

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

Estratto dal n. 9/2017

Il leasing è legge

Sido Bonfatti

ISSN: 2279-9737

 **DIRITTOBANCARIO**

Direzione scientifica:

Filippo Sartori, Stefano Ambrosini, Sandro Amorosino, Filippo Annunziata, Sido Bonfatti, Francesco Capriglione, Alfonso Castiello d'Antonio, Paoloefisio Corrias, Fulvio Cortese, Matteo De Poli, Raffaele Di Raimo, Aldo Angelo Dolmetta, Alberto Gallarati, Ugo Patroni Griffi, Bruno Inzitari, Marco Lamandini, Raffaele Lener, Paola Lucantoni, Alberto Lupoi, Daniele Maffeis, Luca Mandrioli, Rainer Masera, Alessandro Melchionda, Elisabetta Piras, Maddalena Rabitti, Giuseppe Santoni, Maddalena Semeraro, Antonella Sciarrone Alibrandi, Francesco Tesauero

Direzione esecutiva:

Alberto Gallarati, Paola Lucantoni, Luca Mandrioli, Elisabetta Piras, Francesco Quarta, Maddalena Semeraro

Comitato editoriale:

Francesco Autelitano, Jacopo Crivellaro, Stefano Daprà, Massimo Mazzola, Manila Orlando, Carlo Mignone, Edoardo Rulli, Francesco Scarfò, Stefania Stanca

Il leasing è legge

1. Premessa

Con la approvazione della c.d. “Legge Concorrenza” n. 124/2017- pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 189 del 14 agosto, e dunque destinata ad entrare in vigore il giorno 29 dello stesso mese – si è anche inteso tipizzare il contratto di *leasing* (finanziario), dettandone una definizione, ed attribuendogli una disciplina specifica.

Nel complesso la novità deve essere valutata con favore, sia perché – in termini istituzionali – contribuisce alla certezza del diritto in un settore rilevante come è quello dell’intermediazione finanziaria; sia perché – nel merito – individua soluzioni idonee a soddisfare in modo condivisibile le esigenze e gli interessi di cui sono portatori i soggetti che abitualmente ricorrono a questo istituto.

Come si dirà, la disciplina oggi introdotta dovrà ricercare un coordinamento (per lo meno) con le disposizioni dedicate al *leasing* (finanziario) nella legge fallimentare (segnatamente, ma ad avviso di chi scrive non solo, l’art. 72–*quater* l. fall.); e con la disciplina recentemente introdotta per il c.d. “*leasing* (giovanile) *abitativo*” (cfr. art. 1, comma da 76 a 81, l. 28 dicembre 2015, n. 208).

A taluni dei profili problematici conseguenti, così come alla considerazione di talune possibili incertezze interpretative delle disposizioni or ora entrate in vigore, sono dedicate queste prime osservazioni.

2. La definizione del *leasing*. *Leasing* “Finanziario” e “*Leasing Operativo*”

Il comma 136 dell’art 1 l. n. 124/2017 definisce la “*locazione finanziaria*” come il contratto con il quale la banca o uno degli intermediari finanziari iscritti allo speciale Albo disciplinato dall’art. 106 del Testo Unico Bancario (D. Lgs. n. 385/1993) si obbliga ad acquistare o a fare costruire un bene (sulle cui caratteristiche si dirà) e lo fa mettere a disposizione di un utilizzatore verso un determinato corrispettivo e per un dato periodo, alla fine del quale “*l’utilizzatore ha diritto ad acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito, ovvero ... l’obbligo di restituirlo*”.

Il nome tipizzante questo contratto (“*locazione finanziaria*”) richiama alla memoria la figura del *leasing* finanziario: e ciò, per contrapposizione, impone di valutare le conseguenze dell’innovazione normativa su quel modello di *leasing* che è definito “operativo”.

E’ immediato (e tendenzialmente corretto) concludere che la nuova disciplina è applicabile al *leasing* (che conosciamo con la specificazione di) “finanziario”, e non è applicabile al *leasing* c.d. “operativo”: ma questa semplificazione terminologica richiede una precisazione non banale.

Per la precisione, la nuova disciplina si applica al *leasing* “con riscatto”, e non si applica al *leasing* “senza riscatto”: e solo nei limiti in cui le due figure siano effettivamente riferibili, rispettivamente, al *leasing* “finanziario” ed al *leasing* “operativo”, è accettabile utilizzare la semplificazione terminologica alla quale si è fatto cenno.

Il ché, tuttavia, non è scontato.

Il contratto di “utilizzazione” di un determinato bene, che fosse accompagnato da un “patto di riscatto” esercitabile per un prezzo (bensì “*prestabilito*” ma) *rappor-*
tato al valore di mercato del bene alla scadenza del contratto (per esempio perché

riferito ai valori espressi da indici di Borsa o di listino alla data di scadenza del periodo di utilizzazione), avrebbe forse ben poco di “finanziario” (non assomigliando ad una vendita rateale), e non poco – invece - di “operativo” (assomigliando piuttosto ad un contratto di locazione con opzione di acquisto): ma sarebbe tuttavia assoggettabile alla disciplina che stiamo esaminando.

