

Commissioni bancarie a fronte della concessione di linee di credito: emanate dal CICR le disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del Testo Unico Bancario

Contenuti

1. Articolo 117-bis TUB
2. Le disposizioni del CICR
3. Aperture di credito rotative regolate in conto corrente
4. Valutazione prudenziale delle aperture di credito non rotative
5. Commissione onnicomprensiva
6. Spunti di riflessione per alcune commissioni diffuse nella prassi
7. Conclusioni

Con decreto d'urgenza n. 644 del 30 giugno 2012 il Ministro dell'economia e delle finanze, nella qualità di Presidente ed in sostituzione del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR)¹, ha emanato disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del decreto legislativo n. 385 dell'1 settembre 1993 (TUB) in tema di remunerazione onnicomprensiva degli affidamenti e degli sconfinamenti nei contratti di conto corrente e di apertura di credito.²

L'articolo 117-bis TUB, introdotto nel dicembre 2011, dispone che *"i contratti di apertura di credito possono prevedere, quali unici oneri a carico del cliente, una commissione onnicomprensiva calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, e un tasso di interesse debitore sulle somme prelevate"*. Considerata l'ampiezza della nozione di "apertura di credito" fornita dal codice civile e la genericità del nuovo dettato normativo, le disposizioni diedero avvio sin dalla loro introduzione ad un intenso dibattito interpretativo circa l'ambito di applicazione. Si è infatti discusso se il limite alle commissioni, individuato nello 0,5% trimestrale delle somme messe a disposizione, fosse applicabile solo ai rapporti di apertura di credito in conto corrente intrattenuti dalle banche con la clientela al dettaglio, ovvero anche ad operazioni più complesse a beneficio di società ed altre persone giuridiche.

Il CICR, nell'adottare le disposizioni applicative dell'articolo 117-bis TUB previste dal comma 4 del medesimo articolo, ha definito con maggiore dettaglio le tipologie di rapporti rilevanti ai fini dell'applicazione del nuovo regime di commissioni ed ha fornito elementi ulteriori che consentono di determinare l'importo e le caratteristiche delle commissioni stesse.

Premangono, tuttavia, alcuni dubbi interpretativi.

La presente nota fornisce una panoramica dell'ambito di applicazione della nuova normativa e dei limiti alle commissioni imposti dalla stessa, nonché alcune preliminari riflessioni in merito alla legittimità di alcuni tipi di commissioni che hanno finora trovato applicazione nella prassi bancaria relativamente alle operazioni di finanziamento più complesse. Considerato che tali operazioni tipicamente non assumono la forma dello "sconfinamento", la nota si concentra esclusivamente sulle disposizioni concernenti gli "affidamenti".

¹ Il decreto, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana SG n. 155 del 5 luglio 2012, è stato emanato ai sensi dell'articolo 3, comma 2, del TUB, il quale prevede che, in caso di urgenza, il Ministro dell'economia e delle finanze sostituisca il CICR, di cui è Presidente.

² Il decreto tiene conto altresì di quanto previsto dall'articolo 27-bis, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, come modificato dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del decreto legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 maggio 2012, n. 62. L'articolo 27-bis prevede la nullità di tutte le clausole comunque denominate che prevedano commissioni a favore di banche a fronte della concessione di linee di credito, della loro messa a disposizione, del loro mantenimento in essere, del loro utilizzo anche nel caso di sconfinamenti in assenza di affidamento ovvero oltre il limite, stipulate in violazione delle disposizioni applicative dell'articolo 117-bis del TUB adottate dal CICR.

1. Articolo 117-bis TUB

L'articolo 117-bis TUB impone alle banche ed agli altri intermediari autorizzati di prevedere per i contratti di apertura credito, quali unici oneri in capo al cliente:

- una commissione omnicomprendiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento, non superiore allo 0,5% per trimestre;
- un tasso di interesse sulle somme prelevate.

