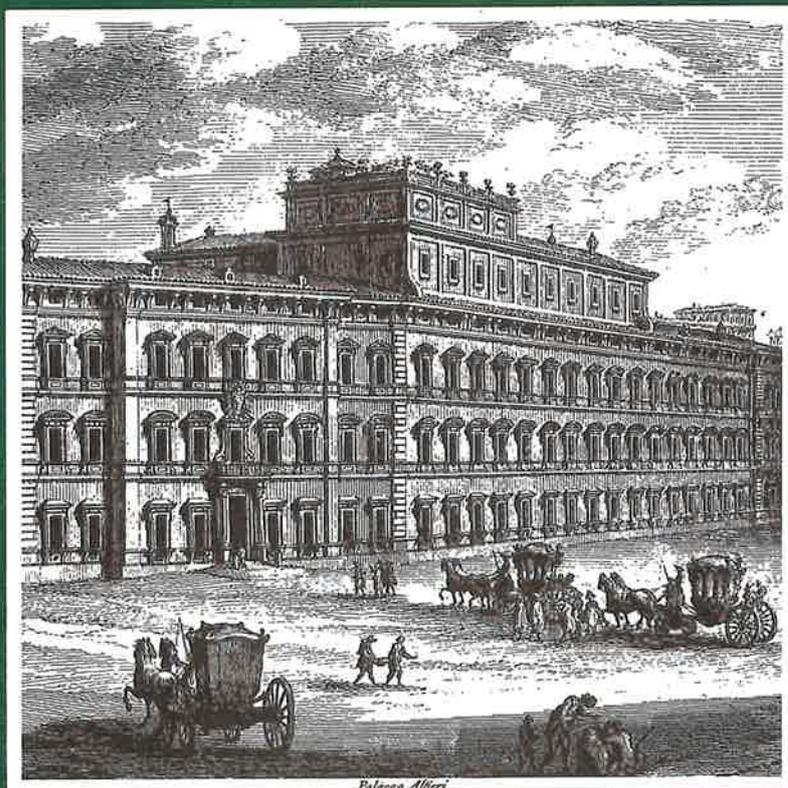


# BANCARIA

Estratto



Mensile dell'Associazione Bancaria Italiana  
Anno 47                      Novembre 1991                      N. 11

## Il trasferimento dei crediti bancari nella prassi internazionale

La regolamentazione ai fini dei coefficienti patrimoniali secondo la Banca d'Inghilterra. La *novation*. La cessione di credito. La *subparticipation*. Il trasferimento degli impegni ad erogare. Le condizioni comuni a tutte le fattispecie

### 1. Introduzione

Nell'ambito del più generale processo di regolamentazione in atto nel mondo bancario, nel dicembre 1987 la Banca di Inghilterra emise una bozza del documento con cui intendeva regolare il complesso meccanismo dei metodi di trasferimento dei crediti bancari. Lo scopo ultimo dell'intervento era quello di stabilire quali tecniche giuridiche comportassero la rimozione del rischio creditizio dal bilancio della banca venditrice ai fini dei calcoli della solvibilità aziendale (1).

Tale bozza suscitò notevoli reazioni da parte del sistema bancario e, a causa dell'inteso dibattito, la sua emissione fu posticipata — fatto di per sé esplicativo della difficoltà incontrata dai redattori e dell'opposizione delle banche — rispetto alla data prevista (febbraio 1988).

Il documento, intitolato *Loans transfer and securitisation*, fu pubblicato il 3 febbraio 1989 ricevendo buona parte dei commenti delle banche miranti a far rispec-

chiare la prassi commerciale in uso sui mercati internazionali.

Si tratta del primo intervento in questo settore da parte di un organo di vigilanza.

Prima di analizzare il documento è utile ricordare i motivi che inducono le banche a cedere le proprie attività.