In particolare, sembra doversi concludere per la sopravvenuta irrilevanza della nota distinzione, di origine giurisprudenziale, tra *leasing* qualificabile “traslativo” - perché stipulato in funzione del conseguimento finale della proprietà del bene, *ri-*
cavabile dalla divergenza tra ammontare del prezzo di riscatto e presumibile maggior valore finale del bene (dove l’entità del canone di locazione finanziaria racchiude una porzione di prezzo, corrisposta in anticipo rispetto al pagamento del corrispettivo del riscatto) -; e *leasing* qualificabile come “di godimento”, perché stipulato in funzione del godimento del bene per il periodo di durata del contratto, *ri-*
cavabile dalla equivalenza tra ammontare del prezzo di riscatto (quando il riscatto sia previsto) e *presumibile valore finale del bene* (dove l’entità del canone di locazione non incorpora una porzione del prezzo di mercato, da corrispondersi – invece – integralmente).

La assoggettabilità o meno alla nuova disciplina pare dipendere unicamente dalla circostanza se all’utilizzatore il diritto di riscatto sia o non sia attribuito, a prescindere dai profili economici (e quindi “finanziari”) delle condizioni pattuite.

L’aggettivo “finanziario” potrebbe se mai essere riferito ad un differente profilo del contratto di *leasing*, questo effettivamente rilevante: la circostanza di essere riservato – dal punto di vista della parte “concedente” – agli *intermediari finanziari*, intesi come le imprese bancarie e le imprese (qualificabili *lato sensu* finanziarie) iscrivibili (*rectius*: iscritte) all’Albo di cui all’art. 106 TUB.¹

La previsione implica un rilevante valore sistematico, se solo si considera che il richiamato art. del 106 TUB è rivolto a disciplinare (sotto il profilo dei presupposti soggettivi) “*l’esercizio nei confronti del pubblico dell’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma...*”: donde la conclusione definitiva che (i) la causa del *leasing* (laddove comprensivo del diritto di riscatto) ha natura *finanziaria*, e non natura traslativa; e conseguentemente che (ii) *nulla ha a che fare il leasing con la vendita, rateale e non rateale che essa sia*².

¹ Art. 106 TUB “*L’esercizio nei confronti del pubblico dell’attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d’Italia. Il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Banca d’Italia, specifica il contenuto delle attività indicate nel comma 1, nonché in quali circostanze ricorra l’esercizio nei confronti del pubblico*”. Non risultano peraltro compresi altri soggetti autorizzati all’esercizio di attività di finanziamento come i Fondi Comuni di investimento alternativo e le Assicurazioni.

² Riprendendo quanto già osservato a proposito della disciplina del c.d. *leasing* (giovanile) abitativo – cfr. S. BONFATTI, *Dal Leasing abitativo giovanile la riforma della disciplina della locazione finanziaria*, in *www.diritto bancario.it* – si può ripetere che rimane confermata l’attribuzione anche al contratto di locazione finanziaria “di diritto comune”, ora disciplinato dalla “Legge Concorrenza”, di una natura prettamente finanziaria. Sul *leasing* (giovanile) abitativo si è ritenuto di dover concludere che “*è dunque attribuita al leasing (o per lo meno a questo genere di leasing) una natura prettamente finanziaria. La causa del contratto è rappresentata dalla assunzione dell’obbligazione, da parte del concedente, di sostenere in*

3. La ripartizione dei rischi

Sempre secondo il comma 136 dell'art. 1 l. n. 124/2017, si intende per "locazione finanziaria" – ma per comodità espositiva utilizzeremo anche, riferendoci alla disciplina in commento, il termine *leasing* – quel contratto con il quale un intermediario finanziario fa mettere a disposizione di taluno un bene "su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne che ne assume tutti i rischi, anche in caso di perimento".

Tale disposizione enfatizza la già evidenziata natura (finanziaria) del *leasing*.

L'intermediario concedente non è un produttore, che possa essere ritenuto responsabile - per esempio - del malfunzionamento del bene ceduto (o finanche della mancanza dei requisiti promessi): è, piuttosto, e soltanto, un finanziatore, che assolve gli obblighi assunti con il contratto di *leasing* procurando all'utilizzatore (tramite l'acquisto o tramite l'ordine di costruzione) il bene da questi perseguito - né più né meno, insomma, di chi finanzia l'utilizzatore perché questi possa acquistare un bene che il mutuante nemmeno conosce -.

"Nulla di nuovo sotto il sole", del resto, se si considera come appartenga alla prassi del settore l'affermazione della responsabilità del produttore, e non del concedente, verso l'utilizzatore, per gli eventuali "vizi" riscontrati nel bene concesso in *leasing*.

Se mai sarà interessante verificare quale ampiezza verrà ritenuto di dovere dare alla nozione di "rischi" addossati all'utilizzatore (e indifferenti al concedente): se, per esempio, riferita ai soli rischi "operativi" – come l'esempio legale del "perimento" del bene -, oppure estesa anche ai rischi "legali", riferibili alle caratteristiche del bene ovvero alle caratteristiche del venditore (o del costruttore).

A tale proposito sarà interessante verificare quale risposta sarà data alla domanda concernente l'attribuzione (al concedente ovvero all'utilizzatore) del c.d. "rischio revocatorio", il rischio, cioè, legato alla assoggettabilità a revocatoria (falli-

luogo dell'utilizzatore i costi per il conseguimento del godimento (e poi, eventualmente, della proprietà) di un bene (nel caso di specie, un immobile da adibire ad abitazione principale) che:

(i) non è di proprietà del concedente (ma deve essere acquistato da un terzo, oppure essere fatto costruire da un terzo); e

(ii) è individuato "su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore", quindi anche per questo verso è estraneo al "magazzino" del concedente; e infine

(iii) vede come soggetto concedente soltanto un intermediario finanziario, come tale estraneo al mondo dell'imprenditoria industriale "produttiva" (e anche "commerciale", nel senso dell'esercizio dell'attività di intermediazione di determinate categorie di beni o di merci).

