

CIRCOLARE N. 23 DEL 27 LUGLIO 2015

DIRITTO SOCIETARIO

Il regolamento di attuazione della disciplina sugli intermediari finanziari

ABSTRACT

Con il Regolamento del MEF 2 aprile 2015, n. 53 si è aggiunto un fondamentale tassello della disciplina degli intermediari finanziari che esercitano attività di finanziamento nei confronti del pubblico, contenuta nel titolo V del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Il Regolamento n. 53/2015 riguarda profili rilevanti della materia, tra cui quello relativo al contenuto dell'attività di finanziamento soggetta a vigilanza, nonché le circostanze nelle quali ricorre il presupposto dell'esercizio nei confronti del pubblico.

Tra i punti importanti della nuova disciplina, il Regolamento chiarisce che non configura operatività nei confronti del pubblico - ed è quindi liberamente esercitabile dalle società - l'attività di concessione di finanziamenti esercitata esclusivamente nei confronti del gruppo di appartenenza, nonché l'attività di finanziamento posta in essere da produttori di beni o servizi a soggetti appartenenti alla medesima filiera produttiva o distributiva del bene o del servizio in presenza di determinate condizioni.

PROVVEDIMENTI COMMENTATI

Regolamento del Ministero dell'economia 2 aprile 2015, n. 53

INDICE

Introduzione	p. 4
1. La nozione di attività di concessione di finanziamenti	p. 5
2. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di finanziamento	p.11
3. Le previsioni in tema di confidi	p.23
4. L'esercizio di attività finanziaria da parte di soggetti esteri	p.25
5. Soggetti che effettuano finanziamenti sottratti al regime di vigilanza degli intermediari finanziari con particolare riguardo alle imprese di assicurazione	p.28

Introduzione

Con la recente emanazione del Regolamento del MEF 2 aprile 2015, n. 53¹ (d'ora in poi Regolamento n. 53/2015) si è aggiunto un fondamentale tassello alla disciplina degli intermediari che esercitano attività di finanziamento nei confronti del pubblico, contenuta nel titolo V (artt. 106-114) del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d'ora in poi Tub)².

Il Regolamento n. 53/2015 disciplina infatti una serie di profili estremamente rilevanti della materia (che saranno analizzati nella presente circolare), tra cui: a) il contenuto dell'attività di concessione di finanziamenti nonché le circostanze nelle quali ricorre l'esercizio nei confronti del pubblico³; b) i servizi connessi e strumentali che i Confidi possono esercitare, nonché i criteri in base ai quali i Confidi sono tenuti a chiedere l'autorizzazione per l'iscrizione nell'albo tenuto dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 106⁴; c) l'esercizio in Italia dell'attività di concessione di finanziamenti da parte di soggetti esteri⁵; d) i criteri in base ai quali individuare quei soggetti cui non si applicano le disposizioni del capo V, in quanto già sottoposti a forme di vigilanza sull'attività finanziaria⁶.

Il titolo V del Tub prevede un regime di riserva per l'attività di concessione di finanziamenti. L'esercizio nei confronti del pubblico di questa attività è infatti riservato agli intermediari finanziari autorizzati, che sono iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia. Su questi intermediari grava un regime di vigilanza, tanto a livello di singolo intermediario quanto a livello di gruppo, analogo a quello previsto per le società che esercitano attività bancaria. La disciplina si completa prevedendo norme speciali per alcune tipologie di intermediari (tra cui in particolare i soggetti che esercitano l'attività di microcredito, i Confidi, le società fiduciarie)⁷.

Il Tub, nel definire i principi generali di disciplina del settore, prevede l'emanazione di disposizioni di attuazione, di natura regolamentare, da parte del Ministero dell'economia e delle finanze volte a specificare una serie di profili.

¹ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana dell'8 maggio 2015.

² Si tratta del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385.

³ Art. 106, comma 3, del Tub.

⁴ Art. 112, commi 1 e 3, del Tub.

⁵ Art. 114, comma 1, del Tub.

⁶ Art. 114, comma 2, del Tub.

⁷ L'intera materia è stata commentata nella circolare Assonime n. 11 del 2011.

Il Dipartimento del Tesoro ha avviato, nel luglio 2013, un processo di consultazione pubblica relativo a vari atti regolamentari di attuazione della predetta disciplina⁸, al quale ha partecipato anche la nostra Associazione.

All'esito della consultazione, il Ministero dell'economia e delle finanze ha emanato un primo regolamento 17 ottobre 2014, n. 176, in materia di microcredito⁹, e, ora, il citato Regolamento n. 53/2015. Per completare il quadro regolamentare della disciplina previsto dal predetto processo di consultazione manca il regolamento sui poteri e le modalità di funzionamento dell'organismo privatistico che gestisce l'elenco dei Confidi di cui all'art.112-*bis* del Tub¹⁰.

Il Regolamento n. 53/2015 sostituisce, abrogandolo¹¹, il regolamento 17 febbraio 2009, n. 29 del Ministero dell'economia e delle finanze il quale, nel previgente regime e durante questa fase di completamento della nuova disciplina introdotta con il decreto legislativo n. 141/2010, precisava il contenuto delle attività finanziarie, i criteri per valutare quando tali attività fossero esercitate nei confronti del pubblico, le altre attività che potevano essere svolte dagli intermediari, le condizioni per l'esercizio dell'attività da parte di soggetti esteri.

1. La nozione di attività di concessione di finanziamenti

Come detto, il regime di riserva previsto dall'art. 106 del Tub per gli intermediari finanziari autorizzati si impenna su due elementi qualificanti: a) l'attività di concessione di finanziamenti; b) l'esercizio di essa nei confronti del pubblico.

Al fine di verificare se una certa attività rientri nel regime di riserva, occorre prima appurare se essa sia qualificabile come concessione di finanziamenti e successivamente se possa considerarsi anche svolta verso il pubblico. Solo al ricorrere di entrambe le condizioni si applica il regime previsto dagli artt. 106 ss. del Tub.

L'esatta determinazione di tali elementi è quindi un aspetto cruciale per l'operatività delle imprese in quanto, se una certa attività svolta non dovesse rientrare nell'area

⁸ In particolare la consultazione riguardava tre schemi di regolamento.

⁹ Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 1° dicembre 2014.

¹⁰ È stata anche pubblicata da parte della Banca d'Italia la circolare n. 288 del 3 aprile 2015 recante "Disposizioni di vigilanza per gli intermediari finanziari".

¹¹ Art. 10, comma 1, lett. b), del Regolamento.

della concessione di finanziamenti oppure se essa non si potesse considerare svolta nei confronti del pubblico, tale attività sarebbe al di fuori del regime di riserva e, dunque, liberamente esercitabile.

Il Regolamento n. 53/2015 stabilisce che per attività di concessione di finanziamenti si deve intendere la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma.

In via esemplificativa, il Regolamento afferma che tale attività comprende ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di: a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti a titolo oneroso; c) credito ai consumatori di cui all'art. 121 del Tub; d) credito ipotecario; e) prestito su pegno; f) rilascio di fideiussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma¹².

Rispetto alla disciplina previgente, contenuta nel regolamento n. 29/2009, le novità introdotte riguardano: l'acquisto di crediti; le fideiussioni e gli impegni di firma; la dilazione di pagamento nel credito al consumo.

Per gli acquisiti di credito, si specifica, rispetto a quanto previsto nel regolamento n. 29/2009, che la nozione di concessione di finanziamenti comprende non tutti gli acquisti di credito ma solo i finanziamenti erogati nella forma di acquisto di crediti a titolo oneroso.

Questa precisazione, volta a comprendere nelle attività di finanziamento tutti gli acquisti di credito a titolo oneroso, potrebbe discendere dalla necessità di prendere posizione sulla fattispecie degli acquisti di credito *pro soluto*.

La dottrina¹³, infatti, partendo dalla considerazione che l'attività di finanziamento si caratterizza per l'obbligo di restituzione della disponibilità di ricchezza concessa, con una eventuale maggiorazione, esclude che le attribuzioni patrimoniali di cui non sia prevista, anche in via eventuale, la restituzione da parte del finanziato possa considerarsi finanziamento. In applicazione di questo principio, mentre la cessione *pro solvendo* (in cui il cedente risponde dell'inadempimento del debitore) rientra tra i finanziamenti, la cessione *pro soluto* (in cui il cedente garantisce solo l'esistenza del

¹² Art. 2 del Regolamento.

¹³ V. M. Bussolotti, Limiti soggettivi all'acquisto di assets fallimentari, in Dir. Banca e merc. fin. 2010, I, p. 11; nel senso invece che anche l'acquisto di crediti *pro soluto* sia da ricondurre tra le attività di concessione di finanziamenti G. Desiderio, L'attività bancaria, Milano, 2004, p. 120.

credito) deve considerarsi una vera e propria vendita e come tale non qualificabile come contratto di finanziamento. Le autorità pubbliche¹⁴ erano invece dell'opinione che anche l'acquisto di crediti *pro soluto* integrasse la fattispecie dell'attività di concessione di finanziamenti.

