

Diritto della banca e del mercato finanziario

ISSN 1722-8360

DI PARTICOLARE INTERESSE IN QUESTO FASCICOLO

- Informazione e attività bancaria
- Amministrazione straordinaria e Alitalia
- I fondi di risoluzione
- Pagamenti *on line*

Per il terzo trimestre 2017, il Tribunale di Pisa ha emesso un provvedimento di amministrazione straordinaria n. 353/2017, con
Conv. il L. 27/02/2004 - n. 46 art. 1, comma 1, DCB PISA - Aut. Trib. di Pisa n. 9/2009 del 8/5/2009


**Pacini
Giuridica**

ottobre-dicembre

4/2017

anno XXXI

Il reato di usura nei contratti di *maturity factoring*: un caso limite

SOMMARIO: 1. Individuazione del *maturity factoring*. - 2. Il caso esaminato: i crediti vantati dalle cliniche private per le prestazioni svolte in regime di accreditamento. - 3. La eventuale assoggettabilità alla disciplina in tema di usura: la normativa di riferimento. - 4. La soluzione del problema: la esclusione della applicazione delle norme in tema di usura in mancanza dell'elemento dell'anticipazione. - 5. La verifica della soluzione proposta alla luce della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. - 6. Conclusioni.

1. Individuazione del *maturity factoring*.

Il *maturity* è principalmente un servizio attraverso il quale la società di *factoring* provvede all'accredito del valore nominale dei crediti oggetto di cessione alla scadenza naturale del credito stesso. Il vantaggio per il fornitore sarebbe quello di disporre con certezza del valore dei propri crediti alla scadenza degli stessi, programmando con precisione la gestione dei propri flussi di cassa.

La cessione può essere proposta sia nella forma *pro-solvendo* che nella forma *pro-soluto*; in tal caso il rischio dell'insolvenza è a carico del *factor*.

Normalmente il *maturity* ha ad oggetto crediti non scaduti e in tale ipotesi può prevedere l'anticipazione del corrispettivo anche prima della scadenza naturale dei crediti ceduti, con oneri finanziari a carico del fornitore. Nulla, però, esclude che il fornitore faccia ricorso a tale strumento anche per cedere crediti già scaduti, ma incagliati. Anche in tal caso ricorre l'utilità per il fornitore da un lato di trasferire al *factor* la gestione e l'incasso del credito, dall'altro di ridurre i costi di incasso, utilizzando la struttura e le competenze del *factor*.

Il *maturity* è normalmente effettuato su debitori o conosciuti dalla società di *factoring*, o che rappresentino enti o Stato.

Proprio per questa ragione e per la funzione che assolve di semplificazione dell'incasso dei crediti e di programmazione dei flussi di entrata, il *maturity* è frequentemente utilizzato nel settore sanitario dalle cliniche private convenzionate, per cedere al *factor* i crediti sorti nelle prestazioni eseguite in regime di accreditamento. È noto, infatti, il cronico ritardo con il quale il sistema sanitario nazionale usa far fronte a tali crediti.

Tale situazione ha indotto le strutture private a ricorrere sempre più frequentemente al *factoring*, privilegiando lo strumento del *maturity*, data la sua flessibilità, per cedere i crediti vantati nei confronti del sistema sanitario, anche scaduti da tempo, e ciò proprio per far fronte alla carenza di liquidità che il loro prolungato mancato pagamento ha comportato.

2. Il caso esaminato: i crediti vantati dalle cliniche private per le prestazioni svolte in regime di accreditamento.

Sembrano in particolare potersi ascrivere alla categoria del *maturity* alcuni schemi negoziali presenti nella prassi del settore, in cui oggetto di cessione alle società di *factoring* sono crediti di cliniche convenzionate non solo già scaduti e asseverati nella loro esistenza ed esigibilità dalla ASL, ma accompagnati anche da decreti ingiuntivi esecutivi e divenuti definitivi, che in precedenza ha ottenuto il creditore.

La cessione avviene *pro soluto*, ha oggetto crediti già sorti e scaduti, comprende il credito ed i suoi accessori, nonché il rischio di insolvenza del debitore ceduto. Il prezzo di acquisto non è corrispondente al valore nominale del credito ceduto, ma è di poco inferiore (normalmente il suo 90%) e comprende tutti gli interessi già maturati prima della cessione e quelli che matureranno fino all'incasso del credito, i quali sono trasferiti, unitamente al credito, alla società di *factor*¹.

Altro elemento caratterizzante è il termine di pagamento del corrispettivo della cessione, che non è ancorato all'incasso del credito da parte del cessionario, e quindi a un evento incerto sia nell'*an*, che nel *quantum*, ma è a data certa, computato (normalmente cinque giorni lavorativi) dalla notifica della cessione al debitore ceduto.

¹ Dondè la perdita da parte del fornitore del 10% del valore nominale del suo credito oltre degli interessi già maturati e da maturarsi, che andranno a beneficio del *factor*, sempre che riesca ad incassarli dal debitore ceduto, ASL.

Vi è però anche una seconda tipologia di operazioni, alla quale pure ricorrono le cliniche convenzionate, che si differenzia dalla prima per una maggiore flessibilità dei termini del pagamento del corrispettivo. Questo è sempre stabilito in termini percentuali rispetto al valore nominale del credito ceduto (anche in tal caso mediamente il 90%), ma la sua corresponsione non avviene una sola volta, ma in due *tranche*: la prima di solito più consistente (circa il 90 % del prezzo pattuito) sempre a data certa, ossia ancorata alla notifica della cessione al debitore ceduto; la seconda, invece, legata all'effettivo incasso del credito, salvo comunque l'obbligo del cessionario di corrispondere il saldo del prezzo qualora il pagamento da parte del debitore non avvenga entro un termine più o meno lungo (normalmente computato ad anni) prestabilito nel contratto.

Può indurre il cliente a privilegiare rispetto alla prima, tale secondo tipo di operazione, in cui il pagamento del prezzo della cessione è in qualche modo ancorato, sia pure in parte, all'incasso del credito, l'esclusione dalla cessione degli interessi già maturati e di quelli che matureranno sino al momento del pagamento da parte del debitore ceduto, che restano quindi a beneficio del cliente, sempre che l'adempimento avvenga nel termine contrattualmente previsto.

Poiché in tal caso l'attività di riscossione del credito viene svolta dal *factor* anche nell'interesse del cliente (in quanto all'anticipato pagamento del debitore ceduto è collegato il versamento, prima della scadenza prevista, della seconda rata del corrispettivo pattuito, nonché la corresponsione degli interessi maturati a quella data e versati dal debitore ceduto), per tale attività di incasso è normalmente pattuita una commissione di gestione amministrativa anticipata per mese o frazione di mese pari a una determinata percentuale (normalmente lo 0,55%) del valore nominale del credito ceduto, che il cliente è tenuto a corrispondere fino all'avvenuto pagamento da parte del debitore ceduto e comunque fino al termine previsto per il pagamento del saldo del prezzo.

In sintesi con la prima tipologia di operazioni il *factor* assume il rischio sia del mancato, che del ritardato pagamento del debitore ceduto. Dal momento della cessione il *factor* acquista il diritto alla riscossione di ogni importo maturato e maturando e con la stipula dell'operazione si chiude anche il rapporto con il cedente e quello tra il medesimo cedente e il debitore ceduto. Infatti, il termine del pagamento del corrispettivo è svincolato dall'incasso del credito, ma è ancorato alla notifica della cessione al debitore ceduto. Il cedente pertanto è del tutto indifferente alle vicende successive legate alla sorte del credito ceduto.

