

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

Attuazione dell'articolo 117-bis del Testo unico bancario in materia di remunerazione degli affidamenti e degli sconfinamenti

Facciamo riferimento al documento per la consultazione pubblicato il 28 maggio 2012 con riferimento a quanto in epigrafe.

Ringraziamo l'Autorità di vigilanza per l'opportunità offerta e formuliamo nel seguito alcune brevi osservazioni.

1. Premessa

Linklaters Studio Legale Associato presta regolarmente assistenza legale a banche, altri intermediari autorizzati e imprese con riferimento a un'ampia gamma di operazioni di finanziamento.

La tipologia di operazioni di finanziamento sulla quale intenderemmo concentrare l'attenzione ai fini del presente documento ricomprende operazioni che presentano, in sintesi, le seguenti caratteristiche:

- (1) il finanziamento è in *pool* e spesso, oltre a essere inizialmente sottoscritto da una pluralità di finanziatori, è successivamente sindacato sul mercato interbancario italiano o europeo;
- (2) il cliente non è né un consumatore né un cliente al dettaglio, ma un'impresa costituita nella forma di una società per azioni o a responsabilità limitata (o un fondo) che agisce nell'ambito della propria attività imprenditoriale;
- (3) il finanziamento si articola in diverse linee di credito con diversa forma tecnica, che comprendono tipicamente:

This communication is confidential and may be privileged or otherwise protected by work product immunity.

Studio Legale Associato is affiliated with Linklaters LLP, a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC326345. It is a law firm authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority. The term partner in relation to Linklaters LLP is used to refer to a member of the LLP or an employee or consultant of Linklaters LLP or any of its affiliated firms or entities with equivalent standing and qualifications. A list of the names of the members of Linklaters LLP and of the non-members who are designated as partners and their professional qualifications is open to inspection at its registered office, One Silk Street, London EC2Y 8HQ, England or on www.linklaters.com and such persons are either solicitors, registered foreign lawyers or European lawyers. A list of the partners of Studio Legale Associato and their professional qualifications is available for inspection at the above address.

Please refer to www.linklaters.com/regulation for important information on our regulatory position.

- finanziamenti riconducibili alla categoria codicistica del mutuo o della promessa di mutuo o alla categoria di elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale del mutuo consensuale, con rimborso secondo un piano di ammortamento o in un'unica soluzione alla scadenza;
 - linee di credito riconducibili alla categoria di elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale dei contratti di finanziamento atipico, anche in questo caso con rimborso secondo un piano di ammortamento o in un'unica soluzione alla scadenza;
 - linee di credito riconducibili alla categoria codicistica dell'apertura di credito (ad esempio, le cd. "*revolving facility*", che prevedono il riutilizzo degli importi rimborsati e normalmente sono volte a finanziare le esigenze di capitale circolante dell'impresa, o le cd. "*capex facility*", volte a finanziare un piano di investimenti da attuarsi nell'arco di un periodo temporale di più anni);
- (4) l'affidamento è generalmente a durata determinata (spesso diversa per ciascuna linea) e non a revoca;
 - (5) i termini e le condizioni del finanziamento sono oggetto di dettagliata e articolata negoziazione tra le parti, con l'assistenza – per ciascuna parte – di legali esterni specializzati, sin dalla fase embrionale (cd. "*term sheet*") delle trattative. Il contratto di finanziamento è redatto *ad hoc* (e non fa rinvio a condizioni generali di contratto) ed è oggetto di trattativa individuale non solo con riguardo ai termini economici ma anche con riferimento alle numerose e articolate pattuizioni di contenuto non economico;
 - (6) il finanziamento è spesso (ma non necessariamente) assistito da garanzie reali tipiche o atipiche (pegno, ipoteca, privilegio speciale ex art. 46 TUB, cessione di crediti in garanzia) e di frequente prevede una pluralità di prenditori appartenenti al medesimo gruppo;
 - (7) il regime delle commissioni e dell'allocatione tra le parti degli oneri, spese e costi è assai articolato e, mentre riflette dal punto di vista strutturale la prassi del mercato italiano ed europeo, è oggetto di specifica e dettagliata trattativa tra le parti quanto all'importo e alle modalità di calcolo e corresponsione di ogni singola voce;
 - (8) talora (al fine di facilitare la partecipazione di una più ampia pletera di finanziatori, o nei casi in cui il novero dei prenditori comprenda società di diversa nazionalità) il contratto di finanziamento è regolato dal diritto inglese.

