

Consiglio del 29 maggio 2019

Punto 8 all' ODG

Stato di avanzamento delle attività associative sulla regolamentazione del factoring

ALLEGATO 8.2

8.2.1 Acquisto a titolo definitivo di un credito – individuazione del credito quale asset

8.2.2 Nuova definizione di default EBA - Default e crediti commerciali

Gruppo di lavoro

Acquisto a titolo definitivo

Acquisto a titolo definitivo di un credito – individuazione del credito quale asset

Nota preliminare al 27 maggio 2019

1. Quesito

Si è posto il quesito se negli interventi di acquisto a titolo definitivo sia possibile definire il credito quale un asset, da cui una modifica del “business model” da “*financial-factoring*”, attualmente seguito dalle società di factoring, a quello di “*trade-factoring*”¹ previo riscontro della compatibilità di tale nuovo “business model” con le normative, primarie e secondarie, vigenti.

La disamina richiede la valutazione di una serie di elementi, tra cui:

- a) la definizione di asset
- b) la contabilizzazione del credito ed i principi di tema di fair value
- c) i profili giuridici
- d) la contabilizzazione di un asset (rispetto ad un credito)
- e) gli orientamenti EBA sull'applicazione della definizione di default
- f) la normativa regolamentare in tema di attività segnaletica
- g) altro

2. Definizione di Asset

In una ampia accezione il concetto di asset ricomprende i crediti e i debiti commerciali e le attività e passività correnti.

Indica, pertanto, e nel senso più ampio del termine, ogni entità materiale o immateriale suscettibile di valutazione economica per un soggetto.

In ambito finanziario si intende altresì quale attività posseduta al fine di ottenerne un profitto nel futuro.

Sulla base di tale definizione il credito rientra nel concetto di asset.

Si pone però un aspetto rilevante se per tale si possa intendere il singolo credito, anche di minimo valore o se, invece, si debba considerare una massa di crediti.

¹ La dizione “trade-factoring” è voluta per porre in risalto la connotazione commerciale e non finanziaria del nuovo business model

Una risposta a tale quesito può essere indirettamente rilevata dagli altri temi oggetto di verifica incominciando dal fair value (che nella presente nota riceveranno un sommario richiamo solo per la parte rilevante a quanto oggetto di disamina).

3. Fair Value

- 1) La definizione del concetto di “fair value” trova una delle sue fonti nei principi contabili internazionali IAS/IFRS, che lo qualifica come *«il corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata, o una passività estinta, tra parti consapevoli e disponibili, in una transazione tra terzi indipendenti»*.

Nella suddetta definizione si individuano gli elementi fondamentali del:

- corrispettivo
- attività o passività
- negoziazione (lo scambio)
- il consenso e la consapevolezza delle parti,
- la piena libertà della contrattazione, cioè la mancanza di vincoli che obblighino o forzino i soggetti a concludere l'operazione.

In pratica è una stima del potenziale valore di mercato di un bene, servizio o attività.

- 2) Ai sensi del codice civile è previsto, art. 2426, n.8, c.c., che *“i crediti e i debiti sono rilevati in bilancio secondo il criterio del costo ammortizzato, tenendo conto del fattore temporale² e, per quanto riguarda i crediti, del presumibile valore di realizzo”*.

Nei principi contabili internazionali le attività finanziarie e le passività possono essere valutate al costo ammortizzato o al fair value, da cui “attività finanziarie misurate al costo ammortizzato” e attività finanziarie misurate al fair value” e queste ultime suddivise tra quelle che confluiscono nel conto economico e quelle le cui variazioni confluiscono nel prospetto “other comprehensive income”.

Tale classificazione dipende dal modello di gestione osservato ed è rilevante in quanto se le attività finanziarie³ sono detenute con lo scopo principale di:

- conseguire dei flussi di cassa previsti contrattualmente e se tali flussi sono costituiti solo da pagamenti, a date specificate, di capitale e interessi, le attività finanziarie saranno misurate al costo ammortizzato;
- ottenere sia dei flussi di cassa contrattuali, costituiti da capitale e interessi, che per ottenere flussi derivanti dalla loro vendita, le stesse verrebbero misurate al fair value negli “other comprehensive income”

Ai sensi dell'IFRS 9 vengono individuati 3 momenti rilevanti ai fini della valutazione delle attività e passività finanziarie:

- la valutazione iniziale (ossia la valutazione da eseguire al momento della rilevazione della attività o passività);
- le valutazioni successive a quella iniziale;
- la misurazione e rilevazione di eventuali perdite attese sulle attività finanziarie

² Il fattore temporale non è richiamato per i “titoli di debito”; il fattore temporale costituisce l'espressione della attualizzazione, non contemplata per i titoli di debito nel presupposto che queste, di norma, producono interessi

³ Le definizioni di attività finanziaria di attività e passività finanziaria, in cui rientrano crediti e debiti, sono nello IAS 32.

Sotto tale profilo assumono rilevanza gli eventuali ritardi nei pagamenti. Le perdite attese infatti possono emergere anche nel caso in cui l'entità che detiene l'attività finanziaria si aspetti di incassare per intero le somme dovute ma con ritardo rispetto alle scadenze contrattualmente stabilite. L'allungamento dei tempi di pagamento determina una riduzione del valore attuale dei flussi di cassa con emissione di una differenza negativa rispetto al valore contabile preesistente dell'attività finanziaria.