Con la seconda tipologia di operazioni il *factor* assume solo il rischio dell'inadempimento del debitore ceduto. Quello del ritardato pagamento

rimane almeno in parte a carico del cliente, il quale conserva un interesse relativo al futuro incasso del credito. Infatti all'anticipato pagamento del debitore ceduto è correlato sia il suo diritto a un anticipato (rispetto al termine contrattualmente previsto) versamento del saldo prezzo, sia l'incasso degli interessi maturati a quella data e riscossi dal cessionario.

Le due categorie di operazioni, pur differenziandosi per taluni aspetti (modalità di pagamento in un'unica soluzione nella prima ipotesi, in due nell'altra; la corresponsione di una commissione di gestione amministrativa e il riconoscimento al cliente degli interessi riscossi dal debitore ove ciò avvenga entro un certo termine, solo nella seconda tipologia di operazioni), sembrano però nei loro tratti essenziali del tutto omologhe tra loro.

Precisamente si tratta sempre di (1) cessioni *pro soluto* di (2) crediti *non performing* (3) scaduti e (4) non pagati, (5) acquistati ad un prezzo di poco inferiore rispetto al loro valore nominale, con le quali (6) il cessionario assume interamente il rischio di insolvenza del debitore ceduto e (8) che non danno mai luogo a posizioni debitorie per il cedente, se non in relazione alle commissioni amministrative nella seconda categoria di operazioni.

Infatti, non solo la garanzia della solvenza del debitore ceduto è sempre a carico del cessionario, ma le somme versate dal cessionario al cedente prima dell'incasso del credito sono a titolo di pagamento del corrispettivo della cessione, e non di anticipazione (come tale remunerativa di un interesse) in attesa che con l'incasso del credito da parte del cessionario sorga il suo obbligo di versare il prezzo pattuito.

3. La eventuale assoggettabilità alla disciplina in tema di usura: la normativa di riferimento.

Così descritto il contenuto delle operazioni, il problema che si pone è se ed in quali termini alle stesse si applichi la normativa in tema di usura. La risoluzione della questione postula un'analisi che deve svolgersi a un duplice livello.

Il primo livello è volto ad analizzare il contenuto del contratto di *factoring*, al quale vanno ascritte le operazioni di questo tipo.

Il secondo livello è, invece, volto ad approfondire la normativa in materia di usura, con particolare attenzione alle regole di comportamento peculiari agli intermediari in *factoring*.

È noto che il *factoring* è stato mutuato nel nostro ordinamento dall'esperienza dei paesi anglosassoni e costituisce un contratto che viene co-

munemente definito come l'accordo mediante il quale un imprenditore (cedente) trasferisce o si impegna a trasferire a titolo oneroso ad una società specializzata (*factor*) i crediti, presenti e futuri, derivanti dall'esercizio dell'impresa nei confronti della propria clientela.

La cessione dei crediti sorti nell'esercizio dell'impresa costituisce, dunque, il fulcro essenziale del contratto. A tale contenuto essenziale se ne aggiunge uno eventuale, in dipendenza delle diverse clausole che vengono inserite dalle parti nel contratto e che di norma impongono in capo al *factor* una serie di comportamenti funzionali agli interessi che il cliente intende perseguire con la conclusione dell'operazione. In funzione di tali interessi, pertanto, il contratto di *factoring* può avere diverso contenuto, il che influisce sulla individuazione della causa del contratto che può essere quella di:

- un «*contratto di scambio*», in cui la cessione del credito assumerebbe un ruolo centrale, attuando nella sostanza una vendita dei crediti (prevalenza della *causa vendendi*);

- un «*contratto di finanziamento*», in cui la cessione del credito svolge una mera funzione accessoria di garanzia della sua restituzione, essendo prevalente l'aspetto dell'anticipazione finanziaria;

- un «*contratto di mandato*», in cui la cessione del credito è puramente strumentale alla volontà di attribuire al *factor* il compito e la legittimazione ad incassare i debiti dai terzi ceduti (prevalenza della *causa mandandi*);

- un «*contratto di assicurazione*», che si configura quando il *factor* acquista crediti *pro soluto* assumendosi, dunque, il rischio d'insolvenza del debitore ceduto.

Questa multiforme configurazione del *factoring*² non solo ha indot-

² Sulla causa del contratto di *factoring*, in funzione del suo concreto atteggiarsi nelle singole fattispecie negoziali e sui conseguenti problemi applicativi v. in dottrina: PERRONE e LUPI, *Acquisto di crediti pro soluto tra «servizi finanziari» e trading a rischio e pericolo dell'acquirente: una normativa da contestualizzare*, in *Dialoghi trib.*, 2015, p. 175 e ss.; D'ORO, *Il discrimen tra il factoring e il mandato*, Nota a Cass., 3 dicembre 2012, n. 21603, in *Giur. it.*, 2013, p. 1294 e ss.; LUPI, *Atipico contratto di factoring e indebitamento per finanziare la spesa corrente*, Nota a C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo, 21 marzo 2012, n. 85, in *Finanza loc.*, 2012, fasc. 3, p. 65 e ss.; VENUTI, *La rappresentazione in bilancio delle operazioni di factoring e di cartolarizzazione - Aspetti civilistici ed economici*, in *Riv. dott. commercialisti*, 2010, p. 833 e ss.; MORAMARCO, *Sulla qualificazione del contratto di factoring e sull'applicazione della normativa dettata dalla l. 21 febbraio 1991 n. 52 in materia di cessione di crediti d'impresa*, Nota a Cass., sez. I, 13 febbraio 2004, n. 2782, in *Dir. fallim.*, 2006, II, p. 46 e ss.

to la giurisprudenza a fare riferimento ai fini della qualificazione del contratto e dell'individuazione della disciplina applicabile *«all'intento negoziale delle parti che renda palese il risultato perseguito, valutando in particolare se esse abbiano optato per la causa vendendi, per quella mandandi o per altra ancora»*³, ma è stata tenuta presente anche dalla Banca d'Italia, allorquando ha incluso le operazioni di *factoring* tra quelle soggette a rilevazione, ai fini della determinazione del tasso usura.

Il discorso, quindi si sposta sul secondo livello della nostra analisi, volto a ricostruire la normativa in tema di usura.

Anche qui è noto che il legislatore è intervenuto a disciplinare la materia con la legge 7 marzo 1996 n. 108, recante *«disposizioni in materia di usura»*. Dopo avere nell'art. 1 sostituito l'art. 644 del c.p., che nella sua attuale formulazione demanda alla legge la fissazione del limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari (così il co. 3) e quindi ancora a un criterio oggettivo la configurazione del reato stesso, all'art. 2 (co. 4) individua tale limite. Questo è costituito dal tasso effettivo globale medio (in acronimo TEGM), risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, aumentato di un quarto, al quale si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali, con la ulteriore precisazione che la differenza tra tale limite (cd. tasso soglia) e il tasso medio non può comunque essere superiore a otto punti percentuali⁴.

Sempre nell'art. 2 vengono altresì delegate al Ministro del Tesoro (ora Ministro dell'Economia e delle Finanze, in acronimo MEF), il compimento delle attività necessarie alla fissazione del TEGM. Spetta così alla predetta Autorità, sentita la Banca d'Italia, il compito di *«rilevare trimestralmente il tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari (...) nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura»* (così il co. 1), nonché *«la classificazione delle operazioni per categorie omogenee, tenuto conto della natura, dell'oggetto, dell'importo, della durata, dei rischi e delle garanzie»* (così il co. 2).