Le operazioni di finanziamento in parola si contestualizzano nell'ambito di una variegata tipologia di operazioni: *project finance*, acquisizioni di società, aziende o rami d'azienda, progetti di sviluppo industriale o immobiliare, rifinanziamenti/riqualificazioni dell'indebitamento complessivo di un'impresa o di un gruppo, finanziamento di "*start-up*" e altro.

In generale, ci sembra che l'applicazione dell'art. 117-*bis* TUB a tale tipologia di finanziamenti possa portare a talune difficoltà e inconvenienti di ordine pratico che, in ultima analisi, potrebbero riflettersi in una maggiore difficoltà per le imprese nell'accesso al credito e, insieme, a un maggior costo del credito medesimo.

In particolare, ed in estrema sintesi:

- (a) come accennato, le operazioni in parola sono generalmente "in pool". Per esigenze di celerità e semplificazione del processo, l'intero finanziamento è solitamente inizialmente sottoscritto (e spesso erogato) da una o più banche, che successivamente (dopo la firma o dopo l'erogazione, ma comunque dopo l'assunzione dell'obbligo per l'intero importo) procedono alla sindacazione del finanziamento ad altri istituti. L'attività di sottoscrizione comporta l'assunzione di un rischio (relativo all'incertezza riguardo alla possibilità di poter sindacare il finanziamento collocando sul mercato interbancario l'importo desiderato) normalmente remunerato da una commissione di sottoscrizione (o "*underwriting fee*") e un'attività di sindacazione (che si articola, ad esempio, nell'individuazione e selezione dei soggetti interessati, nell'illustrazione dell'operazione ai medesimi, nel supporto al cliente nella predisposizione del documento informativo inviato ai soggetti invitati a partecipare, e così via) normalmente remunerata da una commissione di organizzazione (o "*arrangement fee*"). Si noti che parte della commissione di sottoscrizione è normalmente retrocessa ai soggetti che intervengono nella sindacazione assumendo quote del finanziamento. Le commissioni di sottoscrizione e di organizzazione sono normalmente corrisposte in un'unica soluzione alla firma del contratto di finanziamento (o alla prima erogazione del medesimo) e calcolate in percentuale rispetto all'importo del finanziamento.

Qualora si applicassero a tali finanziamenti le limitazioni di cui all'art. 117-*bis* TUB, che escluderebbero (con riferimento alle "aperture di credito") la legittimità di commissioni di sottoscrizione e di organizzazione, sarebbe di fatto molto difficile, se non impossibile, individuare degli istituti disposti ad assumere il rischio senza una remunerazione adeguata. E anche qualora ciò fosse possibile, è presumibile che il costo del finanziamento (in termini di tasso di interesse) sarebbe molto più elevato (e, in termini assoluti, incrementalmente maggiore rispetto all'importo delle commissioni in parola). D'altro canto, il processo di individuazione del (e di negoziazione della documentazione contrattuale con) l'intero sindacato comporterebbe tempi estremamente lunghi e non necessariamente compatibili con le esigenze di celerità ed efficienza dell'impresa.

Da ultimo, la prassi descritta è in linea con la prassi sul mercato europeo ed un approccio radicalmente diverso (come sarebbe quello necessario ove si concludesse per l'applicabilità a questa tipologia di finanziamenti delle limitazioni di cui all'art. 117-*bis* TUB) renderebbe più difficile per le imprese italiane l'accesso al mercato europeo ed internazionale;

- (b) nel contesto dei finanziamenti in *pool* assume particolare rilevanza il ruolo della banca capofila (o banca agente), che svolge a beneficio della società finanziata e dei finanziatori un'attività di amministrazione del finanziamento e delle eventuali garanzie reali. L'attività è normalmente remunerata attraverso una commissione annuale (commissione di agenzia). La lettera dell'Articolo 3 (Affidamento) della delibera sembra suggerire l'inammissibilità (in un contratto che comprenda esclusivamente linee di credito qualificabili come aperture di credito) di una commissione di agenzia;
- (c) poiché, come accennato, le operazioni di finanziamento in parola comprendono di sovente finanziamenti in senso lato "atipici" e posto che la definizione codicistica di "apertura di credito" è molto ampia, è lecito attendersi che, nella pratica, gli

operatori si troveranno di frequente di fronte a fattispecie in cui la qualificazione di una linea di credito come linea diversa da una "apertura di credito" in senso stretto presenterà un grado di incertezza. Alla luce della rilevanza delle conseguenze pratiche che la qualificazione della linea di credito come "apertura di credito" comporterebbe, tale incertezza avrebbe presumibilmente degli effetti negativi sull'attuabilità dell'operazione sottostante.