Poiché la cessione del credito, anche *pro soluto*, avviene a fronte del pagamento di un corrispettivo (che rappresenta il prezzo dell'acquisto), se ne potrebbe desumere che la precisazione contenuta nel Regolamento n. 53/2015 sull'onerosità dell'acquisto sia funzionale ad esplicitare come anche tale fattispecie rientri tra i finanziamenti.

Con questa nuova formulazione si distingue l'ipotesi in cui l'acquisto è qualificabile come acquisto a titolo oneroso (e come tale rilevante ai fini della nozione di concessione di finanziamenti) rispetto all'ipotesi in cui esso rientra tra gli acquisti a titolo gratuito (che risulta invece estraneo al campo di applicazione della disciplina).

L'acquisto è a titolo gratuito quando al trasferimento del credito non corrisponde un'analoga prestazione a carico del beneficiario. Si pensi tipicamente alla donazione. Sono da ricondurre in tale ambito anche gli acquisti di credito *pro soluto* con elevata difficoltà di riscossione effettuate a fronte di corrispettivi di ammontare irrisorio¹⁵.

Per quanto riguarda le fidejussioni e gli impegni di firma, viene eliminata l'indicazione contenuta nel regolamento n. 29/2009 secondo cui tali attività non rientravano tra i finanziamenti quando erano previste nell'ambito di contratti di fornitura in esclusiva e rilasciati unicamente a banche e intermediari finanziari.

Dilazione di pagamento nel credito ai consumatori

In ordine al credito ai consumatori, il Regolamento n. 53/2015 indica tra le attività di concessione di finanziamento soggette alla vigilanza di cui all'art. 106 del Tub, le attività di credito ai consumatori, come definite dall'art. 121 del Tub. La norma non contiene più la esclusione espressa dal regime di riserva – presente nel regolamento precedente, n. 29/2009 – della forme di finanziamento con dilazione di pagamento svolto dai soggetti autorizzati alla vendita di beni o servizi nel territorio della Repubblica.

¹⁴ V. in questo senso il parere n. 38 dell'11 marzo 1996 del Comitato antiriciclaggio; una nota dell'UIC, richiamata dal [Provvedimento n. 5947 del 1998](#) dell'Autorità Antitrust, secondo cui l'attività di acquisto di crediti, se svolta con carattere di professionalità, rileva ai fini della riserva senza che possa distinguersi tra acquisto *pro soluto* o *pro solvendo*.

¹⁵ Così sempre nota dell'UIC, richiamata dal Provvedimento n. 5947 del 1998 dell'Autorità Antitrust.

Alla luce di tale modifica va chiarito l'ambito di applicazione previsto oggi dall'art. 2, comma 1, lett c) del Regolamento n. 53/2015. Per inquadrare correttamente questa innovazione è opportuno porla in collegamento con la nozione generale di credito ai consumatori, che viene direttamente richiamata con il rinvio all'art. 121 del Tub.

Nella disciplina del credito ai consumatori, per contratto di credito si indica il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria¹⁶. Con finanziatore si intende quel "soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito"¹⁷. La legge prevede, dunque, che possono esercitare l'attività di credito ai consumatori le figure legittimate a erogare finanziamenti a titolo professionale, quali le banche e gli intermediari finanziari ex art. 106 Tub¹⁸.

Lo stesso Tub consente, tuttavia, agli imprenditori che esercitano le attività di vendita di beni o di prestazione di servizi, di concludere contratti di credito nella forma della dilazione del prezzo, quando vi sia esclusione del pagamento degli interessi e di altri oneri¹⁹. Nella relazione illustrativa del decreto legislativo n. 141/2010, che recepisce la direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, si afferma che questo tipo di contratti non ricade nel campo di applicazione della disciplina.

Secondo la disciplina del credito ai consumatori, dunque, le società che vendono beni o prestano servizi sono legittimate a concludere direttamente contratti che contemplino anche una dilazione del prezzo (si intende far riferimento a tutte quelle ipotesi in cui il pagamento del prezzo risulta differito nel tempo rispetto alla consegna del bene o alla prestazione del servizio), senza l'intervento di un intermediario autorizzato ad erogare finanziamenti a titolo professionale. Questa possibilità è soggetta alla condizione che la dilazione del pagamento del prezzo non implichi il pagamento di interessi o di altri oneri.

Questo assetto della disciplina in tema di credito ai consumatori determina dei riflessi anche in ordine al regime di riserva del titolo V del Tub. Poiché infatti gli imprenditori che vendono beni o prestano servizi possono liberamente concludere contratti che contemplino anche una dilazione del prezzo (con i limiti sopraindicati), la dilazione del prezzo con esclusione del pagamento degli interessi e di altri oneri, posta in essere dai

¹⁶ Art. 121, comma 1, lett. c), del Tub.

¹⁷ Art. 121, comma 1, lett. f), del Tub.

¹⁸ Cfr. R. Costi, L'ordinamento bancario, Bologna, 2012, p. 726.

¹⁹ Art. 122, comma 5, del Tub.

suddetti imprenditori, non può rientrare tra le attività di finanziamento riservate, previste dall'art. 106 del Tub.

Diversamente, se sulla base delle nuove disposizioni del Regolamento n. 53/2015 si ritenesse di dover estendere la riserva anche a tali ipotesi, di fatto si impedirebbe l'applicazione della norma dettata dall'art. 122, comma 5 del Tub.

Cessione di crediti IVA

Completamente nuova, rispetto al regolamento n. 29/2009, è l'indicazione di due ipotesi specifiche di acquisto di crediti che non sono qualificabili come attività di concessione di finanziamento ai sensi della disciplina in esame: l'acquisto dei crediti IVA e l'acquisto di crediti da parte di società di recupero crediti.

Si prevede che non costituisce attività di concessione di finanziamento l'acquisto dei crediti di imposta sul valore aggiunto relativi a cessioni di beni o servizi, nei casi previsti dalla normativa vigente²⁰.

Al riguardo è da evidenziare, preliminarmente, che la legittimità della cessione dei crediti IVA, vantati dai soggetti passivi d'imposta nei confronti dell'Erario, è stata riconosciuta dall'art. 5, comma 4-ter, del decreto legge 14 marzo 1988, n. 70²¹, che ne ha disciplinato le condizioni e le modalità di esecuzione.

Affinché la cessione dei crediti IVA abbia effetto nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, nella veste di debitore ceduto, il soggetto cedente deve rispettare le disposizioni dell'art. 69 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, che stabilisce quanto segue: a) le cessioni di crediti verso l'Amministrazione devono essere obbligatoriamente notificate all'Amministrazione centrale ovvero all'ente, ufficio o funzionario cui spetta ordinare il pagamento; b) la notifica deve avvenire tempestivamente, rimanendo essa priva di effetto riguardo agli ordini di pagamento che risultino già emessi; c) le cessioni di crediti devono risultare da atto pubblico o da scrittura privata autenticata dal notaio.

Le cessioni di crediti IVA che avvengono nel rispetto della predetta normativa non costituiscono una concessione di finanziamento e non rientrano nel regime di riserva del titolo V del Tub. In sostanza l'acquisto di crediti IVA da parte di soggetti diversi dagli

²⁰ Art. 2, comma 2, lett. a), del Regolamento.

²¹ Convertito dalla legge 13 maggio 1988, n. 154.

intermediari finanziari autorizzati è legittimo e non è soggetto ai vincoli e alle condizioni previste per l'attività svolta dagli intermediari finanziari autorizzati.

Ne deriva, ad esempio, che la cessione di un credito IVA vantato da un'impresa nei confronti dell'Erario ad un'impresa facente parte dello stesso gruppo cui appartiene il soggetto cedente – operazione che si realizza frequentemente nell'ambito della liquidazione IVA di gruppo disciplinata dall'art. 74 del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 – ovvero ad un'impresa estranea al gruppo potrà essere attuata con la sola osservanza dei termini e delle condizioni previste dal ricordato art. 5, comma 4-ter, del decreto legge 14 marzo 1988, n. 70.

Acquisto di crediti da parte di società di recupero

Non costituisce altresì attività di concessione di finanziamento l'acquisto di crediti da parte di società di recupero crediti in presenza di determinate condizioni²².

Si deve trattare di un acquisto di crediti a titolo definitivo effettuato da società titolari della licenza per l'attività di recupero stragiudiziale di crediti²³.

