

C L I F F O R D
C H A N C E

STUDIO LEGALE ASSOCIATO
IN ASSOCIAZIONE CON CLIFFORD CHANCE
PIAZZETTA M.BOSSI, 3
20121 MILAN
TEL +39 02 806341
FAX +39 02 80634200
VIA DI VILLA SACCHETTI, 11
00197 ROME
ITALY
TEL +39 06 422911
FAX +39 06 42291200
www.cliffordchance.com

Via e-mail:
npv.normativa_primaria@bancaditalia.it

Ns. Rif.: Consultazione art. 117-bis TUB
N. Diretto: 06 42291233 / 02 80634507
E-mail: giuseppe.depalma@cliffordchance.com

Roma, 8 giugno 2012

Spettabile
Banca d'Italia
Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza
Divisione Normativa Primaria
Via Milano 53
00184 Roma

Osservazioni al documento di consultazione del 28 maggio 2012 relativo all'attuazione dell'articolo 117-bis del Testo Unico Bancario in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti

Con il presente documento intendiamo sottoporre all'attenzione dell'Autorità di vigilanza le nostre brevi osservazioni, unitamente ad alcuni suggerimenti di modifica, al testo di deliberazione che si intende sottoporre al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) per dare attuazione alle disposizioni di cui all'art. 117-bis del Testo Unico Bancario. Il testo di deliberazione oggetto di esame è contenuto nel documento di consultazione pubblicato dall'Autorità in data 28 maggio 2012.

Desideriamo innanzitutto esprimere vivo apprezzamento per aver avviato la consultazione volta ad acquisire orientamenti delle parti interessate su un tema di tale rilevanza quale quello delle commissioni bancarie, in un momento obiettivamente delicato per l'intero sistema bancario ed imprenditoriale.

Ad avviso di chi scrive le norme introdotte a partire dal 28 dicembre 2011 pongono alcune delicate questioni interpretative che si ritiene possano e debbano essere affrontate e risolte con l'emanazione dell'attesa deliberazione del CICR, senza peraltro mettere in discussione né

I SOCI DELLO STUDIO: AVV. FILIPPO EMANUELE* AVV. ALBERTA FIGARI PROF. AVV. CRISTOFORO OSTI** AVV. PAOLO RULLI AVV. FRANCO GRILLI CICILIONI AVV. CHARLES ADAMS* AVV. GIUSEPPE DE PALMA AVV. PAOLO SERSALE AVV. FABIO GUASTADISEGNI AVV. TANJA SVETINA AVV. SIMONETTA CANDELA AVV. UMBERTO PENCO SALVI* PROF. AVV. ARISTIDE POLICE DOTT. CARLO GALLI AVV. LUCIO BONAVITACOLA PROF. AVV. CARLO FELICE GIAMPAOLINO AVV. ANTONIO GOLINO** AVV. CLAUDIO CERABOLINI

*SOLICITOR PRESSO LA CORTE SUPREMA DI INGHILTERRA E GALLES **ATTORNEY-AT-LAW, NEW YORK



le norme stesse né la sostanza delle disposizioni attuative quale emerge dal testo oggetto di consultazione.

Al fine di delinearne il contesto nel quale collocare queste nostre osservazioni al documento oggetto di consultazione, desideriamo far presente che Clifford Chance è di frequente impegnato nell'assistenza legale a clienti italiani ed internazionali per la strutturazione ed organizzazione di complesse operazioni di finanza strutturata o di impresa, di importo spesso elevato, cui spesso partecipano una pluralità di soggetti finanziatori (operazioni in pool o syndacate sul mercato internazionale). Dette operazioni sono spesso caratterizzate da una molteplicità di linee di credito aventi finalità diverse. Esse sono, per lo più, funzionali alla realizzazione di operazioni straordinarie (acquisizioni, fusioni o aggregazioni in genere) o investimenti ovvero relative al finanziamento di infrastrutture o altre iniziative di *project financing* o, infine, al rifinanziamento del complessivo debito esistente di grandi e medie imprese.