Nel caso di crediti e debiti assume rilevanza l'importo nominale degli stessi al netto di eventuali importi riconosciuti tra le parti del contratto.

L'attualizzazione, cioè la valutazione di un credito o di un debito ad una misura diversa del loro importo nominale rettificato trova la propria espressione normativa del citato art. 2426 n. 8 cod.civ. dove è riportato che la valutazione deve essere effettuata "tenendo conto del fattore temporale..."

4. Analisi dei profili rilevanti

Si premette anzitutto, che dai richiami sia dei principi IFRS che del codice civile, le relative previsioni appaiono applicabili sia ad un singolo credito che ad una massa di crediti e, pertanto, non risultano ostativi al concetto di credito quale asset anche se riferito alla singola fattura.

Senza scendere ulteriormente sulle tematiche di contabilizzazione ai fini della presente emergono i seguenti aspetti di rilevanza:

- (i) il valore di realizzo del credito/asset;
- (ii) la rilevazione della esistenza, o meno, di un mercato del bene;
- (iii) il fattore temporale, rilevante ai fini della scadenza e/o esigibilità del credito nonché del valore finale del credito;
- (iv) il dato contrattuale, rilevante al fine della individuazione: dell'oggetto del contratto, della volontà perseguita dalle parti, dei termini attuativi del rapporto tra cui la determinazione del prezzo.

5. Il valore di realizzo del bene – esistenza o meno di un mercato del bene

Avuto riguardo agli elementi individuati dai principi contabili sopra richiamati e riportando gli stessi al credito, ne consegue che il "valore di realizzo del bene" e, più precisamente, l'importo del credito che si presume verrà pagato in futuro dal soggetto e/o il corrispettivo al quale una attività potrà essere scambiata in futuro, richiede la valutazione, da parte di un operatore, di una serie di elementi.

Quanto sopra anche in considerazione e per effetto dell'assenza di un mercato di riferimento del bene (o mercato attivo) ove rinvenire una "quotazione" o "rilevazione" economica dell'asset in argomento o un mercato di negoziazione del credito.

Quanto sopra non elimina la circostanza che vi sia una concorrenza tra gli operatori del settore che andrà a riflettersi sul costo finale dell'intervento o, meglio, sul prezzo che verrà pagato al Cedente, ma ciò non determina la sussistenza di un mercato ove i crediti siano quotati o negoziati.

Conseguentemente, mancando un mercato di riferimento, occorrerà procedere sulla base di un processo valutativo (la "valutazione") da parte dell'acquirente che porrà a base delle proprie determinazioni dei parametri utili ai fini del presumibile valore di realizzo del credito e del proprio margine di guadagno.

A tal fine si possono menzionare a titolo esemplificativo i seguenti fattori:

- il valore nominale del credito;
- l'ammontare dei crediti di dubbia esigibilità;
- se il credito sia scaduto o meno – o se sia esigibile o meno;
- eventuali rettifiche sugli stessi presenti nel bilancio del cedente;
- lo stato del debitore: in bonis o meno
- se il credito sia oggetto di contestazione o meno;
- i tempi di liquidazione;
- la fruttuosità del credito (per legge o per contratto);
- altro.

Da tali elementi sarà possibile creare un modello di calcolo sia del valore del credito e, conseguentemente, del prezzo da corrispondere.

Così operando si eliminerebbe ogni riferimento, diretto o indiretto, ad un tasso di interesse; l'eventuale ipotesi di riacquisto andrà anch'essa determinato sulla base del valore nominale maggiorato di una percentuale da determinarsi.

6. Il Fattore temporale

Come indicato dai principi contabili, non è irrilevante il “quando” un credito verrà incassato.

In tale contesto rileva la scadenza del credito e la presumibile data di incasso, da cui il distinguo di due concetti:

- data di scadenza riportata in fattura;
- data di esigibilità del credito.

Nella premessa che tali due riferimenti potranno non coincidere.

A tal riguardo si può pensare, a titolo esemplificativo, alle seguenti ipotesi: esigibilità subordinata o differita alla consegna di documenti, o ad un “facere” a cui è chiamato l'acquirente oltre la prestazione caratteristica del contratto; alla ipotesi di un positivo collaudo del bene; e non da ultimo al completamento dell'iter di liquidazione previsto per il pagamento della P.A.

Il tutto da valutarsi anche alla luce della normativa in tema di ritardi di pagamento.

A tal proposito appare lecito domandarsi se sia corretto il distinguo tra “data di scadenza riportata in fattura” e “data di esigibilità” del credito.

In linea astratta parrebbe più corretto riportarsi al concetto di **esigibilità** del credito avuto riguardo alla sua definizione: per tale si intende un credito quando non è sottoposto a condizioni, né a termini oppure quando il termine è scaduto e il creditore può esigerne il pagamento o farlo valere in giudizio per ottenere una sentenza di condanna.

In altri termini il concetto di “esigibilità” racchiude, quale *genus* più ampio, anche quello di scadenza del termine riportato in fattura, solo che quest'ultimo, per quanto sopra riportato, potrebbe non coincidere (o non coincide sempre) con il termine del pagamento del prezzo.

La normativa in tema di ritardo nei pagamenti – D.Lgs 231/2002 e successivi aggiornamenti – all'art. 4 utilizza la dizione “scadenza del termine per il pagamento” pur indicando dei termini per la decorrenza degli interessi di mora.