³ Cfr. Cass., 27 agosto 2004, n. 17116, in *Mass. Foro it.*, 2004. Più recente Cass., 3 dicembre 2012, n. 21603 in *Giur. it.*, 2013, 1291.

⁴ Così la norma nel testo modificato dalla lettera d) del comma 5 dell'art. 8, d.l. 13 maggio 2011, n. 70. Il limite oltre il quale il tasso era usurario nella originaria formulazione della norma era fissato nel TEGM, aumentato della metà.

In realtà il Ministro del Tesoro ha fatto un uso parziale dell'ampia delega conferita dal legislatore, demandando la disciplina attuativa prevista nelle richiamate previsioni all'Ufficio Italiano dei Cambi ed alla Banca d'Italia dapprima ed, ora, alla sola Banca d'Italia, essendo le funzioni del primo confluite nella seconda. Infatti, nei decreti che il Ministero pubblica trimestralmente sulla Gazzetta Ufficiale, vi è una disposizione secondo la quale «*le banche e gli intermediari finanziari (...) si attengono ai criteri di calcolo delle Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia*»⁵.

Pertanto, le «*Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge dell'usura*» della Banca d'Italia, in quanto fatte proprie dal Ministro nell'esercizio della delega conferita dal legislatore, sembrano ad avviso di chi scrive divenute vincolanti⁶.

⁵ Cfr. d.m. 23 settembre 1996 e successivi aggiornamenti.

⁶ Tale opinione sulla natura vincolante dell'Istruzioni in tema di usura della Banca d'Italia sembra trovare ora il conforto anche di taluni settori della giurisprudenza. Il riferimento è al Trib. Milano, 21 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it* per la quale «*le Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura emanate dalla Banca d'Italia, oltre a rispondere alla elementare esigenza logica e metodologica di avere a disposizione dati omogenei al fine di poterli raffrontare, hanno anche natura di norme tecniche autorizzate, posto che, da un lato, l'attribuzione della rilevazione dei tassi effettivi globali alla Banca d'Italia è stata via via disposta dai vari decreti ministeriali annuali che si sono succeduti a partire dal D.M. 23/9/1996 per la classificazione in categorie omogenee delle operazioni finanziarie, e dall'altro lato i decreti ministeriali trimestrali con i quali sono resi pubblici i dati rilevati, all'art. 3 hanno sempre disposto che le banche e gli intermediari finanziari, al fine di verificare il rispetto del tasso soglia, si attengono ai criteri di calcolo indicati nelle "Istruzioni" emanate dalla Banca d'Italia. Le Istruzioni in parola sono pertanto autorizzate dalla normativa regolamentare e sono necessarie per dare uniforme attuazione al disposto della norma primaria di cui all'art. 644, quarto comma c.p.*». Conformi Trib. Verona, 19 novembre 2012, in *Corr. merito*, 2013, 146, con nota di SANGIOVANNI e A.B.F., coll. coord., 30 aprile 2014, n. 2666, in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, 482, con nota di VOLPE.

Anche la Cassazione, recentemente, si è orientata sulla natura vincolante dei provvedimenti emanati dall'Autorità amministrativa in tema di usura, affermando che per il periodo precedente all'entrata in vigore dell'art. 2 bis d.l. n. 185 del 2008, allo scopo di valutare il superamento del tasso soglia nel periodo rilevante «*non deve tenersi conto delle cms applicate dalla banca posto che i decreti ministeriali che hanno rilevato il tasso effettivo globale medio (TEGM) – dal 1997 al dicembre del 2009 – sulla base delle istruzioni diramate dalla Banca d'Italia, non ne hanno tenuto conto al fine di determinare il tasso soglia usurario (essendo ciò avvenuto solo dall'1 gennaio 2010)*»: cfr. Cass., 22 giugno 2016, n. 12965, in *www.ilcaso.it.*; conf. Cass., 3 novembre, 2016, n. 22270, sempre in *www.ilcaso.it*.

Orbene, le Istruzioni della Banca d'Italia (provvedimento Banca d'Italia del 29 luglio 2016)⁷, nell'operare una classificazione delle operazioni di finanziamento oggetto della rilevazione per categorie omogenee e nell'includere nella «categoria 5» il *factoring*, hanno cura di specificare che «rientrano in questa categoria di rilevazione gli anticipi erogati a fronte di un trasferimento di crediti commerciali effettuato con la clausola "pro solvendo" o "pro soluto", dal soggetto titolare (impresa fattorizzata) a un intermediario specializzato (factor). Si ricomprendono in tale categoria tutti gli anticipi erogati a fronte di operazioni riconducibili a un rapporto di *factoring*, anche se non effettuate ai sensi della legge n. 52 del 1991»⁸.

La rilevazione riguarda perciò sia le operazioni di cessione *pro soluto*⁹, quanto quelle *pro solvendo*, ma con la importante specificazione che è oggetto di segnalazione non l'operazione di *factoring* in tutto il

Diversa però è stata la posizione della giurisprudenza penale la quale, ai fini della configurazione del reato di usura, ha ritenuto di poter prescindere dalle Istruzioni della Banca d'Italia e quindi di includere sempre e comunque nel calcolo del TEG applicato dalla banca anche la cms. Tanto sulla base del rilievo che l'art. 644, co. 4, c.p. «impone di considerare rilevanti tutti gli oneri che un utente sopporti in commissione con il suo uso del credito», tra cui «rientra la commissione di massimo scoperto, trattandosi di un costo collegato all'erogazione del credito»: cfr. Cass. pen., 19 febbraio 2010, n. 12028, in *Foro. it.*, 2010, II, 382, con nota di Di LANDRO; conf. anche Cass. pen., 14 maggio 2010, n. 28743, in *Ced. Cass.*, rv. 24786; Cass. pen., 23 novembre 2011, n. 46669, in *Giust. pen.*, 2012, fasc. 3, II, 129, con nota MICHELETTI

Prevalentemente critica verso l'orientamento sviluppatosi in sede penale la dottrina, per la quale si rimanda a: STICCHI, *L'usura bancaria e i limiti del prevalente orientamento della giurisprudenza in tema di cms (commissione di massimo scoperto)*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, p. 255 ss.; MARCELLI, *L'usura della legge e l'usura della Banca d'Italia: nella mora riemerge il simulacro dell'omogeneità - La rilevazione statistica e la verifica dell'art. 644 c.p.*, in *www.ilcaso.it*, 2014; SERRAO D'AQUINO, *Questioni attuali in materia di anatocismo bancario, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Giur. merito*, 2011, p. 1172 ss.; CIAN, *Il costo del credito bancario alla luce dell'art. 2 bis l. 2/2009 e della l. 102/2009: commissione di massimo scoperto, commissione di affidamento, usura*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 182 ss.; ANTONUCCI, *La commissione del massimo scoperto fra usura, trasparenza e parziale divieto*, in *Nuova giur. civ.*, 2009, II, p. 319 ss.; DE POLI, *Costo del denaro, commissione di massimo scoperto ed usura*, in *Nuova giur. civ.*, 2008, II, p. 351 ss.; FERRO LUZZI, *Ci risiamo a proposito dell'usura e della commissione di massimo scoperto*, in *Giur. comm.*, I, 2006, I, p. 671 ss.

⁷ Vedile nel sito della Banca d'Italia in *www.bancaditalia.it*.

⁸ Cfr. p. 6

⁹ Fortemente critico all'inclusione delle cessioni *pro soluto* tra le operazioni soggette a rilevazione ai fini dell'usura CACCIAFESTA, *Cessione di crediti e legge antiusura*, in *Banche e banc.*, 2016, fasc. 3, p. 240 ss.

suo contenuto, ma l'anticipo erogato a fronte della cessione del credito. Tanto sull'implicito presupposto che, attesa la molteplicità di funzioni che può assumere il *factoring*, non sempre il trasferimento del credito assolve a una funzione di finanziamento dell'impresa.