Le clausole, comunque denominate, non conformi al disposto dell'articolo 117-bis sono affette da nullità, senza tuttavia che la nullità della clausola comporti la nullità dell'intero contratto.

2. Le disposizioni del CICR

Secondo le disposizioni del decreto CICR del 30 giugno 2012 i predetti limiti alle commissioni introdotti dall'articolo 117-bis TUB si applicherebbero esclusivamente alle aperture di credito:

- intrattenute con i clienti dell'intermediario, anche se diversi dai consumatori - per "cliente" si intende ogni soggetto, tranne quelli espressamente esclusi³, che abbia in essere un rapporto contrattuale con l'intermediario;
- che prevedono la facoltà del cliente di utilizzare e ripristinare la disponibilità delle somme (le c.d. aperture di credito rotative o *revolving*);
- regolate in conto corrente.

Le disposizioni applicative emanate dal CICR sono entrate in vigore l'1 luglio 2012 e prevedono che i contratti in corso a tale data debbano essere adeguati entro l'1 ottobre 2012 con l'introduzione di clausole conformi all'articolo 117-bis TUB. L'esigenza di adeguare i contratti in corso costituisce, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 118 TUB, un giustificato motivo per avvalersi della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni dei contratti in corso. Ove tale norma non trovasse applicazione con riferimento al rapporto in essere, gli intermediari dovranno, entro l'1 ottobre, formulare al cliente una proposta di adeguamento.

Né l'articolo 117-bis TUB, né il decreto CICR dispongono sulle conseguenze della nullità delle clausole che prevedono oneri diversi o non conformi a quelli stabiliti, se non per disporre che la nullità non si estende all'intero contratto. Dalla nullità della clausola dovrebbe conseguire in linea di principio la carenza del diritto dell'intermediario di percepire alcun compenso per il servizio pattuito.

Il decreto CICR prevede infine che la Banca d'Italia possa emanare disposizioni applicative dello stesso, ad oggi non ancora introdotte.

3. Aperture di credito rotative regolate in conto corrente

Il decreto CICR non rende esplicite le ragioni per cui il nuovo regime sulle commissioni si applicherebbe alle sole aperture di credito rotative regolate in conto corrente e non ad altre tipologie di aperture di credito, non ostante il dettato dell'articolo 117-bis TUB si riferisca alle aperture di credito in generale.

³ Non ostante l'articolo 117-bis TUB non contenga esplicite indicazioni al riguardo, il decreto CICR esclude dalla nozione di "cliente" i seguenti soggetti: banche, società finanziarie, istituti di moneta elettronica, istituti di pagamento, imprese di assicurazione, imprese di investimento, organismi di investimento collettivo del risparmio, società di gestione del risparmio, società di gestione accentrata di strumenti finanziari, fondi pensione, Poste Italiane S.p.A., Cassa depositi e prestiti e ogni altro soggetto che svolge attività di intermediazione finanziaria, comprese le società appartenenti al medesimo gruppo dei predetti soggetti. Nella memoria di accompagnamento del decreto CICR l'esclusione è motivata con il riferimento alle disposizioni della Banca d'Italia in tema di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari.

Nel resoconto della consultazione relativa al contenuto del decreto CICR, datato giugno 2012 e pubblicato sul sito della Banca d'Italia, si legge che è stata ritenuta condivisibile la proposta, avanzata da molti partecipanti alla consultazione, di escludere le *“linee di credito concesse nell'ambito di operazioni di particolare complessità (come il project financing, il finanziamento delle infrastrutture, etc.)”*, che si distinguono dalla tipica apertura di credito offerta a clientela retail in quanto: *(i) costituiscono integralmente oggetto di trattative individuali precedute da attività di carattere organizzativo e di consulenza, (ii) sono spesso assoggettate a legislazioni estere, (iii) hanno una articolata struttura delle commissioni che ne rispecchia la complessità*, in quanto tali operazioni *“esulano sicuramente dalla ratio sostanziale della nuova norma, che è indirizzata ai contratti con caratteristiche tecniche proprie dei rapporti al dettaglio”*.