In tale modo si rivela netta la scelta della esclusione del modello contrattuale della "vendita", compreso quello della "vendita a rate". Il contratto di *leasing* (o per lo meno questo contratto di *leasing*) non è funzionale a favorire la commercializzazione dei beni prodotti dal concedente (o intermediati abitualmente dallo stesso), con la concessione di una dilazione (le rate) nel pagamento del prezzo: ma è funzionale – piuttosto – a sostenere finanziariamente il soggetto interessato all'acquisizione del godimento (e poi, eventualmente, della proprietà) di un bene posseduto (o costruendo) da terzi, allorché l'utilizzatore non disponga dei mezzi finanziari necessari" (S. BONFATTI, *op. loc. cit.*).

Di qui, la disciplina speciale del contratto, che non riproduce quella della "vendita a rate" ma adatta al caso di specie – piuttosto - la disciplina del mutuo." (S. BONFATTI, *op.cit.*).

mentare o, più raramente, ordinaria) della vendita posta in essere a favore del concedente, come presupposto della successiva conclusione del contratto di *leasing* con l'utilizzatore. La estensione della disciplina in commento anche a tale "rischio" implicherebbe che l'intermediario concedente sia ritenuto indenne dall'utilizzatore dalle conseguenze derivanti dalla revoca dell'originario acquisto, o tramite il pagamento dei canoni residui (e del prezzo del riscatto), nonostante la perdita del godimento del bene (quando la revocatoria venisse estesa all'avente causa dal concedente, cioè all'utilizzatore); ovvero tramite il rimborso dell'indennizzo dovuto dal concedente all'attore vittorioso in revocatoria, quando gli effetti della sentenza non potessero essere fatti valere nei confronti dell'avente causa dal concedente, e questi dovesse indennizzare l'attore con il pagamento del *tantundem*.

Se si considera che l'intermediario finanziario svolge una funzione creditizia "a 360 gradi", in favore – cioè - di operatori appartenenti ai più diversi settori industriali e commerciali; e che l'assegnazione esclusiva all'utilizzatore della scelta e della individuazione (oltre che del bene, anche) del venditore e/o del costruttore implica la responsabilità tanto dell' idoneità del primo a soddisfare le esigenze dell'utilizzatore, quanto l'affidabilità del secondo a rappresentare un interlocutore "di mercato"; la risposta deve essere nel senso che anche il "rischio revocatorio" (e gli altri ad esso assimilabili, riassumibili nell'espressione "rischi legali") deve essere addossato all'utilizzatore.

Si deve in questo caso affermare un concetto, ad avviso di chi scrive, equivalente a quello affermato dall'art. 70, co. 1 l. fall., in materia di prestazione di attività di intermediazione nel settore dei "pagamenti".

La norma richiamata afferma, come è noto, che "la revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati ... si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione": ed ad analoga conclusione dovrebbe giungersi allorché l'attività intermediazione sia stata posta in essere non già nel settore dei "pagamenti", bensì nel settore degli atti dispositivi del godimento o della proprietà di un bene.

4. L'attribuzione all'utilizzatore della opzione di acquisto e gli effetti del suo esercizio

Il *leasing* disciplinato dalle disposizioni in commento prevede (deve prevedere) l'opzione di acquisto del bene da parte dell'utilizzatore, "ad un prezzo prestabilito"; ovvero, in caso di mancato esercizio, l'obbligo di restituzione.

Nell'ipotesi di esercizio del diritto di opzione ci si deve domandare se l'effetto traslativo della proprietà del bene in capo all'utilizzatore ne costituisca un risultato automatico, ovvero postuli il pagamento del corrispettivo "prestabilito".

Premesso che la norma non precisa né la forma, attraverso la quale esercitare l'opzione; né il termine, entro il quale esercitarla – elementi tutti che dovranno continuare ad essere regolati dal contratto di locazione finanziaria –; la prima impressione è che la comunicazione dell'esercizio dell'opzione di acquisto produca il trasferimento del diritto di proprietà dal concedente all'utilizzatore, costituendo costui debitore del prezzo. Ciò ferme restando le circostanze che laddove per il perfezionamento del contratto (e più verosimilmente l'opponibilità dello stesso ai terzi) fosse richiesto il compimento di attività aggiuntive da parte del concedente, questi potrebbe rifiutarsi di darvi luogo, in mancanza del pagamento del prezzo di riscatto; e

che comunque, ove il pagamento non seguisse, al concedente sarebbe concesso l'esercizio tanto dell'azione di adempimento (per il pagamento coattivo del prezzo di riscatto), quanto - anche successivamente all'assunzione della prima iniziativa -, l'esercizio dell'azione di risoluzione (con conseguente ri-acquisto della proprietà del bene e diritto al risarcimento del danno).

Per l'ipotesi nella quale l'utilizzatore non ritenga di esercitare l'opzione di acquisto del bene, la disciplina in commento dispone "*l'obbligo di restituirlo*". Tale previsione dovrebbe (dovrà) rendere più spedito il regolamento dei rapporti tra concedente ed utilizzatore, anche (ma non solo) in ipotesi di assoggettamento a fallimento (o di ammissione al concordato) del secondo.