Esiste, infatti, un enorme mercato le cui dimensioni sono difficilmente stimabili con precisione data la reticenza delle banche a fornire dati circa la dismissione dei loro crediti verso la clientela. Si calcola, comunque, che l'ammontare annuo di crediti ceduti soltanto nell'euromercato sia US\$ 50 miliardi e l'ammontare medio di ogni transazione sia circa US\$ 2 milioni. Il mercato negli Stati Uniti è notoriamente maggiore.

Questo mercato è chiamato *secondario* in contrapposizione al *primario* nel quale vengono concessi i prestiti, oggetto poi di vendita sul secondario.

I motivi che spingono le banche a cedere o ad acquistare crediti sono molteplici. Esaminiamo i principali:

- deterioramento del rischio creditizio del mutuatario: la banca può disfarsi del credito, sopportando eventualmente una contenuta

perdita, vendendolo ad una altra banca con una diversa percezione dello stesso rischio;

- miglioramento del rischio: la banca può cedere il credito offrendo all'acquirente un rendimento inferiore all'originario trattenendo un profitto per sé;

- variazione della politica di bilancio della banca. Ad esempio, una banca può voler diminuire o aumentare la propria esposizione verso un particolare settore economico o verso una determinata area geografica o più in generale modificare la qualità e la quantità del portafoglio prestiti;

- ridurre l'esposizione globale al fine di rispettare i coefficienti patrimoniali minimi obbligatori;

- evitare una imposizione fiscale o regolamentare (ad esempio riserve) derivante da una modifica della esistente normativa;

- poter partecipare, grazie all'acquisto di crediti verso paesi del terzo mondo, ad operazioni di *debt/equity swap* (2).

Le banche che desiderano vendere i loro crediti trovano generalmente altre banche che desiderano aumentare i propri impieghi o avere accesso a certi clienti con i quali, altrimenti, avrebbero difficoltà ad iniziare rapporti lavorativi. Sono

## PROBLEMI LEGALI

normalmente banche minori, spesso molto liquide ed in cerca di impieghi di buona qualità, ad acquistare crediti verso grandi società o gruppi industriali originati dalle grandi banche internazionali.

In questo mercato esistono molte banche che svolgono il ruolo di *broker* (intermediario) per una commissione. Altre, invece, agiscono come *trader* acquistando crediti per rivenderli successivamente a condizioni migliori e realizzando in tal modo un profitto. Particolarmente attive in questo settore sono le banche americane che hanno enormi esposizioni verso l'America latina (3).

Il documento di cui ci vogliamo occupare è diretto a tutti gli istituti che sono autorizzati ad operare secondo il Banking Act del 1987.

Esula dai limiti dell'indagine che qui ci proponiamo l'analisi della parte del documento relativa alla *securitizzazione* dei crediti bancari (4).

A seconda del metodo legale scelto dalle parti per vendere un credito alcuni rischi possono rimanere in capo al venditore anziché passare al compratore oppure si possono creare rischi addizionali per il compratore. La Banca di Inghilterra ritiene che questi rischi vadano considerati ai fini di valutare la solvibilità delle banche.

Lo strumento legale scelto per trasferire un credito diviene, pertanto, un importante elemento per valutare i rischi assunti dal compratore ed i rischi rimasti in capo al venditore, per cui il trattamento

del credito, ai fini dei coefficienti patrimoniali, dipenderà da tale scelta.

Necessaria premessa è il carattere sinallagmatico dei prestiti.

Nella prassi internazionale i mutui sono, infatti, contratti a prestazioni corrispettive con efficacia obbligatoria e non reale. La principale caratteristica è che il mutuante si impegna ad erogare il prestito nella forma di prestito a medio termine (*medium term loan*), utilizzabile entro un certo periodo di tempo (*availability period*) oppure nella forma di apertura di credito (*revolving facility*) a medio termine, utilizzabile per anticipi a breve termine.