Ed è sempre e soltanto con riferimento all'erogazione del finanziamento, che nelle Istruzioni della Banca d'Italia, vengono indicati taluni degli elementi di cui tener conto nelle operazioni di *factoring*, ai fini della determinazione del TEG. Rientrano, infatti, nel tasso praticato dalla società di *factoring* e concorrono alla formazione del TEG, tra l'altro «1) le spese di istruttoria e di revisione del finanziamento (per il *factoring* le spese di "istruttoria cedente", per il revolving la quota annuale...)», sempre «per la parte direttamente connessa con il finanziamento»; «2) le spese di chiusura della pratica»; «6) le spese per servizi accessori, anche se forniti da soggetti terzi», sempre se «connessi con il contratto di credito» e più in generale «8) ogni altra spesa ed onere contrattualmente previsti», sempre se «connessi con l'operazione di finanziamento»¹⁰.

Al contrario, sono escluse dal calcolo del TEG: «e) i compensi per prestazioni di servizi accessori di tipo amministrativo non direttamente connessi con l'operazione di finanziamento»¹¹, puntualizzazione questa che ancora una volta è dettata dalla presa di coscienza da parte dell'Autorità di vigilanza, della molteplicità delle funzioni che può assolvere il *factoring*. Donde la necessità di scorporare dal calcolo quella componente del costo che non costituisce il corrispettivo di una prestazione finanziaria, ma di un servizio di tipo amministrativo, quale la gestione e l'incasso del credito.

Il discorso a questo punto si sposta sul significato dei termini «*anticipi*», «*finanziamento*», «*credito*» impiegati nelle Istruzioni della Banca d'Italia, ossia se tali termini si riferiscono a qualsiasi erogazione di somme operata dal cessionario a favore del cedente in dipendenza della cessione dei crediti, oppure si riferiscono solo a quei trasferimenti di somme suscettibili di generare una posizione di debito a carico del cedente. Tecnicamente, infatti, l'erogazione di un fido, sotto forma di anticipazione del valore del credito ceduto, implica un obbligo di restituzione a carico del beneficiario ed implica il pagamento degli interessi. In relazione a questi due elementi si genera quindi una posizione di debito a carico del beneficiario.

¹⁰ Cfr. p. 15.

¹¹ Cfr. p. 17.

Orbene, con riferimento alle operazioni di trasferimento crediti, la creazione di una posizione a debito di un cliente potrà avvenire soltanto con riferimento a due tipologie di operazioni:

(1) la cessione di crediti *pro solvendo*, perché in tale ipotesi garantendo il cedente la solvenza del debitore ceduto, in caso di inadempimento da parte di quest'ultimo, egli sarebbe tenuto a restituire quanto ricevuto dal cessionario, oltre gli interessi sulle somme anticipate dallo stesso;

(2) la cessione *pro soluto* di crediti non ancora scaduti ed esigibili. In tal caso, infatti, il cessionario anticipa al cedente una somma di denaro rispetto alla data in cui il credito diventa esigibile, e in funzione di detta anticipazione il cedente è obbligato a versare al cessionario un interesse calcolato in funzione del lasso temporale intercorrente tra la data della anticipazione e quella della scadenza del credito. Donde una posizione a debito del cedente, costituita non dall'obbligo di restituire il capitale ricevuto a fronte della cessione (non avendo egli garantito la solvenza del debitore ceduto), ma da quello di corrispondere gli interessi sulle somme che il cessionario gli ha anticipato rispetto alla scadenza del credito. Nella cessione, invece, di crediti *pro soluto*, già esigibili e scaduti, non si scorge alcuna forma di anticipo al cliente, capace di generare una sua posizione di debito. Il cedente, in sostanza, non è mai debitore di alcunché verso la società di *factoring*. Avvenendo il trasferimento dei crediti scaduti, senza alcuna garanzia da parte del cedente della solvenza del debitore ceduto, non solo non può sorgere l'obbligo di restituzione del capitale ricevuto, ma è impossibile anche solo calcolare un interesse, che costituisca una forma di remunerazione del capitale versato dal cessionario. Non vi è infatti alcun parametro temporale cui fare riferimento, atteso che l'effettivo incasso del credito è del tutto incerto, in ordine sia all'*an* che al *quantum*. Anzi, quando l'incasso del credito da parte del cessionario avviene prima del suo pagamento al cedente l'operazione genera un interesse negativo, come accade nella normale pratica commerciale dove frequentemente il dettagliante paga «*chi gli ha fornito il bene dopo averne incassato il prezzo di rivendita*»¹².

¹² Così CACCIAPESTA, *Cessione*, cit., p. 253, per il quale «*dichiarare che un'operazione commerciale normalissima ha avuto un tasso di rendimento negativo significa fare un'affermazione cui è difficile attribuire un significato praticamente utile. Inoltre, l'utilizzo meccanico della normativa antiusura costringe alla conclusione paradossale che proprio nei casi in cui il cessionario è più fortunato egli risulta al di sopra di ogni sospetto. Un tasso negativo è infatti inferiore a ogni "soglia" positiva*».

In questa tipologia di operazioni, pertanto, le somme versate dal cessionario al cedente non costituiscono «*anticipo*», ma «*corrispettivo*» della vendita dei crediti, in quanto sinallagmaticamente collegate al solo trasferimento del credito, al pari di quanto avviene in un contratto di compravendita di qual si voglia altro bene suscettibile di valutazione economica.

Tale distinzione tra «*anticipo*» e «*corrispettivo*» è ben presente anche alla stessa Banca d'Italia e la si rinviene anche negli altri documenti elaborati per la regolamentazione del fenomeno *factoring*.

In particolare nel «*Manuale per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza per gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale*» (approvato con Circolare Banca d'Italia n. 217 del 5 agosto 1996 e successivamente aggiornato fino al 13° aggiornamento del 20 gennaio 2015)¹³, si riporta tra le «*Avvertenze Generali*» un'ampia descrizione delle modalità di configurazione delle operazioni di *factoring*.

È opportuno richiamare alcune puntualizzazioni essenziali fornite dalla Banca d'Italia e contenute nel predetto Manuale in merito all'impiego dei termini «*anticipo*» e «*corrispettivo*», e al loro significato, quali:

- il termine «*anticipo*» è utilizzato per indicare le esposizioni connesse con le operazioni di *factoring pro solvendo*¹⁴, laddove:
- il termine «*corrispettivo*» è utilizzato per indicare le esposizioni connesse con le operazioni di *factoring pro soluto*¹⁵;
- le esposizioni acquisite con operazioni di *factoring pro solvendo* sono imputate ai soggetti cedenti;
- le esposizioni acquisite tramite operazioni di *factoring pro soluto* vanno imputate ai debitori ceduti.

Da tali puntualizzazioni è agevole ricavare che il termine «*anticipo*» è collegato esclusivamente alle «*esposizioni*» imputate ai cedenti, ossia a quelle attività dell'intermediario che generano una posizione a debito di questi ultimi.

Ma il contenuto del Manuale è rilevante anche per segnalare un altro aspetto, che tornerà utile nel prosieguo della presente analisi.

Viene infatti pacificamente ammesso dalla Banca d'Italia e viene riconosciuta come un'operazione del tutto conforme alla normativa in tema di usura, l'acquisto di crediti tramite operazioni di *factoring*, sia *pro*

¹³ Vedilo nel testo aggiornato nel sito della Banca d'Italia in www.bancaditalia.it.