Laddove si verificano queste due ipotesi, la disciplina di settore, che rimane applicabile (l'art. 72-*quater*, l. fall. per previsione esplicita del comma 140 dell'art. 1 l. n. 124/2017; l'art. 169-*bis*, co. 5, l. fall., per intuibile estensione - *infra* -), prevede già esplicitamente, il "*diritto alla restituzione del bene*" in capo al concedente, per il caso di mancato subentro del curatore fallimentare (o della procedura di concordato) nel contratto di *leasing*.

A ciò dovrebbe seguire, a parere di chi scrive, la esclusione del bene dalle attività di inventariazione e l'immediata restituzione al concedente, ai sensi dell'art. 87-*bis* l. fall, in caso di beni mobili.

Nulla dicono tali norme a proposito del diverso caso di subentro bensì del curatore fallimentare nel contratto di *leasing* (o di continuazione dello stesso in capo all'utilizzatore in concordato), ma di mancato esercizio finale dell'opzione di acquisto del bene. L'espresso "*obbligo di restituirlo*" disposto dall'ultima parte del comma 136 dell'art. 1 l. n. 124/2017 dovrebbe giustificare il diritto dell'utilizzatore di pretendere la restituzione del bene nei confronti della Procedura anche in via esecutiva, quale creditore "della massa" sottratto a qualsiasi procedimento di riparto.

5. Le condizioni della risoluzione del contratto

Se il mancato pagamento del prezzo di riscatto può legittimare il concedente a chiedere la risoluzione del *contratto di vendita* - che si ritenga essersi concluso a seguito dell'esercizio del diritto di opzione da parte dell'utilizzatore, senza essere accompagnato dal pagamento del prezzo, sulla base della disciplina di diritto comune dell'istituto (per cui l'inadempimento contestato non dovrà risultare di "scarsa importanza" - cfr. art. 1455 cod. civ. -, come potrebbe accadere in ipotesi di riscatto ad un prezzo simbolico); quanto al *contratto di locazione finanziaria*, invece, la risoluzione per iniziativa del concedente pare incontrare taluni limiti.

Il comma 137 dell'art. 1 l. n. 124/2017, infatti, afferma che "*Costituisce grave inadempimento dell'utilizzatore il mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i leasing immobiliari, ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria*". La norma, che registra un precedente in diritto comune nell'art. 1525 cod. civ., si aggiunge alle altre che in materia finanziaria hanno regolamentato i presupposti per la risoluzione del contratto (cfr. in particolare l'art. 40, co. 2, T.U.B., in materia di risoluzione del mutuo fondiario), e pone alcuni problemi interpretativi.

Innanzitutto ci si deve domandare se i requisiti precisati rappresentino una *condizione* per l'esercizio dell'azione di risoluzione (tale per cui, ove non risultino rag-

giunti, la risoluzione non possa essere dichiarata mai); ovvero rappresentino una sorta di *clausola risolutiva espressa* di carattere legale, che attribuisce senz'altro all'inadempimento "qualificato" il carattere della "gravità" che giustifica la domanda di risoluzione del contratto - sempre beninteso che il contraente adempiente intenda avvalersene -, laddove nelle ipotesi di mancato raggiungimento dei livelli precisati, la risoluzione rimarrebbe pur sempre invocabile, ma subordinatamente all'accertamento della "gravità" pretesa dall'art. 1455 cod. civ..

Tutto fa propendere per la prima opzione, anche se le ragioni adducibili a tale proposito non sono (o non sarebbero) pienamente convincenti.

La locazione finanziaria non postula necessariamente un "contraente debole" (nella persona dell'utilizzatore): ricorrendo all'istituto, sovente, anche "contraenti forti", quanto - se non più - del concedente (si pensi al grande gruppo bancario internazionale che acquisti la sede di una filiale in Italia ricorrendo ad un *leasing* immobiliare stipulato con un intermediario nazionale non necessariamente di equivalenti dimensioni).

Tuttavia la *ratio legis* pare effettivamente ispirata a tutelare l'utilizzatore nei confronti del pericolo di una iniziativa risolutiva del concedente prematura (il ché dimostra una conoscenza piuttosto approssimativa della realtà delle cose, a tutto aspirando il concedente, di norma, piuttosto che a dovere gestire beni della più varia natura di cui sia ritornato in possesso in conseguenza di iniziative risolutive premature).

Se mai ci si deve domandare se le ipotesi previste dalla norma in commento siano *le sole* che giustificano la domanda di risoluzione del contratto di *leasing*, quale che sia la natura dell'inadempimento dell'utilizzatore; ovvero se esse riguardino soltanto il fenomeno dell'*inadempimento "economico"*, e non trovino applicazione - invece - per gli inadempimenti di diversa natura, come ad es. quelli che potremmo chiamare "*inadempimenti gestionali*".

La risposta che si fa preferire è la prima, potendosi immaginare situazioni nelle quali il comportamento dell'utilizzatore, pur diverso dal mancato pagamento reiterato dei canoni, sia tale, da provocare (o rischiare di provocare) grave pregiudizio al concedente, tale da legittimarlo a richiedere la risoluzione secondo il diritto comune (cioè in base al criterio di cui al già richiamato art. 1455 cod. civ.) - si pensi all'abbandono del bene od alla omissione dei necessari interventi di manutenzione, che espongono il concedente al rischio di vedersi restituito un bene di minimo valore economico, accompagnato dalla rinuncia dell'utilizzatore all'esercizio del diritto di opzione -.