Peraltro il decreto CICR è stato accompagnato da una memoria anch'essa pubblicata sul sito della Banca d'Italia, nella quale si legge che *“indici letterali dell'intenzione di disciplinare esclusivamente le fattispecie regolate in conto corrente”* sono stati rinvenuti *“nei richiami al contratto di conto corrente contenuti nell'articolo 117-bis, comma 1 e nell'articolo 1, comma 1-ter del decreto legge n. 29 /2012”*. Tali richiami, secondo l'estensore della memoria, lascerebbero *“presupporre che il legislatore abbia inteso prendere in considerazione esclusivamente i casi in cui esiste un conto corrente sul quale sono regolate le operazioni disciplinate dall'art. 117-bis TUB”*. Si aggiunge che *“sembrano infatti esulare dal campo di applicazione dell'art. 117-bis le tipologie complesse di finanziamento (es. project financing) in cui la linea di credito è regolata in maniera autonoma rispetto al conto corrente⁴.”*

In altri termini, l'estensore della citata memoria sembra ritenere, in linea con quanto esposto nel resoconto della consultazione, che attraverso il richiamo al conto corrente effettuato nell'articolo 117-bis, comma 1, TUB (avvenuto in sede di modifica dello stesso nel marzo 2012, peraltro con tecnica legislativa di fattura non pregevole) si sia voluto introdurre il limite alle commissioni esclusivamente per i contratti di apertura di credito meno sofisticati e più diffusi presso la clientela al dettaglio, vale a dire quei contratti che si sostanziano nella generica messa a disposizione delle somme da parte dell'intermediario in favore del cliente, il quale effettua utilizzi attraverso prelievi dal conto e ne ripristina la disponibilità mediante successivi versamenti sul conto stesso. In tale ipotesi la linea di credito esaurirebbe sostanzialmente i propri effetti attraverso le movimentazioni del conto corrente, la cui operatività assumerebbe pertanto rilievo primario nell'operazione complessiva. Da qui la postulata esclusione dal limite alle commissioni delle aperture di credito che le parti hanno disciplinato specificamente e articolatamente, in maniera autonoma rispetto al conto corrente cui l'apertura è *“appoggiata”*, che rimane in questo caso accessorio. Tali aperture di credito, normalmente destinate a finanziare operazioni complesse, sono ritenute coincidere nella prassi con le aperture di credito non rotative.

Tuttavia, da un lato, non sembra che le citate motivazioni addotte nel resoconto della consultazione siano logicamente idonee a giustificare l'esclusione delle aperture di credito non rotative dal limite alle commissioni introdotto dall'articolo 117-bis TUB per tutte le aperture di credito. Può immaginarsi, infatti, un complesso contratto avente ad oggetto una apertura di credito non rotativa che abbia formato oggetto di trattative individuali o sia regolato dalla legge straniera. Non per tali motivi il contratto perderebbe la natura di apertura di credito. Né l'ipotetica minor diffusione di aperture di credito non rotative presso la clientela al dettaglio sembra costituire un valido elemento di differenziazione alla luce della lettera dell'articolo 117-bis TUB.

Dall'altro lato, il fatto che una apertura di credito sia regolata in conto corrente non appare idoneo sotto il profilo tecnico a superare il dato letterale dell'articolo 117-bis TUB, il quale si riferisce nel primo periodo a tutte le aperture di credito.

⁴ Non è chiaro se il decreto CICR intenda che una apertura di credito rotativa sia equivalente ad una *“regolata in conto corrente”*, ovvero se le due caratteristiche siano distinte. Mentre l'insegnamento tradizionale è nel senso che per *“apertura in conto corrente”* si intende quella rotativa, il documento di consultazione e la memoria sembrano distinguere le due caratteristiche, ricollegandovi considerazioni diverse.