La citata normativa, inoltre, nelle definizioni di cui all'art.2 precisa che per "importo dovuto" si intende "la somma che avrebbe dovuto essere pagata entro il termine contrattuale o legale di pagamento..."

Da quanto sopra consegue che il termine riportato in fattura altro non è che la conseguenza delle pattuizioni contrattuali a cui occorre far riferimento: si presume che la scadenza riportata in fattura sia quella contrattuale, ma il contratto può prevedere elementi maggiori o diversi.

Tornando al concetto di esigibilità è solo per effetto del suo ricorrere che è possibile opporre un ritardato pagamento; al contrario, in presenza di un credito non esigibile non potrà riscontrarsi un ritardato pagamento.

Sui ritardi nei pagamenti della PA, nel corso della riunione abbiamo già ritenuto opportuno richiamare il parere a suo tempo redatto dal Prof. Clarizia, fermo che anche in questo caso devono essere richiamate le norme in tema di lotta ai ritardati pagamenti e procedure di infrazione a livello europeo.

Conseguentemente, l'esigibilità del credito assume una rilevanza determinante, al pari del tempo del pagamento. Infatti un ritardato adempimento potrebbe incidere sia sul valore del credito che costituire una manifestazione di criticità in cui si trova il debitore. Anche sotto tale profilo, però, occorre distinguere i debitori appartenenti al settore privato da quelli appartenenti alla P.A. Per questi ultimi infatti dal ritardo pagamento non conseguirebbero i riflessi sopra menzionati. Ferma in ogni caso la rilevanza dei termini di liquidazione che sopra abbiamo posto tra gli elementi oggetto di "valutazione".

In ogni caso, il fattore temporale rileva anche con riferimento al credito quale asset.

7. Il dato contrattuale

Si premette anzitutto che ai sensi dell'art.1 D.Lgs n.385/1993 e ss.mm., il factoring e le operazioni di cessioni di credito pro-soluto e pro-solvendo, vengono racchiuse nelle "operazioni di prestito".

L'attività di factoring come ritenuto dalla Agenzia delle Entrate⁴ "ha natura eminentemente finanziaria, tenuto conto dei soggetti legittimati ad esercitarla quanto alla causa del negozio, ossia il finanziamento..." e ancora "qualora il creditore, con la stipula del contratto di factoring, vuole ottenere un finanziamento (in pratica una monetizzazione anticipata dei propri crediti) per i quali paga una commissione che si atteggia, in linea di principio alla stregua di un pagamento di interessi ... appare evidente che il factoring costituisce una vera e propria operazione finanziaria In tale ipotesi, la presenza di clausole pro-soluto o pro-solvendo, non incide sulla natura finanziaria del contratto, ma solo sulla determinazione della commissione".

Ai sensi di quanto sopra riportato il factoring ha natura finanziaria.

Il contratto di factoring, però, è un contratto atipico e, pertanto, la causa del negozio può assumere una valenza diversa da quella finanziaria.

Al fine di perseguire l'obiettivo del "trade-factoring", pertanto, occorre riportare in ambito contrattuale alcuni dei principi evidenziati in tema di "valore di realizzo del credito" e concernenti le due prestazioni contrattuali:

- l'importo del credito, che si presume verrà pagato;
- il corrispettivo, a cui un'attività potrà essere scambiata.

In tale contesto:

- a) il contratto, deve essere un contratto di acquisto ad ogni effetto di legge dove l'oggetto sarà costituito dal trasferimento a titolo definitivo di un credito per un prezzo ivi specificato. Si potrà

⁴ Circolare 32/E Direzione Centrale Normativa

parlare di una compravendita ma con la particolarità che trattandosi di un bene/asset particolare è soggetto al principio del “*nomen verum*” e di espresse previsioni normative: artt. 1260 e segg. cod.civ., L.n.52/91;

- b) nella contrattualistica che si perfezionerà tra Cliente e Factor dovrà essere assente ogni richiamo, diretto o indiretto, ad un tasso di interesse affinché il negozio perda la sua natura finanziaria. L'operazione di acquisto dovrà avvenire sulla base di un prezzo che, sotto un profilo giuridico, rispetti il principio sinallagmatico della prestazione (la dazione del credito) e la controprestazione (la dazione di denaro);
- c) ai fini delle due prestazioni sopra menzionate, in prima battuta e dal lato del cedente rileverà il valore nominale del credito al netto delle eventuali voci di decremento che, sulla base del modello di calcolo scelto, determineranno la controprestazione (il prezzo) dovuto dal cessionario;
- d) occorre che vi sia l'equilibrio delle prestazioni dedotte in contratto, al fine di evitare eventuali ipotesi di sperequazioni, di disequilibrio delle due prestazioni (rilevanti anche agli effetti dell'art. 67, 1° comma n.1 L.F.), un approfittamento di uno stato di bisogno etc.

Pur con tutti accorgimenti osservati rimarrebbe, comunque, un aspetto rilevante ai fini interpretativi e concernente il risultato ultimo dell'operazione, ciò che l'Agenzia delle Entrate definisce una “monetizzazione anticipata dei propri crediti”, in quanto anche nel “trade-factoring” per il cedente il risultato è quello indicato⁵.

8. Applicabilità della Legge n.52/91

La L.n.52/91 non è dedicata alle società di factoring e, in linea di principio, può essere utilizzata da società aventi i requisiti di cui all'art. 1, lett.c) della citata normativa.