¹⁴ Cfr. p. 26.

¹⁵ Cfr. p. 30.

solvendo che *pro soluto*, ad un prezzo notevolmente inferiore al valore nominale dei crediti a causa della «*deteriorata situazione del debitore ceduto*»¹⁶. Il riferimento deve intendersi sia ai *non performing loans* (crediti in sofferenza), che secondo la definizione che si rinviene sui motori di ricerca sono crediti di dubbia esigibilità vantati nei confronti di soggetto in stato di insolvenza, sia ai *sub performing loans* (crediti incagliati), quando lo stato di insolvenza del debitore è temporaneo e si auspica possa essere rimosso in un congruo periodo¹⁷.

Anche le Istruzioni della Banca d'Italia affrontano espressamente tale ultima questione, confermando appieno la liceità dell'acquisto di crediti deteriorati per un prezzo «*notevolmente inferiore*» al valore nominale. Sul presupposto che per la «*deteriorata situazione del debitore*» il corrispettivo della cessione si attesti a una cifra sensibilmente inferiore al valore nominale del credito ceduto, la Banca d'Italia, infatti, esclude dalla rilevazione le:

«2) *posizioni classificate a sofferenza*», intendendosi per tali quelle «*nei confronti di soggetti in stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) o in situazione sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'azienda*»;

«3) *le esposizioni oggetto di concessioni deteriorate*», intendendosi per tali «*le esposizioni che soddisfano la definizione di "Non performing exposures with forbearance measures" di cui all'Allegato V, Parte 2, paragrafo 180 del Regolamento di esecuzione (UE) n. 680/2014 della Commissione, e successive modificazioni e integrazioni*»¹⁸.

Volendo tirare le fila dal compiuto *excursus* normativo si ha che:

(1) le uniche operazioni di cessione di credito rilevanti ai fini della normativa sull'usura sono quelle in cui è possibile riscontrare un «*anticipo*», intendendosi per tale un'attività del cessionario nei confronti del cedente capace di generare a carico di quest'ultimo una posizione a

¹⁶ Cfr. p. 31.

¹⁷ Così infatti vengono definite nel citato Manuale le situazioni deteriorate: «*singole esposizioni per cassa e impegni revocabili e irrevocabili a erogare fondi che soddisfano la definizione di "Non-performing exposures with forbearance measures" di cui all'Allegato V, Parte 2, paragrafo 180 degli ITS. Tali esposizioni rientrano, a seconda dei casi, tra le sofferenze, le inadempienze probabili, oppure tra le esposizioni scadute deteriorate e non formano una categoria a sé stante di attività deteriorate. Sono incluse anche le eventuali ristrutturazioni di esposizioni creditizie realizzate con un intento liquidatorio, da ricondurre fra le sofferenze*» (cfr. p. 29).

¹⁸ Cfr. p. 8

debito, ossia un obbligo di pagamento sotto forma di restituzione del capitale ricevuto (il che avviene nelle cessioni *pro solvendo*) o di pagamento degli interessi (il che avviene nelle cessioni sia *pro soluto*, che *pro solvendo* di crediti non ancora scaduti);

(2) la situazione di palese e perdurante deterioramento dei crediti oggetto della cessione fa sì che le suddette operazioni possano correttamente prevedere un prezzo per l'acquisto dei crediti ben inferiore al loro valore nominale;

(3) per tali ultime operazioni non ricorre l'obbligo di segnalazione all'Autorità di vigilanza, per quanto concerne la rilevazione periodica dei tassi.

4. La soluzione del problema: la esclusione della applicazione delle norme in tema di usura in mancanza dell'elemento dell'anticipazione.

Alla stregua delle considerazioni che precedono può quindi trovare soluzione la questione se le norme in tema di usura si applichino anche alle operazioni in cui l'impresa di *factoring* acquista il diritto alla riscossione dei crediti e di tutti o parte degli interessi che derivano dagli stessi, a fronte del pagamento di un prezzo ai cedenti, che non dipende dall'effettiva riscossione del credito ceduto, e quindi fornendo la garanzia al cliente per l'eventuale inadempimento del debitore ceduto.

In tali operazioni gli effetti che si realizzano tramite un'operazione di *factoring pro soluto* sono i seguenti:

(1) il cedente si libera definitivamente del credito unitamente agli interessi già maturati su di esso e a tutti gli accessori connessi, e quindi anche degli interessi maturandi su detto credito, che diventano immediatamente esigibili dall'impresa di *factoring*;

(2) per il perfezionamento di tale acquisto, il cessionario paga un prezzo che è commisurato al rischio di acquistare un diritto di credito nei confronti di un soggetto (il debitore ceduto) in stato di cronica difficoltà finanziaria, che potrebbe anche non essere in grado di onorare il suo debito.

(3) Il «costo» di tale forma di contratto per il cedente è dato dalla differenza tra il valore nominale del credito, oltre agli interessi già scaduti al momento della cessione (ma esclusi gli interessi che ancora non sono maturati e che quindi non vanno computati), e il prezzo pagato dal cessionario. Nel caso il debitore ceduto non pagasse, o lo facesse con enorme ritardo, nulla dovrà mai essere pagato dal cliente alla impresa di *factoring*, avendo quest'ultima assunto a proprio carico il rischio di insolvenza del debitore ceduto.

Tali caratteristiche delle operazioni eseguite dal *factor* sono estremamente rilevanti ai fini della qualificazione delle operazioni stesse. Sono, infatti, preponderanti le caratteristiche funzioni di un contratto (1) di scambio (ovvero compravendita di beni) e (2) di assicurazione (posto che i crediti sono acquistati dalla impresa *pro soluto* e il cedente si libera del rischio d'insolvenza del debitore ceduto, girandolo al cessionario).

Non si rinviene, invece, in tali operazioni alcun elemento che possa ricondurre l'operazione ad un'attività di anticipazione e quindi di finanziamento. L'operazione di cessione, infatti, non genera mai alcuna posizione a debito del cliente, che nel momento stesso in cui si priva della titolarità del credito a benefici della cessionaria, esaurisce ogni rapporto con quest'ultima e resta del tutto indifferente alle successive vicende legate all'incasso del credito ceduto. Nelle operazioni in oggetto quindi, non si instaura alcun rapporto ulteriore tra il *factor* e il cliente che non sia la mera vendita del credito, né si assiste alla costituzione di rapporti di conto corrente che implicano la messa a disposizione da parte del cessionario in favore del cedente di fidi e/o di anticipazioni bancarie sotto forma del c.d. castelletto di sconto su future cessioni di crediti (scaduti o da scadere). Il *factor* si limita unicamente al pagamento di un prezzo a fronte del trasferimento del diritto di proprietà di uno o più crediti, i quali non sono mai crediti futuri o crediti non scaduti, ma sono crediti ampiamente scaduti e documentati da titoli esecutivi e non più impugnabili. In tal senso, ogni operazione di cessione di crediti riveste una propria autonomia e si esaurisce nella cessione di quel determinato credito.

Pertanto, mancando ogni elemento di «anticipazione» finanziaria da parte del cessionario in favore dei cedenti, viene meno la possibilità stessa di applicare un interesse (sotto forma di sconto).

In tal senso rileva quanto precisato al punto C5 delle Istruzioni della Banca d'Italia, «Calcolo dell'importo erogato», laddove si specifica che «nel caso di operazioni di factoring che non diano luogo a posizioni debitorie nei confronti del cedente il valore da prendere in considerazione è la somma degli anticipi erogati nel trimestre»¹⁹.

