

RECENTI PRONUNCE DELLA CASSAZIONE IN MATERIA DI “FRONTING STRUCTURES” E RACCOLTA DEL RISPARMIO.

La recente sentenza della Corte di Cassazione 12777/2019 – che, come noto, ha censurato l'attività svolta da una banca sammarinese (non autorizzata ad operare in Italia), partecipante ad alcune operazioni in *pool* con una banca italiana, in forza di mandato senza rappresentanza, bollando tale attività come reato di esercizio abusivo di attività finanziaria – riporta all'attenzione degli operatori il tema connesso all'abusivismo bancario e finanziario” di cui al Capo I del Titolo VII del D.Lgs. 385/1993 (“TUB”).

Nella suddetta sentenza si è (nuovamente) affrontata la disciplina posta a presidio dell'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma effettuata (artt. 106 ss TUB e D.M. 2015/53).

In particolare, la presenza di “indici sintomatici” della riferibilità alla banca sammarinese dell'attività di concessione di finanziamenti hanno reso vana nella fattispecie l'adozione del mero “schermo giuridico” del mandato senza rappresentanza posto in essere con la banca italiana, anche in ragione della qualificazione del reato come “di pericolo”, come tale non superabile dall'agire indirettamente tramite schermi formali pseudo legittimanti. Tra tali indici fattuali la Cassazione riporta:

- il riparto del rischio di insolvenza tra le due banche;
- l'autonoma valutazione del rischio di credito da parte della banca sammarinese;
- la sottoscrizione da parte dei prenditori delle convenzioni inter-creditorie di cui anche la banca sammarinese era parte;
- alcuni poteri di ingerenza e controllo della banca sammarinese nel corso dell'esecuzione del contratto di finanziamento;
- la maggior quota di partecipazione al finanziamento della banca sammarinese;
- la segnalazione in CeRi pro quota.

SUPREME COURT RULINGS ON ABUSIVE FRONTING STRUCTURES AND ABUSIVE FUNDRAISING ACTIVITIES.

The recent ruling of the Supreme Court n. 12777/2019 – that has judged against the operations carried out by a San Marino bank unauthorized to operate in Italy and participating to certain financing transactions in pool with an Italian bank by virtue of a mandate without representation – has brought the attention to the issue of the abusive financing and banking activities disciplined by Chapter I of Title VII of the Legislative Decree 385/1993 (“Unified Banking Act” or “UBA”).

In such ruling, the Court has – once again – applied the law provisions concerning the provisions of finance under any form in favour of the public (articles 106 and following of the Unified Banking Act and Ministerial Decree 2015/53).

In particular, the Court has identified certain “indexes” whereby the provision of financing could have been referred to the San Marino bank and, thus, “pierced the veil of the mandate without representation”. Such factual indexes included:

- the sharing of the risk of insolvency of the borrower between the lenders;
- the independent assessment of the borrowers' credit risk carried out by the San Marino bank;
- the signing by the borrowers of the intercreditor agreement between the fronting bank and the San Marino bank;
- certain powers of the backing bank to be involved in the negotiation and execution of the loan agreement with the Italian debtor, with the provision of the right to be informed and to approve all the circumstances suitable to modify the borrowers' credit rating;
- the greater financial commitment of the institute not authorized in Italy as compared to the Italian fronting bank;
- the circumstance that the Italian fronting bank reported to the Central Risk Database (Centrale dei Rischi) only the amount of the loan relating to its own exposure, and not the overall amount of the loan.

In tale circostanza la Corte di Cassazione ha evidenziato che la fattispecie penale è posta a tutela della funzione di controllo delle attività finanziarie, conseguendone che gli interessi sottesi all'iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari e all'autorizzazione di Banca d'Italia, concernono il controllo preventivo e la vigilanza sulle attività creditizie e di finanziamento e, con essi, l'ostacolo alla penetrazione nel mercato creditizio e finanziario di capitali di provenienza illecita.

