

Garanzie finanziarie: le novità degli accordi di Basilea 2

di **Filippo Baggio**, studio legale tributario
e **Giuseppe Rebecca**, dottore commercialista, partner Synergia Consulting Group

Il nuovo schema di regolamentazione avente ad oggetto la convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali è in attesa di adozione a livello nazionale. Tuttavia molte delle condizioni necessarie per l'applicazione delle nuove norme sono disciplinate nel decreto legislativo 21 maggio 2004, n. 170.

Il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, costituito presso la Banca dei regolamenti internazionali, ha redatto, nel giugno 2004, il nuovo schema di regolamentazione avente ad oggetto la convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali⁽¹⁾. Lo schema è stato approvato dai governatori delle banche centrali e dai responsabili della vigilanza bancaria dei Paesi del gruppo "dei dieci"⁽²⁾.

L'applicazione della nuova regolamentazione è subordinata alla sua preventiva adozione da parte delle autorità nazionali competenti. Il nuovo schema consentirà l'utilizzo di più solide prassi di gestione del rischio da parte delle istituzioni bancarie. Per ottenere tale risultato si devono rispettare i tre pilastri, individuati nei requisiti patrimoniali minimi, nel pro-

cesso di controllo prudenziale e nella disciplina di mercato⁽³⁾.

Le tecniche di attenuazione del rischio di credito

Nel nuovo schema di regolamentazione sono descritte con precisione le diverse tecniche di attenuazione del rischio di credito utilizzabili in presenza di garanzie reali, personali e di derivati su crediti.

Le banche possono scegliere fra due diverse metodologie nel calcolo dei requisiti patrimoniali a fronte del rischio di credito.

Il primo consente di valutare questa tipologia di rischio in modo standardizzato; in questo caso viene fatto riferimento a valutazioni esterne per individuare il merito creditizio⁽⁴⁾.

Nel metodo integrale possono essere utilizzati sistemi interni di ra-

ting per il rischio di credito; queste procedure devono essere preventivamente approvate dall'autorità di vigilanza. La riduzione dei requisiti patrimoniali nelle transazioni assistite dalle garanzie reali richiede specifiche condizioni. Assumono rilievo la certezza giuridica della disciplina applicabile al contratto di garanzia, l'efficacia dello stesso nei confronti di terzi, la ponderazione del rischio, la pronta escussione della garanzia, ecc.

Specifici requisiti sono richiesti anche nelle disposizioni contrattuali che regolano il calcolo dell'esposizione esistente nei confronti del soggetto finanziato; differenze sono presenti anche nella categoria delle garanzie considerate "idonee" a ridurre il rischio di credito.

L'utilizzo del metodo integrale consente di utilizzare una più

Note:

(1) L'ottava convention Abi, tenutasi a Roma nei giorni 29/30 novembre 2004, è stata dedicata alle questioni connesse a «Realizzare Basilea 2 e las: tendenze, criticità e soluzioni». Particolare attenzione è stata rivolta alle nuove strategie del credito, alla gestione avanzata del rischio di credito, alla riorganizzazione del credito, alla relazione banca/impresa, al rischio operativo ed agli strumenti operativi per la gestione dei rischi.

(2) Il gruppo "dei dieci" è formato da alti funzionari delle autorità di vigilanza bancaria e delle banche centrali di Canada, Belgio, Germania, Italia, Francia, Lussemburgo, Giappone, Regno Unito, Spagna, Paesi Bassi, Stati Uniti, Svizzera e Svezia. Il Comitato si riunisce a Basilea, presso la Banca dei regolamenti internazionali.

(3) Il nuovo schema è disponibile in lingua inglese, spagnola e italiana. Le traduzioni dell'accordo in lingua francese e tedesca saranno rese disponibili dal mese di febbraio 2005.

(4) Questo metodo considera le classificazioni utilizzate dalle agenzie di valutazione (per esempio standard poor's).

ampia categoria di garanzie reali di natura finanziaria idonee a ridurre il rischio di credito. L'idoneità della garanzia viene valutata anche con riferimento alla durata e alla rivalutazione del vincolo. Nel metodo integrale le banche che assumono una garanzia reale dovranno - ai fini dell'adeguatezza patrimoniale - assicurare mediante l'impiego di scarti (*hair-cut*) sia l'adeguamento del valore corrente dell'ammontare delle esposizioni vantate nei confronti del debitore, sia il valore corrente delle attività ricevute in garanzia⁽⁵⁾; questo per adeguare il valore dei crediti garantiti e della garanzia alle eventuali variazioni derivanti dalle oscillazioni di mercato.

