



L'istruttoria del credito e la valutazione delle garanzie: profili giuridici

PARADIGMA, *Forum Garanzie*, Milano 24 marzo 2010

Prof. Avv. Matteo De Poli, Studio De Poli – Venezia

www.studiodepoli.it

Il piano dell'intervento

- I. L'istruttoria del credito e la valutazione delle garanzie secondo le nuove disposizioni di vigilanza prudenziali per le banche
- II. Le principali problematiche giuridiche legate all'istruttoria ed alla concessione di credito:
 - i) *il conflitto di interessi tra richiedente il credito e la banca e la disciplina delle obbligazioni degli esponenti bancari*
 - ii) *il rischio di una concessione abusiva di credito*



Istruttoria del credito e disposizioni di vigilanza prudenziale

I concetti chiave

- Istruttoria di credito: è il giudizio sul merito creditizio del richiedente il credito, che passa attraverso la ponderazione delle caratteristiche del debitore, della capacità di indebitamento e di rimborso, dell'effettivo fabbisogno di credito
- Rischio di credito: è il “*rischio di perdita per inadempimento dei debitori*”
- Patrimonio di vigilanza è il “*presidio a fronte dei rischi connessi con la complessiva attività bancaria*”
- Requisito minimo di patrimonializzazione: è la quantità minima di disponibilità di mezzi patrimoniali per far fronte al rischio di solvibilità della controparte
- Coefficiente di ponderazione: esprime una misura del rischio di credito

Istruttoria e requisiti patrimoniali: Basilea 2

(Circolare Banca d'Italia n. 263/2006, aggiornata al 2009)

- L'esposizione creditoria complessiva della banca deve essere proporzionata al patrimonio di vigilanza (*“8% del complesso delle esposizioni ponderate”*).
- Le singole erogazioni di credito devono essere ponderate diversamente le une dalle altre, a seconda dei rischi di credito e di controparte che comportano.
- La ponderazione del rischio di credito può avvenire con due metodi: (A) metodologia standardizzata; (B) metodologia basata su rating interni (cd. IRB).

Metodologia standardizzata

I requisiti patrimoniali a fronte del rischio di credito sono determinati sulla base:

- della suddivisione delle esposizioni in diverse classi, in base alle caratteristiche della controparte o alle peculiarità del rapporto o del suo stato;
- dell'applicazione a ciascuna classe di un coefficiente di ponderazione, stabilito anche in funzione della valutazione di merito di credito (*rating*) attribuita da soggetti all'uopo riconosciuti da Banca d'Italia (ECAI) o da agenzie di credito alle esportazioni (ECA) riconosciute da Banca d'Italia o da un'autorità competente di altro Stato comunitario;

Metodologia IRB

Può essere utilizzata solo dai soggetti autorizzati da Banca d'Italia.

Per ottenere l'autorizzazione è necessario il possesso di determinati requisiti organizzativi e quantitativi;

La banca calcola autonomamente il *rating* da attribuire alle singole operazioni e, in base al *rating* attribuito, determina la ponderazione dell'operazione in questione.

Le “tecniche di attenuazione del rischio di credito”, ossia le garanzie del credito

- Ai fini di Basilea 2 sono considerate “*tecniche di attenuazione del rischio di credito*” (*Credit Risk Mitigation, CRM*): **a**) i “contratti accessori al credito”; **b**) gli “altri strumenti e tecniche che determinano una riduzione del rischio di credito, riconosciuta in sede di calcolo dei requisiti patrimoniali”
- Le novità rispetto alla previgente normativa prudenziale: **a**) è stata ampliata la possibilità di utilizzo degli strumenti di CRM; **b**) l’ampliamento è accompagnato da una più puntuale indicazione dei requisiti di ammissibilità giuridici, economici e organizzativi per il riconoscimento a fini prudenziali e delle modalità di calcolo della riduzione del rischio (quindi del fabbisogno di patrimonio) che il loro utilizzo determina.