Il principio del pagamento del corrispettivo appare compatibile con un intervento di acquisto del credito inteso quale asset e, pertanto, del pagamento di un prezzo che rappresenti la controprestazione contrattuale dell'acquirente.

Quanto sopra al fine della applicabilità della citata normativa ad un intervento “trade-factoring”.

Dall'altro lato la espressa previsione di norme di legge, sia speciali che generali, parrebbero consentire la esclusione di alcuni richiami in tema di compravendita, mentre per altri vi saranno dei necessari adattamenti, si pensi al principio dei “vizi” ed alla “evizione”.

9. La normativa regolamentare

Sempre ai fini della valutazione del business model proposto, rileveranno anche le previsioni della normativa regolamentare nonché delle indicazioni emanate dalla BCE in tema di default e dell'EBA.

In particolare, ai sensi della circolare 139, cap.2, sez.6, in tema di operazioni di factoring, l'Istituto di Vigilanza ha dettato le proprie disposizioni⁶:

⁵ Non si dimentichi che la ns. analisi è condotta con riferimento ai crediti in bonis e non, invece, ai crediti c.d. a sofferenza.

⁶ Non consideriamo l'ulteriore previsione dettata dalla Banca d'Italia: “Le operazioni di factoring che non prevedono l'erogazione a favore del cliente, di un anticipo sull'importo dei crediti trasferiti all'intermediario non danno luogo ad alcuna segnalazione in Centrale rischi”

- sia nel presupposto che nell'ambito del contratto di factoring ricorra "la concessione di un anticipo" da cui il trattamento segnaletico con riferimento a tali anticipi ed al valore nominale del credito, nonché delle diverse modalità di rappresentazione a seguito dell'inadempimento del debitore.
- sia soffermandosi sui criteri di segnalazione riferiti alle operazioni di acquisto crediti con pagamento del prezzo a titolo definitivo: "queste vanno segnalate a nome del cedente nella categoria di censimento rischi autoliquidante indicando nella classe di dati utilizzato le somme erogate a fronte dei crediti acquisiti. Il valore nominale dei crediti acquisiti deve essere segnalato a nome del debitore ceduto nella categoria di censimento crediti acquisiti (originariamente) da clientela diversa da intermediari - debitori ceduti".

Ai sensi della Circolare n. 288, la Banca d'Italia, tra l'altro, in tema di:

- processo del credito, ha precisato che gli intermediari adottano inoltre presidi organizzativi adeguati a fronteggiare rischi connessi a specializzazioni operative, quali ad esempio: le vicende dei crediti acquisiti nelle operazioni di factoring (situazione dei debitori ceduti, congruità del prezzo in relazione alla recuperabilità, alle eccezioni opponibili, all'andamento dei contenziosi, ecc.)⁷;
- requisiti prudenziali dettati per gli intermediari finanziari e, in particolare, per il calcolo del requisito patrimoniale a fronte del rischio di credito ha riportato la riferibilità dello stesso alla controparte ceduta⁸;

[DA COMPLETARE]

⁷ Pag. 163

⁸ Pag. 188

Gruppo di lavoro

Nuova definizione di default EBA

Default e crediti commerciali

Nota preliminare al 27 maggio 2019

1. Premesse

Gli orientamenti EBA, pubblicati in data 18.01.2017, “sull’applicazione della definizione di Default ai sensi dell’art. 178 del regolamento UE 575/2013”, comportano rilevanti scenari di criticità sia per le Imprese sia per le Banche e Intermediari finanziari che sono chiamati, rispettivamente, ad osservare le tempistiche di pagamento ed all’applicazione delle disposizioni emanate dalla European Banking Authority.

Come evidenziato dagli organi di stampa¹, per le Imprese è fondamentale rispettare puntualmente le scadenze di pagamento previste contrattualmente per evitare che le banche registrino tali ritardi e, di conseguenza, siano tenute a classificare a default l’impresa con tutte le conseguenze del caso.

Tra i principali effetti si segnala: il passaggio in default di tutte le esposizioni dell’Impresa verso la banca; l’effetto domino del default sulle società collegate all’Impresa inadempiente; le provisioning che le banche sono chiamate ad eseguire con conseguenti costi e incidenza sulla qualità del credito da cui conseguono ulteriori due effetti: un possibile incremento del costo del credito per le Imprese ed eventuali risvolti in termini restrittivi di concessione del credito.

In tale scenario regolamentare si è posto, pertanto, il quesito relativo alla esatta individuazione del c.d. scaduto e, conseguentemente, della esigibilità dei crediti.

Quanto sopra sia con riferimento alle Imprese appartenenti al settore “Privato” che a quelle rientranti nel settore della “Pubblica Amministrazione” considerato che uno “scaduto” può rinvenirsi in entrambi i settori, anche se l’esperienza storica dimostra che assume una grande rilevanza, sia in termini di volumi interessati che per i giorni di ritardato pagamento, i ritardi nei pagamenti da parte della Pubblica Amministrazione.

¹ Da ultimo: Italia Oggi, 14.05.2019

2. “Scaduto” ed esigibilità del credito

Lo “scaduto” viene normalmente riferito alla data di scadenza riportata in fattura, ma tale assunto è frutto di una “presunzione di scadenza” in quanto la scadenza “effettiva” è quella contrattuale, ossia quella desumibile dal contratto perfezionato tra Committente ed esecutore.