2. Osservazioni all'Articolo 1 (Definizioni)

Riterremo opportuno valutare l'esclusione dalla definizione di "cliente" della clientela diversa dalla clientela al dettaglio nel caso in cui il contratto abbia costituito oggetto di trattativa individuale (nell'accezione di cui alle 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, come di volta in volta modificata).

Ci sembra infatti che i medesimi principi sottesi all'esclusione dei contratti oggetto di trattativa individuale dalla normativa di cui alla Sezione II delle richiamate disposizioni in materia di trasparenza possano trovare applicazione anche con riferimento alla disciplina relativa alla remunerazione degli affidamenti.

3. Osservazioni all'Articolo 3 (Affidamento)

(a) Si suggerisce di considerare l'opportunità di chiarire:

- (i) che l'onnicomprensività della commissione prevista dalla lettera (a) del comma 1 non comporta che, nei contratti di finanziamento "multilinea" (ovvero che prevedono, insieme a linee di credito che rientrano nelle tipologie espressamente previste dal comma 1, lettere (a)-(e) dell'Articolo 2, linee di credito che non rientrano in tali tipologie), non possano essere previste a carico del cliente commissioni od oneri che non si riferiscono esclusivamente alle linee di credito previste dal richiamato comma 1.

Ci sembra che un'indicazione in tal senso sia già prevista nella Relazione illustrativa in sede di commento alla lettera (i) del comma 2 (pag. 4, quarto capoverso), ma forse sarebbe opportuno un esplicito chiarimento sul punto.

Ciò consentirebbe ad esempio, in un contratto "multilinea", la previsione di una commissione di agenzia in quanto relativa all'amministrazione del contratto e pertanto di tutte le linee;

- (ii) se l'onnicomprensività di cui al comma 1 comporti l'impossibilità di porre a carico del cliente:
- l'imposta sostitutiva di cui agli articoli 15 e seguenti del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 (che si applica, tra l'altro, alle aperture di credito aventi durata superiore ai 18 mesi nella misura dello 0.25% dell'importo dell'affidamento);
 - le imposte di bollo e di registro dovute con riferimento alla sottoscrizione della documentazione contrattuale relativa al finanziamento (ad esempio, con riferimento agli atti costitutivi di garanzie reali);
 - le spese notarili relative alla stipulazione in forma notarile del contratto di finanziamento e di documentazione correlata (ad esempio, atti costitutivi di garanzie reali, quietanze di pagamento).

Si tratta, in tutti i casi, di costi dell'operazione che non costituiscono, per il finanziatore, né un elemento di remunerazione né il rimborso di un costo "interno" e pertanto ci sembrerebbe opportuna l'esclusione di tali voci dalle limitazioni di cui al comma 1;

- (iii) che l'onnicomprensività di cui al comma 1 non riguarda eventuali oneri o indennizzi posti a carico del cliente in caso di patologia del rapporto contrattuale: ad esempio, interessi di mora in caso di mancato rimborso alle scadenze contrattualmente pattuite, rimborso dei costi di reimpiego incorsi dalle banche in caso di rimborso non in coincidenza con le date contrattualmente previste per il pagamento di interessi.
- (b) Si suggerisce di considerare l'opportunità di chiarire se la commissione di cui alla lettera (a) del comma 1 debba essere calcolata con riferimento all'importo messo a disposizione del cliente e di volta in volta non utilizzato ovvero con riferimento all'importo messo a disposizione indipendentemente dall'importo di volta in volta non utilizzato (vale a dire, se la commissione sia alternativa al tasso di interesse o possa cumularsi ad esso con riferimento al medesimo importo).

Assumendo ad esempio che l'importo dell'affidamento sia 100, ci si chiede se rientri nella previsione del comma 1, lettera (a) una commissione dello 0,5% trimestrale che si applica per tutta la durata dell'affidamento all'importo di 100 indipendentemente dagli utilizzi, nel periodo, dell'affidamento medesimo (utilizzi che saranno remunerati, *pro rata tempore*, dal tasso di interesse di cui alla lettera (b) del comma 1).

In dipendenza dell'esito del chiarimento di cui ai paragrafi che precedono, sarebbe forse opportuno chiarire se, nei contratti di durata, la commissione di cui alla lettera (a) del comma 1 possa essere corrisposta in un'unica soluzione (ad esempio, all'apertura del rapporto): assumendo un affidamento di 100 per tre anni, ci si chiede quindi se una commissione di importo pari a 6 (0.5% di 100 per 12 trimestri) da corrispondersi alla firma del contratto di finanziamento rispetterebbe il dettato del comma 1.

Con osservanza


Linklaters Studio Legale Associato

* * *