I crediti sono acquistati a fini di recupero e sono ceduti da: a) banche o altri intermediari finanziari che li hanno classificati in sofferenza; b) altri soggetti "purché si tratti di crediti vantati nei confronti di debitori che versano in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, secondo quanto accertato dai competenti organi sociali", senza che rilevi l'esistenza di garanzie reali o personali.

I finanziamenti a favore della società acquirente ricevuti da terzi non possono superare l'ammontare complessivo del suo patrimonio netto. Con tale indicazione si intende garantire un rapporto equilibrato tra mezzi propri e mezzi altrui nell'esercizio dell'attività di acquisto crediti. Questo significa che, ai fini della verifica del rispetto della predetta condizione, non si deve tener conto dell'importo complessivo di tutti i finanziamenti ricevuti nel corso del tempo (ivi compresi quelli già estinti) ma si deve verificare il rispetto continuo del rapporto tra importo complessivo dei finanziamenti in essere e patrimonio netto. In pratica questo comporta che l'ammontare dei prestiti non estinti non può mai superare il valore del patrimonio netto.

²² Art. 2, comma 2, lett. b), del Regolamento.

²³ Si tratta della licenza per il recupero stragiudiziale dei crediti rilasciata dal Questore ai sensi dell'art. 115 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773).

Il recupero dei crediti deve avvenire senza la stipula di nuovi contratti di finanziamento con i debitori ceduti, la novazione di quelli in essere e la modifica delle condizioni contrattuali. Non sono considerate modifiche contrattuali rilevanti ai fini in esame l'estinzione anticipata o la posticipazione dei termini di pagamento²⁴.

2. L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di finanziamento

Il secondo elemento rilevante al fine di individuare il campo di applicazione della disciplina in tema di intermediari finanziari è costituito dall'esercizio dell'attività nei confronti del pubblico.

Il principio generale è quello per cui l'attività di concessione di finanziamenti si considera esercitata nei confronti del pubblico qualora sia svolta nei confronti dei terzi con carattere di professionalità²⁵.

La predetta indicazione riprende quanto già previsto nel regolamento n. 29/2009 e attribuisce rilievo a due profili: l'esercizio verso terzi e la professionalità.

In assenza di particolari indicazioni, il procedimento più corretto al fine di attribuire un significato idoneo alle nozioni di *terzo* ed *esercizio professionale*, quali condizioni necessarie per l'esercizio nei confronti del pubblico, non può che essere quello di valorizzare un'interpretazione di natura funzionale, che assegni a questi termini un significato coerente con le finalità che caratterizzano la riserva dell'esercizio di attività finanziarie verso il pubblico²⁶.

Due sono le finalità che qualificano la nuova disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario di cui all'art. 106 ss. del Tub.

La prima finalità è quella di proteggere coloro che entrano in contatto con questa categoria di intermediari finanziari, al fine di consentire l'operatività nei confronti del pubblico solo a quegli intermediari che assicurino affidabilità e correttezza dell'iniziativa imprenditoriale. Si tratta di una finalità che risulta in modo espresso dalla legge

²⁴ Art. 2, comma 2, lett. b), numero 3, del Regolamento.

²⁵ Art. 3, comma 1, del Regolamento.

²⁶ Si segue in questo senso quella linea dottrinale (P. Marchetti, Note introduttive al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, in Riv soc 1993, p. 1160) la quale, al fine di individuare la nozione di pubblico rilevante nel settore in esame, reputa essenziale, in un'ottica di interpretazione funzionale, individuare il bisogno di protezione cui la riserva di attività vuole sopperire.

comunitaria 2008, che ha attribuito al Governo la delega in base alla quale è stato adottato il decreto legislativo n. 141/2010 di riforma della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario²⁷.

La seconda finalità è quella di assoggettare il complesso dei soggetti rientranti nel suo ambito di applicazione ad un regime di vigilanza di natura prudenziale del tutto analogo a quello bancario. Se quindi il tratto caratterizzante del disegno riformatore è quello di istituire un regime di vigilanza prudenziale analogo a quello delle banche, l'assunto di base non può che essere quello per cui la riserva di attività riguardi operatori che presentano strutturalmente tanto rischi di natura microprudenziale, quanto rischi di natura macroprudenziale²⁸.

Alla luce di quanto detto, la nozione di terzo non dovrebbe essere intesa in un'accezione così lata, tale da non essere idonea ad individuare concretamente la fattispecie. Si pensi al caso in cui si intendesse il termine terzo come genericamente riferito ad ogni soggetto diverso dal finanziatore che divenga controparte del rapporto di finanziamento.

Il termine dovrebbe essere più correttamente inteso in un senso più ristretto, che possa escludere quei soggetti, i quali, in virtù del particolare legame che li lega a colui che pone in essere l'atto di finanziamento o delle peculiarità caratteristiche soggettive che li contraddistinguono, non pongono particolari esigenze di tutela in ordine all'affidabilità e correttezza del finanziatore né di tutela della stabilità.

Sembrano conformi a questa impostazione anche le indicazioni che emergono nello stesso Regolamento n. 53/2015, che indicano alcune ipotesi in cui l'attività di finanziamento, pur svolta verso terzi, non si considera esercitata nei confronti del pubblico, come nei casi dei finanziamenti infragruppo e dei finanziamenti di filiera (come meglio vedremo in seguito).

Per quanto riguarda il carattere professionale dell'attività, si dovrebbe far capo all'interpretazione corrente di "professionalità nell'esercizio" di un'attività economica presente nell'art. 2082 c.c., che attribuisce a tale concetto il valore di sinonimo di abitudine dell'attività²⁹. In tal senso il carattere di professionalità è comunemente inteso

²⁷ Articolo 33, comma 1, lett. d), della legge 7 luglio 2009, n. 88.

²⁸ V. V. Lemma, La riforma degli intermediari finanziari non bancari nella prospettiva di Basilea III, in Rivista elettronica di diritto economia e management, 2011, 1, p. 187.

²⁹ V. già la circolare Assonime n. 123 del 1994 che commentava il decreto 6 luglio 1994 del Ministero del Tesoro ove era stato introdotto il criterio della professionalità ai fini dell'identificazione dello svolgimento dell'attività nei confronti del pubblico.

nel senso di uno svolgimento stabile, duraturo e sistematico dell'attività³⁰. Ciò significa che non si può considerare svolta nei confronti del pubblico l'attività di finanziamento di natura sporadica o occasionale. Al riguardo vi è però da sottolineare come anche singole operazioni di finanziamento potrebbero assumere un rilievo quali attività di natura professionale qualora presentino natura complessa e articolata³¹.

L'attribuzione alla nozione di professionalità di un significato conforme agli scopi della disciplina potrebbe inoltre indurre a ritenere che essa sia da intendere non solo come esercizio abituale ma anche come attività posta in essere da una realtà imprenditoriale organizzata, duratura e sistematica volta ad operare sullo specifico mercato dell'esercizio del credito, in cui la concessione di finanziamenti non è un'attività meramente strumentale per un migliore svolgimento dell'attività principale d'impresa esercitata. Del resto la stessa disciplina del Regolamento n. 53/2015 nel momento in cui esclude l'operatività nei confronti del pubblico dei finanziamenti di filiera sembra muoversi in una prospettiva analoga. Si deve richiamare l'attenzione sul fatto che questo profilo è molto delicato e deve essere valutato in modo corretto e coerente con la *ratio* della disciplina così da non dare adito a fenomeni di surrettizia *fuga* dalla disciplina di soggetti che hanno natura sostanzialmente finanziaria.

Alla luce di questa indicazione sono da escludere dalle attività sussumibili nell'alveo della concessione di finanziamenti esercitate nei confronti dei terzi, quelle ipotesi di sostituzione della titolarità della figura di creditore, che determinano quindi un acquisto di crediti, le quali avvengono all'interno di operazioni straordinarie di ristrutturazione

³⁰ Cfr. F. Capriglione, Art. 106, in F. Capriglione (diretto da), Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Padova, 2012, p. 1388; F. Volpe, L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività finanziaria, in BBTC 2000, I, p. 677. La giurisprudenza penale, in ordine al reato di abusiva attività finanziaria, ha affermato che il reato di abusiva attività finanziaria comporta "la necessità che la predetta attività sia professionalmente organizzata con modalità e strumenti tali da prevedere e consentire la concessione sistematica di un numero indeterminato di mutui e finanziamenti, rivolgendosi ad un numero di persone potenzialmente vasto e realizzandosi, così, quella latitudine di gestione tale da farla trasmigrare dal settore privato a quello pubblico e ricondurla, quindi, nell'ambito di operatività della legge bancaria". Per quanto riguarda poi la determinazione del pubblico dei "potenziali utenti e fruitori, il termine non deve essere inteso necessariamente come sinonimo di collettività indifferenziata di persone, ... ma può essere considerato anche come comprensivo di una limitata cerchia di soggetti" (cfr. Cass. Pen., sez VI, 21 aprile 1999, n. 5118; Cass. Pen., sez II, 20 aprile 2006, n. 14005; Cass. Pen., sez V, 9 marzo 2007, n. 10189; Cass. Pen., sez V, 26 febbraio 2010, n. 7986).