6. Gli effetti della risoluzione del contratto (per inadempimento dell'utilizzatore)

Nell'ipotesi nella quale l'utilizzatore risulti colpevole di un inadempimento "qualificato"; e nell'ipotesi nella quale il concedente scelga (opzione *non obbligata*, che il concedente non eserciterà tutte le volte nelle quali giudichi il patrimonio del concedente capiente per il recupero coattivo dei canoni scaduti e di quelli che potranno risultare non pagati alle rispettive scadenze) di fare valere l'inadempimento come causa di risoluzione del contratto; il primo effetto sarà costituito dall'obbligo del concedente di restituire il bene (o dal corrispondente diritto dell'utilizzatore di riacquisirne il possesso, anche in via esecutiva, e anche prima e senza che si sia

completato il complesso procedimento di regolamento del conguaglio a favore dell'uno o dell'altro).

Quanto a detto procedimento, il concedente dovrà anzitutto provvedere – secondo quanto dispone il comma 138 dell'art. 1 l. n. 124/2017 – a liquidare il bene “a valore di mercato”.

Tale liquidazione deve risultare rispettosa dei criteri fissati nel comma 139 della norma in commento: che prevede, in progressione, il ricorso ai “valori risultanti da pubbliche rilevazioni di mercato elaborate da soggetti specializzati”³ ovvero - in mancanza – il ricorso alla stima di un perito scelto di comune accordo (nei 20 giorni successivi alla risoluzione), ovvero scelto dal concedente in una rosa di almeno tre operatori esperti ed “indipendenti”,⁴ da sottoporre preventivamente all'utilizzatore perché questi possa esprimere, entro 10 giorni, la sua preferenza vincolante.

La norma in commento afferma che in questo caso la vendita dovrà essere effettuata “sulla base” della stima dell'esperto indipendente: la cui attività, peraltro, non potrà essere limitata all'individuazione di un “prezzo base di liquidazione”, ma dovrà essere esteso alla indicazione dei successivi, eventuali ribassi ritenuti congrui al fine di soddisfare contemporaneamente le esigenze di celerità delle attività di liquidazione e di conseguimento del miglior ricavato possibile dalla stessa.

Oltre a ciò, e in termini generali, nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si dovrà attenere a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità, adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore.

A tale proposito pare necessario formulare almeno due osservazioni.

La prima riguarda l'ambito di applicazione della norma. Essa è dettata, letteralmente, per il caso di risoluzione del contratto “ai sensi del comma 137” (cioè per l'inadempimento “qualificato” di carattere economico); ma si deve intendere applicabile a tutti i casi di risoluzione del *leasing* per inadempimento dell'utilizzatore anche diversi, ove se ne ammetta la configurabilità (*supra*).

La seconda riguarda la previsione che in alternativa alla “vendita” il concedente realizzi il bene con “altra collocazione” o “ricollocazione”.

L'esempio più immediato è quello della stipulazione di un ulteriore contratto di *leasing* con altro utilizzatore: ma non si possono escludere altri esempi, come l'utilizzo (definitivo) del bene per l'esercizio dell'attività economica dello stesso concedente (come potrebbe accadere nell'ipotesi di immobile che il concedente intendesse adibire a propria Filiale, ovvero di veicolo da adibire ad auto aziendale).

Rimarrebbe da stabilire, in questi casi, il valore da attribuire al bene in sostituzione del prezzo di liquidazione: e la soluzione preferibile è rappresentata dal ricorso al procedimento di stima delineato dalla norma al fine di stabilire il prezzo-base di liquidazione.

Conseguito il ricavato dalla liquidazione, ovvero determinato il valore desumibile dalla “riallocazione” del bene, l'utilizzatore avrà diritto di trattenere:

- a) Le spese anticipate per il recupero del bene,

³ Si citano a tale proposito (ASSILEA, Circolare “Serie Legale” n. 22/2017 del 2 agosto 2017), NOMISMA, OMI, Scenari Immobiliari, Eurotax, Quattroruote.

⁴ “Il perito è indipendente quando non è legato al concedente da rapporti di natura personale o di lavoro tali da compromettere l'indipendenza di giudizio”.

- b) Il compenso per le attività di stima,
- c) Le spese di conservazione del bene sino alla vendita (o riallocazione)⁵;
- d) I canoni scaduti e non pagati;
- e) I canoni a scadere “in linea capitale”;
- f) Il prezzo di esercizio dell'opzione (giacché la liquidazione del bene o la sua riallocazione equivalgono all'esercizio dell'opzione da parte dell'utilizzatore, visto che non si fa luogo alla restituzione del bene al concedente).

Laddove residui una parte del ricavato dalla liquidazione, questa deve essere accreditata all'utilizzatore. Nel caso contrario, il concedente ha diritto al pagamento di quanto non riscosso dall'incameramento degli importi sopra indicati.

La norma non precisa se i “canoni scaduti e non pagati” siano produttivi di interessi sino all'effettivo pagamento: ma non si vede la ragione per negarlo.

Neppure la norma prevede se, in senso contrario, i “canoni a scadere” debbano essere attualizzati: ma ciò sembra dovere essere escluso in considerazione delle circostanze che (i) tali canoni vengono presi in considerazione “solo in linea capitale”; e che (ii) nella corrispondente disciplina del *leasing* (giovanile) abitativo l'importo dei “canoni a scadere” trattenibile dal concedente deve bensì essere “attualizzato”, ma il loro ammontare non è limitato al “valore nominale” (art. 1, comma 78, l. n. 208/2015).⁶

7. La disciplina concorsuale del *leasing* (finanziario)

Secondo il comma 140 dell'art. 1 l. n. 127/2017 “restano ferme le previsioni di cui all'articolo 72-quater” della legge fallimentare. Trattasi della disciplina del contratto di “locazione finanziaria” (così individuato, a livello definitorio, ma senza specificazione dei contenuti distintivi) “in caso di fallimento dell'utilizzatore”, allorché il curatore fallimentare propenda, anziché per il subentro del contratto, per il suo “scioglimento”.