Orbene, essendo inesistente nelle operazioni in esame ogni forma di «anticipo» erogato dal *factor* ai cedenti, manca la possibilità stessa di riconoscere un «importo erogato» in favore dei cedenti, suscettibile di generare a carico di quest'ultimo una posizione a debito sotto forma di obbligo di corrispondere gli interessi.

¹⁹ Cfr. p. 18.

Non deve poi trarre in inganno la circostanza che il prezzo pagato dal *factor* per l'acquisto dei crediti sia inferiore al loro valore nominale, così come accade per le operazioni di cessioni crediti concluse sotto forma di sconto o anticipo crediti, nelle quali l'interesse percepito dall'intermediario viene prededotto dalle somme che sono messe a disposizione del cliente. Tale assimilazione potrebbe indurre a ritenere che il minor prezzo pagato dal *factor* rispetto al valore nominale dei crediti acquistati, costituisca in realtà una diversa modalità di corresponsione degli interessi che sarebbero stati scalati dal corrispettivo versato dall'intermediario al momento della conclusione dell'operazione.

Il contenuto delle operazioni esaminate esclude, tuttavia, la configurabilità di tale ipotesi ricostruttiva.

I crediti acquistati dal *factor*, con tale tipologia di operazioni, sono normalmente quelli vantati dal fornitore nei confronti del sistema sanitario nazionale, da classificare come abbiamo visto tra i *non performing loans*, per il notorio stato di sofferenza che purtroppo caratterizza tale sistema.

Lo scostamento, comunque lieve, tra prezzo corrisposto e valore nominale del credito, non è in funzione della prededuzione del tasso di interesse sulle somme che il *factor* corrisponde al cliente, come avviene normalmente per le operazioni di sconto, ma del valore di mercato del credito che, attesa la natura di cattivo pagatore del debitore, è oggettivamente inferiore al suo valore nominale. Nessun intermediario, infatti, procederebbe mai ad un finanziamento di un credito «*non performing*», come tutti quelli per i quali il creditore sia stato costretto, proprio a causa del mancato pagamento, a richiedere un decreto ingiuntivo.

Conseguentemente il prezzo si forma a seguito della libera trattativa fra le parti, trattativa che tiene conto di tutte le componenti del credito ceduto, ivi compreso l'ammontare degli interessi incorporati nello stesso ed il rischio, che si assume il cessionario, del mancato, o quanto meno ritardato, pagamento del debitore, più che probabile, atteso l'esito infruttuoso della riscossione, testimoniato dai decreti ingiuntivi esecutivi e dalle iniziative giudiziarie inutilmente intraprese dal cedente.

E sul punto, non è trascurabile il rilievo che tale forma di negoziazione ha l'avallo esplicito della stessa Autorità di vigilanza. Si è già detto sopra, infatti, che la Banca d'Italia, considera perfettamente lecita l'operazione di acquisto di crediti per un prezzo anche «*notevolmente inferiore*» al valore nominale per la «*deteriorata situazione del debitore ceduto*», e si è altresì precisato che tali acquisti sono esclusi dall'obbligo di segnalazione. Tanto sull'implicito presupposto che lo scarto tra prezzo versato e valore nominale, non costituisce l'interesse che l'intermediario

percepisce sull'operazione e quindi non concorre alla determinazione del TEGM che l'intermediario applica sulle operazioni appartenenti alla stessa categoria, ma non aventi ad oggetto crediti *non performing*.

Ma non basta. La stessa struttura negoziale delle operazioni di cessione poste in essere dal *factor* per tale tipologia di crediti rafforza la conclusione che il minor prezzo (rispetto al capitale più interessi) corrisposto, non costituisce la remunerazione sotto forma di interesse delle somme versate al cliente.

Le cessioni di crediti, realizzate tramite operazioni di sconto o anticipo, sono sempre cessioni *pro solvendo* ed hanno ad oggetto crediti non ancora scaduti. Tali cessioni generano, quindi, posizioni a debito del cliente, dal momento che la banca, in caso di inadempimento del debitore ceduto, può chiedere al cedente la restituzione delle somme anticipate, oltre gli interessi. Le stesse, inoltre, presentano un collegamento molto stretto con il fattore «tempo», in quanto la banca, nel momento stesso in cui acquista i crediti, è in grado di calcolare il tempo intercorrente dalla data della sua anticipazione alla scadenza dei crediti ceduti, sul quale computare gli interessi che vengono pagati dal cliente tramite lo *sconto* sul valore nominale dei crediti stessi.

La struttura delle operazioni qui esaminate è, invece, del tutto diversa. Non genera posizioni a debito del cedente, perché la cessione è *pro soluto*, e non consente alcun collegamento di quest'ultima con il fattore *tempo*. Essendo, infatti, i crediti scaduti, non vi è alcun parametro al quale ancorare il decorso del tempo e quindi il computo degli interessi da dedurre dal prezzo di acquisto. Né tale parametro temporale può essere costituito dalla data di incasso del credito. Questa, infatti, è per definizione incerta e quindi non è conosciuta o conoscibile dal *factor* al momento in cui acquista il credito. Donde la conseguenza che, anche materialmente, non vi è la possibilità di computare come *interessi* la differenza tra il minor prezzo corrisposto e il valore nominale del credito ceduto.

Consegue da tutto ciò che le predette operazioni devono essere inquadrare come operazioni di pura e semplice compravendita di crediti contro un prezzo determinato, senza la creazione di alcun ulteriore rapporto di natura finanziaria o di anticipazione tra il cessionario e il cedente.

Tale conclusione non muta neppure analizzando le caratteristiche della seconda tipologia di operazioni nella quale il *factor* acquista sempre *pro soluto* i crediti scaduti e immediatamente esigibili, pagando però il prezzo in due rate: - una, più consistente, al momento del perfezionamento della cessione; - l'altra, meno rilevante, entro un termine più o

meno lungo dalla predetta cessione, salvo l'anticipato incasso del credito, nel qual caso la seconda rata viene corrisposta entro un termine normalmente breve dal pagamento del debitore ceduto. Altra peculiarità del tipo è il diritto del cedente a ricevere gli interessi maturati e corrisposti dal debitore ceduto, purché il pagamento del debito (in linea capitale e relativi interessi) avvenga prima della scadenza del termine di pagamento della seconda rata del prezzo. A fronte di tale attività amministrativa, consistente nella gestione e nell'attività di riscossione degli interessi, il cedente è tenuto a versare alla società di *factoring* una commissione di gestione mensile, pari ad una percentuale calcolata sul valore nominale dei crediti ceduti.

Orbene, anche tale tipologia di operazioni, come quella prima esaminata, presenta le caratteristiche funzioni di un contratto di scambio (ovvero compravendita di beni) e di assicurazione (poiché i crediti sono acquistati dalla società *pro soluto*, il cedente si libera del rischio d'insolvenza del debitore ceduto), alle quali però si aggiunge (a differenza della prima categoria) anche una funzione di mandato. Il *factor*, infatti, svolge attività di tipo amministrativo, volta all'escussione del credito e per tale attività, che è anche nell'interesse del cliente (per il risultato utile che costui consegue rappresentato dall'anticipato pagamento della seconda rata del prezzo e degli interessi corrisposti dal debitore ceduto), viene remunerato attraverso il pagamento di commissioni mensili.

Non si rinviene, però, alcun elemento che possa essere ricondotto ad un'attività di anticipazione e quindi di finanziamento, soggetta all'obbligo di segnalazione e alla normativa antiusura. Infatti, anche in questo caso i crediti ceduti sono immediatamente esigibili e la cessione è *pro soluto*, con conseguente liberazione del cedente dall'obbligo di garantire l'adempimento del debitore.