³¹ Secondo un filone della giurisprudenza penale il reato di esercizio abusivo di attività finanziaria può essere integrato anche con l'erogazione di un solo finanziamento, avuto comunque riguardo a numero, cadenza e ammontare nonché ai connotati di sostanziale offerta al pubblico che presentavano le erogazioni (cfr. Cass. Pen., sez II, 14 dicembre 2001, n. 1628; Cass. Pen., sez II, 30 settembre 2002, n. 36335; Cass. Pen., sez II, 16 luglio 2009, n. 29500; Cass. Pen., sez II, 23 dicembre 2013, n. 51744).

societaria. Si pensi ad esempio agli acquisti di crediti che avvengono per effetto di operazioni di fusione e scissione, in conseguenza del subentrare della società incorporante o beneficiaria nei diritti della società partecipante alla fusione o scissa.

In tali ipotesi, si potrebbe innanzitutto dubitare di essere in presenza di un vero e proprio acquisto, alla luce di quella ricostruzione dottrinale che riconduce queste operazioni a mutamenti strutturali, senza soluzione di continuità, piuttosto che a fenomeni di natura traslativa/successoria³². Il punto dirimente è però che in questo caso non siamo in presenza di un negozio avente una causa di finanziamento, quanto di un cambio di titolarità inserito in una più complessa vicenda avente finalità precipuamente riorganizzativa. Non si può considerare quindi l'acquirente come un soggetto che esercita professionalmente verso il mercato attività di concessione di finanziamenti e questo anche se vi sia una ripetizione nel tempo di più vicende riorganizzative analoghe.

In senso analogo si potrebbe ragionare anche per il diverso fenomeno di quei finanziamenti che vengono concessi da società che partecipano in altre società, pur senza che il rapporto partecipativo sia qualificabile in termini di collegamento (su cui *infra*). Anche in questi casi si dovrebbe valutare se concretamente il finanziamento non abbia come causa quella di ottenere un ricavo quanto quella di sostenere le attività della partecipata. Sintomatico in questo senso potrebbe essere l'ammontare del tasso di interesse, quando inferiore a quello prevalente sul mercato.

Veniamo ora ad esaminare quelle ipotesi di finanziamento a favore di terzi che lo stesso Regolamento n. 53/2015 esclude possano essere considerate svolte nei confronti del pubblico.

Attività di finanziamento all'interno del gruppo

La prima ipotesi riguarda il finanziamento all'interno del gruppo. Non configura infatti un'operatività nei confronti del pubblico l'attività di concessione di finanziamenti esercitata esclusivamente nei confronti del gruppo di appartenenza³³.

Il Regolamento n. 53/2015 fa riferimento ad una nozione convenzionale di "gruppo" e "gruppo di appartenenza", che comprende le società controllanti, le società controllate

³² Così B. Libonati, *Diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 513.

³³ Art. 3, comma 2, lett. a), del Regolamento. Per i profili particolari dell'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di acquisto di crediti v. *infra*.

e le società collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c. nonché le società controllate dalla stessa controllante³⁴.

Ai fini in esame quindi nel perimetro del gruppo rientrano non solo le società controllate ma anche le società collegate che sono le società su cui un'altra società esercita un'influenza notevole. È da ricordare che l'influenza notevole si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno il 20% dei voti, ovvero il 10% dei voti se la società ha azioni quotate in un mercato regolamentato. Per la dottrina³⁵ "la situazione di collegamento deve essere sempre dimostrata in concreto e il parametro di riferimento consiste nel grado di potere che si è in grado di esercitare sulla società". Tale potere dovrebbe corrispondere con la facoltà di incidere sulla nomina e revoca degli organi direttivi³⁶. Sono considerate ipotesi di influenza notevole i casi in cui, anche in presenza di un controllo di fatto in capo ad un certo socio, meccanismi di voto di lista o altre clausole consentono l'elezione di amministratori da parte di altri soci, da considerare collegati, o ancora, nel caso di sindacati di controllo in cui nessuno dei paciscenti ha una posizione dominante, tutti i partecipanti al patto sono titolari di una posizione di influenza notevole³⁷. Altra dottrina riconduce nell'alveo dell'influenza notevole le ipotesi (non qualificabili in termini di controllo) in cui una parte, tramite accordi parasociali, ha un diritto di veto nei confronti dell'altra³⁸.

In base a tali indicazioni, si può ritenere che rientrino nel gruppo, nell'accezione convenzionale propria della disciplina in esame, anche quelle società che sono controllate congiuntamente oppure partecipate all'interno di un rapporto di collaborazione nella forma di joint venture. In linea generale, devono considerarsi attratte nel gruppo tutte quelle ipotesi di partecipazioni societarie che sostanziano situazioni di potere di una società sull'altra di eguale natura rispetto al controllo per influenza dominante ma di grado inferiore.

Per i soggetti di natura cooperativa, il gruppo di appartenenza è definito in base alla delibera CICR del 19 luglio 2005 in materia di raccolta del risparmio da parte di soggetti diversi dalle banche³⁹. La delibera CICR a sua volta rimanda alle istruzioni di

³⁴ Art. 1, comma 1, lett. e), del Regolamento.

³⁵ G. Sbisà, Art. 2359, in Commentario Scialoja Branca, Bologna, 1997, p. 500.

³⁶ M. Notari J. Bertone, Art. 2359, in Commentario Marchetti, Milano, 2008, p. 694.

³⁷ G. Sbisà, Art. 2359, in Commentario Scialoja Branca, Bologna, 1997, p. 501.

³⁸ D. U. Santosuosso, Sul collegamento societario nell'ambito di poteri di fatto di società su società, in Giur comm 2002, I, p. 719.

³⁹ Art. 1, comma 1, lett. e), del Regolamento.

vigilanza della Banca d'Italia⁴⁰. Tali istruzioni, nel definire la raccolta del risparmio nei gruppi, prevedono che "nel caso in cui più soggetti di natura cooperativa detengano una partecipazione al capitale di una società che svolge attività di concessione di finanziamenti, la raccolta del risparmio effettuata da tale società presso le cooperative e/o le società da queste ultime controllate non è sottoposta ad alcun vincolo purché i finanziamenti della partecipata siano rivolti, in via esclusiva, alle cooperative partecipanti e/o alle loro controllate e la complessiva operatività della società medesima sia rivolta, in via prevalente, ai rapporti con le cooperative"⁴¹.

Rilascio di garanzie

Per quanto riguarda in particolare l'attività di finanziamento posta in essere attraverso il rilascio di garanzie, non si configura un esercizio verso il pubblico di tale attività quando almeno uno solo tra l'obbligato garantito e il beneficiario della garanzia faccia parte del medesimo gruppo del garante (da intendere nell'accezione sopra indicata)⁴².

Per rilascio di garanzie si devono intendere i finanziamenti realizzati attraverso il rilascio di fidejussioni, l'avallo, l'apertura di credito documentaria, l'accettazione, la girata, l'impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma

In via di prassi, le fattispecie più significative in cui si esplica l'attività di rilascio di garanzie nei gruppi di natura non finanziaria, a supporto dell'ordinaria attività da esse esercitate, sono riconducibili a fondamentalmente due aree.

Una prima area comprende tutte quelle situazioni in cui la capogruppo (o altra società del gruppo) rilascia delle garanzie, il garantito è una società del gruppo e il beneficiario è un soggetto esterno.

Una seconda area riguarda quelle situazioni in cui il rilascio della garanzia avviene a favore di joint venture societarie, nelle quali la società garante partecipa pur senza avere un rapporto di controllo. Esse sono finalizzate a rendere più solida la posizione della joint venture sul mercato e sono realizzate secondo due schemi. Il primo è quello per cui ciascun partecipante alla joint venture rilascia una garanzia in cui il soggetto garantito è direttamente la joint venture partecipata e i beneficiari sono i fornitori o i creditori di quest'ultima. Il secondo schema è quello per cui solo una delle società

⁴⁰ Art. 8, comma 2, della delibera CICR 19 luglio 2005.

⁴¹ Istruzioni di vigilanza per le banche Titolo IX, Capitolo 2, Sezione VII.

⁴² Art. 3, comma 2, lett. c), del Regolamento.

socie della joint venture rilascia la garanzia a favore di quest'ultima, di cui sono beneficiari i clienti o le banche della joint venture, e l'altra società socia rilascia a sua volta una cogaranzia a favore del socio diretto garante verso i terzi, per coprire la propria quota di partecipazione al capitale, realizzando una forma di ripartizione interna della garanzia.