4. Valutazione prudenziale delle aperture di credito non rotative

Le norme introdotte dal decreto CICR costituiscono certamente una interpretazione autorevole dell'articolo 117-*bis* TUB.

Tuttavia, considerato che l'articolo 117-*bis* si riferisce letteralmente a tutte le aperture di credito (e non solamente a quelle rotative e regolate in conto corrente), e conferisce al CICR il potere di estendere l'ambito di applicazione della normativa ad altri contratti (ma non quello di ridurlo), non pare ragionevole trascurare l'ipotesi che possa essere accolta in sede giudiziale una interpretazione letterale, diversa da quella sostanzialistica verosimilmente adottata dal CICR nel decreto, secondo la quale il limite alle commissioni si applicherebbe anche alle aperture di credito non rotative.

Occorrerà in questo caso individuare, tra le varie fattispecie di apertura di credito diffuse nella prassi, quelle in cui sia assente il carattere rotativo, le quali potrebbero essere soggette, secondo la diversa interpretazione prospettata, al limite delle commissioni introdotto dall'articolo 117-*bis* TUB.

Si possono escludere con certezza tutte quelle concessioni di credito riconducibili allo schema del mutuo, disciplinato agli articoli 1813 ss. del codice civile, che si caratterizza per l'immediatezza della consegna delle somme al beneficiario, con modalità tali da escludere l'esistenza di un apprezzabile periodo di disponibilità giuridica delle stesse⁵.

Del tutto ragionevole appare l'esclusione anche di quelle tipologie di concessione di credito che, sebbene prevedano un apprezzabile periodo di disponibilità giuridica di somme in favore del beneficiario, si connotano per la destinazione specifica delle stesse ad una operazione individuata dalle parti o dalla legge. E' questo il caso, tra gli altri, del c.d. "finanziamento di scopo", il cui elemento distintivo risiede, diversamente dall'apertura di credito, nell'esistenza dell'obbligo a carico del beneficiario di destinare le somme messe a disposizione ad uno specifico investimento⁶. Tale obbligo, declinato secondo gradi di complessità funzionali al tipo e alle modalità dell'investimento, costituisce normalmente il presupposto per il mantenimento del fido e degli eventuali benefici di legge. La violazione dell'obbligo di destinazione dà luogo al rimborso anticipato del finanziamento erogato ed alla perdita dei benefici.

Non sembra, invece, altrettanto agevole escludere dall'applicazione della normativa sui limiti alle commissioni, non ostante il dettato del decreto CICR, quelle aperture di credito non rotative il cui perfezionamento avviene per effetto dell'accordo delle parti, mentre la consegna del denaro è prevista in uno o più momenti futuri in esecuzione dell'obbligazione assunta dall'intermediario di mettere somme genericamente a disposizione del beneficiario, come è il caso per alcune tipologie delle c.d. "term facilities" e delle c.d. "capex facilities".

Ancora con riguardo al campo di applicazione della normativa, vale infine la pena di ricordare che né le citate norme dell'articolo 117-*bis* TUB, né quelle applicative introdotte dal decreto CICR, hanno espressamente affrontato la questione dell'applicabilità dei nuovi limiti ai contratti retti dalla legge straniera. La questione resta pertanto regolata dalle disposizioni del nostro diritto internazionale privato e processuale, con particolare riferimento alle norme interne di applicazione necessaria e alle norme inderogabili della legge del foro.

⁵ Tradizionalmente il mutuo è fatto rientrare nella categoria dei contratti reali, che si perfezionano con la consegna del bene ("Il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di denaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie o qualità" - articolo 1813 c.c.). Nelle aperture di credito, invece, la consegna del denaro costituisce esecuzione di un contratto già perfezionato con lo scambio dei consensi. Si caratterizza, pertanto, per l'assunzione dell'obbligo da parte della banca di mantenere somme a disposizione del cliente, che potrebbe anche non utilizzarle ("L'apertura di credito bancario è il contratto col quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di danaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato" - articolo 1842 c.c.).