Rilevante si presenta anche il legame esistente fra la posizione del costituente e il valore delle attività finanziarie costituite in garanzia. I titoli emessi dal costituente potrebbero dare origine ad un'ineadeguata protezione del credito garantito; in tal caso, questi titoli non potrebbero essere considerati idonei ad attenuare il rischio del credito⁽⁶⁾ nei confronti della banca finanziatrice. Ai fini del calcolo dei requisiti patrimoniali, specifiche disposizioni sono previste anche per il riconoscimento degli effetti degli accordi bilaterali di *netting* per le operazioni di "pronti contro termine" (Pct)⁽⁷⁾. La certezza

giuridica della transazione, l'opponibilità del contratto nei confronti delle procedure concorsuali, la pronta escussione e la compensazione della garanzia al verificarsi dell'evento di *default*, per esempio, costituiscono alcuni dei principali requisiti richiesti per applicare le tecniche di attenuazione del rischio di credito. Molte delle condizioni necessarie per ottenere la riduzione dei requisiti patrimoniali nelle transazioni assistite dalle garanzie reali indicate nel nuovo schema di regolamentazione - avente ad oggetto la convergenza internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali redatto nel 2004 dal Comitato di Basilea - sono disciplinate nel nuovo D.Lgs. 21 maggio 2004, n. 170.

La nuova normativa in tema di garanzie finanziarie

Il D.Lgs. n. 170/2004 è intervenuto per semplificare la costituzione e la realizzazione delle garanzie finanziarie⁽⁸⁾. La nuova disciplina regola in modo uniforme le garanzie finanziarie e rappresenta un importante adeguamento della normativa alle esigenze espresse dalle più importanti associazioni e federazioni internazionali in materia di mercati finanziari.

L'ambito di applicazione soggettivo...

Il nuovo provvedimento si applica ai contratti di garanzia finanziaria stipulati fra istituti di credito (banche, assicurazioni, istituti finanziari) e imprese. Il primo dei contraenti deve essere un ente finanziario compreso in una delle categorie contenute nell'art. 1 del decreto legislativo; vengono richiamate le autorità pubbliche, gli enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, inclusi gli enti creditizi, le imprese di assicurazione, gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, le società di gestione, le controparti centrali e gli agenti di regolamento o stanze di compensazione. Il secondo contraente può essere un'altra istituzione finanziaria oppure un soggetto diverso da una persona fisica. Rientrano quindi nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 170/2004 i contratti stipulati da società con personalità giuridica ed anche da imprese, e associazioni, prive di personalità giuridica. Nel decreto non è stata espressamente prevista l'applicazione della nuova disciplina ai contratti di garanzia conclusi da ditte individuali; si ritiene che questi soggetti siano comunque interessati dal nuovo decreto. Nella relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consi-

Note:

(5) Nell'art. 8 del D.Lgs. 170/2004 è previsto che i criteri di valutazione delle attività finanziarie vincolate e delle obbligazioni finanziarie garantite devono essere ragionevoli sotto il profilo commerciale; questa disposizione vale anche in sede di realizzo delle attività vincolate. La ragionevolezza si presume se le clausole contrattuali utilizzate per regolare le condizioni di realizzo e i criteri di valutazione sono conformi agli schemi individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la Consob.

(6) La costituzione di pegno su azioni emesse da società controllate a favore delle società controllanti è affrontata in Il pegno di strumenti finanziari, di azioni e quote di F. Baggio e G. Rebecca, 2005, pag. 255.

(7) Nei master agreements particolare attenzione viene posta all'operazione di trasferimento della proprietà dei titoli. P. Harding e C. Johnson, op. cit., dopo avere descritto brevemente il contratto di repo, e le diverse finalità che possono essere perseguite utilizzando questo contratto, affrontano le differenze esistenti fra i contratti di repo e di securities loans (prestito titoli), i rischi connessi all'utilizzo di queste forme contrattuali e le conseguenze derivanti da una possibile riqualificazione del contratto di pronti. L'esame viene effettuato alla luce della normativa inglese e americana.

(8) Sull'argomento, cfr. P. Carrière, «La nuova disciplina dei contratti di garanzia finanziaria», in Diritto e Pratica delle Società n. 23/2004, pag. 37; L. Lippolis, «Il nuovo quadro giuridico dei contratti di garanzia finanziaria», in Diritto e Pratica delle Società n. 3/2005, pag. 36.