Sotto il profilo operativo tutte queste attività sono svolte dalle società garanti anche in via sistematica proprio perché sono attività ordinarie di natura ausiliaria a supporto della loro attività di natura industriale, commerciale o di servizi nelle varie articolazioni soggettive in cui essa si può esercitare (gruppo, joint venture controllata congiuntamente o partecipata con quota di minoranza).

In base alla nozione di gruppo rilevante per la disciplina in esame, che comprende anche le società collegate, non vi possono essere dubbi sul fatto che non costituiscono esercizio nei confronti del pubblico il rilascio di garanzie a favore di joint venture partecipate dal garante o da una società appartenente al gruppo del garante.

La medesima soluzione deve essere adottata anche per il caso della cogaranzia a favore del socio della joint venture, a cui la società partecipa. Si tratta, anche in quest'ultima ipotesi, di rapporti di finanziamento verso soggetti nei cui confronti sussistono stabili legami di natura societaria che ne fanno escludere la qualifica di terzo. La particolare struttura dell'operazione, infatti, che si risolve in un finanziamento indiretto della joint venture, induce ad escludere che sussista tanto una particolare esigenza di protezione del cogarantito, quanto la necessità di tutela di esigenze di stabilità finanziaria che siano diverse da quelle delle ordinarie garanzie infragruppo. Anch'essa quindi non rientra nel regime di riserva in materia di soggetti operanti nel settore finanziario ex art. 106 ss. del TUB⁴³.

Un ultimo profilo riguarda infine le garanzie rilasciate dal socio persona fisica controllante. È prassi assolutamente comune, nei rapporti con gli istituti bancari, che l'attività di rilascio di garanzie, quando riguarda imprese societarie di dimensione familiare, venga posta in essere direttamente dal socio persona fisica che controlla la società. Anche se la nozione di gruppo adottata nel Regolamento n. 53/2015 riguarda rapporti tra società, è ragionevole ritenere che anche la situazione prospettata debba essere considerata non compresa nell'area di attività riservate agli intermediari finanziari. È evidente infatti che il rapporto tra socio garante e banca garantita non

⁴³ In tal senso v. il nostro caso n. 5/2014 su "Rilascio di garanzie da parte di società industriali e disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario".

determina alcuna esigenza di tutela in ordine all'affidabilità e correttezza del finanziatore né di tutela della stabilità.

Finanziamenti di filiera

Non configurano operatività nei confronti del pubblico neppure i finanziamenti concessi, sotto qualsiasi forma, da produttori di beni o servizi, o da società del gruppo, a soggetti appartenenti alla medesima filiera produttiva o distributiva del bene o del servizio purché rispettino una serie di condizioni⁴⁴.

I destinatari del finanziamento non devono essere né consumatori né utilizzatori finali del bene o del servizio. Per consumatore si intende la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta⁴⁵. Il contratto di finanziamento deve essere collegato a un contratto per la fornitura o somministrazione di beni o servizi di natura continuativa ovvero di durata non inferiore a quella del finanziamento concesso.

Al riguardo una prima questione è quella dell'individuazione dei soggetti appartenenti alla medesima filiera produttiva o distributiva del produttore.

In via orientativa uno strumento interpretativo potrebbe essere costituito dalle indicazioni comunitarie che regolano i profili di concorrenza in tema di accordi verticali e in particolare il Regolamento UE n. 330/2010 del 20 aprile 2010 sugli accordi verticali tra imprese e la connessa Comunicazione della Commissione europea che reca gli orientamenti sulle restrizioni verticali. In base al regolamento comunitario n. 330/2010 gli accordi verticali comprendono proprio quegli accordi conclusi tra imprese che operano ad un livello differente della catena di produzione o distribuzione⁴⁶. Gli orientamenti interpretativi della Commissione europea portano ad esempio il caso di un'impresa che produce materie prime, che un'altra impresa utilizza come input, o ancora il caso di un'impresa fabbricante, un'impresa grossista e un'impresa dettagliante.

Un altro utile riferimento può essere costituito dalla interpretazione della definizione di consorzio quale "organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese"⁴⁷. Secondo l'accezione interpretativa comune

⁴⁴ Art. 3, comma 2, lett. d), del Regolamento.

⁴⁵ Art. 121 del Tub.

⁴⁶ Art. 1, paragrafo 1, lett. a), del Regolamento n. 330/2010.

⁴⁷ Art. 2602 c.c.

infatti il concetto di fase dell'impresa va intesa in senso ampio come comprensiva di ognuna delle molteplici fasi di attività che possono, in concreto, entrare a comporre il quadro globale di esercizio dell'impresa⁴⁸.

In linea generale si può ritenere che la verifica dell'appartenenza alla medesima filiera produttiva o distributiva deve essere effettuata in concreto a seconda di come viene organizzato il ciclo produttivo/distributivo di una determinata impresa. In via esemplificativa la filiera comprende i produttori, grossisti e dettaglianti di un medesimo bene, il fornitore di una materia prima o di un bene intermedio e l'impresa che lo acquista per incorporarlo nel prodotto, il fornitore di un servizio e l'impresa che lo acquista per lo svolgimento della sua attività.

Il soggetto finanziatore deve essere un produttore di beni o servizi o una società del suo gruppo di appartenenza. Al riguardo si potrebbe porre il problema se la norma escluda la possibilità di rivestire la veste di finanziatore al soggetto che ricopre una mera funzione di intermediazione nello scambio di un bene o di un servizio (il c.d. commerciante). Tale limitazione non sembra però fondata. Al riguardo si consideri che il soggetto, il quale si pone come mero intermediario in un ciclo produttivo, realizza esso stesso un servizio (il servizio di intermediazione) ed è quindi un produttore di un servizio proprio. Significativa in questo senso è l'opinione di quella dottrina che riconduce l'intermediazione nello scambio all'interno della più generale categoria della produzione di servizi⁴⁹. In tal senso poi è da sottolineare come la disciplina speciale del finanziamento di filiera intende agevolare l'irrobustimento e lo sviluppo delle catene in cui si articola il ciclo produttivo e non avrebbe giustificazione discriminare una certa impresa per il posto che occupa della catena.

In definitiva la nozione di produttore di bene o servizio deve essere intesa come un sinonimo di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c.

In assenza di vincoli espressi, il produttore del bene o servizio può effettuare il finanziamento tanto a monte quanto a valle della sua catena produttiva e/o distributiva.

Un altro punto essenziale della disciplina è costituito dal collegamento tra il contratto di finanziamento e il contratto di fornitura del bene o servizio. In considerazione della generale finalità della norma in esame, di agevolare l'irrobustimento e lo sviluppo delle filiere produttive, si deve ritenere che sussista un collegamento tra i contratti non solo

⁴⁸ Cfr. la circolare Assonime n. 159 del 1976.

⁴⁹ Cfr. P. Spada, Impresa, in *Digesto delle discipline privatistiche – sez. commerciale*, vol. VII, Torino, 1992, p. 42.

nel caso in cui il finanziamento è direttamente funzionale all'acquisto del bene o servizio (come nel caso della dilazione di pagamento del prezzo di acquisto di un bene), ma anche in tutti i casi in cui esso è strumentale in senso più generale ad un migliore svolgimento dell'attività di produzione del bene o servizio per come essa si articola concretamente. Si pensi al caso in cui il produttore finanzia l'imprenditore a valle nel ciclo produttivo per l'acquisto di beni strumentali o finanzia la ristrutturazione del locale dove il dettagliante vende il bene o servizio. Tali modalità operative si pongono concretamente nei settori della produzione di birra o caffè dove si finanzia l'acquisto di macchine distributrici della bevanda o la ristrutturazione del locale.

Il destinatario del finanziamento non può essere, come detto, né un consumatore né un utilizzatore finale del bene o servizio. Nel caso in cui quindi il soggetto finanziato è una società oppure una persona fisica che agisce per uno scopo inerente la propria attività imprenditoriale o professionale, il finanziamento non è considerato esercitato nei confronti del pubblico, solo quando il predetto finanziato non è l'utilizzatore finale del bene o servizio.

Finanziamenti a dipendenti e collaboratori

Non configurano operatività nei confronti del pubblico neppure i finanziamenti concessi dal datore di lavoro o da società appartenenti al suo gruppo a favore di: a) propri dipendenti; b) soggetti "che operano sulla base di rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro, anche in forma diversa dal rapporto di lavoro subordinato, al di fuori della propria attività principale"⁵⁰.

La seconda categoria è costituita da quei soggetti i quali, pur non rientrando tra i lavoratori subordinati, sono legati all'imprenditore da rapporti che ne determinano l'inserimento nell'organizzazione.

Non è facile individuare quali siano i rapporti che determinano l'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro, senza costituire un rapporto di lavoro subordinato. È da ricordare infatti che la verifica dell'inserimento nell'organizzazione del datore di lavoro è uno degli indici utilizzati dalla giurisprudenza per appurare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato⁵¹.