Le operazioni di finanziamento in questione, pur rappresentando solo una parte della più ampia operatività del sistema bancario italiano, sono di grande rilievo per il sistema bancario e imprenditoriale italiano in quanto consentono alle imprese italiane di accedere alla liquidità dei mercati finanziari internazionali. In assenza di detta liquidità, molte di queste operazioni sarebbero semplicemente non realizzabili o realizzabili in numero molto ridotto; rimarrebbero così frustrate le esigenze delle aziende italiane alla ricerca del supporto finanziario necessario per realizzare le aggregazioni, gli investimenti e le grandi iniziative di cui sono promotrici e di cui necessitano per competere sul mercato.

In conseguenza della loro complessità, a queste operazioni si accompagnano commissioni di mercato volte a remunerare i diversi servizi resi dalle molteplici istituzioni bancarie coinvolte nelle diverse fasi dell'operazione. A titolo esemplificativo, vogliamo menzionare le seguenti: le commissioni di organizzazione (*arranging fees/upfront fees*), dovuta a fronte della strutturazione finanziaria e dell'organizzazione dell'operazione; le commissioni di agenzia (*agency fees*), dovute a fronte dell'attività amministrative di gestione dei finanziamenti per conto del pool o del sindacato di banche; o le *waiver fees* o *consent fees*, normalmente dovute a fronte di esigenze, di cui si fa promotrice l'impresa finanziata, di deroga ad impegni contrattuali già assunti o relative all'assunzione di iniziative contrattualmente non consentite se non previo consenso dei finanziatori. In questo quadro, la sola cd. *commitment fee* appare idonea a remunerare l'impegno assunto dal finanziatore di mettere a disposizione le somme di denaro, laddove invece le altre commissioni sono funzionali a remunerare altri servizi che non appaiono invece nell'ambito delle tipiche operazioni di affidamento domestiche.

La natura di dette commissioni è determinata dalla prassi dei mercati internazionali e la loro entità è funzione del costo della liquidità su detti mercati e dell'apprezzamento del rischio di credito dei soggetti finanziati.

I documenti contrattuali che caratterizzano le operazioni in questione hanno forti caratteri di atipicità e non sono affatto inquadrabili negli schemi contrattuali che sono stati presi a riferimento nella redazione delle recenti norme introdotte al fine di regolamentare le commissioni bancarie. In molti casi, i contratti non sono regolati dalla legge italiana; ad essi, anche quando regolati dal diritto italiano, non è applicabile la facoltà di cui all'art. 118 del TUB; in breve, appaiono quindi difficilmente riconducibili ai contratti bancari tipizzati dal

codice civile, se non attraverso uno sforzo di assimilazione che la perentorietà letterale delle norme emanate dal legislatore sembra peraltro voler imporre.

D'altra parte, proprio il tenore letterale delle norme rende incerta un'interpretazione, che ci parrebbe comunque condivisibile alla luce della *ratio* e degli obiettivi dichiarati dal legislatore, che porti alla chiara esclusione di dette operazioni dal novero di quelle cui le norme sono applicabili. L'affidarsi alla natura atipica dei finanziamenti di cui si discute lascia, infatti, l'interprete e il sistema bancario e imprenditoriale nella impossibilità di raggiungere conclusioni certe.

A ciò si aggiunga che:

- (i) le esigenze di trasparenza e comparabilità che sono poste a base della normativa in discussione sono poco apprezzabili nel contesto di queste operazioni finanziarie, nell'ambito delle quali operano, anche dal lato del soggetto finanziato, soggetti di indubbia sofisticatezza e capacità negoziale;
- (ii) non pare meritevole di tutela, nel contesto sopra identificato, l'intenzione del legislatore di determinare a priori la natura e l'entità massima delle commissioni, se non anche le modalità di calcolo, atteso che i soggetti finanziati hanno autonoma e sufficiente capacità negoziale e che comunque i finanziatori non sarebbero disponibili a concedere i finanziamenti se non a fronte di una remunerazione di mercato.