La disciplina è simile a quella oggi delineata dal ricordato comma 137 della “Legge Concorrenza” per l'ipotesi di risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento “qualificato” dell'utilizzatore: obbligo di restituzione del bene al concedente; realizzazione del bene a “valore di mercato”; diritto del concedente di trattenere dal ricavato quanto dovutogli dall'utilizzatore (determinato nella legge fallimentare come “credito residuo in linea capitale”); obbligo di riversamento dell'eccedenza, ovvero diritto di recupero del credito residuo (in moneta fallimentare). Si aggiunge, nell'art. 72-quater l. fall., la esenzione da revocatoria, ai sensi dell'art. 67, co. 3, lettera a), l. fall. “per le somme già riscosse”.

Il richiamato art. 72-quater l. fall., esordendo (al primo comma) con l'affermazione del principio secondo il quale “al contratto di locazione finanziaria si

⁵ E' stato ritenuto (ASSILEA, Circolare “Serie Legale” n. 22/2017 del 2 agosto 2017), che rientrino tra le spese in questione “quelle voci contrattualmente a carico del cliente inadempiente (multe, spese giudiziarie, di perizia, di assicurazione, di ritiro, di conservazione, di custodia, ecc...)”.

⁶ Sembra cioè che i due criteri abbiano inteso conseguire lo stesso obiettivo, ma con modalità diverse. La ragione di ciò (le diverse modalità) rimane misteriosa, bene potendo riguardare i due contratti di *leasing* **beni identici** (immobili ad uso abitativo, semplicemente “da adibire” o non “da adibire” ad abitazione principale).

applica, in caso di fallimento dell'utilizzatore, l'articolo 72", rimanda chiaramente alla disciplina degli effetti del fallimento sul contratto "ancora ineseguito o non completamente eseguito da entrambe le parti, quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento...".

E' stato posto fortemente in dubbio, peraltro, che al contratto di *leasing* finanziario già risolto alla data di apertura del fallimento potesse applicarsi (l'art. 72 l. fall. e per esso) l'art. 72-*quater* (compreso il secondo comma, contenente la disciplina dello "scioglimento" del contratto – ancora pendente, si dovrebbe intendere –).

Di qui la ritenuta superstita applicabilità dell'art. 1526 cod. civ. anche nell'ipotesi di fallimento dell'utilizzatore, allorché il credito del concedente fosse conseguente ad una risoluzione del contratto intervenuta antecedentemente all'apertura della procedura.

Oggi tale dubbio non ha più ragione di porsi.

In caso di fallimento dell'utilizzatore a contratto di "locazione finanziaria" ancora pendente, si applicherà il comma 140 dell'art. 1 l. n. 124/2017, e per esso l'art. 72-*quater* l. fall..

In caso di risoluzione del contratto di *leasing* prima della sentenza dichiarativa, si saranno già prodotti gli effetti disposti dal comma 138 (e 139) dell'art. 1 l. n. 124/2017, per cui il concedente avrà diritto in primo luogo di trattenere il bene recuperato (o a rivendicarlo in sede fallimentare, anche nei modi previsti dal già evocato art. 87-*bis* l.fall.).

Quanto al recupero del credito residuo, è dubbia l'applicabilità del procedimento delineato dai commi 138 e 139 dell'art. 1 l. n. 124/2017, che presenta connotati simili a quelli di una esecuzione forzata individuale, sia pure extragiudiziale: e d'altro canto pare irrinunciabile il vaglio preventivo rappresentato dalla sottoposizione della pretesa dell'intermediario al procedimento di accertamento dello stato passivo fallimentare (rimanendo se mai da stabilire – ma ai nostri fini, in questa sede, il problema può essere accantonato – se l'insinuazione al passivo possa (e debba) avvenire ancora prima della riallocazione del bene, o soltanto dopo).

Quel che è effettivamente importante è stabilire se la "riallocazione" debba avvenire in base al procedimento delineato dal diritto comune (commi 138 e 139 dell'art. 1 l.n. 124/2017), ovvero in base al procedimento disciplinato dalla legge fallimentare (art. 72-*quater* l. fall.): la dichiarata "salvezza" dell'art. 72-*quater*, infatti, a ben vedere, non ha portata decisiva se l'applicazione della norma è destinata ad essere circoscritta – come stiamo ipotizzando in questo momento – ai contratti di locazione finanziaria pendenti e non a quelli già risolti.

Peraltro l'art. 72-*quater* l. fall. non disciplina un procedimento funzionale a conseguire il "valore di mercato" del bene: e tale constatazione, non solo giustifica l'applicazione della disciplina delineata dai commi 138 e 139 dell'art. 1 l. n. 124/2017, ma addirittura suggerisce di applicarla anche alle fattispecie regolate dall'art. 72-*quater* l. fall. perché effettivamente concernenti lo "scioglimento" ad opera del curatore dei contratti di *leasing* pendenti al momento della apertura della Procedura: ciò a garanzia della maggiore trasparenza ed efficienza delle modalità di realizzazione del valore di liquidazione del bene.