⁵⁰ Art. 3, comma 2, lett. e), del Regolamento.

⁵¹ Cfr. Cass. Civ. 9 settembre 2013 n. 20606 secondo cui per la qualificazione del contratto di lavoro come autonomo o subordinato occorre accertare se ricorra o no il requisito tipico della subordinazione, intesa come prestazione dell'attività lavorativa alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore e perciò con inserimento nell'organizzazione di questo, mentre gli altri caratteri dell'attività lavorativa, come la continuità, la rispondenza ai fini dell'impresa e le modalità di erogazione della retribuzione non assumono

Qualche indicazione si può ricavare da quella giurisprudenza lavoristica secondo cui “si ha inserimento del lavoratore nell’organizzazione dell’imprenditore quando l’attività oggetto del contratto venga regolata nel suo svolgimento, non già alla stregua di elementi predeterminati dalla volontà negoziale e paritaria delle parti, nella fase formativa del contratto, allo scopo di stabilire il contenuto della prestazione dovuta, bensì sulla base delle direttive del datore di lavoro, nell’esercizio del suo potere gerarchico, volto ad utilizzare, nel modo più utile e secondo le esigenze anche mutevoli della sua organizzazione aziendale, le prestazioni del lavoratore”⁵². Ogni volta che il finanziamento sia a favore di un prestatore di lavoro il cui rapporto con il datore di lavoro presenta queste caratteristiche, indipendentemente dalla qualifica formale, esso non può essere considerato rivolto verso il pubblico.

Bisogna però porre attenzione al fatto che questo tipo di indici potrebbero non essere esaustivi di tutte quelle situazioni che escludono un’operatività verso il pubblico. Si pensi ad esempio ai finanziamenti concessi agli amministratori di società. Se pure questi soggetti non possono considerarsi soggetti alle direttive del datore di lavoro, per la loro posizione apicale, pur tuttavia è difficile ritenerli non compresi nell’organizzazione del datore di lavoro. Si potrebbe quindi ipotizzare che il termine inserimento nell’organizzazione sia da intendere in senso lato come appartenenza alla struttura organizzativa dell’impresa.

Il finanziamento verso queste due categorie di soggetti non si considera esercitato nei confronti del pubblico solo se non sono richiesti interessi oppure il tasso annuo effettivo globale (c.d. TAEG) del finanziamento erogato è inferiore a quello prevalente sul mercato.

Il TAEG è il costo totale del credito per il consumatore previsto in tema di credito al consumo dall’articolo 121, comma 1, lett. m), del Tub. Il predetto articolo del Tub e l’articolo 3 del decreto 3 febbraio 2011, n. 117 del Ministro dell’economia e delle finanze affidano alla Banca d’Italia il compito di disciplinare le modalità di calcolo del TAEG in conformità della direttiva 2008/48/CE. Essa ha ottemperato a tale previsione con il provvedimento 28 marzo 2013.

Esercizio nei confronti del pubblico dell’acquisto di crediti

rilievo determinante, essendo compatibili sia con il rapporto di lavoro subordinato sia con quelli di lavoro autonomo (così anche Cass. Civ. 25 ottobre 2004, n. 20669).

⁵² Cass. Civ. 6 marzo 1982, n. 1444.

Profili particolari presenta l'attività di finanziamento realizzata attraverso l'acquisto di crediti⁵³.

Come abbiamo visto, l'acquisto di crediti rientra tra le attività di finanziamento solo se posto in essere a titolo oneroso. Si esclude inoltre l'acquisto di crediti IVA e l'acquisto da parte delle società di recupero (quando rispettino determinate condizioni)⁵⁴.

Per quanto riguarda le ipotesi in cui tale attività si considera esercitata nei confronti del pubblico, il Regolamento n. 53/2015 considera in modo distinto l'acquisto di crediti vantati da società del gruppo nei confronti di terzi e l'acquisto di crediti vantati da terzi nei confronti di società del gruppo di appartenenza. Mentre nel primo caso l'attività si considera esercitata nei confronti del pubblico ed è quindi riservata agli intermediari finanziari; nel secondo caso l'attività non si considera esercitata nei confronti del pubblico ed è quindi liberamente esercitabile da qualsiasi società del gruppo.

Società costituite per singole operazioni

Un'ultima ipotesi di attività di finanziamento che non si considera rivolta nei confronti del pubblico riguarda l'ipotesi di attività di concessione di finanziamenti relative a singole operazioni di raccolta o di impiego⁵⁵. In particolare il Regolamento n. 53/2015 stabilisce che non si considera esercitata nei confronti del pubblico attività di concessione di finanziamenti posta in essere da società costituite per singole operazioni di raccolta o di impiego e destinate a essere liquidate una volta conclusa l'operazione.

Tale esclusione è soggetta ad una serie di condizioni. Dalla disciplina contrattuale e statutaria della società devono risultare le idonee limitazioni dell'oggetto sociale, delle possibilità operative e della capacità di indebitamento della società stessa. La società deve essere consolidata integralmente nel bilancio della capogruppo di un gruppo bancario, finanziario o di una SIM.

⁵³ Art. 3, comma 2, lett. a) e b), del Regolamento.

⁵⁴ Cfr. paragrafo 1, della circolare.

⁵⁵ Art. 3, comma 2, lett. f), del Regolamento.

3. Le previsioni in tema di confidi

Il Regolamento n. 53/2015 contiene anche alcune previsioni in tema di Confidi.

La figura dei Confidi è prevista e regolata in modo organico dall'art. 13 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269⁵⁶ secondo cui la nozione di Confidi comprende i consorzi con attività esterna, le società cooperative, le società consortili per azioni, le società a responsabilità limitata che esercitano l'attività di garanzia collettiva dei fidi. Per attività di garanzia collettiva dei fidi si intende "l'utilizzazione di risorse provenienti in tutto o in parte dalle imprese consorziate o socie per la prestazione mutualistica e imprenditoriale di garanzie volte a favorirne il finanziamento da parte delle banche e degli altri soggetti operanti nel settore finanziario"⁵⁷.

Lo stesso articolo 13 completa la disciplina prevedendo una serie di regole in ordine alle attività esercitabili, alla forma giuridica, al capitale sociale o al fondo consortile, alla dimensione del patrimonio netto, all'oggetto sociale e all'assetto proprietario che tali figure devono rispettare.

Il Tub completa queste regole con riguardo ai profili di natura prettamente finanziaria svolta dai Confidi⁵⁸. A tal fine si distinguono i Confidi c.d. minori e i Confidi c.d. maggiori.

I primi sono tenuti ad iscriversi in un elenco tenuto da un apposito organismo di natura privatistica⁵⁹ e possono esercitare in via esclusiva l'attività di garanzia collettiva dei fidi e i servizi a essa connessi e strumentali secondo le disposizioni dettate dal Ministro dell'economia e delle finanze.

I Confidi maggiori sono invece tenuti a iscriversi nell'albo previsto per gli intermediari finanziari dall'articolo 106 del Tub. Questo comporta che sono assoggettati alla vigilanza della Banca d'Italia in modo analogo agli altri intermediari finanziari. A fronte di questo profilo di maggiore incidenza regolamentare, essi godono però di una sfera operativa più ampia rispetto ai Confidi minori. Essi infatti esercitano in via prevalente l'attività di garanzia collettiva fidi e possono anche svolgere, prevalentemente nei

⁵⁶ Convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

⁵⁷ Art. 13, comma 1, del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269.

⁵⁸ Artt. 112 e 112-bis del Tub.

⁵⁹ L'art. 112-bis del Tub definisce natura, organizzazione e compiti di questo organismo, che risulta soggetto alla vigilanza della Banca d'Italia, rinviando ad un regolamento del Ministero dell'economia (il quale come detto non è stato ancora emanato) per la disciplina della struttura, poteri e modalità di funzionamento nonché sui requisiti dei componenti degli organi di gestione e controllo.

confronti delle imprese consorziate o socie, le seguenti attività: la prestazione di garanzie a favore dell'amministrazione finanziaria dello Stato, al fine dell'esecuzione dei rimborsi delle imposte; la gestione dei fondi pubblici di agevolazione; la stipula di contratti con le banche assegnatarie di fondi pubblici di garanzie per disciplinare i rapporti con le imprese consorziate o socie. In via residuale possono concedere altre forme di finanziamento nei limiti massimi stabiliti dalla Banca d'Italia.

I criteri secondo i quali individuare i Confidi tenuti a chiedere l'iscrizione nell'albo dell'art. 106 sono determinati dal Ministero dell'economia, in base al volume di attività finanziaria.

