

Milano-Roma, 7 giugno 2012

Spett.le

**Banca d'Italia**

Servizio Normativa e Politiche di Vigilanza – Divisione Normativa Primaria

Via Milano 53

00184 – Roma

[npv.normativa\\_primaria@bancaditalia.it](mailto:npv.normativa_primaria@bancaditalia.it)

**Risposta al documento per la consultazione pubblicato il 28 maggio 2012.**

Raccogliamo l'invito rivolto dall'Autorità di vigilanza e ringraziamo 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*". Si apprezza in particolare la decisione di svolgere la consultazione nonostante i tempi previsti dalla legge per l'entrata in vigore della deliberazione del CICR, in ragione della speciale importanza della materia.

Legance Studio Legale Associato assiste quotidianamente banche, intermediari e imprese nella stipula di contratti di finanziamento, nelle più varie forme tecniche, spesso in favore di società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio oppure società di progetto che raccolgono fondi sul mercato bancario tramite la tecnica del *project financing*.

In queste operazioni particolarmente strutturate e complesse le parti svolgono trattative individuali in posizione pressoché paritetica, poiché anche i debitori (ovvero gli sponsor o le società che esercitano su di loro direzione e coordinamento) sono in possesso di esperienza negoziale e competenze professionali specifiche. Tipicamente si tratta di contraenti tutt'altro che deboli nei rapporti con la banca, al punto che – nella aspettative dello stesso soggetto affidato – le pur dovute garanzie di trasparenza e comparabilità cedono il passo ad altre e più pressanti esigenze, quali l'assoluta certezza del diritto, l'autonomia delle parti e la speditezza delle contrattazioni.

Nella prassi degli affari, i contratti di finanziamento che prevedono la messa a disposizione di una somma di denaro ai sensi degli artt. 1842 ss. cod. civ. (c.d. linee *revolving* ovvero linee *capex* per finanziare programmi di investimento) a favore della clientela sopra descritta sono molto diversi dagli ordinari rapporti di apertura di credito in conto corrente intrattenuti dalle banche con la clientela al dettaglio. Tali contratti sono infatti caratterizzati da alcuni tratti specifici che dovrebbero a nostro avviso essere considerati nell'attuazione dell'art. 117-bis del Testo unico bancario, giustificando una radicale esclusione dal campo di applicazione della novellata disciplina o comunque alcune opportune precisazioni. Le peculiarità di maggior rilievo sono in particolare le seguenti:

PARTNERS

FILIPPO TROISI  
ALBERTO GIAMPIERI  
BRUNO BARTOCCI  
GIOVANNI NARDULLI  
ENZO SCHIAVELLO  
ALBERTO MAGGI  
ANDREA GIANNELLI  
GIAN PAOLO TAGARIELLO  
ROSELLA ANTONUCCI  
GIANDOMENICO CIARAMELLA  
MONICA COLOMBERA  
DENIS FOSSELD  
ANDREA FEDI  
MARCO GRAZIANI  
CLAUDIA GREGORI  
GUIDO IANNONI SEBASTIANINI  
FILIPPO PACCIANI  
STEFANO PARLATORE  
PAOLO POTOTSCHNIG  
LUCA AUTUORI  
EMANUELA CAMPARI BERNACCHI  
GABRIELE CAPECCHI  
CECILIA CARRARA  
SILVANO ENNE  
EMANUELE ESPOSITI  
TOMMASO LI BASSI  
GIUSEPPE LOFFREDA  
PAOLO MARZANO  
GILBERTO NAVA  
SILVIA TOZZOLI  
GIORGIO VANZANELLI  
PIERO VENTURINI

SENIOR COUNSEL

GIUSEPPE ABBRUZZESE  
VITO AURICCHIO  
MATTEO BENOZZO  
FRANCESCO BRUNO  
PAOLA FIGLIODONI  
ANDREA RUSSO  
SERGIO STARACE