Onde evitare possibili confusioni derivanti dall'uso della terminologia propria del mutuo e della apertura di credito, useremo di seguito *lender* per indicare il concedente il credito (mutuante/accreditante) e *borrower* per indicare il prenditore (mutuatario/accreditato).

Le obbligazioni del *lender* non si limitano a quella appena descritta: esiste, infatti, una serie di impegni di carattere amministrativo (mantenere i conteggi del prestito, inviare le richieste per i pagamenti degli interessi e del capitale, determinare il tasso di interessi secondo i parametri di riferimento prestabiliti). Molto più importanti sono le obbligazioni di carattere non-amministrativo quali l'obbligo di cercare in buona fede soluzioni alternative miranti a mitigare i costi che nuove norme fiscali o regolamentari pongono, ai sensi del contratto, a carico del *borrower* (*mitigation clause*). Questo tipo di

impegno si trova spesso in relazione alla *illegality clause* (5), alla *increased cost clause* (6) e alla *change in circumstances clause* (7).

Un altro obbligo del *lender* è quello di trasferire ogni eventuale beneficio fiscale che questi potrebbe ottenere in seguito alla applicazione della *gross up clause* (8).

Esiste, inoltre, l'obbligo del *lender* di informare immediatamente il *borrower* nel caso in cui si verifichi una delle ipotesi di *illegality*, *increased cost*, *change in circumstances* e di fornire un certificato e ogni altro documento relativo a tale evento.

Il *lender* spesso si impegna a non cedere il credito senza il preventivo consenso del *borrower*.

La trattazione che segue nei prossimi paragrafi (nn. 2, 3 e 4) si riferisce ai prestiti già erogati. E-same a parte verrà eseguito per gli impegni ad erogare (paragrafo n. 5).

## 2. La novation

Il metodo che la Banca di Inghilterra considera migliore è la *novation* (novazione).

Ai fini del calcolo dei coefficienti di rischio il credito novato si intende completamente rimosso dal bilancio della banca venditrice (*lender*).

Non si tratta in realtà di un metodo per trasferire un credito, in quanto con la *novation* il credito viene estinto e sostituito con uno identi-

## PROBLEMI LEGALI

co in capo ad un nuovo creditore. Si noti che tale istituto ha ben poco in comune — a parte il *nomen iuris* — con la novazione del nostro codice civile. Trattasi, infatti, di un contratto in forza del quale il *lender* ed il *borrower* estinguono le reciproche obbligazioni sostituendole contestualmente con altrettante identiche tra il *borrower* ed un nuovo *lender*. Non esiste un *aliquid novi* né un *animus novandi*. In altre parole il contratto originario viene estinto e sostituito da uno uguale con un nuovo *lender*.

Dall'analisi della prassi commerciale e della documentazione utilizzata sui mercati internazionali emerge inoltre che con il termine *novation* si indicano in realtà due fattispecie diverse. Oltre all'ipotesi sopra vista, esiste un contratto composto da una surrogazione per pagamento ed un accollo privativo non novativo. In altre parole il *lender* trasferisce il credito al nuovo creditore surrogandolo nei propri diritti contestualmente al pagamento di una somma uguale al credito trasferito. Il nuovo creditore si obbliga nei confronti del *borrower* ad eseguire le prestazioni contenute nel contratto e l'originario *lender* è liberato dei propri obblighi. Il contratto continua ad esistere sebbene il *lender* sia diverso.

Trattasi, in definitiva, di una *cessione di contratto* nella quale il *lender* cede la sua posizione ad un nuovo soggetto con l'adesione del *borrower*. Si distingue dalla prima ipotesi per il fatto che il prestito continua ad esistere seppur con un diverso *lender*, mentre nella prima il prestito viene estinto e sostituito con uno nuovo ed uguale. È pertan-

to sempre necessario esaminare il documento per rilevare la volontà contrattuale.

Nonostante la *novation* sia la forma considerata migliore dall'Organo di vigilanza inglese, presenta tuttavia non pochi problemi.