In attuazione delle predette indicazioni, il Regolamento n. 53/2015, per un verso, definisce i servizi connessi e strumentali che possono esercitare i Confidi minori e, per altro verso, determina i criteri che impongono l'iscrizione nell'albo dell'art. 106 in capo ai Confidi maggiori.

Per servizi connessi si intendono "quei servizi che consentono di sviluppare l'attività di garanzia collettiva dei fidi, sono svolti in via accessoria a quest'ultima e hanno finalità coerenti con essa"⁶⁰. A titolo esemplificativo, per il Regolamento n. 53/2015 vi rientrano: a) i servizi di consulenza in materia di finanza d'impresa svolti esclusivamente nei confronti dei propri soci, a condizione che sia strettamente finalizzata al rilascio della garanzia mutualistica propria o di terzi; b) la stipula di convenzioni con banche, intermediari finanziari e altri soggetti operanti nel settore finanziario finalizzate a favorire l'accesso al credito da parte delle imprese associate.

La nozione di servizi strumentali comprende i servizi ausiliari all'attività svolta, tra cui: a) l'acquisto di immobili, esclusivamente funzionali all'esercizio dell'attività principale; b) l'assunzione di partecipazioni esclusivamente in altri confidi o banche di garanzia collettiva fidi ovvero in altri intermediari finanziari che in base a specifici accordi rilascino garanzie ai propri soci nonché in società costituite per la prestazione di servizi strumentali⁶¹. Per quanto riguarda gli immobili non funzionali all'esercizio dell'attività principale, eventualmente già detenuti prima dell'iscrizione nell'elenco di cui all'articolo 112 del Tub, il Regolamento n. 53/2015 prescrive che essi possono essere concessi in locazione ovvero devono essere alienati nel più breve tempo possibile.

In merito ai criteri per l'iscrizione nell'albo dell'art. 106 del Tub, il Regolamento n. 53/2015 dispone che sono tenuti a chiedere l'autorizzazione alla Banca d'Italia per

⁶⁰ Art. 5, comma 2, del Regolamento.

⁶¹ Art. 5, comma 3, del Regolamento.

l'iscrizione nell'albo i Confidi che abbiano un volume di attività finanziaria pari o superiore a centocinquanta milioni di euro⁶².

Regole particolari sono previste per quei Confidi che, alla data del 23 maggio 2015, risultino iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del Tub nella versione vigente alla data del 4 settembre 2010. Tali soggetti possono presentare istanza di autorizzazione per l'iscrizione nell'albo dell'art. 106 anche nel caso in cui abbiano un volume di attività finanziaria pari o superiore a settantacinque milioni di euro⁶³. Questo significa che i predetti Confidi se superano i settantacinque milioni di euro, ma non raggiungono centocinquanta milioni di euro, hanno la facoltà e non l'obbligo di chiedere l'iscrizione nell'albo dell'art. 106.

La discesa del volume di attività finanziaria sotto la soglia dei centocinquanta milioni di euro (ovvero dei settantacinque milioni di euro per i Confidi iscritti nell'elenco di cui al previgente art. 107 del Tub e poi transitati nell'albo 106) comporta la revoca dell'autorizzazione e l'iscrizione d'ufficio nell'elenco generale dei Confidi minori di cui all'articolo 112 del Tub. Per i Confidi iscritti nell'elenco dell'art. 107 e poi transitati nell'albo dell'art. 106 secondo la regola speciale sopra indicata, si ha revoca dell'autorizzazione e iscrizione d'ufficio nell'elenco generale dei Confidi anche nel caso di mancato raggiungimento della soglia dei centocinquanta milioni di euro nel termine di cinque anni dall'iscrizione nell'albo⁶⁴.

4. L'esercizio di attività finanziaria da parte di soggetti esteri

Per quanto riguarda l'esercizio delle attività finanziarie di cui all'art. 106 da parte di soggetti esteri, il Tub, nell'affidare il compito di regolare questa fattispecie al Ministero dell'economia, non detta particolari principi, tranne il riferimento al fatto che restano ferme le disposizioni contenute nell'art. 18 del Tub stesso⁶⁵. Questo articolo, nel regolare l'attività delle società finanziarie ammesse al mutuo riconoscimento, consente alle società finanziarie aventi sede legale in uno Stato comunitario di svolgere in Italia la loro attività attraverso una succursale o in libera prestazione di servizi e cioè senza stabilirvi una succursale, a condizione che la partecipazione di controllo sulla società

⁶² Art. 4, comma 1, del Regolamento.

⁶³ Art. 4, comma 2, del Regolamento.

⁶⁴ Art. 4, comma 3, del Regolamento.

⁶⁵ Art. 114, comma 1, del Tub.

finanziaria sia detenuta da una o più banche aventi sede legale nel medesimo Stato della finanziaria comunitaria.

In attuazione della predette previsione del Tub, il Regolamento n. 53/2015, disciplina l'esercizio delle attività finanziarie di cui all'art.106 da parte di soggetti esteri distinguendo tra: a) intermediari finanziari comunitari ammessi al mutuo riconoscimento; b) intermediari finanziari comunitari non ammessi al mutuo riconoscimento; c) intermediari finanziari extracomunitari. Per intermediari finanziari comunitari si intende far riferimento a quei "soggetti, aventi sede legale in uno Stato dell'Unione europea, che esercitano nei confronti del pubblico, nello stesso Paese, le attività di cui all'art. 106, comma 1", del Tub⁶⁶.

In base all'art. 6 del Regolamento n. 53/2015, gli intermediari finanziari comunitari ammessi al mutuo riconoscimento possono esercitare le attività indicate nell'art. 106⁶⁷. Il richiamo al complesso delle attività previste nell'art. 106 comporta che questi intermediari possono svolgere non solo l'attività di concessione di finanziamenti al pubblico ma anche le attività di emissione di moneta elettronica, di prestazione dei servizi di pagamento, di prestazione dei servizi di investimento nonché le attività connesse e strumentali. Alla luce della nozione di intermediario finanziario comunitario, sopra citata, l'esercizio effettivo di ognuna di queste attività in Italia è però condizionato dal fatto che essa sia svolta anche nel Paese dove l'intermediario ha la sede legale.

L'intermediario finanziario comunitario ammesso al mutuo riconoscimento è chiamato al rispetto delle condizioni previste dall'art. 18 del Tub⁶⁸. Questo comporta che la partecipazione di controllo nell'intermediario estero deve essere detenuta da una o più banche aventi sede legale nel medesimo Stato dell'intermediario comunitario. Le disposizioni di vigilanza per le banche indicano in modo più puntuale le condizioni per l'applicazione del mutuo riconoscimento alle società finanziarie comunitarie⁶⁹.

⁶⁶ Art. 6 del Regolamento.

⁶⁷ Art. 6, comma 1, del Regolamento.

⁶⁸ Art. 6, comma 1, del Regolamento.

⁶⁹ Le disposizioni di vigilanza per le banche, nella parte dedicata alle banche e società finanziarie comunitarie in Italia (Circolare n. 285 di Banca d'Italia, Titolo I, cap. 3, sez. V), elencano le condizioni per l'applicazione del mutuo riconoscimento alle società finanziarie che sono: la o le imprese madri della società finanziaria sono autorizzate come banche nello Stato d'origine; la o le imprese madri detengono almeno il 90% dei diritti di voto connessi con la detenzione di quote o azioni della società finanziaria; la o le imprese madri soddisfano le autorità competenti circa la prudente gestione della società finanziaria e si sono dichiarate garanti in solido degli impegni presi dalla società stessa, con l'assenso delle autorità competenti dello Stato d'origine; la società finanziaria è inclusa effettivamente, in particolare per le attività che intende svolgere in Italia, nella vigilanza su base consolidata alla quale è sottoposta l'impresa madre o ciascuna delle imprese madri, ai sensi della CRD IV e del CRR; lo statuto della società finanziaria

Tali soggetti possono operare tanto stabilendo proprie succursali in Italia quanto in regime di libera prestazione di servizi. Nel caso di attività svolta tramite succursali, il primo insediamento deve essere preceduto da una comunicazione alla Banca d'Italia da parte dell'autorità competente dello Stato di appartenenza. La succursale può iniziare la propria attività solo decorsi due mesi dalla comunicazione. La Banca d'Italia e la Consob, nell'ambito delle rispettive competenze, possono indicare, se del caso, all'autorità competente dello Stato comunitario e alla società finanziaria le condizioni alle quali, per motivi di interesse generale è subordinato l'esercizio della succursale. Nel caso di operatività in libera prestazione di servizi, si può iniziare l'esercizio dell'attività finanziaria solo dopo che la Banca d'Italia sia stata informata dell'autorità competente dello Stato di appartenenza⁷⁰.