⁶ Imposto per legge, come ad esempio nei crediti speciali o agevolati; o anche voluto dalle stesse parti, come nel caso del *project finance*, del finanziamento delle opere infrastrutturali, del finanziamento della costruzione di navi, aeromobili, ecc..

5. Commissione onnicomprensiva

I contratti di apertura di credito soggetti al limite imposto dall'articolo 117-*bis* TUB possono prevedere, oltre agli interessi sulle somme prelevate, esclusivamente una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento. L'ammontare di tale commissione potrà essere liberamente determinato nel contratto in coerenza con quanto previsto dal decreto CICR a condizione che non superi lo 0,5%, per trimestre, della somma messa a disposizione del cliente.

Al riguardo il decreto CICR specifica che:

- (a) l'omnicomprensività della commissione comporta che non possano essere previsti ulteriori oneri in relazione alla messa a disposizione dei fondi né all'utilizzo dei medesimi, ivi inclusi commissioni per l'istruttoria⁷, spese relative al conteggio degli interessi e ogni altro corrispettivo per attività che sono "a esclusivo servizio dell'affidamento";
- (b) non rientrano nella commissione onnicomprensiva: le imposte, le spese notarili, gli oneri conseguenti a inadempimenti del cliente, le spese per l'iscrizione dell'ipoteca, le spese a fronte di servizi di pagamento per l'utilizzo dell'affidamento;
- (c) la commissione si applica sull'intera somma messa a disposizione del cliente in base al contratto (a prescindere dall'effettivo utilizzo) e per il periodo in cui la somma stessa è messa a disposizione;
- (d) la commissione viene addebitata al cliente secondo quanto previsto dal contratto; se addebitata in anticipo, in caso di estinzione anticipata del rapporto ne viene restituita la parte eccedente.

L'espressione "*ciascun affidamento concesso per mezzo di un contratto*" lascia intendere che l'intermediario possa applicare una commissione onnicomprensiva per ciascuna linea di credito, nel caso in cui le linee siano riconducibili ad un unico contratto di apertura di credito; tale interpretazione è confermata dalle considerazioni espresse nel resoconto della consultazione datato giugno 2012 e pubblicato sul sito della Banca d'Italia.

6. Spunti di riflessione per alcune commissioni diffuse nella prassi

Il decreto CICR contiene un breve elenco di oneri che debbono intendersi inclusi nella commissione onnicomprensiva; l'elenco non è però esaustivo, come testimonia l'espressione di chiusura "a esclusivo servizio dell'affidamento". Da tale espressione si potrà argomentare, *a contrario*, che tutto ciò che non è ad "esclusivo" servizio dell'affidamento (e quindi della concessione, della messa a disposizione e del mantenimento) della linea di credito potrà essere remunerato con una commissione diversa ed aggiuntiva.

Esponiamo, di seguito, alcune riflessioni riferite ad alcune tipologie di commissioni di uso frequente nelle operazioni di finanziamento più complesse.

Arrangement fees - Remunerano tipicamente l'organizzazione e la strutturazione finanziaria dell'operazione. Si può sostenere che tale attività, seppur collegata alla messa a disposizione dei fondi, sia invero autonoma (e quindi non "a servizio"), in quanto non accessoria all'affidamento ed ontologicamente diversa e logicamente antecedente allo stesso; tale attività, infatti, consiste in genere nella ricerca e nella messa a punto di strutture contrattuali o nel coinvolgimento di controparti, al fine di concedere l'affidamento a condizioni migliori o utilizzando una provvista altrimenti non disponibile (es. organizzazione del *pool* dei finanziatori o reperimento di una provvista agevolata). La legittimità di tali commissioni sarà tanto meno posta in discussione quanto più complesse e sofisticate saranno state le attività di strutturazione e organizzazione. Assume rilievo la circostanza che l'attività prevista, la sua finalità e gli oneri dovuti siano documentati in modo chiaro ed eventualmente separato dal contratto di finanziamento.