Innanzitutto il nuovo *lender* è esposto al rischio di revocatoria nel caso in cui la *novation* (quella con effetto novativo) sia fatta in un periodo sospetto (in particolare questo varrà per i termini di consolidamento delle garanzie). Inoltre essa è particolarmente complessa in quanto è necessario che tutte le parti originarie partecipino al contratto, compresi i garanti che dovranno concedere nuove garanzie. Per questi motivi non incontra il favore delle banche come metodo di trasferimento dei rischi.

### 3. La cessione di credito

Il secondo metodo considerato dalla Banca di Inghilterra è l'*assignment* (cessione di credito).

Il documento analizza le due forme di cessione: *legal assignment* (che, con una certa approssimazione, potremmo tradurre ai nostri fini come cessione notificata al debitore ceduto) e *equitable assignment* (cessione non notificata).

In entrambi i casi il credito ceduto si intende rimosso dal bilancio della banca cedente ai fini del calcolo dei coefficienti di rischio.

All'Organo di vigilanza, comunque, non è sfuggito che, pur essendo la titolarità del credito trasferita anche con la cessione non notificata,

il cedente rimane creditore apparente (*lender of record*) e come tale esposto alle pressioni del debitore per rinegoziare il debito, per posticiparne la scadenza o per ottenere nuovi fondi, come spesso accade quando talune aziende si trovano in difficoltà e pongono le banche di fronte al dilemma chiedendo, in alternativa alla insolvenza immediata nuovi finanziamenti per superare (forse) la crisi. In altri termini, la Banca centrale considera elementi importanti nella sua attività di controllo aspetti anche non tecnico-giuridici che possono — se il volume dei prestiti ceduti senza notifica è elevato — comportare la non rimozione del credito ai fini dei coefficienti di rischio dal bilancio del cedente.

Le due forme di cessione espongono il cessionario a rischi diversi: se la cessione non è notificata è ovvio che il cessionario è esposto al rischio che il debitore possa compensare il debito con un credito verso il cedente o che il cessionario modifichi i termini del prestito d'accordo con il mutuatario. Il pagamento che il debitore esegue al cessionario ha efficacia liberatoria.

La Banca di Inghilterra si sofferma in particolare sul fatto che — come visto in precedenza — i contratti di prestito bancari contengono sempre obbligazioni del mutuate nei confronti del mutuatario (o dell'*agent* se si tratta di prestiti in *pool*). Con la cessione, infatti, viene trasferita soltanto la titolarità del credito e il cedente rimane l'obbligato principale delle varie prestazioni contrattuali in precedenza descritte. Per ovviare a questo inconveniente la prassi

## PROBLEMI LEGALI

commerciale utilizza una forma di accollo in base al quale il cessionario si impegna ad adempiere le obbligazioni del cedente nei confronti del debitore ceduto o di altre parti (agente). Se per fare la cessione le parti richiedono il consenso del debitore ceduto, il quale libera il cedente, avremo di fatto una combinazione di contratti — molto simile nella sostanza alla cessione di contratto — composta da una cessione del credito ex mutuo e da un accollo privativo non novativo delle obbligazioni ancillari.

Se, al contrario, non viene richiesto l'accordo del ceduto (perché si tratta di una cessione non notificata oppure perché viene data soltanto la notifica) avremo un accollo non privativo e il cedente rimane obbligato verso il debitore ceduto.

### 4. La subpartecipazione

Il terzo metodo ampiamente utilizzato per trasferire rischi creditizi è la *sub-partecipazione* (subpartecipazione).

Ai fini del calcolo dei coefficienti di rischio il credito *subpartecipato* si intende rimosso dal bilancio della banca venditrice.

La subpartecipazione non trasferisce diritti e obbligazioni, ma soltanto il rischio creditizio di un determinato prestito. Tale risultato viene raggiunto attraverso un deposito che il compratore (subpartecipante) esegue presso la banca venditrice per un ammontare pari al credito venduto. I termini e le condizioni del deposito sono uguali a quelli del prestito venduto.

