

Con la presente si propongono dei commenti alla "proposta che la Banca d'Italia intende formulare al Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR) per dare attuazione all'articolo 117-bis del Testo Unico Bancario" (di seguito "**Proposta BIT**").

I commenti che seguono sono relativi all'ambito di applicazione della normativa e sono connessi agli impatti che la Proposta BIT avrebbe sull'operatività del credito a favore delle imprese di medie/grandi dimensioni e, in particolare, al finanziamento delle operazioni c.d. "straordinarie" delle medesime (finanziamenti per acquisizioni, finanza di progetto, etc..). Tale operatività, di seguito convenzionalmente definita come "**Operatività Non-ordinaria**", si caratterizza per:

- l'utilizzo di documentazione contrattuale non basata su formulari, integralmente negoziata tra le parti e, nella maggior parte dei casi, con il ricorso a consulenti legali esterni ad assistenza sia dell'impresa che della banca e/o delle banche finanziatrici (nei casi, estremamente diffusi, di interventi in pool);
- il ricorso ad una tipologia contrattuale atipica (non regolata dalla legge e, tra l'altro, non ricondotta espressamente dalla volontà delle parti ad alcuna tipologia di contratto bancario prevista dal codice civile) che la giurisprudenza della Suprema Corte [si veda ad esempio Cass. 10569/2007] ha individuato come "mutuo consensuale" (per distinguerlo dal mutuo "reale" previsto dall'art. 1813 del codice civile);
- l'estrema rilevanza attribuita dalle parti all'assolvimento di obblighi specifici (e diversi dal rimborso di interessi e capitale) da parte dell'impresa finanziata, obblighi che costituiscono il perno attorno cui viene concesso il finanziamento (i.e. obblighi di rispetto dei parametri finanziari, realizzazione di uno specifico progetto, etc);
- la distinzione, tra le linee di credito oggetto dell'Operatività Non-ordinaria, tra c.d. "linee term" (ossia le linee utilizzabili una sola volta e da rimborsare secondo il piano di ammortamento concordato tra le parti) e c.d. "linee revolving" (ossia le linee di credito utilizzabili più di una volta dal debitore nell'ambito di regole specifiche sulla durata dell'utilizzo e sulla possibilità di utilizzarlo nuovamente);
- la gestione - nell'ambito dell'organizzazione bancaria - dell'Operatività Non-ordinaria da parte di appositi uffici specialistici di prodotto con professionalità diverse rispetto alla rete commerciale.

Gli autori dei commenti - Davide D'Affronto e Fabrizio Dotti - assistono, in qualità di avvocati, sia imprese che banche nell'Operatività Non-ordinaria.

#### Brevi considerazioni preliminari

- l'apertura di credito e la "confusione" con le tipologie contrattuali utilizzate per l'Operatività Non-ordinaria:
  - in considerazione della "atipicità" del c.d. mutuo consensuale (non previsto dal Codice Civile né da altre leggi) taluni operatori del settore e/o cultori della materia hanno ritenuto di ricondurre le c.d. "linee revolving" all'apertura di credito di cui all'art. 1842 del codice civile, anche qualora le stesse costituiscano un mero "accessorio" di un affidamento complessivo nel quale le "linee term" sono certamente la parte principale. Non sono mancati, anche se con posizioni minoritarie, operatori che hanno ricondotto anche le c.d. "linee term" all'apertura di credito di cui all'art. 1842 del codice civile e da ultimo, addirittura, anche chi ha sostenuto la riconducibilità alle aperture di credito del c.d. credito per firma.
  - rispetto ai riferimenti normativi di cui all'art. 117-bis del TUB all'apertura di credito, la prassi operativa generalmente prende in considerazione tipologia contrattuale nella forma specifica del contratto di apertura di credito in conto corrente di cui all'articolo 1852 del codice civile (si vedano, ad esempio, le categorie di operazioni rilevanti per le legge sull'usura);