I requisiti di ammissibilità delle tecniche di CRM

- Sono di due tipi: a) **generali**; b) **specifici** (per ciascuna garanzia);
- Entrambi devono essere posseduti al momento di costituzione della garanzia e per tutta la durata della stessa.
- I requisiti generali sono:
 - a) il carattere vincolante dell'impegno giuridico tra le parti;
 - b) l'azionabilità in giudizio;
 - c) la documentabilità;
 - d) l'opponibilità ai terzi in tutte le giurisdizioni rilevanti ai fini della costituzione e dell'escussione;
 - e) la tempestività di realizzo in caso di inadempimento.

Le categorie di CRM riconosciute

Ai fini del calcolo del requisito patrimoniale, le tecniche di CRM riconosciute sono suddivise in due categorie generali:

A) La cd. “protezione del credito di tipo reale (*funded*)”: consiste in tutte quelle tecniche che attribuiscono all’acquirente di protezione il diritto al soddisfacimento del credito a valere su attività o somme di denaro specificamente individuate;

B) La cd. “protezione del credito di tipo personale (*unfunded*)”: consiste in tutte quelle tecniche fondate sull’impegno di un terzo di pagare un determinato importo nell’eventualità dell’inadempimento del debitore o del verificarsi di altri specifici eventi connessi con il credito.



Sui requisiti di ammissibilità delle tecniche di attenuazione del rischio di credito

In particolare: sul requisito della “certezza giuridica”

La protezione del credito acquisita dalla banca deve essere giuridicamente:

- i) valida,
- ii) efficace,
- iii) vincolante per il fornitore di protezione e
- iv) opponibile ai terzi in tutte le giurisdizioni rilevanti, e ciò anche in caso di insolvenza o di sottoposizione a procedura concorsuale del debitore principale e/o del fornitore della protezione.

Certezza giuridica e revocabilità fallimentare

Le disposizioni di Banca d'Italia prevedono che la **mera possibilità di esercizio dell'azione revocatoria** non fa venire meno il requisito della “certezza giuridica” degli strumenti di attenuazione del rischio di credito.

Pertanto, i relativi effetti ai fini prudenziali possono essere riconosciuti fin dalla costituzione della protezione del credito, *senza attendere il decorso del periodo di consolidamento.*

Continua: certezza giuridica e adempimenti della banca

- La banca che riceve la protezione del credito:
 - a) Controllerà che lo strumento utilizzato le conferisca un diritto pieno e liberamente azionabile in giudizio per l'attivazione della protezione stessa;
 - b) non riconoscerà validità ad impegni di tipo **morale o sociale**, *gentleman agreement* ecc.;
 - c) provvederà a tutti gli adempimenti richiesti per la validità, l'efficacia, la vincolatività e l'opponibilità della protezione del credito, in base alla legge applicabile al momento;
 - d) provvederà alla acquisizione e alla conservazione della documentazione idonea ad attestare esplicitamente la sussistenza della protezione del credito;
 - e) si accerterà che il “fornitore di protezione” non possa opporre, in base alla disciplina applicabile, eccezioni che possano inficiare la validità, l'efficacia, la vincolatività e l'opponibilità della protezione.

Ancora sui requisiti generali: la tempestività di realizzo della garanzia

- Secondo Banca d'Italia la protezione dal rischio di credito deve essere “**realizzabile tempestivamente**”.
- A tal fine, le banche devono adottare tecniche e procedure che consentano di attivare rapidamente le iniziative volte al realizzo delle attività poste a protezione del credito, attraverso la loro liquidazione e l'acquisizione del ricavato ovvero attraverso l'acquisizione diretta delle attività poste a garanzia (ad esempio, assegnazione degli immobili).