La banca venditrice si obbliga a restituire il deposito ed a pagarne i relativi interessi se ed in quanto riceverà dal mutuatario equivalenti somme di denaro. La subpartecipazione, le cui parti sono la banca venditrice del rischio (depositaria) e quella compratrice (deponente), è un contratto separato rispetto al prestito originario.<sup>4</sup> Si tratta di un *deposito condizionato a termine* tra le due banche dove il deponente non acquista alcun diritto nei confronti del mutuatario e non può esercitare alcuno dei diritti che la banca venditrice vanta nei confronti del mutuatario. In caso di insolvenza di quest'ultimo il subpartecipante può contare esclusivamente sulla attività di recupero del credito che la banca venditrice si impegna ad eseguire nel suo interesse.

Il depositante sopporta tutti i rischi creditizi relativi al prestito e la banca venditrice se ne libera. Infatti, i terzi creditori del depositante potranno ottenere diritti di prelazione, sequestrare, pignorare ecc. tale deposito, ma non potranno esigere un pagamento anticipato rispetto alla scadenza inizialmente pattuita, poiché il beneficio del termine è a favore della banca depositaria. Inoltre, la restituzione del deposito (e il pagamento dei relativi interessi) rimane sottoposta al verificarsi della condizione di ricevere l'importo dovuto dal mutuatario. Se questi sarà inadempiente la banca non sarà tenuta a restituire alcunché.

Il subpartecipante sopporta, inoltre, il rischio dell'insolvenza della banca venditrice in quanto — non vantando alcun privilegio sul credito subpartecipato — in caso di

fallimento della banca depositaria verrà pagato in moneta fallimentare nonostante il puntuale adempimento da parte del mutuatario.

### 5. Il trasferimento degli impegni ad erogare

La Banca di Inghilterra analizza, infine, il trattamento ai fini dei coefficienti di rischio del trasferimento dei *commitments to lend* (impegni ad erogare un prestito).

Soltanto utilizzando la *novation* (da intendersi nelle due forme sopra descritte) e la *cessione di credito accompagnata dalla formale accettazione da parte del mutuatario del trasferimento delle obbligazioni dal cedente al cessionario* il rischio creditizio viene trasferito secondo l'Organo di vigilanza.

Nel caso di cessione di credito non notificata e di subpartecipazione il rischio rimane in capo alla banca inizialmente impegnata ad erogare.

La Banca di Inghilterra non regola l'ipotesi della cessione notificata ma non formalmente accettata.

La terminologia adottata fa sorgere non pochi dubbi.

Le posizioni giuridiche sono qui invertite: il *borrower* vanta il diritto di ottenere un prestito e non ha assunto alcuna obbligazione fintantoché non si avvale di tale diritto; il *lender* è debitore del *borrower* e non vanta alcun credito fintantoché il prestito non viene erogato.

Questo aspetto non è sfuggito alla Banca d'Inghilterra che, infatti,

## PROBLEMI LEGALI

considera momento liberatorio quello in cui si attua — attraverso il consenso del *borrower* — il trasferimento delle obbligazioni del *lender*. Quella tuttavia che risulta descritta è una cessione di un debito e non di un credito.

Che non si tratti di una cessione di credito futuro risulta anche dalla *ratio* della norma, in quanto l'impegno ad erogare rimarrebbe in capo al cedente. La cessione di credito futuro, accompagnata dalla promessa del cessionario di fornire al cedente la somma da prestare al momento della richiesta del mutuatario, lascerebbe il cedente e-

sposto al rischio di non ricevere i fondi dal cessionario. Anche se la cessione fosse formalmente accettata il cedente non trasferirebbe alcun rischio con siffatta struttura.