Dal punto di vista degli effetti sostanziali della risoluzione del contratto di *leasing* in data anteriore al fallimento dell'utilizzatore, è indiscutibile che spetti al concedente il diritto di trattenere dal ricavato dalla liquidazione (o riallocazione) del be-

ne tutti gli importi indicati dalla "Legge Concorrenza": e non sarebbe giustificata la domanda su quali di tali importi siano suscettibili di essere ricompresi nella nozione di "credito residuo in linea capitale", che la norma fallimentare consente al concedente, che abbia subito lo scioglimento del contratto di *leasing* ad opera del curatore del fallimento dell'utilizzatore, di trattenere dal ricavato dalla liquidazione del bene, perché si sarebbe partiti dall'assunto che l'art. 72-*quater* l. fall. non è applicabile ai contratti di *leasing* già risolti⁷.

Ciò detto della norma della legge fallimentare che la "Legge Concorrenza" dichiara espressamente applicabile al contratto di locazione finanziaria (il richiamato art. 72-*quater*), occorre aggiungere che non si deve ritenere che tale disposizione sia l'unica norma di diritto fallimentare (o concorsuale) applicabile.

Al contrario, non vi è ragione di dubitare che le norme fallimentari (e concorsuali in senso lato) debbano essere considerate di generale applicazione, con la sola esclusione di quelle che prevedessero un contenuto incompatibile con la disciplina della "Legge Concorrenza" – e neppure si presenta facile la loro individuazione, posto che la legge n. 124/2017 disciplina, al postutto, soltanto il profilo dei presupposti e degli effetti della risoluzione del contratto (di locazione finanziaria), laddove la legge fallimentare si disinteressa totalmente della risoluzione dei contratti conclusi (o proseguiti) dal curatore fallimentare -.

In ogni caso, per segnalare le fattispecie più importanti, non pare dubbio che anche al contratto di locazione finanziaria debba ritenersi applicabile l'art. 169-*bis*, co. 5, l. fall., che sempre per l'ipotesi di "scioglimento" del contratto di *leasing*, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, detta una disciplina analoga a quella dell'art. 72-*quater* l. fall..

Nessuna incertezza dovrebbe investire anche l'applicabilità dell'art. 67, comma 3, lett. a) l. fall., per lo meno per le ipotesi di locazione finanziaria di immobili ad uso abitativo, dal momento che tale disposizione è espressamente richiamata dalla disciplina del "*leasing* (giovanile) abitativo" - nel quale l'immobile sia destinato ad abitazione principale dall'utilizzatore -: cfr art. 1 comma 77, legge n. 208/2015.

Il problema se mai è rappresentato dalla incertezza generata dal rinvio evocato⁸.

⁷ Si pone se mai il problema contrario, di valutare cioè se la nozione della norma fallimentare di "credito residuo in linea capitale" debba o non debba comprendere tutti i fattori di costo che il "diritto comune" ora consente al Concedente di detrarre dal ricavato dalla riallocazione del bene: dovendosi assistere, in caso di risposta negativa, all'effetto perverso di stimolare il Concedente ad anticipare la risoluzione del contratto di *leasing* rispetto alla ipotizzabile apertura di un concorso fallimentare, per potere trattenere un maggior importo di quello che sarebbe consentito dall'applicazione dell'art. 72-*quater* l. fall.

⁸ Si deve infatti osservare l'art. 1, comma 77, della legge n. 208/2015 afferma che "all'acquisto dell'immobile oggetto del contratto di locazione finanziaria si applica l'art. 67, terzo comma, lettera a) del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267".

La norma richiamata introduce una ipotesi di "esenzione" dalla azione revocatoria, costituita da "i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso".

Gli atti "esentati" sono quindi rappresentati da "pagamenti": e nel contesto del contratto di locazione finanziaria (in generale, e nello specifico con riguardo al *leasing* di immobile da adibire ad uso abitativo) i "pagamenti" concepibili sono:

8. La disciplina della locazione finanziaria (giovanile) abitativa

La seconda parte del comma 140 dell'art. 1 l. n. 124/2017 afferma che *“si applica, in caso di immobili da adibire ad abitazione principale, l'art. 1, comma 76, 77, 78, 79, 80 e 81, della legge 28 dicembre 2015, n. 208”*.

Si tratta del c.d. *“leasing (giovanile) abitativo”*, vale a dire del contratto di locazione finanziaria stipulato (sempre con un banca ovvero con un intermediario finanziario di cui all'albo disciplinato dall'art. 106 T.U.B.) da una persona fisica⁹, in

a) il pagamento del prezzo da parte dell'Istituto concedente, in favore del venditore dell'immobile; e

b) il pagamento dei canoni di *leasing* (ed eventualmente del “riscatto” finale) da parte dell'utilizzatore.

In questi termini, peraltro, non è dato comprendere la *ratio* delle disposizioni agevolative, in quanto:

a) non si comprende la ragione della protezione che sarebbe assegnata *al venditore*, contro il rischio del fallimento (*rectius*: della liquidazione coatta amministrativa) dell'intermediario finanziario acquirente-concedente (che potrebbe generare la promuovibilità di una azione revocatoria nei confronti del “pagamento” effettuato al venditore); e

b) sfugge anche la *ratio* della seconda possibile esenzione, stante che nel contratto *de quo* gli utilizzatori sono necessariamente *persone fisiche*, e l'ipotesi del loro repentino assoggettamento a fallimento sarebbe circoscritta ai casi di utilizzatore – imprenditore individuale (in stato di insolvenza);- ovvero al caso di utilizzatori – soci di società di persone (in stato di insolvenza), come tali dichiarabili fallibili per “estensione”, in caso di repentino fallimento della società (cfr. art. 147 l. fall.).