- sempre in tema di classificazione delle operazioni creditizie la Banca d'Italia ha mostrato attenzione verso l'aspetto "sostanziale" dei contratti facendolo prevalere su quello meramente formale (si vedano ad esempio le risposte fornite dalla Banca d'Italia nel novembre 2010 ai quesiti pervenuti in materia di rilevazione dei tassi effettivi globali ai sensi della legge sull'usura ed in particolare il quesito relativo ai finanziamenti c.d. "a sal" da classificarsi nella categoria, di allora, residuale);
  - risulta quanto mai necessario un intervento normativo e/o regolamentare che chiarisca gli ambiti di riconducibilità ai contratti bancari tipici delle figure contrattuali utilizzate nella prassi operativa, onde evitare che la "confusione" interpretativa abbia un prevedibile effetto paralizzante dell'operatività bancaria.
- Relazione sull'Analisi di Impatto pubblicate dalla Banca d'Italia nel maggio 2012 ("Analisi di impatto"):
    - nell'Analisi di Impatto, a pagina 3, si precisa che l'obiettivo del regolatore è quello di promuovere una struttura dei costi semplice e agevolmente predeterminabile ex ante, restando tuttavia fermo che le *"condizioni economiche praticate dovrebbero essere correlate ai costi sostenuti dalle banche e alla rischiosità delle operazioni"*;
    - come noto, l'Operatività Non-ordinaria riguarda:
      1. operazioni a maggiore rischio (leva finanziaria e/o rischiosità dei nuovi progetti, spesso di tipo "no recourse", ossia concesse a veicoli ad hoc e senza ricorso a garanzie del controllante (talvolta nemmeno consentite o soggette a significative restrizioni: si pensi al caso di finanziamento a favore di soggetto controllato da fondo d'investimento);
      2. operazioni che comportano maggiori costi, a causa del ricorso a apposite strutture di c.d. "prodotto" e della necessità di istruttorie molto articolate;
      3. la fornitura di servizi spesso articolati e plurimi (il reperimento dei finanziatori; lo svolgimento dell'attività di banca agente in caso di finanziamenti in pool, etc.);
 e tuttavia la Proposta BIT non prevede la possibilità di proporre strutture di costi diverse alla clientela qualora tale Operatività Non-ordinaria comporti l'utilizzo di forme contrattuali che ricadrebbero nella definizione di apertura di credito (quantomeno quella adesso indicata nella Proposta BIT). In altri termini, la Proposta BIT lascia gravare sulle banche tutti gli extra costi derivanti dalle attività svolte nell'Operatività Non-ordinaria; ne potrebbe quindi conseguire una riduzione o un azzeramento dell'Operatività Non-ordinaria, con conseguente rischio che le imprese ed i fondi d'investimento italiani perdano la possibilità di finanziare il compimento di operazioni straordinarie o la realizzazione di progetti significativi;
    - l'Analisi di Impatto non entra nel merito del vantaggio competitivo che, invece, le imprese straniere avrebbero rispetto alle imprese italiane nell'Operatività Non-ordinaria qualora le banche italiane, essendo vincolate nella struttura di costi da quanto previsto nella Proposta BIT, decidessero appunto di non finanziare operazioni straordinarie.
  - Sconfinamenti:
    - qualora l'Operatività Non-ordinaria venisse ricondotta nell'ambito del campo di applicazione della Proposta BIT, ad una interpretazione estensiva della stessa, ne deriverebbe una oggettiva convenienza per le imprese a "produrre" una situazione di sconfinamento piuttosto che a segnalare anticipatamente alla banca e/o alle banche finanziatrici eventuali problemi nella gestione del debito: come noto qualunque intervento nella "ristrutturazione dell'indebitamento" difficilmente sarebbe meno oneroso dei costi di una "istruttoria veloce";
    - l'Analisi di Impatto dovrebbe considerare i possibili impatti anche sul monitoraggio e sulla gestione del credito stante - salva diversa indicazione - l'impossibilità per le banche di

incassare commissioni in fase di "modifica" del rapporto, anche se la modifica venga richiesta dall'impresa finanziata.

#### COMMENTI PROPOSTI ALLA PROPOSTA BIT

- articolo 1 - lett. a) - definizione di "apertura di credito": la definizione potrebbe:
  - essere espressamente limitata alle aperture di credito in conto corrente e prevedere chiaramente l'esclusione del finanziamento per firma, in subordine
  - escludere espressamente (i) i finanziamenti per firma, (ii) i "mutui consensuali" oggetto di apposita trattativa individuale e/o il finanziamento di operazioni straordinarie (a tal proposito l'art. 1 della Proposta BIT potrebbe fornire un'apposita definizione contrattuale di "mutuo consensuale" e/o di "operazione straordinaria"), (iii) i finanziamenti in pool, (iv) le "linee revolving" quanto concesse nell'ambito di una operazione di finanziamento nella quale le altre linee costituiscono la parte preponderante dell'operazione.
  
- articolo 1 - lett. e) - definizione di "sconfinamento": la definizione dovrebbe chiarire che lo sconfinamento non include l'ipotesi di mancato rimborso del fido una volta che lo stesso risulti dovuto alla banca e/o alle banche (ciò, come detto sopra, al fine di evitare "convenienza" nel determinare uno sconfinamento).
  
- articolo 2 - comma 2 - il riferimento alle linee di credito di cui all'art. 27-bis del D.L. n.1/2012: la disposizione potrebbe chiarire con maggiore dettaglio letterale che l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 27-bis è limitato esclusivamente alle linee di credito definite nel comma 1 dell'art. 2 della Proposta BIT e a nessuna altra operazione creditizia. le finalità indicate con riferimento a tale comma nella Relazione Illustrativa diffusa dalla Banca d'Italia con la Proposta BIT (pag. 3): vale a dire.
  
- articolo 3 - comma 1 - esclusività degli oneri: il testo dovrebbe consentire il pagamento di commissioni, determinate secondo il preventivo accordo delle parti, qualora l'impresa beneficiaria richieda delle modificazioni al rapporto successivamente al stipula.

La presente e-mail viene trasmessa a titolo personale dagli autori - Davide D'Affronto e Fabrizio Dotti - e non è riconducibile allo Studio Legale Associato con Simmons&Simmons LLP, che non assumerà pertanto alcuna responsabilità sul contenuto della comunicazione.

La presente e-mail non costituisce né può essere interpretata come parere legale.

Gli scriventi manifestano ampia disponibilità a fornire ulteriori contributi e/o chiarimenti rispetto a quanto indicato nella presente.

Distinti saluti,

Avv. Davide D'Affronto - Avv. Fabrizio Dotti