La fattura dovrebbe essere emessa in conformità alle pattuizioni contrattuali, ma non sempre i due profili coincidono e ciò determina un differimento della esigibilità del credito e del relativo pagamento.

A titolo esemplificativo si possono menzionare le seguenti casistiche:

- contratti che, al fine del pagamento, richiedono adempimenti specifici ad es. nel caso di forniture di macchinari oltre alla messa a disposizione dei beni si chiede anche la consegna della documentazione attestante le caratteristiche tecniche degli stessi; oppure la messa in funzione delle apparecchiature;
- nei contratti di appalto, a parte la fattispecie del pagamento per singole partite (art. 1666 c.c.) che è davvero residuale, il principio base è che il pagamento è subordinato al collaudo, previa accettazione dell’opera e di verifica della stessa (senza omettere che la normativa vigente menziona tutta una serie di “termini”, quali ad esempio: il collaudo provvisorio, il certificato di regolare esecuzione, la verifica di conformità, l’assunzione del carattere di definitività dei servizi)².

Sempre in tale contesto si richiamano anche le norme del Testo Unico delle leggi per l’ordinamento degli Enti Locali (D.Lgs. 18 agosto 2000 n.267 e ss.mm.ii.) per quanto concerne l’iter di liquidazione della spesa e le 4 fasi del relativo procedimento, nonché le previsioni normative in tema di impegno di spesa.

Inoltre, ai fini della “concreta” esigibilità del credito, e ad ulteriore confutazione di quanto riportato negli orientamenti EBA, è opportuno richiamare anche quanto consegue dalla certificazione dei crediti nella piattaforma MEF: per effetto della avvenuta certificazione, la esigibilità dei crediti è quella riportata nella certificazione stessa.

Conseguentemente, qualora un Factor intervenga su crediti certificati o qualora un creditore chieda la certificazione del credito, alla scadenza originaria del credito si sovrappone la nuova esigibilità del credito che si rileva dalla certificazione.

Infine, sono gli stessi orientamenti EBA, in ambito operativo factoring not-notification (art.32), a dare rilevanza, non alla scadenza originaria del credito, bensì a un diverso presupposto costituito dalle intese contrattuali intercorse tra Cedente e Factor .

Nell’attuale contesto, normativo e regolamentare, si riscontra, pertanto, una pluralità di fattispecie, tra loro non omogenee, che si rivelano ostative ad un trattamento univoco dello scaduto, da cui l’esigenza di rinvenire un diverso presupposto, oggettivamente rilevante, idoneo ad individuare la esigibilità del credito anche per i profili di rilevazione dello stato di default.

² A tal riguardo si evidenzia che con Legge 3.05.2019 n. 37 è stato modificato l’art. 113 bis del D.Lgs n.50/2016, ai sensi del quale “i pagamenti relativi agli acconti del corrispettivo di appalto sono effettuati nel termine di 30 gg. decorrenti dall’adozione di ogni stato di avanzamento lavori. ... I certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo sono emessi contestualmente all’adozione di ogni SAL”. La norma prosegue disponendo che “all’esito positivo del collaudo o della verifica di conformità e, comunque, entro un termine non superiore a sette giorni dagli stessi, il RUP rilascia il certificato di pagamento....”.

L'analisi sopra riportata verrà condotta con un duplice approccio, sia in senso interpretativo della normativa vigente, sia individuando i possibili sviluppi normativi che, *de jure condendo*, potranno consentire di superare la criticità esistente (soprattutto con riferimento alla Pubblica Amministrazione).

3. Disamina interpretativa

Perimetro normativo: ambito soggettivo ed oggettivo

Le disposizioni di cui agli Orientamenti EBA hanno come destinatari delle relative previsioni le Banche e gli Intermediari finanziari ed hanno l'obiettivo di una trattazione, in un unico corpo, di una pluralità di situazioni eterogenee.

Le relative previsioni non trovano, invece, applicazione per le Imprese commerciali, con la conseguenza che una situazione di default, non esistente presso l'Impresa, può delinearsi all'improvviso per effetto di una relazione perfezionatasi tra una banca o di un intermediario finanziario e la citata Impresa.

Più precisamente, per effetto ed in conseguenza del perfezionamento di un contratto in cui compare una banca o un intermediario finanziario, si determinano riflessi economici precedentemente non rilevati e/o non rilevanti ma che, invece, per effetto della presenza dei citati soggetti ed alla luce dei citati Orientamenti, determinano riflessi "rilevati e rilevanti".

Ma il contratto perfezionato riporta, altresì, la disciplina dei rapporti tra l'istituto finanziario ed il Cliente che, da un lato, governa la relazione tra i citati soggetti, e, dall'altro lato, le relative previsioni rilevano ai fini del trattamento contabile di quanto convenuto.

Pertanto, affinché si manifestino gli effetti derivanti dai citati Orientamenti EBA, oltre all'elemento soggettivo (banche e intermediari finanziari), deve rinvenirsi anche un ulteriore elemento essenziale costituito dal "contratto" perfezionato con il Cliente.

Oltre a quanto sopra, si evidenzia che scenari di classificazione di default di crediti verso il settore pubblico mal si conciliano con l'esperienza storica di pagamenti, che seppur in ritardato vengono comunque eseguiti.