- (i) elevato importo dell'affidamento, che sovente impone l'organizzazione di un *pool* di finanziatori in grado di mettere a disposizione tutta la liquidità necessaria nel rispetto della normativa prudenziale, oppure la sindacazione sul mercato interbancario e dei capitali;
- (ii) elevata complessità dell'operazione e dunque della documentazione, che è solitamente oggetto di intensa negoziazione e non è mai redatta facendo rinvio a condizioni generali di contratto o ricorrendo a schemi contrattuali predefiniti dagli intermediari: trattandosi di contratti *ad hoc* particolarmente strutturati, nei quali ciascuna clausola è oggetto di trattativa, è peraltro raro che le parti convengano la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali ai sensi dell'art. 118 del Testo unico bancario;
- (iii) nessuna o limitata rilevanza di rapporti di conto corrente eventualmente intrattenuti dal debitore con le banche partecipanti all'operazione;
- (iv) previsione di più linee di credito nell'ambito di un unico contratto di finanziamento, anche riconducibili a tipi contrattuali diversi tra loro (c.d. contratti multilinea): nella prassi bancaria è ad esempio frequente concedere al medesimo cliente e nella medesima operazione una o più linee di credito per firma o per cassa a medio-lungo termine qualificabili come mutui consensuali, mutui di scopo o promesse di mutuo a fianco di una linea invece rotativa o *stand-by* (per assicurare al soggetto finanziato elasticità di cassa ovvero fornire la provvista per programmi di investimento a medio-lungo termine) qualificabili come apertura di credito in senso stretto;
- (v) natura spesso atipica delle linee di credito utilizzate, che solo in alcuni casi sono nettamente riconducibili agli istituti tipici previsti dal codice civile; del resto non è infrequente che, secondo la prassi della *lex mercatoria*, i contratti in discorso siano assoggettati a leggi straniere (tipicamente quelle di ordinamenti anglosassoni), così da consentire alle imprese la raccolta di provvista finanziaria presso una più vasta platea di intermediari e soggetti abilitati secondo schemi contrattuali ampiamente conosciuti dal mercato;
- (vi) prestazione di servizi aggiuntivi da parte delle banche, che pur funzionali all'operazione di finanziamento nel suo complesso non possono certo considerarsi causalmente legati alla sola concessione della linea di credito, e paiono dunque meritevoli di una distinta e specifica remunerazione;
- (vii) nessuna o limitata rilevanza di ipotesi di sconfinamento.

Lo stesso legislatore ha di recente sottolineato e apprezzato la peculiarità di questi rapporti. Prova ne sia l'art. 120-*quater*, comma 9, del Testo unico bancario, che a seguito del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (conv. con modificazioni con l. 12 luglio 2011, n. 106) restringe l'applicazione delle regole in materia di surrogazione e portabilità ai soli contratti di finanziamento conclusi con persone fisiche o micro-imprese; o ancor prima l'art. 120-*ter*, che offre alla sole persone fisiche lo speciale regime di protezione nel caso di estinzione anticipata o parziale dei mutui.

Eppure valutazioni analoghe non sembrano aver trovato ancora spazio nell'*iter* normativo che ha portato all'introduzione dell'art. 117-*bis* del Testo unico bancario e dell'art. 27-*bis* del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1: la novellata disciplina pone infatti un regime generale che, salvo limitate eccezioni, sembra rivolgersi indistintamente all'universalità della clientela bancaria.

Formuliamo dunque nella presente risposta alcune osservazioni tese a sottolineare la natura *sui generis* dei predetti affidamenti, il cui recepimento potrebbe a nostro parere meglio guidare il mercato ed evitare incertezze applicative.

\*\*\*      \*\*\*      \*\*\*

## 1. Osservazioni all'Articolo 1 (Definizioni)

Notiamo che la definizione di “cliente” (art. 1, comma 1, lett. b) seleziona opportunamente un novero di soggetti rispetto ai quali non opera la disciplina generale sulla remunerazione degli affidamenti, mutuando le nozioni già impiegate dalla vigente normativa secondaria in tema di trasparenza.

La *ratio* dell'esclusione è evidente e senz'altro condivisibile, posto che l'art. 117-*bis* del Testo unico bancario pone innanzitutto una regola sulla *trasparenza* della remunerazione dei servizi bancari, che solo in via subordinata – ed entro tale ambito – si concretizza anche in un limite imperativo all'autonomia privata. In tal senso depongono la collocazione sistematica della norma entro il Titolo VI – Capo I del Testo unico bancario, il richiamo testuale alle disposizioni “*in materia di trasparenza e comparabilità*” quale principio ispiratore dell'intervento applicativo (comma 4) e non ultimo l'esplicito obiettivo di offrire adeguata “*tutela*” al cliente, la cui rilevanza teleologica è confermata dal potere del CICR sia di espandere sia di contenere il naturale ambito di applicazione della norma primaria (*ivi*).

Suggeriamo dunque di considerare un opportuno emendamento all'art. 1, comma 1, affinché la nuova disciplina trovi applicazione solo nei confronti:

- (a) della clientela al dettaglio; nonché
- (b) della clientela in genere, allorché il contratto non costituisca oggetto di trattativa individuale;

in entrambi i casi, nell'accezione indicata dalle Disposizioni della Banca d'Italia in materia di “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*” del 29 luglio 2009, e successive modificazioni<sup>1</sup>.

Del resto, buona parte della dottrina e in alcune pronunce anche la Suprema Corte hanno già avuto modo di osservare la natura *sui generis* del c.d. “contratto di finanziamento o mutuo di scopo”, che anche nel caso di affidamenti di tipo *revolving* – specie qualora la parte finanziatrice sia rappresentata da un *pool* di istituti – si configura come una fattispecie negoziale consensuale, onerosa e atipica, che assolve in modo analogo ma distinto dall'apertura di credito una funzione creditizia.

\*\*\*      \*\*\*      \*\*\*

In subordine, qualora non si ritenga di circoscrivere ulteriormente la nozione di cliente e per l'effetto il perimetro soggettivo delle nuove disposizioni, reputiamo nondimeno utili alcune precisazioni negli articoli successivi, come di seguito indicato.