Non rileva neppure che il pagamento del prezzo sia eseguito dal cessionario in due *tranche*, posto che la seconda rata deve essere pagata comunque (ed indipendentemente dall'incasso del credito) entro un dato termine dal perfezionamento della cessione. La suddivisione del prezzo in due rate costituisce, quindi, solo una modalità di pagamento, ma non una forma di anticipazione dell'importo del credito, atteso che non genera alcuna posizione a debito del cliente. Il rischio dell'insolvenza del ceduto rimane a esclusivo carico del cessionario, che non solo non ha titolo per chiedere la restituzione al cliente del primo importo versato, ma neppure può liberarsi dall'obbligo di pagamento del secondo.

Infine, ciò che il cedente paga mensilmente al *factor* è solo una commissione per la gestione amministrativa dell'attività di recupero credito svolta nel suo interesse, in quanto all'anticipato pagamento del debitore

è connesso il versamento al cedente, anticipato rispetto al termine previsto in contratto, della seconda rata del prezzo, nonché ancora degli interessi maturati sul credito versati dal debitore.

La commissione di gestione amministrativa, tuttavia, non ha alcuna rilevanza ai fini della determinazione del tasso soglia.

Va, infatti, innanzitutto rilevato che la predetta commissione non è mai computata capitalizzandone l'importo, ed include anche la remunerazione della garanzia della solvenza del debitore ceduto che il *factor* assume nelle operazioni in esame.

Altro aspetto degno di nota è che tale voce di costo non presenta alcun collegamento (né in relazione alla sua quantificazione, né alla tempistica per la sua decorrenza) con le somme versate dalla società di *factoring* al cliente per la cessione dei crediti. Essa infatti è calcolata sul valore nominale del credito ceduto e non sul prezzo di acquisto corrisposto dalla cessionaria. Pertanto non può essere considerata in alcun modo come una forma di remunerazione di una ipotetica anticipazione eseguita dal *factor* al cliente.

Per finire tale commissione trova la sua giustificazione causale in un'attività di riscossione del credito che, come visto, è a vantaggio dello stesso cliente, il quale nel caso di incasso entro il termine contrattualmente previsto del credito ceduto, oltre a ricevere prima la parte residua del «prezzo», ha diritto a percepire gli interessi che la cessionaria ha riscosso dal debitore ceduto.

Consegue dai suesposti rilievi che la commissione in parola è strettamente legata all'attività amministrativa di gestione e riscossione dei crediti e non è indice di un'attività finanziaria. Tanto ciò è vero che essa viene riconosciuta al *factor* fino al momento della completa riscossione del credito e della corresponsione al cliente degli interessi maturati sullo stesso e sempre che si realizzi il suo incasso entro il termine massimo previsto in contratto. Tale termine per il quale è dovuta la predetta commissione, coincide con lo stesso termine entro il quale da un lato il cliente conserva il diritto di ricevere gli interessi, dall'altro il *factor*, una volta che sia scaduto, è tenuto comunque a versare il saldo prezzo, anche se non ha incassato il credito dal debitore.

Al venire meno quindi alla scadenza di tale termine del diritto del cliente a vedersi attribuiti gli interessi maturati sui crediti ceduti, corrisponde correlativamente l'esonero di quest'ultimo dall'obbligo di pagare la commissione, perché in tal caso l'attività di riscossione del credito non è più nel suo interesse, ma viene svolta dal *factor* esclusivamente per il proprio, essendo questi tenuto verso il cedente comunque a corrispondergli il saldo del prezzo.

Dalla descritta natura della commissione di gestione amministrativa consegue che sottostante alla stessa non vi è un'attività finanziaria del *factor* per cui essa non entra nel calcolo del TEG. Lo confermano ancora una volta le Istruzioni della Banca d'Italia. Quest'ultime «*con riferimento al factoring e al leasing*» escludono dal calcolo del TEG «*i compensi per prestazioni di servizi accessori di tipo amministrativo non direttamente connessi con l'operazione di finanziamento*» (lettera e) del punto C4²⁰.

5. La verifica della soluzione proposta alla luce della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Tali conclusioni trovano significativo conforto anche negli studi dottrinari e giurisprudenziali in tema di limiti di applicazione della normativa antiusura alle operazioni di *factoring*.

Così, infatti, si esprime Fabrizio Vanorio: «*i contratti di factoring che possono prestarsi a pattuizioni usurarie sono quelli che prevedono erogazione di anticipi (o, al limite, assunzione di garanzia contro l'inadempimento dei debitori) da parte del factor su crediti già sorti od anche futuri. Ne consegue che il tasso di interesse da prendere in considerazione non può essere che quello che matura sugli anticipi o comunque sull'esposizione debitoria complessiva a carico del fornitore – cedente, laddove il c.d. purchase price, il prezzo che il factor si impegna a corrispondere al cedente, in genere pari al valore nominale dei crediti scaduti, comunque al netto di abbuoni di prezzo, deduzioni o compensazioni praticate dal debitore ceduto all'atto di pagamento, mal si presta ad essere valutato nell'ottica della maturazione di interessi poiché, appunto, non viene istituzionalmente scontato. Per quel che concerne, invece, la commissione dovuta al factor per i servizi prestati, questa dovrebbe tendenzialmente essere inclusa nel calcolo del tasso relativo all'esposizione debitoria del cedente, sebbene vada espunta dal computo, se attiene a servizi non finanziari. In definitiva, la norma sulla non maturazione di interessi potrebbe applicarsi estensivamente alle forme di factoring ascrivibili alla categoria di prestazione finanziaria in senso stretto*»²¹.

²⁰ Cfr. p. 17

²¹ In *Il reato di usura ed i contratti di credito: un primo bilancio*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 533.

Aderisce al pensiero dell'Autore anche la dottrina più recente. Pierangela Dagna afferma: «Nel caso del factoring, poi, la tipologia di contratto nella quale potrebbero essere pattuiti interessi usurari è quella che prevede la erogazione di anticipi o l'assunzione di garanzia contro l'inadempimento dei debitori da parte del factor su crediti già sorti o anche futuri. La estensibilità della norma che prevede la totale non debenza degli interessi, quindi, sarebbe possibile limitatamente alle forme di factoring ascrivibili alla categoria delle prestazioni finanziarie in senso stretto. Il tasso di interesse da considerare in tal caso è quello che matura sugli anticipi, o, comunque, sull'esposizione debitoria complessiva a carico del fornitore-cedente, mentre invece, il prezzo che il factor si impegna a corrispondere al cedente (il cd. *purchase price*) in genere pari al valore dei crediti scaduti e al netto di abbuoni di prezzo, deduzioni o compensazioni praticate dal debitore ceduto all'atto del pagamento, difficilmente si presta ad esser valutato nell'ottica della maturazione di interessi dal momento che non viene scontato»²².

Corollario di tali lucide riflessioni dottrinarie è che se nell'operazione di factoring manca l'elemento finanziario dell'anticipazione, atteggiandosi in concreto come una mera compravendita del credito, è inapplicabile la stessa disciplina di cui all'art. 644 c.p.

La dottrina, infatti, ribadisce come nella specifica fattispecie della «vendita del credito», il factor in realtà non assume mai le vesti di creditore del cedente. Il factor acquista il credito ed è obbligato verso il cedente a pagare il prezzo convenuto (il cd. *purchase price*); non è mai – né può esserlo in questa struttura contrattuale – creditore del cedente, potendo assumere la sola veste di debitore verso il cedente del prezzo del contratto. In tale ipotesi è quindi assente la stessa *maturazione di interessi*.