La protezione del credito di tipo reale

La protezione del credito di tipo reale è costituita, tra l'altro, da:

- a) garanzie reali finanziarie (*collateral*) - aventi ad oggetto contante, determinati strumenti finanziari, oro - prestate attraverso contratti di pegno, di trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, di pronti contro termine, di concessione e assunzione di titoli in prestito [nota **la mancata menzione del trust**]
- b) accordi-quadro di compensazione (*master netting agreements*) che riguardano operazioni di pronti contro termine, di concessione e assunzione di titoli in prestito, finanziamenti con margini;
- c) compensazione delle poste in bilancio (*on balance sheet netting*);
- d) ipoteche immobiliari e operazioni di leasing immobiliare, aventi ad oggetto gli immobili che presentano le caratteristiche previste dalla normativa di vigilanza;

Sulle garanzie reali finanziarie

- Sono considerate “garanzie reali finanziarie” i diritti reali di garanzia e gli altri diritti a contenuto equivalente aventi ad oggetto attività connotate da un adeguato grado di liquidità e con valore di mercato sufficientemente stabile nel tempo, quali **a)** l'oro, **b)** i depositi in contante; **c)** gli altri strumenti di natura finanziaria quali: **i)** depositi in contante e strumenti assimilabili detenuti presso la banca che acquista protezione; **ii)** titoli di debito aventi determinate caratteristiche (*rating*); **iii)** titoli di capitale e obbligazioni convertibili compresi in uno dei principali indici di borsa; **iv)** quote di OICR, se hanno una quotazione pubblica giornaliera ecc.

Continua sulle garanzie reali finanziarie

- Vi rientrano le garanzie prestate attraverso: i) il pegno; ii) i contratti di trasferimento della proprietà con funzione di garanzia; iii) le *credit linked notes*; iv) le operazioni di pronti contro termine (attive e passive) e di concessione e assunzione in prestito di titoli, a condizione che esse siano contabilizzate nel portafoglio bancario; v) le operazioni rientranti nella definizione di contratti di garanzia finanziaria disciplinati dal d.lgs. n. 170/2004, quando abbiano ad oggetto le attività finanziarie prima indicate

I requisiti specifici delle garanzie finanziarie

La “correlazione”, il “valore equo”, la “separatezza”

Per essere riconosciute a fini patrimoniali, le garanzie finanziarie devono rispettare le seguenti caratteristiche:

1. **Correlazione** – Non deve esistere una rilevante correlazione positiva tra il valore della garanzia finanziaria e il merito creditizio del debitore. I titoli emessi dal debitore o da altra entità collegata del gruppo di appartenenza non sono ammessi come garanzie finanziarie idonee

Continua: il “valore equo”

2. **Valore equo.** – Le banche devono essere in grado di calcolare il “*fair value*” della garanzia e procedere a rivalutazioni periodiche con cadenza almeno semestrale ovvero ogni qualvolta ritengano che si sia verificata una diminuzione significativa del “*fair value*” del bene.

Infine: la “separatezza”

3. **Separatezza.** – Qualora l’attività oggetto della garanzia finanziaria sia detenuta presso terzi, le banche devono assicurarsi che sia rispettata la separatezza tra il patrimonio del depositario e il bene dato in garanzia (“**separazione esterna**”), nonché la separatezza tra i beni appartenenti a soggetti diversi, depositati presso il medesimo depositario (“**separazione interna**”).
- In linea generale, il requisito della separatezza può ritenersi soddisfatto qualora gli strumenti in garanzia: **i**) siano **specificamente individuati e attribuibili al titolare** (come nel caso di titoli nominativi) ovvero **ii**) qualora, pur trattandosi di **beni fungibili**, siano custoditi sulla base di forme contrattuali o secondo modalità atte ad assicurare la separatezza interna ed esterna