Per il settore della Pubblica Amministrazione, la vera criticità non è tanto il default quanto, piuttosto, il ritardato pagamento a cui è dedicata una specifica normativa europea – Direttiva 2000/35/CE – e normativa interna (D.Lgs.231/2001 e ss.mm.) e che può e deve essere mantenuto su un piano diverso e, se si vuole, parallelo, a quello del default, ma senza creare delle sovrapposizioni che fungono da effetti distorsivi del mercato e ciò proprio per effetto del rilievo che la Pubblica Amministrazione effettua comunque i pagamenti.

Se un ritardato pagamento da parte di un soggetto appartenente al settore "privato" che supera determinate tempistiche, può essere sintomatico di una previsione di un default - ma resta pur sempre una previsione -, altrettanto non può dirsi per il ritardato pagamento da parte della Pubblica Amministrazione, il cui unico effetto è quello di determinare difficoltà di liquidità presso le Imprese che non riescono a incassare con le tempistiche programmate, ma in assenza di uno scenario di default.

Proprio al fine della tutela dei creditori il Legislatore, europeo e nazionale, è intervenuto con la normativa in tema di lotta ai ritardi nei pagamenti; a tal riguardo si richiama il disposto dell'art.4 del D.Lgs. 231/2002 e

ss.mm., che recita : *“Gli interessi moratori decorrono, senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento”.*

Tale norma, pertanto, già riconosce tutela ai creditori, senza necessità che a tale tutela sia aggiunto un effetto di default che non trova riscontro nella realtà.

Si ricorda che quale rafforzativo o meglio, quale deterrente volto a contrastare il ritardo nel pagamento e, indirettamente, di tutela per i creditori, il Legislatore ha dettato ulteriori norme con previsione di sanzioni a carico dei direttori amministrativi, direttori generali, presidenti di enti per il mancato rispetto delle norme in tema di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

Da tali riflessioni emergono alcuni dati rilevanti:

- in generale, la rilevanza del contratto perfezionato da banche e intermediari finanziari con la propria clientela;
- con riferimento al settore P.A., la necessità di tenere distinto il ritardato pagamento dalla definizione di default.

Rilevanza del contratto – la Scadenza Convenzionale

Al fine della massima rilevanza del dato contrattuali si richiamano gli interventi di acquisto crediti a titolo definitivo; in tali modalità di intervento, il contratto tra cedente e cessionario riporta la previsione di una scadenza convenzionale dei crediti che, solitamente, è determinata sulla base del DSO riferibile al singolo debitore e che costituisce la base di calcolo per il conteggio dello sconto.

I crediti vengono caricati sulle evidenze contabili del cessionario:

- con la scadenza originaria, per l'inoltro della messa in mora al debitore (se rapporto a notifica), ed il calcolo degli eventuali interessi di mora;
- con la scadenza convenzionale ai fini delle segnalazioni in CR in termini di sconfinato/scaduto (tale secondo assunto non è omogeneo tra tutte le società di factoring, in quanto alcune considerano la scadenza originaria).

La determinazione della scadenza contrattuale costituisce un dato oggettivo, se desumibile dal DSO (medio o ponderato) sul debitore, o convenzionale, se frutto della trattativa tra cedente e cessionario, ma, in ogni caso, è un dato contrattualizzato.

Tale aspetto assume una specifica rilevanza anche ai fini del *“fair value”* considerato che dalla sua nozione di *«corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata, o una passività estinta, tra parti consapevoli e disponibili, in una transazione tra terzi indipendenti»*, si rinviengono gli elementi fondamentali del: (i) contratto e libera negoziazione; (ii) corrispettivo; (iii) lo scambio, ossia prestazione e controprestazione; (iv) il consenso e la consapevolezza delle parti nel perfezionamento del contratto.

Cedente e cessionario, con il contratto, pattuiscono pertanto non solo il corrispettivo sulla base del valore del bene (il credito), ma anche la sua scadenza.

In tale premessa parrebbe conseguenziale che la scadenza rilevante, ai fini segnaletici, di default e di incasso, sia la scadenza convenzionale e non quella propria del credito che rileverà a diversi fini quali gli interessi moratori in quanto credito fruttifero. Ma anche tale aspetto è stato oggetto di preventiva considerazione al fine del calcolo del corrispettivo.

Quanto sopra non parrebbe neppure in contrasto con la circolare 139 della Banca d'Italia per gli adempimenti segnalatici.

A tal riguardo, come è noto, nella circolare 139 il dato contrattuale è sicuramente preso a riferimento nelle operazioni di finanziamento³, mentre manca ogni accenno dello stesso nella sezione riferita alle operazioni di factoring.

In queste ultime, invece, viene dato rilievo “all’inadempimento del debitore ceduto” laddove è previsto che nel caso del pro-soluto, la segnalazione avvenga a nome del cedente sino al pagamento in garanzia e, ad avvenuto pagamento in garanzia, sul ceduto (l'avvenuto pagamento in garanzia presuppone l'inadempimento del debitore ceduto).

La predetta circolare stabilisce che i criteri di segnalazione *“si applicano convenzionalmente anche alle operazioni di acquisto crediti con pagamento a titolo definitivo”*.

In tali modalità di intervento, però, il pagamento pro-soluto è con riferimento alla scadenza contrattuale definita con il cedente.

Pertanto, applicando il principio indicato dalla Banca d'Italia e sopra riportato, il termine di riferimento per la scadenza del credito è quello riportato in contratto e non (più) la scadenza originaria riportata in fattura.