glio, concernente i contratti di garanzia finanziaria, si evidenzia che «tutte le imprese dovrebbero poter trarre beneficio dalla direttiva a condizione che la loro controparte sia un'istituzione finanziaria». All'interno delle finalità della direttiva Ce n. 47/2002 è compresa anche «l'esclusione dei contratti di garanzia finanziaria dal campo di applicazione di alcune norme delle legislazioni sull'insolvenza». Dall'esame della direttiva Ce n. 47/2002 e del D.Lgs. n. 170/2004 appare evidente la volontà del legislatore di assicurare l'opponibilità dei contratti di garanzia finanziaria al verificarsi dell'evento di *default* del costituente. Per questa ragione, la nuova disciplina deve necessariamente applicarsi nei confronti dei soggetti imprenditoriali che possono essere sottoposti ad una procedura di insolvenza. Ecco che i dubbi in merito all'applicazione del D.Lgs. n. 170/2004 non riguardano più la qualificazione della "ditta individuale" all'interno del concetto di persona diversa dalla persona fisica. L'esame dell'ambito soggettivo si sposta piuttosto sull'applicazione della suddetta normativa nei confronti dei soggetti imprenditoriali che non possono essere assoggettati a procedure concorsuali. A questo punto occorre evidenziare che «l'accertamento dei requisiti necessari per poter qualificare un determinato soggetto imprenditore commerciale, ai fini della sua assoggettabilità al fallimento, rientra nei compiti istituzionali del giudice di merito»⁽⁹⁾.

...e quello oggettivo

Ampio si presenta l'ambito oggettivo di applicazione del nuovo decreto. Il D.Lgs. n. 170/2004 si applica infatti ai contratti di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale, ai contratti di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà, ed a qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie. La prima categoria fa riferimento al contratto di pegno; nella seconda sono compresi i contratti di garanzia finanziaria in cui avviene il trasferimento del titolo di proprietà.

In questa categoria rientrano i contratti di pronti contro termine e i contratti di garanzia (*collateral*) costituiti contestualmente alle operazioni di prestito di strumenti finanziari. Oltre ai contratti tipici, come il pegno e la cessione del credito, la normativa si applica a «qualsiasi altro contratto di garanzie reale». Quest'ultimo aspetto costituisce una forte innovazione. Per effetto delle nuove disposizioni, nella categoria di contratti di garanzia reale soggetti al D.Lgs. n. 170/2004 vengono ricondotte anche forme contrattuali atipiche, peraltro già molto diffuse nella prassi finanziaria. Le attività finanziarie che possono essere sottoposte a vincolo hanno per oggetto il contante, inteso come danaro accreditato su un conto o analoghi crediti alla restituzione di denaro, gli strumenti finanziari, individuati nell'art. 1,

comma 2, lett. da *a*) ad *e*) del Tuf (le azioni e gli altri titoli rappresentativi di capitale di rischio negoziabili sul mercato dei capitali; le obbligazioni, i titoli di Stato e gli altri titoli di debito negoziabili sul mercato dei capitali, ecc.), e in quelli individuati dal Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Le novità del decreto rilevanti ai fini degli accordi di Basilea 2

Il D.Lgs. n. 170/2004 si applica ai contratti di garanzia finanziaria con costituzione di garanzia reale, come il pegno, e ai contratti di garanzia finanziaria con trasferimento del titolo di proprietà, come il contratto di pronti contro termine, di prestito titoli, ecc. In queste operazioni è richiesta l'effettuazione di diversi adempimenti posti a carico di entrambe le parti. La riconduzione di diverse operazioni al medesimo rapporto contrattuale costituisce un elemento di particolare rilevanza nelle operazioni che richiedono il compimento di diversi adempimenti finanziari. In queste transazioni possono essere inseriti specifici margini di valutazione del valore della garanzia (*hair-cut*)⁽¹⁰⁾ e strumenti di controllo automatico del valore della garanzia collaterale per limitare i rischi legati alle ipotesi di inadempimento. La gestione del rischio legato alle variazioni del mercato viene regolata mediante l'inserimento di specifici strumenti che consentono l'adeguamento del valore della garanzia (clausole di *top-up*)⁽¹¹⁾.

Note:

(9) Cass., Sez. I civ., 24 febbraio 1995, n. 2107, in Fall. e proc. conc. 1995, pag. 851.

(10) Nel manuale dei servizi di prestito titoli redatto da Monte Titoli s.p.a., si evidenzia che l'*hair-cut* (che identifica il margine della garanzia) viene calcolato sul controvalore del quel degli strumenti finanziari oggetto dell'operazione di accensione in base ad una percentuale specifica per lo strumento finanziario oggetto del contratto o, in assenza, specifica per tipologia di strumento finanziario (ottobre 2003).

(11) Il riconoscimento nelle garanzie finanziarie delle clausole di integrazione per *top-up* è contenuto nell'art. 9 del D.Lgs. n. 170/2004.

Saranno considerati ragionevoli sotto il profilo commerciale i criteri di valutazione delle attività finanziarie e di realizzo delle stesse conformi agli schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la Consob (art. 8, D.Lgs. n. 170/2004).