Sulle garanzie immobiliari

- Sono considerate “**esposizioni garantite da immobili**” le esposizioni garantite da un’ipoteca su un immobile o connesse a contratti di leasing immobiliare e purché siano soddisfatte le seguenti condizioni:
 - a)** il valore dell’immobile non dipende in misura rilevante dal merito di credito del debitore; **b)** l’immobile sia stimato da un **perito indipendente**, ossia da “una persona che possieda le necessarie qualifiche, capacità ed esperienza per effettuare una valutazione, che non abbia preso parte al processo di decisione del credito né sia coinvolto nel monitoraggio del medesimo”; **c)** ed esso sia stato stimato ad un valore non superiore al “valore di mercato”, per tale intendendosi *“l’importo stimato al quale l’immobile verrebbe venduto alla data della valutazione in un’operazione svolta tra un venditore e un acquirente consenzienti alle normali condizioni di mercato dopo un’adeguata promozione commerciale, nell’ambito della quale entrambe le parti hanno agito con cognizione di causa, con prudenza e senza costrizioni...”*

Continua: le garanzie immobiliari

- c) la garanzia deve essere opponibile in tutte le giurisdizioni pertinenti e poter essere escussa in tempi ragionevoli;
- d) vi deve essere un'adeguata sorveglianza sul bene immobile. A tal fine il valore dell'immobile deve essere verificato almeno una volta ogni tre anni per gli immobili residenziali e una volta l'anno per gli immobili non residenziali, ovvero più frequentemente nel caso in cui le condizioni di mercato siano soggette a variazioni significative.
- e) il bene oggetto della garanzia deve essere adeguatamente assicurato contro il rischio di danni.

La protezione del credito di tipo personale

- La protezione del credito di tipo personale è costituita da:
 - a)** le garanzie personali;
 - b)** i derivati su crediti (“*credit default swaps*”), ossia i contratti nei quali l’obbligo per il fornitore di protezione di adempiere all’obbligazione prevista dal contratto si ha al verificarsi di un determinato evento creditizio; la citata obbligazione consiste nella corresponsione di un importo pari: **i)** al deprezzamento dell’obbligazione di riferimento rispetto al suo valore iniziale (“*cash settlement variable*”); **ii)** all’intero valore nozionale dell’obbligazione di riferimento in cambio della consegna (“*physical delivery*”) della stessa o di altro strumento finanziario equivalente (“*deliverable obligation*”) indicato nel contratto;
 - iii)** a un ammontare fisso predeterminato (“*binary payout*”)

Sulle garanzie personali: quelle comprese ...

- E' considerato **garanzia personale** l'impegno giuridico assunto esplicitamente da un soggetto terzo (fornitore di protezione) di adempiere un'obbligazione nei confronti della banca in caso di mancato adempimento da parte dell'obbligato principale.
- Possono rientrare nella fattispecie, tra l'altro, **i)** la fideiussione, ivi compresa la "fideiussione *omnibus*", **ii)** la polizza fideiussoria, **iii)** il contratto autonomo di garanzia, **iv)** l'avallo; **v)** gli impegni assunti nell'ambito della delegazione di debito, dell'espromissione e dell'accollo, qualora essi siano coerenti con i requisiti previsti per le garanzie personali

... e quelle escluse

- Non sono ordinariamente considerate forme di garanzia personale
- il mandato all'incasso, la delegazione di pagamento, gli anticipi su fatture salvo buon fine (in questi casi il debitore non assume alcun obbligo verso la banca creditrice)
- la lettera di *patronage*, salvo che essa si configuri nella sostanza come una vera e propria fideiussione o contratto autonomo di garanzia.