Per altro verso, la sentenza della Corte di Cassazione 17498/2018 ha, invece, portato all'attenzione il diverso ma connesso aspetto dell'estensione applicativa della complementare disciplina posta dall'art. 11 TUB in forza del quale lo svolgimento dell'attività di raccolta del risparmio, consistente nell'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso (sotto forma di depositi o in altra forma), presso il pubblico è vietata ai soggetti diversi dalle banche.

In via di premessa, si ricorda che le disposizioni in materia di raccolta di risparmio si applicano a:

- i soggetti residenti in Italia; e
- ai soggetti non residenti in Italia per l'attività di raccolta effettuata in Italia.

La riserva posta dalla normativa in commento all'attività di raccolta del risparmio non è "assoluta", prevedendo che:

- nella nozione stessa di raccolta del risparmio tra il pubblico non rientrano talune fattispecie, come (i) la ricezione di fondi connessa all'emissione di moneta elettronica o da inserire in conti di pagamento utilizzati esclusivamente per la prestazione di servizi di pagamento; e (ii) l'attività effettuata, nel rispetto di talune prescrizioni, presso specifiche categorie di soggetti in ragione di rapporti societari e di lavoro;
- sussistono deroghe al divieto in parola determinate da (i) l'appartenenza dei soggetti attivi ad alcune categorie ben individuate (Stati, organismi internazionali e enti territoriali); e (ii) la legittimazione in forza di apposite previsioni di legge (come la raccolta effettuata mediante l'emissione di obbligazioni, titoli di debito o altri strumenti finanziari, disciplinati dal codice civile o da norme speciali).

The Supreme Court has highlighted the fact that the criminal law provision and the registration of the financial intermediaries in the relevant register and the authorization of Bank of Italy are aimed at protecting the primary interest of controlling the financing activities and avoiding that funds of illegitimate provenience make their way into the banking market.

On the other hand, the ruling of the Supreme Court 17498/2018 has focused on the different (although connected) aspect of the provisions of article 11 of the UBA pursuant to which the fundraising activity vis-à-vis the public may be carried out exclusively by authorized financial intermediaries.

As a general remark, it must be reminded that the provisions concerning the fundraising activity apply to:

- entities residing in Italy; and
- entities non-residing in Italy but that carry out fundraising activity in Italy.

The prohibition for unauthorized entities to carry out fundraising activity, is not absolute, as it is provided that:

- certain activities do not fall within the notion of fundraising activity vis-à-vis the public. This is, for instance, the case of (i) the collection of funds connected with the issuance of electronic money or to be deposited in payment accounts used exclusively for the provision of payment services; and (ii) the activity carried out, in compliance with certain requisites, vis-à-vis certain specific categories of persons by virtue of their corporate or employment relationships;
- there exist certain derogations to the prohibition for unauthorized entities to carry out fundraising activity determined by (i) the belonging of the fundraisers to certain well identified categories (Governments, international or local bodies); and (ii) specific law provisions (such as the fundraising activity carried out against the issuance of obligations or other financing instruments set forth by the Italian civil code or special provisions).

La normativa primaria contenuta nel TUB è stata ulteriormente specificata dalla Banca d'Italia (Provvedimento 8 novembre 2016) e dal CICR (Delibere 19 luglio 2005 e 22 febbraio 2006).

Si comprende da tali ulteriori norme che l'obbligo di rimborso dei fondi acquisiti, che deve necessariamente accompagnare l'attività di raccolta del risparmio affinché la stessa ricada nella disciplina in parola:

- sussiste anche quando i tempi e l'entità del rimborso sono condizionati da clausole di postergazione o dipendono da parametri oggettivi (usualmente rapportati all'andamento economico dell'impresa o dell'affare in relazione ai quali i fondi sono stati acquisiti) e, addirittura, nei casi in cui esso, ancorché escluso o non esplicitamente previsto, sia desumibile dalle caratteristiche dei flussi finanziari connessi con l'operazione;
- non sussiste, invece, con riguardo alla partecipazione a una quota degli utili netti derivanti dall'attività dell'impresa o alla ripartizione del patrimonio netto risultante dalla liquidazione dei beni dell'impresa o relativi all'affare in relazione al quale i fondi sono stati acquisiti;

pur sempre con il caveat che la distinzione tra le diverse fattispecie deve essere individuata avendo riguardo alla complessiva struttura finanziaria dell'operazione concretamente posta in essere, indipendentemente dalla configurazione giuridica assunta dalla medesima.