Gli intermediari finanziari comunitari, i quali non sono ammessi al mutuo riconoscimento, possono esercitare non tutte le attività previste dall'art. 106 ma solo la concessione di finanziamenti nonché le attività connesse e strumentali. L'esercizio di tali attività è soggetto ad una triplice condizione: a) la previa autorizzazione della Banca d'Italia (ai sensi dell'articolo 107 del Tub); b) l'iscrizione nell'albo previsto dall'articolo 106; c) la costituzione di una stabile organizzazione in Italia.

L'autorizzazione è subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni: a) presentazione di un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; b) non sussistenza, tra gli intermediari finanziari o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, di stretti legami che ostacolino l'effettivo esercizio dell'attività di vigilanza; c) svolgimento effettivo dell'attività finanziaria nel Paese di provenienza; d) esercizio in Italia delle attività in via esclusiva; e) assegnazione alla stabile organizzazione di un fondo di dotazione di importo almeno pari al capitale sociale richiesto agli intermediari finanziari aventi sede legale in Italia; f) sussistenza, in capo ai soggetti che svolgono funzioni di direzione della stabile organizzazione, dei requisiti previsti per gli esponenti aziendali ai sensi dell'articolo 110 del Tub; g) sussistenza, in capo ai titolari di partecipazioni di cui all'articolo 19 del Tub, nell'intermediario finanziario comunitario, dei requisiti previsti ai sensi dell'articolo 110 del Tub⁷¹.

consente l'esercizio delle attività che essa intende svolgere in Italia; le attività in questione sono già effettivamente esercitate dalla società finanziaria nello Stato d'origine.

⁷⁰ Cfr. art. 6, comma 1, del Regolamento, ove si richiamano gli artt. 15, comma 3, e 16, comma 3, del Tub.

⁷¹ Art. 6, comma 2, del Regolamento.

Gli intermediari finanziari extracomunitari, infine, possono esercitare l'attività di concessione di finanziamenti nonché le attività connesse e strumentali mediante la costituzione in Italia di società, autorizzate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 107 del Tub e iscritte nell'albo previsto dall'articolo 106 dello stesso Tub. L'autorizzazione è subordinata al possesso dei requisiti previsti dall'articolo 107, comma 1, del Tub⁷².

5. Soggetti che effettuano finanziamenti sottratti al regime di vigilanza degli intermediari finanziari con particolare riguardo alle imprese di assicurazione

La disciplina in tema di intermediari finanziari contenuta nel titolo V del Tub non trova applicazione a quei soggetti, individuati con decreto del Ministero dell'economia, sentita la Banca d'Italia, i quali, pur svolgendo attività finanziaria sono già sottoposti, in base a legge, a forme di vigilanza sull'attività svolta⁷³.

Il Regolamento n. 53/2015, pur senza indicare specificatamente le categorie di soggetti esclusi dal campo di applicazione della disciplina degli artt. 106 ss. del Tub, detta alcune indicazioni per definire in modo più puntuale le caratteristiche che devono sussistere al fine di considerare determinati figure sottratte alla disciplina in esame⁷⁴.

In particolare si prevede che le disposizioni del Titolo V del Tub non si applicano a quei soggetti che esercitano l'attività di concessione di finanziamenti in base a speciali disposizioni di legge dello Stato e sono sottoposti a forme di controllo da parte di enti dell'amministrazione centrale dello Stato o di enti pubblici territoriali sull'attività svolta non limitate ai profili di legittimità, ma estese all'efficacia, coerenza ed economicità della gestione. Si ravvisa la sussistenza di tali forme di controllo almeno nei casi seguenti: a) definizione delle priorità e degli obiettivi della gestione; b) approvazione dei documenti previsionali di gestione, dell'organizzazione aziendale, dello statuto; c) definizione di singoli atti di gestione, anche mediante il rilascio di autorizzazioni, di pareri preventivi e approvazioni successive. La sussistenza delle predette forme di controllo viene accertata, anche d'ufficio, dal Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia.

⁷² Art. 6, comma 3, del Regolamento.

⁷³ Art. 114, comma 2, del Tub.

⁷⁴ Art. 8 del Regolamento.

Al riguardo merita di essere sottolineato che la previsione generale del Tub che sottrae dal regime di vigilanza degli intermediari finanziari quei soggetti che sono già sottoposti a forme di vigilanza per l'attività finanziaria svolta è stata recentemente arricchita con una norma specifica relativa alle imprese di assicurazione.

Il decreto legge 24 giugno 2014, n. 91 (c.d. decreto competitività)⁷⁵, infatti, nel contesto delle misure dirette a promuovere i canali di finanziamento non bancari del sistema produttivo, attribuisce alle imprese di assicurazione la possibilità di svolgere l'attività di concessione di finanziamenti a favore delle imprese. In particolare esso modifica il codice delle assicurazioni private prevedendo che, tra le categorie di attivo con cui le imprese di assicurazione possono coprire le riserve tecniche, rientrino anche i finanziamenti concessi a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche e dalle microimprese⁷⁶.

Nel momento in cui il decreto legge n. 91/2014 liberalizza a favore delle imprese di assicurazione l'attività di concessione di finanziamenti, lo stesso decreto legge si preoccupa di escludere espressamente che questa attività rientri nel campo di applicazione del titolo V del Tub. A tal fine, viene aggiunto un nuovo comma 2-*bis* all'art. 114 del Tub secondo cui non configura esercizio nei confronti del pubblico l'attività di concessione di finanziamenti, diversi dal rilascio di garanzie, posti in essere da imprese di assicurazioni italiane e Sace a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche e dalle microimprese, entro i limiti previsti dal codice delle assicurazioni private⁷⁷. Il presupposto di tale esclusione di finanziamento al pubblico consiste proprio nel fatto che le imprese di assicurazione sono già soggette a vigilanza per l'attività finanziaria svolta.

Il regime previsto dagli artt. 106 ss. del Tub non si applica quindi alle imprese di assicurazione che esercitano attività di finanziamento, purché ricorrano i seguenti elementi.

L'attività di finanziamento può essere esercitata in qualsiasi forma ad eccezione del rilascio di garanzia.

⁷⁵ Il decreto legge n. 91/2014 è stato commentato con la nostra circolare n. 10 del 2014 in merito alle novità in tema di voto plurimo e voto maggiorato e con la nostra circolare n. 17 del 2015 sulle altre misure di competitività in materia di diritto societario.

⁷⁶ Cfr. la nuova versione dell'art. 38, comma 2, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 2009, così come modificato dall'art. 22, comma 4, del decreto legge n. 91/2014.

⁷⁷ Art. 114, comma 2-*bis*, del Tub.

Il soggetto finanziato non può essere una persona fisica o una microimpresa. Per microimpresa si intende quell'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro⁷⁸.

L'IVASS è chiamato a stabilire le condizioni e i limiti che le imprese di assicurazione devono rispettare nell'esercizio di tale attività in base ad una serie di criteri tra cui quelli per cui: i prenditori di finanziamenti devono essere individuati da una banca o da un intermediario finanziario che dovranno intrattenere un interesse economico nell'operazione; il sistema dei controlli interni e gestione dei rischi dell'impresa di assicurazione deve essere adeguato e consentire di comprendere i rischi di credito⁷⁹.

La disciplina si completa prevedendo che le imprese di assicurazione e la Sace dovranno inviare alla Banca d'Italia le segnalazioni periodiche, nonché ogni altro dato e documento richiesto e che esse partecipino alla Centrale dei Rischi della Banca d'Italia⁸⁰.

Il Direttore Generale

Micossi

⁷⁸ Viene infatti richiamata la nozione di microimpresa dettata dalla Raccomandazione della Commissione europea 203/361/CE del 6 maggio 2003, commentata nella nostra circolare n. 58 del 2005.

⁷⁹ Sempre la nuova versione dell'art. 38, comma 2, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 2009 dispone che "Nel caso di finanziamenti concessi nei confronti di soggetti diversi dalle persone fisiche e dalle microimprese, l'IVASS stabilisce condizioni e limiti operativi tenendo conto dei seguenti criteri: a) i prenditori dei finanziamenti siano individuati da una banca o da un intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni; b) la banca o l'intermediario finanziario di cui alla lettera a) trattienga un interesse economico nell'operazione, pari ad almeno il 5 per cento del finanziamento concesso, trasferibile anche a un'altra banca o intermediario finanziario, fino alla scadenza dell'operazione; c) il sistema dei controlli interni e gestione dei rischi dell'impresa sia adeguato e consenta di comprendere a pieno i rischi, in particolare di credito, connessi a tale categoria di attivi; d) l'impresa sia dotata di un adeguato livello di patrimonializzazione; l'esercizio autonomo dell'attività di individuazione dei prenditori da parte dell'assicuratore, in deroga ai criteri di cui alle lettere a) e b), e' sottoposto ad autorizzazione dell'IVASS".

⁸⁰ Art. 114, comma 2-bis, del Tub.