Da ultimo, si ricorda che le operazioni in questione sono raramente regolate in conto corrente e non assumono mai la forma dello "sconfinamento". Ci limiteremo quindi a formulare le nostre osservazioni sulle disposizioni che attengono alla materia degli affidamenti.

Alla luce delle considerazioni sopra espresse, proponiamo di seguito le nostre osservazioni più puntuali al testo oggetto di consultazione.

1. Articolo 1 (Definizioni)

- 1.1. Si suggerisce di introdurre una precisazione finalizzata ad escludere dall'ambito di applicazione della deliberazione (e, in via interpretativa, delle norme primarie), oltre ai contratti diversi dall'apertura di credito e dai contratti previsti dall'articolo 2, i contratti che costituiscono oggetto di trattativa individuale o comunque non basati su schemi predefiniti.
- 1.2. Come noto detti contratti sono stati oggetto in passato di apposita esclusione dall'ambito di applicazione di altre disposizioni in materia di trasparenza (cfr. Sezione II - Pubblicità e informazione precontrattuale - delle "*Disposizioni sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*" emanate dalla Banca d'Italia con provvedimento del 15 febbraio 2010).
- 1.3. Se, peraltro, il nuovo assetto normativo introdotto con l'articolo 117-bis risponde ad un'esigenza di trasparenza contrattuale – come sembra potersi evincere sia dalla collocazione dell'articolo in esame all'interno del Titolo VI del Testo Unico Bancario,



sia dagli obiettivi espressamente indicati nella "*Relazione sull'Analisi di Impatto*" pubblicato dall'Autorità in data 28 maggio 2012, e identificati nella promozione di una struttura di costo semplice, facilmente comprensibile e agevolmente predeterminabile *ex ante* da parte del cliente - si ritiene, ad avviso di chi scrive, che in presenza di un regime derogatorio con riferimento ad obblighi di trasparenza certamente più ampi ed incisivi (quali, ad esempio, gli obblighi che impongono la predisposizione di un documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali e l'indicazione di un "Indicatore Sintetico di Costo"), analoga esenzione debba valere con riferimento a quegli obblighi di trasparenza che riguardino singole condizioni contrattuali quali, nella fattispecie, le commissioni bancarie.

- 1.4 L'esenzione in questione (i cui fondamenti possono essere rinvenuti nella diversità della fattispecie presa a riferimento dal legislatore) consentirebbe inoltre di sottrarre all'applicazione delle norme operazioni finanziarie che, come sopra descritto, sono poco riconducibili all'operatività bancaria in tema di affidamenti.
- 1.5 L'intervento in questione potrebbe essere utilmente realizzato - più che attraverso un'integrazione dell'articolo 2 (Ambito di Applicazione) - emendando l'articolo 1 (Definizioni) come segue:
- modificando la definizione di "apertura di credito" in "il contratto tipico previsto dall'articolo 1842 del codice civile, con esclusione dei contratti che costituiscono oggetto di trattativa individuale. Non si considerano oggetto di trattativa individuale quei contratti nei quali il concedente l'affidamento abbia predisposto schemi contrattuali predefiniti e la trattativa riguardi specifiche condizioni e clausole contrattuali"; ovvero
 - integrando la definizione di "cliente" aggiungendo la seguente frase in calce: "Ai fini della presente deliberazione non si considerano clienti i soggetti non configurabili come "clientela al dettaglio"".

2. Articolo 2 (Ambito di Applicazione)

- 2.1 Si ritiene utile, al fine di non ingenerare incertezze interpretative in merito all'ambito di applicazione della deliberazione, evitare incoerenze terminologiche sostituendo al comma 1 (prima riga) le parole "alle linee di credito" con le parole "ai contratti". Il riferimento "ai contratti" appare maggiormente in linea con il testo dell'art. 117-bis del TUB. Appare viceversa condivisibile il riferimento a "linee di credito" contenuto nel comma 2 in considerazione del richiamo ivi contenuto all'art. 27-bis del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1.
- 2.2 In subordine rispetto alle proposte contenute nel punto 1.5 che precede, riteniamo di dover proporre la modifica del punto (a), comma 1, come segue: "alle aperture di credito, salvo che il relativo contratto sia stato oggetto di trattativa individuale. Non si considerano oggetto di trattativa individuale quei contratti nei quali il concedente l'apertura di credito abbia predisposto schemi contrattuali predefiniti e la trattativa riguardi specifiche condizioni".