## 2. Osservazioni all'Articolo 3 (Affidamento) – Comma 1

Nell'art. 3, comma 1, lettera a), si dovrebbe puntualizzare la nozione di “*somma messa a disposizione*”, indicando in particolare se la base di calcolo della commissione onnicomprensiva sia:

- (a) l'intero importo accordato, oppure

---

<sup>1</sup> In alternativa, qualora si ritenga non opportuno disapplicare la complessiva disciplina con riferimento anche alle piccole e medie imprese, suggeriamo una più limitata esclusione con riferimento a società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio *ex art. 2325-bis* cod. civ. e altre società appartenenti ai rispettivi gruppi.

- (b) quella sola parte che risulti *pro tempore* non utilizzata dal cliente e dunque disponibile in senso stretto (nella prassi, tale base di calcolo è correntemente utilizzata per l'applicazione della c.d. *commitment fee*/commissione di mancato utilizzo).

Al riguardo si registra infatti una comprensibile discordanza di opinioni tra i primi commentatori della nuova disciplina, che la deliberazione potrebbe opportunamente sciogliere nell'uno o nell'altro senso. A nostro avviso sarebbe in ogni caso preferibile la tesi *sub* (a), in quanto più coerente con la lettera della norma primaria che fa riferimento all'intera "durata dell'affidamento".

Ancora, è bene precisare se la periodicità trimestrale costituisca non solo la base di calcolo del tetto massimo alla commissione onnicomprensiva, ma anche - come parrebbe desumibile dal dato testuale dell'art. 117-bis Testo unico bancario - un termine di adempimento imperativamente stabilito. In tal caso si escluderebbe la validità di clausole che, pur nel rispetto delle soglie di legge quanto al meccanismo di maturazione della commissione, prevedano il pagamento della stessa in via anticipata per un arco di tempo più lungo, ad esempio 1 per cento per semestre oppure 2 per cento per anno (restando beninteso fermo l'obbligo della banca di restituire l'eventuale eccedenza indebitamente riscossa in anticipo, qualora per motivi sopravvenuti le somme risultino poi disponibili per un periodo inferiore).

Se non direttamente nella deliberazione del CICR, queste indicazioni di dettaglio riferite al comma 1, lettera a), potrebbero essere assunte nel contesto delle ulteriori disposizioni applicative che vengono demandate alla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 5, comma 2.

### 3. Osservazioni all'Articolo 3 (Affidamento) – Comma 2

Avuto riguardo al successivo comma 2, paragrafo i), si potrebbe chiarire il trattamento di quei rapporti che prevedano la concessione di più linee nell'ambito di un unico contratto di apertura di credito. Questo caso è assai frequente nella prassi, allorché le parti ritengano opportuno suddividere l'affidamento in diverse linee aventi caratteristiche non omogenee (ad esempio quanto alla tipologia, allo scopo, al periodo di disponibilità, alla valuta o ai termini di rimborso), eppure assoggettare il rapporto a un regime contrattuale unitario (per esempio un contratto per la concessione di una linea di tipo *capex* per finanziare lavori a stato di avanzamento e una linea di tipo *revolving* per finanziare le esigenze di circolante dell'impresa finanziata). Poiché la definizione di affidamento proposta all'articolo 1, comma 1, lettera d), sembra attribuire un ruolo preminente al dato formale del (singolo) contratto, anziché a quello sostanziale dei plurimi affidamenti, sarebbe incerta la legittimità di un regolamento negoziale che prevedesse in un unico contratto più commissioni a fronte di più linee di credito, pur essendo ciascuna di esse – in sé considerata – "onnicomprensiva" rispetto al relativo affidamento.

Nel medesimo paragrafo i) si propone anche una riformulazione della locuzione "per attività che sono a esclusivo servizio del finanziamento", indicando invece "per attività che sono a esclusivo servizio della concessione dell'affidamento". Questa osservazione è volta a precisare che sono vietate ulteriori commissioni solo in quanto strettamente e direttamente connaturate all'affidamento e all'erogazione della somma di denaro e non, come il testo attuale potrebbe suggerire, anche commissioni solo indirettamente legate alla messa a disposizione della somma, come ad esempio la commissione di agenzia (dovuta tipicamente in relazione all'attività amministrativa e di coordinamento svolta dalla banca capofila di un *pool* di finanziatori), la commissione di organizzazione o *arranging* (applicata nella prassi a fronte di attività organizzativa e consulenziale svolta nella fase di strutturazione dell'operazione di finanziamento e nella formazione del *pool* di finanziatori) oppure ancora la commissione di istruttoria dovuta a fronte di deroghe o modifiche al regolamento contrattuale (c.d. *waiver fee*), che in realtà sono volte a remunerare servizi specifici e distinti e, in quanto tali, risultano meritevoli di pattuizione e corresponsione separata a prescindere dalla commissione onnicomprensiva. Ancora, sarebbe bene puntualizzare entro che limiti sia consentito l'addebito al cliente di costi effettivamente sostenuti

