari finanziari e imprese in diverse tipologie di finanziamento e finanza strutturata in genere, a volte connesse ad operazioni di acquisizione, di finanza di progetto o immobiliare.

Si tratta prevalentemente di operazioni di grandi dimensioni che non riguardano la cd. "clientela al dettaglio" (come definita nel Provvedimento di Banca d'Italia del 9 febbraio 2011), ma società di medie-grandi dimensioni, spesso quotate o che fanno ricorso al mercato di capitali o società direttamente o indirettamente da queste controllate, che sono in possesso di una specifica competenza ed esperienza in questa tipologia di operazioni e che sono generalmente assistite nel laborioso processo di strutturazione e negoziazione di queste complesse operazioni finanziarie da propri consulenti, anche legali.

I contratti di finanziamento predisposti *ad hoc* per questa tipologia di operazioni sono sempre oggetto di specifica trattativa tra le parti in ogni loro dettaglio e sono difficilmente inquadrabili nell'ambito delle categorie dei contratti di apertura di credito in conto corrente o altri contratti bancari tipici previsti nel codice civile.

Si tratta di contratti di finanziamento che prevedono una o più linee di credito, che possono comprendere linee rotative (c.d. *revolving*) (utilizzate per finanziare il capitale circolante ed esigenze correnti dell'impresa), linee c.d. *capex* (per finanziare investimenti) o, più in genere, linee c.d. *term* (rese disponibili per specifiche finalità, analogamente ai mutui di scopo).

Dal punto di vista legale, tali contratti di finanziamento sono generalmente qualificati come contratti bancari atipici, quasi mai regolati in conto corrente, che mai prevedono ipotesi di sconfinamento e non sono interamente assimilabili ad aperture di credito o a fidi bancari. Spesso si tratta di finanziamenti in *pool* che prevedono più linee di credito (per cassa e per firma) di importo significativo, concessi anche da operatori esteri e disciplinati in alcuni casi da diritti stranieri (e, in particolare dal diritto inglese per facilitarne la sindacabilità sul mercato secondario) sulla base dei modelli contrattuali generalmente utilizzati nella prassi di mercato.

Per comodità di lettura del presente documento, tali finanziamenti vengono in appresso riferiti come i "Finanziamenti Complessi".

2. Proposta di deliberazione CICR: osservazioni

2.1 Ambito soggettivo applicazione: Articolo 1 (Definizioni)

Viste la tipologia e le caratteristiche dei contratti che regolano i Finanziamenti Complessi e, soprattutto, dei soggetti in essi coinvolti, appare di tutta evidenza che le istanze di tutela del cliente in tale tipologia di operazioni siano diverse rispetto all'attenzione che l'ordinamento giustamente riserva alla clientela più debole e meno sofisticata (quale il cliente consumatore o al dettaglio). Ciò in ragione della differente conoscenza e consapevolezza dei meccanismi, dei costi e dei rischi tipici di queste operazioni, e della maggiore autonomia e forza contrattuale del cliente, che consente a questi, da un lato, di regolare *ad hoc* ogni dettaglio del finanziamento per allinearlo alle specifiche caratteristiche dell'operazione alla quale accede e renderlo più confacente alle proprie specifiche esigenze e, dall'altro, di negoziare – e non certo in una posizione di sudditanza – tutti i termini (inclusi quelli economici e le voci di costo) del finanziamento che intende stipulare.

E' noto che queste considerazioni sono già state in alcuni casi accolte dal legislatore e dalla normativa secondaria, che ha previsto per alcune materie un diverso regime di tutela in dipendenza della tipologia di operazione e della categoria di soggetti¹.

¹ Trattasi in particolare (i) delle disposizioni previste nel Provvedimento di Banca d'Italia del 9 febbraio 2011 in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti – Recepimento della Direttiva sul Credito ai consumatori, che prevedono alcune esenzioni dagli obblighi di pubblicità e informazione precontrattuale in caso di "contratti unilateralmente predisposti dal cliente o che costituiscono oggetto di trattativa individuale", (ii) dell'art. 120-ter del Testo unico bancario che prevede solo per le

Pertanto, sebbene la *ratio* dell'Art. 117-bis del Testo Unico Bancario e dell'art. 27-bis del d.l. 24 gennaio 2012, n.1 risulti chiara e condivisibile², l'attuale formulazione della bozza di disciplina attuativa rischia di ricomprendervi anche i Finanziamenti Complessi, che nulla hanno a che fare con quelle ipotesi che, anche alla luce dei relativi lavori parlamentari, il legislatore probabilmente intendeva regolare e con gli obiettivi che esso desiderava perseguire.

Infatti, il cliente che intende concludere contratti relativi a Finanziamenti Complessi (delle dimensioni e per le finalità specifiche sopra descritte), da un lato, avverte in misura significativamente minore l'esigenza di comparare a priori le offerte degli operatori del settore e, dall'altro, non sarebbe nemmeno in grado di confrontare in modo rapido e semplice le condizioni dello specifico finanziamento cui è interessato (come invece potrebbe agevolmente fare chi fosse interessato ad aperture di credito concesse sulla base di contrattualistica standardizzata, non finalizzate a scopi specifici, regolate in conto corrente o a valere su carte di credito, le quali, alla pari dei conti correnti, finiscono per diventare prodotti quasi fungibili, cosicché il cliente sceglie indifferentemente la banca o la società finanziaria cui rivolgersi, orientando la propria scelta quasi esclusivamente in base alle condizioni economiche praticate).