Mi sembra che la Banca di Inghilterra in realtà si sia riferita — al di là del *nomen iuris* utilizzato — ad un acollo privativo. Trattasi, infatti, di un accordo tra *lender*/debitore e terzo in base al quale il terzo assume l'obbligo del *lender* di prestare al *borrower*/creditore il quale vi aderisce liberando il *lender*/debitore.

Se il *borrower*/creditore non ade-

risce a tale accordo il *lender*/debitore non è liberato dalla propria obbligazione e, pertanto, il rischio non viene trasferito.

In tal modo si spiega perché, attraverso la «cessione» non notificata e la subpartecipazione, il rischio creditizio non si intende trasferito.

Grazie a tale ricostruzione si riesce, inoltre, a colmare la lacuna normativa relativa alla «cessione» notificata ma non accettata. Mancando l'accordo liberatorio del *borrower*/creditore la banca rimane obbligata ad erogare al *borrower* e sopporta il rischio di non ricevere i fondi dal terzo al momento dell'erogazione. Pertanto in questa ipotesi il trasferimento del rischio ai fini dei coefficienti patrimoniali non avrà luogo.

## Note

(1) La Banca per i Regolamenti Internazionali con il documento intitolato International convergence of capital measurement and capital standard del luglio 1988 e la Comunità Economica Europea con le direttive n. 229 del 17 aprile 1989 e n. 647 del 18 dicembre 1989 hanno posto le fondamenta della armonizzazione degli standard patrimoniali che tutte le banche devono rispettare nello svolgimento della loro attività. I documenti contengono una complessa regolamentazione: a) sulla composizione del capitale, b) sulla ponderazione dei rischi e c) sul livello minimo di capitale necessario. Ogni attività viene ponderata per un coefficiente di rischiosità diverso a seconda della categoria di rischio della controparte. A fronte del totale ponderato delle attività le banche devono avere una percentuale minima di capitale pari all'otto per cento.

(2) Il debt/equity swap è una operazione che comporta la remissione del debito ex mutuo da parte del creditore in cambio di un quantitativo prestabilito di capitale sociale del debitore o di una altra azienda dello stesso paese del debitore. Con tale transazione si converte un debito bancario normalmente denominato in una divisa internazionale in capitale sociale pari al controvalore in moneta locale.

(3) Le banche americane accumularono durante gli anni settanta enormi esposizioni verso l'America latina. Agli inizi degli anni ottanta, dopo l'inizio della crisi finanziaria della maggior parte di questi paesi, cominciarono a vendere il proprio portafoglio a prezzi scontati soprattutto a società industriali e commerciali interessate a convertire in investimenti azionari tali crediti. Una volta accumulata l'esperienza, le conoscenze e la organizzazione necessarie per effettuare tali operazioni hanno iniziato ad operare per conto di terzi, per poi ampliare l'attività ad ogni tipo di credito verso ogni tipo di debitore fino a diventare i principali attori in questo mercato.

(4) La securitizzazione (dal termine inglese securitization che a sua volta deriva da security) è una complessa operazione attraverso

la quale un portafoglio omogeneo di crediti al consumo (mutui ipotecari, prestiti automobilistici ecc.) viene convertito in un titolo obbligazionario — appunto security — e venduto ad investitori istituzionali. Enormi quantità di crediti di per sé invendibili diventano — attraverso la securitizzazione — facilmente cedibili in blocco.

(5) La illegality clause prevede che, se la banca mutuante in base ad una nuova disposizione legislativa o amministrativa o in base ad una sentenza giurisdizionale non può mantenere in essere il prestito, il mutuatario è tenuto a restituire anticipatamente il prestito.

(6) La increased cost clause prevede che, se a causa di una nuova disposizione legislativa o amministrativa o in base ad una sentenza giurisdizionale o in base ad una nuova interpretazione o applicazione di norme esistenti la banca mutuante è soggetta a tasse, oneri o condizioni di qualsiasi natura che comportino un costo aggiuntivo, il mutuante è tenuto a pagare alle banche un ammontare che compensi gli oneri suddetti.