Solo operando in tal modo riusciamo a dare una interpretazione coerente a quanto contrattualmente convenuto tra cedente e cessionario.

In tale contesto, però, non è possibile definire in default un credito che contrattualmente non è tale.

Le eventuali azioni svolte nei confronti del ceduto, così come la richiesta di interessi di mora, non contraddicono quanto sopra riportato considerato che, sotto un profilo civilistico, attengono al bene acquistato e non alla prestazione oggetto del contratto: scambio del bene contro il pagamento di un corrispettivo⁴.

Valutazione della suddetta impostazione con gli Orientamenti EBA

Gli orientamenti EBA, in relazione alle operazioni di factoring, al punto 23 lett.d) fanno riferimento alla *“...registrazione dei crediti commerciali acquistati nel bilancio dell'ente....”*.

Nella fattispecie in argomento, i crediti commerciali (per alcuni Factor, come sopra riportato) sono registrati nel bilancio del Factor con riferimento alla data di scadenza convenzione e non quella riportata in fattura.

Conseguentemente se il termine di riferimento è la registrazione dei crediti acquistati nel bilancio dell'ente la scadenza dei crediti è necessariamente quella convenzionale.

Tale conclusione parrebbe confermata anche dal successivo paragrafo 27 laddove è riportato *“laddove i crediti commerciali ceduti non siano iscritti nel bilancio del Factor ...”*.

³ Nel caso in esame, però, interventi factoring di acquisto a titolo definitivo, non possiamo parlare di “finanziamento” in quanto le modalità di intervento differiscono sostanzialmente da quelle di un finanziamento, si pensi: (i) agli aspetti contabili della “derecognition” ed alla “recognition” dei crediti; (ii) alla circostanza che ciò che si mette a disposizione del cedente è un prezzo di acquisto e non un finanziamento oltre ad altri effetti.

⁴ A titolo esemplificativo si potrebbe pensare ad un contratto di compravendita di un immobile locato. Il contratto ha ad oggetto il trasferimento della proprietà dell'immobile contro il pagamento di un prezzo, ma se l'affittuario non paga il canone, l'acquirente dell'immobile ha titolo per svolgere le azioni di recupero oltre interessi. Tali diritti, però, sono distinti dall'oggetto del contratto originario anche se da essi conseguenti.

Tale paragrafo introduce, comunque, un ulteriore aspetto che è quello della responsabilità del Factor nei confronti del cliente “fino ad una determinata percentuale concordata”. In questo caso il termine di riferimento sono “le obbligazione scadute del cliente registrate nel bilancio del Factor” ma il cliente non è il debitore ceduto e, comunque, rimane l’annotazione dell’iscrizione nel bilancio del factor.

Anche con riferimento al paragrafo 28 dei citati orientamenti, viene dato risalto agli accordi di factoring e all’iscrizione in bilancio dei crediti commerciali, a cui viene aggiunta la precisazione che “i giorni di arretrato dovrebbero iniziare quanto il pagamento di un singolo credito diventa esigibile”. Ma tale esigibilità è quella desumibile dall’accordo di factoring – il contratto - perfezionato tra cedente e cessionario e, pertanto, anche a tale ultimo fine rileva il dato contrattuale.

Ulteriore argomento a sostegno della rilevanza dato contrattuale tra Factor e cedente si rinviene dal paragrafo 32 dei citati Orientamenti con riferimento agli interventi not-notification laddove, al fine del conteggio “dei giorni di arretrato”, viene fatto espresso riferimento non alla scadenza del credito, bensì “... a partire dal momento convenuto con il cliente in cui i pagamenti effettuati dai debitori dovrebbero essere trasferiti dal cliente al factor”.

Ma il “momento convenuto con il cliente” altri non è che il dato contrattuale pattuito tra cliente e factor⁵.

La rilevanza del citato paragrafo 32 diventa tanto maggiore non appena si presti attenzione alla circostanza che i crediti verso un medesimo debitore potrebbero essere acquisiti in cessione, parte a notifica, e parte senza notifica (si pensi ad es. ad una fornitura particolare, che prevede l’incidentalità convenzionale del credito).

In tale fattispecie, applicando l’interpretazione della rilevanza del dato contrattuale, avremmo un medesimo trattamento ai fini del default del complessivo credito: la scadenza e, pertanto, l’esigibilità del credito è quella desumibile dal contratto tra cedente e cessionario.

Qualora, invece, si volesse applicare il diverso riferimento della data di scadenza della fattura, potremmo arrivare all’assurdo che su un medesimo debitore avremmo crediti scaduti (in interventi notification) e crediti che non si possono considerare scaduti stante la espressa disciplina dettata dal paragrafo 32 che subordina il default dal momento individuato in contratto tra cedente e cessionario per la trasmissione dei pagamenti.

E ciò indipendentemente dall’effetto della soglia di rilevanza per il rilievo dello scaduto che o verrebbe disapplicato, o troverebbe applicazione negando, però, efficacia al disposto del citato paragrafo 32.

Per quanto concerne la classificazione dei rischi di cui al capitolo 5 degli orientamenti EBA, questa ha come destinatario principale il cedente e solo successivamente al pagamento in garanzia, il ceduto in quanto si sono verificati i presupposti per la classificazione diretta sul debitore.

Ma anche a tal proposito, in prima battuta rileva la scadenza convenzionale.