Molto spesso il cliente delle operazioni di più ampie dimensioni, quali i Finanziamenti Complessi, sceglie l'istituto o gli istituti cui rivolgersi per ottenere il finanziamento non solo sulla base di criteri di maggiore economicità, ma anche in un'ottica relazionale o in ragione della maggiore specializzazione di una banca in un determinato settore (ad es. *project, real estate* ecc. o in vista di un successivo rifinanziamento del debito bancario contratto sul mercato dei capitali).

Inoltre, proprio in ragione della specificità e della complessità dell'intervento richiesto, il cliente dei Finanziamenti Complessi non sarebbe nemmeno in grado di comparare offerte diverse se non dopo aver rappresentato a più banche le proprie specifiche esigenze ed aver intrattenuto con ciascuna di esse discussioni e negoziazioni specifiche sui dettagli dell'operazione e del finanziamento per periodi di tempo prolungati.

Al fine di circoscrivere il campo di applicazione della normativa alle operazioni che il legislatore pare intendesse regolare e tutelare, suggeriremmo di intervenire sulla definizione di "cliente" indicata Articolo 1, comma 1, lett. b), della bozza di deliberazione CICR.

A nostro avviso, tale articolo potrebbe essere utilmente modificato in modo tale che la normativa trovi applicazione solamente nei confronti della "clientela al dettaglio" (ossia i consumatori, le persone fisiche, gli enti senza finalità di lucro e le micro-imprese) ovvero della clientela in genere (e quindi anche alle società e agli enti di maggiori dimensioni) nel caso in cui il contratto non costituisca oggetto di trattativa individuale

Le modifiche suggerite allineerebbero le disposizioni applicative con quanto previsto in tema di obblighi di trasparenza nel Provvedimento di Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, dove (i) la disciplina "*si articola secondo modalità differenziate in relazione alle esigenze delle diverse fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi*" e, in particolare, (ii) gli strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti e delle relative condizioni contrattuali (e quindi l'obbligo di predisporre fogli informativi e comparativi e documenti di sintesi ed indicare l'indicatore sintetico di costo) - che ci pare siano finalizzati a rendere trasparenti e, soprattutto, comparabili le offerte dei diversi operatori in relazione a prodotti standardizzati - non si applicano a contratti che costituiscono oggetto di trattativa individuale (nell'accezione attribuita a tale termine dal Provvedimento stesso).

persone fisiche in regime di favore in caso di estinzione anticipata o parziale dei mutui; e (iii) dell'art. 120-quarter, comma 9, del Testo unico bancario che limita il campo di applicazione delle norme in tema di surrogazione e portabilità ai soli contratti di finanziamento conclusi con persone fisiche o micro-imprese.

² - laddove miri a tutelare una certa tipologia di clienti (consumatori e c.d. "clienti al dettaglio") e a rendere più immediatamente trasparenti e confrontabili tra loro operazioni finanziarie standardizzate quale le aperture di credito "ordinarie" e gli sconfinamenti a valere su conti correnti, conti di pagamento e carte di credito (con benefici riflessi in tema di concorrenza)

Ove tale modifica fosse ritenuta troppo radicale ed il legislatore intendesse salvaguardare la posizione delle piccole e medie imprese, sarebbe possibile limitare l'esclusione a quelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio ai sensi dell' art. 2325-*bis* c.c. e alle società da queste direttamente o indirettamente controllate.

2.2 Ambito oggettivo applicazione

Nel caso in cui il CICR non ritenesse di intervenire sull'ambito soggettivo di applicazione della disciplina come proposto nel precedente paragrafo, riportiamo le seguenti osservazioni sull'Art. 3 (Affidamento) e sull'Art. 5 (Disposizioni Finali) della deliberazione CICR.

Articolo 3 (*Affidamento*)

In merito all'Art. 3 (Affidamento) segnaliamo quanto segue:

- (a) il concetto di "*omnicomprensività*" di cui all'art. 3, comma 2(i), pone una serie di questioni e dubbi interpretativi in relazione alla tipologia di operazioni di finanziamento sopra indicata. In particolare, vista la struttura articolata delle linee di credito messe a disposizione nei Finanziamenti Complessi e la complessità dei relativi rapporti è estremamente difficile determinare un criterio univoco per ricomprendere tutti gli oneri ed i costi a carico del cliente. Questo riguarda, a titolo esemplificativo, i seguenti costi che, a nostro avviso, dovrebbero essere esclusi nel calcolo del limite trimestrale stabilito dall'Art. 117-bis del Testo Unico Bancario:
- (i) le c.d. commissioni di agenzia o *agency fees*, dovute quale corrispettivo per il servizio di gestione di contratti di finanziamento in *pool*;
 - (ii) le c.d. *waiver / amendment fees*, dovute a fronte della richiesta da parte del cliente di modificare i termini del contratto di finanziamento per i quali spesso i finanziatori devono avviare specifiche trattative / istruttorie;
 - (iii) le c.d. *advisory fees*, spettanti per l'attività di consulenza finanziaria resa al cliente;
 - (iv) le c.d. commissioni di organizzazione e/o sottoscrizione (*arrangement / underwriting / participation fees*), relative all'organizzazione del finanziamento e del sindacato.