Viene altresì chiarito che non costituisce raccolta di risparmio tra il pubblico, tra le altre, l'acquisizione di fondi:

- presso soci (nelle società di capitali solo se previsto nello statuto della società e il socio detenga almeno il 2% del capitale sociale e sia iscritto nel libro soci da almeno 3 mesi), dipendenti (solo se previsto nello statuto della società e l'ammontare della raccolta sia contenuto entro il limite complessivo del patrimonio) o società del gruppo (quindi presso controllanti, controllate, collegate ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. e presso controllate da una stessa controllante);

The provisions set forth in the UBA has been further specified by the Bank Of Italy in the Act dated November 8, 2016 and by the Inter-ministerial Committee for the Credit and Savings (CICR) with the Resolutions dated 19 July 2005 and 22 February 2006.

Pursuant to these provisions there must necessarily be the obligation to reimburse the funds collected in order for the fundraising activity to fall within the prohibition. Such obligation:

- exists even when the timing and the entity of the reimburse are subordinated or conditioned upon objective parameters (customarily linked to the economic development of the company or of the transaction in connection with which the funds have been collected) and also when the reimburse, although not being expressly provided for, may be inferred by the features of the financial cash-flows connected with the transaction;
- does not exist, to the contrary, in relation to the distribution of net profits deriving from the company's activity or the net worth deriving from its liquidation.

In any case, the attention must be put on the substance of the transaction concretely put in place rather than on the legal structure of the same.

It is furthermore specified that does not qualify as fundraising activity *vis-à-vis* the public, the collection of funds:

- from shareholders (only if so permitted in the relevant by-laws and the relevant shareholder holds at least 2% of the corporate capital and is registered in the shareholders' ledger since at least 3 months), employees (only to the extent so permitted by the relevant by-laws and the amount of the funds collected is not higher than the amount of the net worth of the company) or other group companies (parent companies, subsidiaries, or companies subject to common control pursuant to article 2359 of the Italian civil code);

- sulla base di trattative personalizzate con singoli soggetti e nell'ambito di una gamma più ampia di rapporti di natura economica con il soggetto finanziato (in tal caso si richiede che dal contratto risulti con chiarezza la natura di finanziamento del rapporto stesso), evitando tuttavia che l'attività in parola presenti connotazioni tali (ad esempio, numerosità e frequenza delle operazioni) da configurare, di fatto, una forma di raccolta tra il pubblico.
- on the basis of individual negotiations and in the context of a broader series of economic relations with the borrower (in this event it is required that from the agreement it results clearly the financing nature of the mentioned relationship), avoiding in any case that the activity be characterized (in terms of numerosity and frequency of the transactions) – *de facto* – by a collection of funds from the public.

E' appena il caso di ricordare che mentre l'“abusiva attività finanziaria” di cui alla prima sentenza citata è sanzionata penalmente dall'art. 132 TUB (reclusione da 6 mesi a 4 anni e multa da euro 2.065 ad euro 10.329), l'“abusiva attività di raccolta del risparmio” è colpita dall'artt. 130 TUB (arresto da 6 mesi a 3 anni e ammenda da euro 12.911 a euro 51.645).

It is worth mentioning that, while the conduct of “abusive financing activity”, which has been the subject matter of the ruling 12777/2019, is sanctioned by article 132 of the UBA with the imprisonment from 6 months to 4 years and a penalty from Euro 2,065 to Euro 10,329, the activity of abusive fundraising is sanctioned by article 130 of the UBA with the imprisonment from 6 months to 3 years and a penalty from Euro 12,911 to Euro 51,645.