⁷ Considerato che il decreto CICR dispone espressamente che nella commissione onnicomprensiva sono ricomprese le spese di istruttoria, pare difficile considerare legittimo in via generale l'addebito al cliente degli onorari dei consulenti legali cui l'intermediario abbia affidato l'incarico di predisporre il contratto.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

Roma

Luigi Chessa
Tel. +39 06 478751
lchessa@gop.it

Stefano Agnoli
Tel. +39 06 478751
sagnoli@gop.it

Milano

Ottaviano Sanseverino
Tel. +39 02 763741
osanseverino@gop.it

Matteo Bragantini
Tel. +39 02 763741
mbragantini@gop.it

Emanuele Grippo
Financial Markets
Tel. +39 02 763741
emgrippo@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Londra

New York

www.gop.it

Commitment fees - Remunerano l'impegno assunto dal finanziatore di tenere a disposizione le somme di denaro. Per essere ritenute legittime queste commissioni dovranno rispettare i parametri della nuova normativa.

Agency fees - Remunerano l'attività amministrativa di gestione del finanziamento per conto del sindacato di banche. In generale, e salve diverse valutazioni in concreto per operazioni particolarmente complesse, è difficile sostenere che tali attività non siano a servizio dell'affidamento, in particolare del suo mantenimento. Si tratta infatti, almeno nelle operazioni meno complesse, di attività di mera amministrazione del prestito come ad esempio la notifica del tasso di interesse o di calcoli effettuati in base a previsioni contrattuali o la valutazione delle informazioni periodicamente fornite dal prestatore. Nel caso di un contratto bilaterale lo spazio per la legittimità di simili commissioni appare ancora più esiguo.

Waiver o consent fees - Sono dovute a fronte dell'esigenza, normalmente rappresentata dal prestatore, di derogare ad impegni contrattuali assunti ovvero di autorizzare atti contrattualmente non consentiti se non con il previo consenso del finanziatore. Remunerano il costo dell'attività istruttoria aggiuntiva ovvero l'aumento del rischio per il finanziatore. Nel caso in cui tali commissioni abbiano effettivamente la funzione di tenere indenne il finanziatore dai costi, aggiuntivi e non preventivati in occasione della concessione del finanziamento, derivanti dalla richiesta di deroga agli impegni contrattuali, sembra ragionevole ritenere che tali commissioni siano legittime, potendo anche rientrare tra "gli oneri conseguenti a inadempimenti del cliente" indicati dal CICR.

7. Conclusioni

Tenendo conto delle disposizioni emanate dal CICR e sulla scorta delle riflessioni di carattere generale esposte nella presente nota, occorrerà, al fine di determinare la legittimità della clausola con cui sono addebitate commissioni al cliente, valutare per ciascun caso specifico:

- le caratteristiche del relativo contratto di finanziamento (se mutuo, finanziamento di scopo, apertura di credito o altro), prestando attenzione, in via prudenziale, anche alle operazioni finanziarie prive del carattere della rotatività;
- il tipo di servizio prestato dall'intermediario oggetto di remunerazione attraverso commissione (*arrangement fees, commitment fees, agency fees, waiver fees* ecc.).

INFORMATIVA EX ART. 13 D. LGS. 196/2003 - Codice in materia di protezione dei dati personali

I dati personali oggetto di trattamento da parte dello studio legale Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners (lo "Studio") sono quelli liberamente forniti nel corso di rapporti professionali o di incontri, eventi, workshop e simili, e vengono trattati anche per finalità informative e divulgative. La presente newsletter è inviata esclusivamente a soggetti che hanno manifestato il loro interesse a ricevere informazioni sulle attività dello Studio. Se Le fosse stata inviata per errore, ovvero avesse mutato opinione, può opporsi all'invio di ulteriori comunicazioni inviando una e-mail all'indirizzo: relazioniesterne@gop.it. Titolare del trattamento è lo studio Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners, con sede amministrativa in Roma, Via delle Quattro Fontane 20.