Quanto sopra in ragione anche delle seguenti considerazioni:

- le commissioni di agenzia e di organizzazione non dovrebbero essere considerate commissioni "*in relazione alla messa a disposizione dei fondi né all'utilizzo dei medesimi*" né "*corrispettivi ad esclusivo servizio del finanziamento*" in quanto non solo remunerano attività diverse ma i relativi percettori (la banca agente e gli istituti organizzatori / sottoscrittori non coincidono necessariamente con i soggetti che effettivamente mettono a disposizione ed erogano il finanziamento) ma, per di più, non vengono tipicamente riconosciute ai finanziatori che, nell'ambito della sindacazione, assumano successivamente gli stessi impegni ad erogare o rendere disponibile il finanziamento;
- le commissioni di *amendment / waiver* spesso attengono a cambiamenti sostanziali nell'assetto contrattuale e implicano modifiche che, pur non rivestendo generalmente carattere novativo del rapporto da un punto di vista civilistico, ciò non di meno incidono profondamente sull'assetto del medesimo tanto che, da un punto di vista sostanziale, la modifica equivale alla conclusione di un nuovo e diverso contratto. Inoltre, in moltissimi casi, tali modifiche si rendono necessarie in ragione di un deterioramento del merito di credito del cliente o addirittura afferiscono a posizioni incagliate se non addirittura in sofferenza. In dipendenza di ciò, non solo le commissioni remunerano complesse attività di

istruttoria, ma non ci pare possano essere assimilate (e quindi sottoposte allo stesso limite quantitativo) previste per aperture di credito accordate a clienti che, al momento della concessione dell'affidamento, non presentano problematiche di questo tipo;

- infine le commissioni di consulenza remunerano una consulenza in materia di finanza d'impresa e, come tali, non sono relative, almeno in via esclusiva, alla messa a disposizione o all'utilizzo dell'affidamento.

A tal riguardo, si propone una riformulazione della dizione "*per attività che sono a esclusivo servizio del finanziamento*", con "*per attività che sono a diretto ed esclusivo servizio della concessione dell'affidamento*". Tale modifica consentirebbe di chiarire che sono vietate ulteriori commissioni solo se, e nella misura in cui, siano direttamente ed esclusivamente connesse all'affidamento e all'erogazione del finanziamento (in linea con quella che riteniamo essere la *ratio* della norma);


- (b) la formulazione "*non possono esser previsti ulteriori oneri*" risulta ambigua (così come, per la verità, anche il non meglio precisato utilizzo del termine "oneri" nella norma primaria), e, per l'effetto, meriterebbe una precisazione nelle disposizioni applicative. Non è infatti chiaro se la stessa escluda (così come dovrebbe essere) i seguenti costi, che paiono a chi scrive andare al di là delle intenzioni del legislatore:
- (i) le spese di *hedging* per l'eventuale copertura del rischio tassi di interesse;
 - (ii) le spese legali e notarili relative alla documentazione del finanziamento e delle eventuali garanzie concesse e al relativo perfezionamento;
 - (iii) i premi assicurativi per le eventuali assicurazioni richieste a copertura del rischio del rimborso/pagamento di quanto dovuto ai sensi del finanziamento, ivi inclusi gli oneri verso agenzie (ad. es. la SACE) tipicamente presenti in operazioni di finanziamento all'esportazione o all'importazione; e
 - (iv) gli eventuali importi dovuti a titolo di imposte (e.g., imposta sostitutiva, qualora applicabile) ovvero altre tasse.

Articolo 5 (Disposizioni finali)

In merito all'Art. 5 si riportano le seguenti osservazioni circa la necessità di precisare il regime transitorio e di adeguamento dei contratti in corso (che dovrebbero essere quelli in vigore al 1° luglio 2012):

- (a) chiarire che le commissioni già corrisposte e quelle maturate alla data di entrata in vigore della deliberazione CICR (a prescindere dalla circostanza che siano state o meno già incassate) non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina;
- (b) specificare le modalità di adeguamento del contratto alla nuova disciplina in forza del rinvio all'art. 118 del TUB, e quindi se (i) il termine del 1° ottobre 2012 riguardi il mero avvio della procedura di modifica unilaterale del contratto, ovvero se entro tale data debba essere già trascorso il bimestre di preavviso senza che il cliente abbia esercitato il diritto di recesso, e (ii) lo *ius variandi* si applichi o meno anche ai contratti nei quali le parti non abbiano espressamente convenuto (ovvero abbiamo specificamente escluso) un potere di modifica unilaterale in favore dell'intermediario.

Con osservanza


Allen & Overy
Studio Legale Associato