Il calcolo dell'esposizione corrente nei confronti del costituente assume rilievo anche per le banche che adotteranno il metodo integrale per attenuare il rischio del credito coperto da una garanzia reale. Fra i requisiti richiesti dagli accordi di Basilea 2, assume rilievo anche l'opponibilità della garanzia nell'eventualità di inadempimento del costituente per insolvenza.

Questo elemento viene ora assicurato dalla tutela prevista per le clausole di integrazione della garanzia, o di sostituzione della stessa (art. 9 del D.Lgs. n. 170/2004). La validità del pegno rotativo⁽¹²⁾ viene ancora una volta confermata dall'esclusione degli effetti novativi nelle prestazioni di garanzia effettuate in conformità a clausole sostitutive; la medesima tutela è stata prevista anche per le clausole integrative. L'opponibilità della garanzia nei confronti delle procedure concorsuali viene assicurata anche ai contratti di garanzia con trasferimento di proprietà.

L'inadempimento di una delle obbligazioni si riflette sull'intero rapporto contrattuale; per questa

ragione, nei modelli internazionali in materia di operazioni finanziarie viene previsto il sistema di compensazione, conosciuto come *close-out netting*⁽¹³⁾, in cui avviene la compensazione delle reciproche rimesse. Questa modalità di estinzione dei reciproci rapporti contrattuali viene ora riconosciuta anche per le garanzie soggette al decreto, e può essere utilizzata al verificarsi di eventi che determinano l'escussione della garanzia finanziaria.

Per assicurare certezza giuridica ai contratti di garanzia finanziaria, il decreto ha definito il criterio da seguire per individuare la legge da applicare alla costituzione e all'opponibilità delle garanzie costituite su strumenti finanziari in forma scritturale soggette al decreto.

Le modalità di trasferimento di tali diritti, nonché di costituzione e di realizzazione delle garanzie e degli altri vincoli sugli stessi, sono disciplinate esclusivamente dalla legge dell'ordinamento dello Stato in cui è situato il libro contabile, il conto o il sistema di gestione o di deposito accentrato in cui vengono effettuate le registrazioni o annotazioni direttamente a favore del titolare del diritto, con esclusione del rinvio alla legge di un altro Stato.

Questo criterio viene utilizzato anche per individuare la normativa da seguire per rendere opponibile la garanzia nei confronti di

terzi e nella fase di escussione delle attività vincolate. Il suddetto decreto ha modificato anche il Tuf⁽¹⁴⁾.

Considerazioni conclusive

Molti degli aspetti contenuti nel D.Lgs. n. 170/2004 richiedono l'adeguamento dei formulari finora utilizzati dagli istituti bancari per ricevere in pegno crediti e titoli di credito.

Le nuove disposizioni agevolano la realizzazione del credito da parte del creditore pignoratizio e aumentano l'efficacia della garanzia finanziaria nei confronti delle azioni revocatorie proponibili dagli organi preposti alle procedure concorsuali.

La disciplina di riferimento lascia alle parti un'ampia libertà negoziale. Molte delle nuove facoltà inserite per agevolare la realizzazione del credito devono essere approvate da entrambi i contraenti.

Le nuove disposizioni sono di carattere speciale e, in certi casi, non possono essere derogate dalle parti. Per questo motivo sarà opportuno rivisitare i formulari utilizzati prima del decreto⁽¹⁵⁾; questo sia per adeguare la contrattualistica alla nuova normativa di riferimento, sia per consentire alle banche l'utilizzo delle nuove tecniche di attenuazione del rischio di credito nelle operazioni assistite da garanzie reali.

Note:

(12) *Fra i primi studiosi del pegno rotativo si segnala E. Gabrielli, Il pegno "anomalo", Padova, 1990, pag. 181.*

(13) *La validità e l'efficacia di questa clausola inserita nei contratti di garanzia finanziaria sono contenute nell'art. 7 del D.Lgs. n. 170/2004.*

(14) *La modificazione più rilevante riguarda l'abrogazione del registro dei vincoli previsto nella precedente versione dell'art. 87 del Tuf. Per effetto delle nuove disposizioni, le uniche disposizioni da seguire per vincolare strumenti finanziari accentrati sono quelle contenute nell'art. 34 del D.Lgs. n. 213/1998 (decreto euro). Come evidenziato nella circolare Abi del 25 agosto 2004, l'intervento sull'art. 87 del Tuf è stato compiuto per semplificare la costituzione di vincoli su strumenti finanziari detenuti in gestione accentrata. Ulteriori modifiche sono state apportate al D.Lgs. n. 210/2001 (Attuazione della direttiva n. 98/26/Ce sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli) ed all'art. 70 del Tuf - compensazione e garanzia delle operazioni su strumenti finanziari.*

(15) *Le nuove disposizioni relative all'efficacia e all'opponibilità della garanzia finanziaria si applicano solamente alle garanzie costituite successivamente al 30 luglio 2004.*