Peraltro il comma 77 dell'art. 1 l. n. 208/2015 fa riferimento alla protezione dello “acquisto”: che rappresenta un atto antitetico ai *“pagamenti”*, e nel caso di specie sarebbe rappresentato dall'atto con il quale il concedente consegue la proprietà dell'immobile oggetto del successivo contratto di locazione finanziaria, e che risulterebbe “protetto” in ipotesi di fallimento *del venditore*.

In tale prospettiva la *ratio* della norma sarebbe facilmente individuabile nella funzione di tenere indenne dal rischio revocatorio l'intermediario finanziario che avesse acquistato un'immobile per farne oggetto di un contratto di locazione finanziaria con un utilizzatore finale, *per la ragione che*:

a) l'immobile è acquistato (o costruito) *“su scelta”* dell'utilizzatore (e non dell'intermediario finanziario); e

b) *“tutti i rischi”* della scelta dell'immobile (e quindi anche del venditore) sono attribuiti, come visto, all'utilizzatore.

Si deve allora concludere che il riferimento contenuto nel comma 77 dell'art. 1 l. n. 208/2015 debba essere inteso come rivolto a rendere applicabile *la lettera c)* del terzo comma dell'art. 67 l. fall. e non la lettera a) -, la quale per l'appunto prevede ipotesi di “esenzione” dall'azione revocatoria degli acquisti di immobili ad uso abitativo *destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente ...*. In questo modo, l'acquisto della abitazione è sottratto al rischio della revocatoria resa possibile dall'eventuale fallimento del venditore tanto in caso di (i) *“vendita”* immediata (art. 67, co. 3, lett. c) -, nonché di (ii) *“preliminare di vendita”* – art. 67, co. 3, lett. c) -; quanto in caso di (iii) *leasing* immobiliare “sul *“costruito”* – art. 1, co 77, l. n. 208/2015 -, nonché di (iv) *leasing* immobiliare “costruendo” – art. 1, co. 77, l. n. 208/2015 - .

⁹ Le caratteristiche dell'utilizzatore, in termini di età (giovanile) e di disponibilità economiche (esigue), possono comportare effetti di carattere fiscale, ma non comportano particolarità “civilistiche” (in argomento v. S. BONFATTI, *Dal Leasing abitativo giovanile la riforma della disciplina della locazione finanziaria*, in www.diritto bancario.it)

funzione dell'acquisto (o della costruzione) di un immobile ad uso abitativo, *da destinare ad abitazione principale dell'utilizzatore*.

A sostanziale parità di connotati identificativi (le due nozioni di “locazioni finanziaria” c.d. di diritto comune - art. 1, co. 136, l. n. 124/2017 – e di diritto speciale - art. 1, co. 76, l. n. 208/2015 –), non corrisponde una disciplina egualmente omogenea, e le ragioni di ciò non sono facilmente comprensibili (tanto più che, come detto, i due modelli contrattuali potrebbero trovarsi ad essere applicabili ad un “bene” identico, vale a dire un immobile ad uso abitativo, solamente destinato ovvero non destinato ad abitazione – principale – dell'utilizzatore).

La disciplina della risoluzione del contratto – che riveste carattere centrale nell'economia del contratto di *leasing* -, diverge sotto numerosi profili:

(i) non sono fissati per il *leasing* (giovanile) abitativo criteri di “rilevanza” dell'inadempimento legittimante la risoluzione del contratto (dove qualsiasi inadempimento è invocabile dal concedente, nei limiti dettati dall'art. 1455 cod. civ. in tema di irrilevanza degli inadempimenti di scarsa importanza);¹⁰

(ii) sono diversi i fattori che compongono il credito residuo che il concedente può detrarre dal ricavato dalla liquidazione del bene;

(iii) è diverso il procedimento di liquidazione (o riallocazione) del bene;

(iv) sono diversi i rapporti delineati con la legge fallimentare (più o meno condivisibili che siano le due discipline).

Diciamo che al plauso di avere “normato” il contratto di *leasing*, si può aggiungere il rammarico di non averne predisposto una disciplina (più) organica.

¹⁰ Per converso la disciplina del *leasing* (giovanile) abitativo prevede un regime contrattuale agevolato in alcune ipotesi di difficoltà dell'utilizzatore, connesse alla cessazione del rapporto di lavoro. Secondo l'art. 1, co. 79, l. n. 208/2015, *“per il contratto di cui al comma 76 l'utilizzatore può chiedere, previa presentazione di apposita richiesta al concedente, la sospensione del pagamento dei corrispettivi periodici per non più di una volta e per un periodo massimo complessivo non superiore a dodici mesi nel corso dell'esecuzione del contratto medesimo. In tal caso, la durata del contratto è prorogata di un periodo eguale alla durata della sospensione. L'ammissione al beneficio della sospensione è subordinata esclusivamente all'accadimento di almeno uno dei seguenti eventi, intervenuti successivamente alla stipula del contratto di cui al comma 76:*

a) *cessazione del rapporto di lavoro subordinato, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di risoluzione per limiti di età con diritto a pensione di vecchiaia o di anzianità, di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, di dimissioni del lavoratore non per giusta causa;*

b) *cessazione dei rapporti di lavoro di cui all'articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di recesso datoriale per giusta causa, di recesso del lavoratore non per giusta causa”*.

Rivista
di Diritto Bancario | dottrina
e giurisprudenza
commentata