3. Articolo 3 (Affidamento)

3.1 In relazione al punto (a) del comma 1, si riterrebbe utile chiarire quanto segue:

- se per "somma messa a disposizione del cliente" si intende l'intero importo contrattuale dell'affidamento (che, salvo modifiche contrattuali, rimane invariato nel corso della durata del rapporto) ovvero la sola parte dell'affidamento non oggetto di utilizzo nel corso dello svolgimento del rapporto;
- se la commissione debba essere necessariamente calcolata e pagata su base trimestrale ovvero se - come ci pare più adeguato al fine di evitare che la disposizione sia ritagliata su un rigido schema negoziale - la commissione non possa superare il tetto dello 0.50% per trimestre (2% per anno), ferma restando l'autonomia delle parti nel convenire i tempi in cui la commissione matura e debba essere corrisposta.

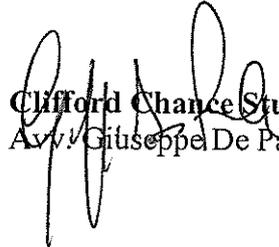
3.2 In relazione al punto (i) del comma 2, si pone l'esigenza di meglio comprendere la portata del divieto di prevedere ulteriori oneri "in relazione alla messa a disposizione dei fondi" ed il significato della successiva locuzione "attività che sono a esclusivo servizio del finanziamento". A tal proposito sarebbe quantomai opportuno chiarire:

- quale sia la disciplina laddove il contratto di finanziamento preveda una molteplicità di linee di credito e solo alcune di esse siano riconducibili alla fattispecie di "affidamento" presa a riferimento dal testo di deliberazione. Nella prassi delle operazioni in precedenza descritte, è infatti frequente il caso nel quale alle linee cd. *revolving* (che più si avvicinano al contratto tipizzato dell'apertura di credito) si accompagnano altre linee (ad es. le linee cd. *term, capex*) che sono più assimilabili ad altre fattispecie quali quelle del mutuo, della promessa di mutuo e simili. Accogliendo lo spunto interpretativo fornito nella Relazione interpretativa che accompagna il testo di deliberazione, si dovrebbe poter concludere che i contratti multilinea possano prevedere oneri aggiuntivi in quanto non riguardanti in via esclusiva il rapporto potenzialmente assimilabile all'apertura di credito;
- se il divieto di ulteriori oneri si estenda fino a ricomprendere, ma a noi ci pare di doverlo escludere, il divieto di allocare sul soggetto finanziato costi vivi dell'operazione, del tutto usuali nelle operazioni di finanziamento complesse sopra descritte, quali spese notarili, imposte (compresa l'imposta sostitutiva di cui agli articoli 15 e seguenti del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601), spese di assistenza legale, spese assicurative e spese di recupero del credito. Il dato letterale dell'attuale formulazione della disposizione in commento non pare tuttavia consentire di escludere con sufficiente certezza detti costi dal novero degli oneri vietati;
- se, come sembra potersi evincere dalla Relazione interpretativa, le commissioni tese a remunerare un servizio non strettamente correlato o comunque diverso da

quello della concessione della disponibilità della somma di denaro, quali appunto le commissioni di organizzazione, di agenzia, nonché le *waiver* e *consent fees*, possano essere legittimamente applicate. In tal caso la locuzione "attività che sono a esclusivo servizio del finanziamento" appare troppo ampia e potrebbe essere sostituita dalla seguente: "attività non direttamente riconducibili alla messa a disposizione dei fondi".

A disposizione per ogni eventuale ulteriore confronto, si inviano i più cordiali saluti.

Distinti saluti


Clifford Chance Studio Legale Associato
Avv. Giuseppe De Palma