Le principali problematiche giuridiche
***il conflitto d'interessi tra richiedente
e concedente il credito***

Il caso del richiedente che sia un “esponente bancario”: l’art. 136 tub

- **Il particolare controllo sulle obbligazioni contratte con la banca di cui si è esponente (1° comma):** *“Chi svolge funzioni di **amministrazione, direzione e controllo presso una banca non può contrarre obbligazioni di qualsiasi natura ..., direttamente od indirettamente, con la banca che amministra, dirige o controlla, se non previa deliberazione dell'organo di amministrazione presa all'unanimità e col voto favorevole di tutti i componenti dell'organo di controllo, fermi restando gli obblighi previsti dal codice civile in materia di interessi degli amministratori (art. 2391) e di operazioni con parti correlate (art. 2391-bis)”.***

Continua: l'estensione di cui al 2° comma

- **L'estensione del controllo alle operazioni con altre società o banche del gruppo (2° comma):** *“Le medesime disposizioni si applicano anche a chi svolge funzione di amministrazione, direzione e controllo, presso una banca o società facenti parte di un gruppo bancario, per le obbligazioni e gli atti indicati nel comma 1 posti in essere con la società medesima o per le operazioni di finanziamento poste in essere con altra società o con altra banca del gruppo. In tali casi l'obbligazione o l'atto sono deliberati, con le modalità previste dal comma 1, dagli organi della società o banca contraente e con l'assenso della capogruppo”*

Il concetto di “obbligazioni di qualsiasi natura”

Il concetto di “[...] *obbligazioni di qualsiasi natura*”

- 1) comprende qualsiasi rapporto obbligatorio instauratosi tra l'esponente e la banca, eccetto
- 2) i servizi che non comportano erogazioni di credito, ivi compresi le operazioni di raccolta del risparmio, resi agli esponenti aziendali a condizioni standardizzate in uso per la clientela o i dipendenti (Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia, Titolo II, Cap. 3, sez. II, art. 3).

Le obbligazioni assunte “indirettamente”

- I dubbi interpretativi intorno al concetto di obbligazione assunta “indirettamente” sono stati definitivamente risolti dall’introduzione del comma 2-bis (L.262/2005): *“Per l’applicazione dei commi 1 e 2 rilevano anche le obbligazioni intercorrenti con **società controllate** dai soggetti di cui ai medesimi commi o **presso le quali gli stessi soggetti svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo, nonché con le società da queste controllate o che le controllano**. Il presente comma non si applica alle obbligazioni contratte tra società appartenenti al medesimo gruppo bancario ovvero tra banche per le operazioni sul mercato interbancario ”.*
- Rimangono dunque escluse dall’ambito di applicazione le obbligazioni contratte da un parente dell’esponente o da una società in cui egli sia socio non controllante.

Le conseguenze della violazione dell'art. 136 tub

La violazione della norma comporta:

- a) la reclusione da uno a tre anni, e
- b) una multa pecuniaria



Le principali problematiche
giuridiche

La concessione abusiva di credito

Il concetto di abusiva concessione di credito

- E' l'“erogazione di finanziamento da parte di una banca ad un'impresa che essa sa insolvente, compiuta al fine di ingenerare nei terzi l'opinione erronea della solidità dell'impresa finanziata” (Cass. Sez. un. 7029/2006).
- La banca è responsabile anche se compie un'attività che, di per sé, è **lecita** ma diventa **illecita** perché favorisce una falsa apparenza di solidità dell'impresa finanziata, produce opacità nel mercato e provoca scelte irrazionali da parte dei suoi creditori che sono indotti a non avvalersi di poteri di autotutela del credito oppure a diventare partner contrattuali di un'impresa di cui ignorano la crisi
- Produce in capo al concedente il credito una responsabilità di tipo **extra-contrattuale**

Concessione abusiva di credito e piani di risanamento

- Presupposti di realizzazione della fattispecie sono:
 - a) La violazione delle regole sulla valutazione del merito creditizio
 - b) La condizione di crisi del soggetto finanziato
- La legge fallimentare incentiva la contrattazione con l'impresa in crisi ma il programma di risanamento deve essere **ragionevole** e **fattibile** (art. 67, comma 3, lett. *d*, l.f.): tale caratteristica esclude l'abusività della concessione di credito