Di tali rilievi fa applicazione anche la costante elaborazione giurisprudenziale, laddove si trova a risolvere la problematica dell'applicazione dell'art. 1815, co. 2, c.c. alle operazioni di factoring.

Chiarisce, così, Cass., 21 ottobre 2010, n. 21598²³, che gli unici interessi che è possibile prendere in considerazione ai fini della verifica della natura usuraria del tasso applicato all'operazione sono quelli che il factor riceve dal cedente a titolo di corrispettivo dell'anticipazione effettuata. È notevole il rilievo che nel caso all'esame del Supremo Col-

²² In *Profili civilistici dell'usura*, ne *Il diritto degli affari*, collana diretta da Inzitari, Padova, 2008, pp. 65-66.

²³ In *www.altalex.com*.

legio le somme versate dal *factor* al cedente risultavano *imputate ad anticipazione*, prevedendosi la loro conversione in corrispettivo dopo la scadenza di un termine prestabilito dalla scadenza convenzionale dei crediti. Pertanto il *factor*, oltre agli interessi riscossi dal debitore ceduto per il ritardo nel pagamento, aveva comunque percepito gli interessi anche dal cedente per l'anticipazione effettuata.

Orbene la Cassazione, nel confermare l'analoga decisione di App. Milano, sez. I civ. del 24 gennaio 2005, n. 102, ha affermato il principio per cui non è *«giuridicamente possibile cumulare gli interessi addebitati al debitore ceduto per il ritardo nel pagamento, con gli interessi richiesti al cedente sui versamenti anticipati di quote di corrispettivo»*. Tanto in ragione del rilievo che *«come osservato dalla Corte di merito e come va ribadito i titoli che il factor fa valere sono diversi ed eterogenei e da essi derivano due azioni distinte e non sovrapponibili: l'una contro il debitore ceduto per il credito relativo alla sorte capitale e agli interessi successivi alla cessione del credito, l'altra contro il cedente per il pagamento degli interessi, di natura corrispettiva, dovuti in relazione alle anticipazioni fatte sui corrispettivi non ancora esigibili ed eseguite con la diversa funzione causale di finanziamento del cedente»*.

Sono evidenti le conseguenze che in tema di applicazione delle normativa antiusura alle operazioni esaminate sortiscono dai riferiti orientamenti dottrinari e giurisprudenziali. Poiché queste hanno tutte ad oggetto cessioni *pro soluto* di crediti scaduti e le somme pagate al cedente sono imputate a titolo di prezzo senza versamento di interessi corrispettivi da parte di quest'ultimo, ne deriva l'inapplicabilità dell'art. 1815, co. 2 c.c., nonché dello stesso art. 644 c.p. Gli unici interessi, infatti, che il *factor* percepisce sono quelli versati dal debitore ceduto al diverso titolo del ritardo nel pagamento, i quali come afferma la Cassazione non entrano nel calcolo dell'usura.

Chiude il cerchio sulla inapplicabilità della norma penale, anche l'analisi del dato normativo.

Il legislatore, infatti con il d.l. n. 394/2000, poi convertito dalla l. 28 febbraio 2001, n. 24, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 49 del 28 febbraio 2001, ha introdotto all'art. 1, co. 1 una norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., stabilendo che *«ai fini della applicazione dell'articolo 644 codice penale e dell'articolo 1815, secondo comma, codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento»*.

Alla stregua della richiamata norma deve quindi ritenersi che per poter concretamente calcolare il TEGM previsto dalla l. n. 108/96 e dall'art.

644 c.p., è necessario poter applicare il computo del *tempo* nel momento in cui il contratto si conclude. L'elemento temporale non può invece essere legato alla data di incasso da parte del cessionario, trattandosi di un evento futuro e incerto nel suo realizzarsi e che non è neppure preventivabile o anche solo conoscibile dalle parti al momento in cui concludono l'operazione. Donde la conseguenza che legare il computo del tempo alla data dell'incasso del credito ceduto, oltre che logicamente non predicabile, darebbe luogo anche a una violazione della citata norma di interpretazione autentica, in quanto finirebbe per legare la configurabilità o meno del reato usurario al momento del pagamento che invece, per la stessa norma di interpretazione autentica, non rileva ai fini della sussistenza del reato usurario.

È, dunque evidente che quando il parametro temporale, per il modo in cui si atteggia in concreto la fattispecie negoziale, non può trovare applicazione, questo costituisce il più chiaro indice della irrilevanza di tale fattispecie rispetto alla l. n. 108/96 e all'art. 644 c.p.

Anche questa conclusione, trova l'avallo della giurisprudenza del Supremo Collegio. Afferma infatti Cass. pen., 26 febbraio 2010, n. 7752²⁴, che quando non esiste «*un'unità di tempo su cui confrontarlo*» il prezzo «*non può avere natura di interesse*». Rilevano i giudici che «*l'interesse, infatti, rappresenta la remunerazione di una prestazione di denaro in funzione del tempo durante il quale il capitale viene utilizzato dal debitore*».

Alla stregua del richiamato principio consegue, quindi, ancora una volta che, non costituendo per le ragioni innanzi esposte le operazioni in esame una forma di finanziamento, atteggiandosi invece come atti di mera compravendita dei crediti e non rivenendosi nelle stesse una «*unità di tempo*» al quale parametrare il prezzo corrisposto dal fornitore al *factor*, alle medesime non si applica la normativa antiusura

6. Conclusioni

Possono a questo punto sintetizzarsi le conclusioni delle presenti note:

- le operazioni di *maturity*, aventi ad oggetto crediti scaduti ed esigibili, che sono concluse nella modalità del *pro soluto*, e nelle quali il

²⁴ In www.pluris-cedam.utetgiuridica.it

pagamento del prezzo della cessione non è vincolato all'incasso del credito da parte del *factor*, non generano posizioni a debito dei clienti;

- le somme versate dalla società di *factoring* al cliente non costituiscono quindi alcuna forma di *anticipo* o *finanziamento* di quest'ultimo, ma mero corrispettivo delle cessioni di credito;

- avendo ad oggetto le cessioni esclusivamente *crediti in sofferenza*, cd. *non performing loans*, lo scarto tra prezzo di acquisto e valore nominale del credito non è in funzione della remunerazione (sotto forma di interessi) dell'importo versato dal *factor*, ma del ridotto valore di mercato del credito, legato alla natura di cattivo pagatore del debitore;

- essendo tali crediti scaduti ed immediatamente esigibili, manca anche il parametro al quale ancorare il decorso del tempo e quindi il calcolo degli interessi da dedurre dal prezzo di acquisto, secondo la formula prevista da Banca d'Italia e dalla comune prassi. Donde in ogni caso l'impossibilità di computare come *interessi* la differenza tra il minor prezzo corrisposto e il valore nominale del credito ceduto;

- le uniche operazioni concluse dal *factor* suscettibili di generare una posizione a debito del cliente sono quelle per le quali è prevista il pagamento di una commissione di gestione amministrativa, e limitatamente al pagamento di detta commissione. Essendo, tuttavia, tale commissione remunerativa solo del servizio gestione e incasso del credito svolto dal cessionario nell'interesse del cedente, essa non è indice dell'esistenza di un *anticipo* erogato dal primo al secondo, per cui va esclusa dal calcolo del TEG.

Corollario di tali rilievi è che alle operazioni di cessione crediti di tale tipo, non costituendo attività finanziarie che generano posizioni a debito del cliente, non si applica l'art. 644 c.p.

ANGELO SPENA