(7) La change in circumstances clause prevede che, se per la banca mutuante non è possibile ottenere quotazioni per determinare il tasso di interesse o non è possibile ottenere depositi nella divisa del prestito a causa delle turbate condizioni del mercato, il mutuante è liberato dall'obbligazione di erogare e, se ha già erogato, può determinare in maniera alternativa rispetto al contratto il periodo di interessi, il tasso di interessi e la divisa del prestito. È lasciata normalmente la possibilità al *borrower* di recedere dal contratto qualora ritenga le condizioni alternative troppo onerose.

(8) La gross up clause prevede che, se a causa di una disposizione legislativa o amministrativa il mutuante è tenuto ad effettuare una ritenuta o una deduzione sui pagamenti a favore del mutuante, il tasso di interessi del prestito è aumentato in misura tale che il pagamento al mutuante al netto della ritenuta o deduzione sia uguale a quello che avrebbe effettuato senza l'applicazione della ritenuta.

## 6. Le condizioni comuni a tutte le fattispecie

La Banca di Inghilterra ha stabilito sei condizioni aggiuntive affinché il trattamento sopra descritto relativo ai coefficienti di rischiosità sia applicabile ai casi concreti.

La prima è che il trasferimento non sia effettuato in violazione dei termini e delle condizioni che regolano il prestito e che le autorizzazioni prescritte (normalmente solo del *borrower*, ma a volte anche dell'*agent*) siano state ottenute.

La seconda è che il venditore del rischio non conservi alcun diritto sul credito trasferito e, nel contempo, l'acquirente non abbia alcun diritto di ricorso al venditore per eventuali inadempimenti del *borrower*.

La terza è che il venditore non abbia alcun obbligo di ricomprare

il prestito (è consentito mantenere il diritto a ricomprarlo sempre che il *borrower* sia adempiente).

La quarta è che il venditore abbia informato il compratore dell'assenza di obblighi di riacquisto o di garanzia/ricorso e abbia ottenuto conferma di quanto sopra da parte del compratore.

La quinta è che il compratore si impegni a sopportare la eventuale ristrutturazione (posticipazione della scadenza o modificazione delle condizioni) del prestito.

L'ultima è che, nel caso in cui i pagamenti del *borrower* siano fatti al compratore attraverso il venditore (cessione non notificata e subpartecipazione), il venditore non sia obbligato a pagare fino a quando non abbia ricevuto i fondi

## PROBLEMI LEGALI

dal debitore. Nel caso in cui il venditore esegua spontaneamente tali pagamenti, deve avere il diritto di ottenere la restituzione dal compratore.

Sul piano ermeneutico queste sei condizioni non pongono particolari problemi.

L'unico punto degno di nota è la prima condizione. Secondo tale norma la violazione dell'obbligo contrattuale di non cedere il credito senza il preventivo consenso del debitore comporta che il rischio creditizio non si intende trasferito. Ma non si capisce perché. In tal caso il cedente sarà responsabile nei confronti del ceduto per inadempimento contrattuale della specifica obbligazione di non effettuare la cessione senza il suo consenso. La cessione, di per sé,

nonostante quanto sopra, è ugualmente valida (ed efficace se notificata) per cui il rischio creditizio è giuridicamente trasferito al cessionario. Non si comprende come una eventuale obbligazione di risarcimento del cedente derivante dalla violazione di un accordo con il debitore ceduto (difficile, inoltre, risulta quantificare il danno in quanto il debitore deve pur sempre pagare il suo debito) possa comportare il mancato trasferimento del rischio ai fini dei calcoli dei coefficienti patrimoniali. Questa soluzione, che non mi sembra corretta dal punto di vista giuridico, trova forse una spiegazione attribuendo una funzione di pena esemplare alla norma diretta ad evitare la violazione, da parte delle banche, di accordi contrattuali.

**Francesco A. Caputo Nasseti**