Ciò esposto, si evidenzia che le riflessioni sopra riportate, con i dovuti accorgimenti, potrebbero essere valutate come una possibile “chiave” di soluzione anche per i crediti verso le Imprese appartenenti al settore “privati”.

Oltre a quanto sopra, appare opportuno evidenziare, infine, che con riferimento alla Pubblica Amministrazione, le riflessioni riportate in tema di esigibilità del credito subordinata ad attività e controlli e

⁵ Qualcuno potrebbe opporre che la “ratio” della diversa valutazione dell’EBA è che negli interventi con modalità not-notification prevalga il carattere finanziario dello stesso. A tale asserzione, però, è opponibile che anche tale modalità operativa non è ostativa alla *derecognition* dei crediti ed al trasferimento rischi-benefici in capo al factor. Si consideri, inoltre, che ai sensi della L.n.52/91 e della efficacia della cessione (art.5) non viene richiamata la comunicazione e/o notifica al debitore ceduto.

che un ritardato pagamento non è indice di default, sono evidenziate negli stessi Orientamenti EBA all'art. 25, lett.a), b).

Solo che la citata norma richiede la concorrenza di tre elementi ed oltre ai primi due sopra richiamati riporta anche quello che "l'obbligazione è in arretrato da non più di 180 giorni" (art. 25 lett.c).

Così operando è stata eseguita quella sovrapposizione normativa tale per cui a fronte di un ritardato pagamento che non ingenera "ragionevoli preoccupazioni che l'obbligazione potrebbe non essere pagata per intero", proprio perché siamo in ambito Pubblica Amministrazione, per effetto del ritardo che dovrebbe determinare solo l'onere del pagamento degli interessi, si determina – o meglio, viene introdotto - uno scenario di default che appare forzato e contraddittorio.

Da valutarsi, pertanto, l'eliminazione della previsione di cui alla lett.c) del citato art. 25.

Così facendo, comunque, abbiamo introdotto le ulteriori riflessioni in tema di possibili soluzioni normative.

4. Soluzione normativa

Ulteriori ipotesi di soluzione⁶ potranno conseguire da eventuali interventi normativi volti a superare la criticità del ritardato pagamento, tramite una diversa individuazione del termine di esigibilità del credito.

a) Crediti della PA ad esigibilità differita

Si potrebbe valutare la percorribilità di considerare i crediti della PA ad esigibilità differita.

Anche se il principio è proprio in tema di IVA (art. 6, comma 5, DPR 633/72) si potrebbe ipotizzare che l'esigibilità differita sia applicabile anche al montante riportato in fattura e riferirlo alla chiusura dell'iter di liquidazione da parte della PA.

Così operando:

- si reintroduce la rilevanza dell'iter di liquidazione della spesa;
- la mora automatica, prevista dal D.Lgs 231/2002 conseguirebbe alla chiusura del citato iter.

In tale ipotesi se l'esigibilità è differita, sino all'avveramento della condizione di esigibilità, l'ente non è (ancora) tenuto al pagamento.

Al fine, però, di evitare forme di volontario ritardo nell'assolvimento del citato iter, una possibile soluzione potrebbe scaturire dal rilievo che la PA dovrebbe predisporre tutto quanto necessario – principio di trasparenza e diligenza - per essere in condizione di disporre il pagamento alla scadenza contrattuale.

Qualora ciò non avvenga, indipendentemente dalla motivazione sottostante (fatta eccezione per i profili di inadempimento della controparte), la negligenza della PA comporterebbe il riconoscimento degli interessi, sia corrispettivi sia di mora, a favore del creditore.

⁶ Tra le ulteriori ipotesi astrattamente analizzabili non considero due fattispecie astrattamente rilevabili rappresentate (i) di una rilevanza per legge della "carezza dei fondi" e (ii) della Piattaforma dei crediti commerciali della PA

Quindi esigibilità differita intesa quale attività materiale prodromica al pagamento, tale per cui sino a tale data non è possibile svolgere azioni, ma resta ferma la decorrenza degli interessi attesa la negligenza della PA.

b) Determinazione *ope legis* del termine di adempimento

Una ulteriore ipotesi potrebbe essere quella di prevedere per legge un termine di adempimento per i debiti della PA, con pagamento da prevedersi entro il data scadenza fattura.

Tale impostazione si rivela quale:

- a) facoltà per la PA, che qualora se ne avvalga è tenuta a corrispondere interessi per ogni giorno che maturerà sino alla data massima indicata, oppure
- b) termine di legge, nel senso che trattasi di un termine ultimo entro il quale la PA è tenuta ad adempiere, ma se vuole può pagare anche prima e cioè alla data di scadenza contrattuale.

Trattandosi di un termine di legge il riconoscimento degli interessi avrebbe come decorrenza il termine indicato salvo la previsione di un interesse legale a decorrere dalla scadenza contrattuale ed un interesse di mora con decorrenza dal termine di legge.

Il termine di legge sarebbe comunque ostativo all'avvio delle azioni legali prima della scadenza del termine.

Da valutarsi eventuali profili di incostituzionalità quale ingiusto beneficio a danni di interessi di terzi, i creditori, meritevoli di tutela (la PA beneficerebbe di un termine di adempimento maggiore rispetto a quello contrattualmente pattuito che si rifletterebbe negativamente sulla controparte contrattuale e, in seconda battuta, sull'eventuale cessionario).