

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

**Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale:
disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in
tema di applicabilità della legge n.52/1991**

INDICE

I. <i>Factoring</i>: evoluzione storica, tipologie, obiettivi e costi	4
1.1. Storia del <i>Factoring</i> : dalle prime cessioni del credito allo sviluppo angloamericano	4
1.2. Segue: la situazione in Europa	10
1.3. Tipologie di <i>Factoring</i>	12
1.4. Ragioni economiche dell'istituto	21
1.5. (<i>Segue</i>): commissioni, interessi e spese	30
1.6. Prospettive future e <i>smart contracts</i>	33
II. <i>Factoring</i>: Inquadramento dell'istituto pre e post legge n.52/1991, evoluzioni giurisprudenziali e contatti con la disciplina fallimentare. 38	
2.1. Introduzione	38
2.2. La disciplina del contratto prima dell'entrata in vigore della legge n.52/1991, la disciplina codicistica.	48
2.3. La legge n.52/1991: disciplina specifica riguardante il <i>Factoring</i> o la cessione del credito verso corrispettivo?	57
2.4. (<i>Segue</i>): il problema della tipizzazione	71
2.5. <i>Factoring</i> : la struttura del contratto	78
2.6. <i>Factoring</i> : la causa del contratto	84
2.7. (<i>Segue</i>): la causa <i>vendendi</i>	87
2.8. (<i>Segue</i>): la causa <i>mandati</i>	89
III. <i>Factoring</i>: L'evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità	101
3.1. La giurisprudenza nel primo decennio di vita della legge n.52/1991	101
3.2. (<i>Segue</i>): la giurisprudenza nel secondo decennio di vita della legge n.52/1991	105
3.3. (<i>Segue</i>): la giurisprudenza più recente	108
3.4. La sentenza n.11589/2019	114
Conclusioni	119
BIBLIOGRAFIA.....	126
DOCUMENTI ASSIFACT E FOGLI INFORMATIVI SOCIETA' Di FACTORING.....	129
SITOGRAFIA.....	130

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

GIURISPRUDENZA 131

CAPITOLO I

I. *Factoring*: evoluzione storica, tipologie, obiettivi e costi

1.1. Storia del *Factoring*: dalle prime cessioni del credito allo sviluppo angloamericano

Nel corso dei secoli il credito ha assunto una funzione sempre più rilevante all'interno del commercio, sia esso nazionale o internazionale. Esso ha avuto sicuramente un'ampia diffusione a causa della sua funzione di facilitazione del commercio, figlia del mutamento del principio, presente in antichità, secondo il quale le transazioni dovessero risolversi nel presente, a causa della scarsa fiducia nel futuro. Con ciò ci si riferisce alla comune convinzione risalente dei popoli secondo la quale era preferibile che le transazioni si risolvessero in una dazione di corrispettivi esistenti ed esigibili, dei quali i contraenti potessero servirsi per soddisfare i loro bisogni. Questo principio era frutto della forte proliferazione della teoria della ricchezza limitata, la quale fondamentalmente riteneva come, per l'appunto, la ricchezza fosse limitata e l'unico modo per arricchirsi fosse quello di impoverire altri soggetti della stessa comunità o quello di espandere il proprio controllo su altre zone e/o comunità allo scopo di aumentare la base di beni ai quali poter attingere. Fu in seguito alla rivoluzione industriale ed all'introduzione del concetto di progresso che si è iniziato a rivedere le basi dei nostri sistemi economici.¹

Con la diffusione dei rapporti di credito/debito nella nostra realtà, essi non sono una novità essendo in minima parte già presenti negli ordinamenti passati, essi hanno portato ad un ingrandimento dell'ammontare della

¹ FEDERICO FRATTINI, *Breve storia del credito*,
<https://www.startingfinance.com/approfondimenti/breve-storia-credito/>, visualizzato il 8/02/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

ricchezza presente a discapito di quella futura, tramite il meccanismo dell'indebitamento nei confronti del futuro. Con ciò s'intende come, ogni volta che contraiamo un debito, tramite lo stesso ci troviamo a possedere nell'immediato una ricchezza maggiore di quella che avevamo prima, promettendo però al nostro creditore di restituire tale ammontare, normalmente gravato da interessi, in un momento futuro nel quale ci ritroveremo a disporre di una ricchezza inferiore rispetto a quella che deriva da tutte le altre attività che poniamo in essere (retribuzione da lavoro autonomo o dipendente, investimenti, percezione di rendite a vario titolo ecc. ecc.). Esso ha perciò permesso all'economia, soprattutto nell'ultimo secolo, uno sviluppo di molte volte più rapido rispetto al passato, poiché essa ha avuto a disposizione maggiori risorse rispetto al passato, ma se usato male, e gli esempi, senza citarli analiticamente poiché non è questo lo scopo di questo elaborato, sono anche molto recenti, ha creato gravissimi danni e portato a crisi economiche devastanti.

Il *Factoring* è un contratto commerciale, che si inserisce nell'ambito delle operazioni sul credito, sorto nella prassi tramite il quale un soggetto imprenditore, al quale da qui in avanti ci si riferirà spesso come il cedente, cede i crediti derivanti dalla sua attività d'impresa con terzi, ai quali ci si riferirà come ceduti, ad un terzo soggetto, il *Factor*, al quale ci si riferirà come cessionario, il quale riceverà un compenso per la sua attività. La stessa si sostanzierà nella gestione del portafoglio creditorio del ceduto, nell'incasso dei crediti cedutigli e nell'erogazione, opzionale, di anticipazioni sull'ammontare degli stessi. Il compenso del *Factor* si articolerà in una commissione ed in un rimborso spese per le attività di gestione svolte e nella percezione di interessi sulle somme eventualmente erogate al cedente sotto forma di anticipazioni. In seguito alla riscossione dei crediti, il *Factor* rimetterà l'ammontare al cedente, esaurendo la sua attività in relazione a quel credito.

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

I primi cenni dell'istituto del *Factoring* sono molto risalenti nel tempo.

Per quanto la nascita del *Factoring* prende le mosse a parere di molti nell'Inghilterra del 1400, ma una analisi più accurata delle fonti storiche ha portato a ritrovarne dei tratti in normative ben più antiche. Sin dai primi rapporti commerciali si ha notizia di varie forme negoziali di cessione del credito, che nel tempo videro la loro disciplina raffinarsi per adeguarsi ai mutati scenari economici. Tra i vari istituti va ricordato una forma negoziale chiamata "*emptio rei speratae*", tramite la quale i pescatori, cacciatori o altri soggetti vendevano dei beni ancora non venuti ad esistenza a degli acquirenti. Esso prevedeva che il pagamento del prezzo fosse subordinato alla venuta ad esistenza della *res* oggetto del contratto, risultando perciò garantito e tutelato il duplice interesse di venditori e compratori al reciproco soddisfacimento e riducendo perciò ogni genere di alea sulla conclusione del contratto (vendita di *res futura*). Ad esso si contrapponeva per sua natura il contratto "*emptio spei*", istituto di natura al contrario aleatoria, nel quale il compratore pagava il corrispettivo della vendita anche se il bene non fosse poi venuto ad esistere (vendita di speranza)².

Sin dal diritto romano perciò troviamo tratti di una disciplina simile in alcune caratteristiche all'odierno *Factoring*, ma delle analisi storiche hanno portato alla luce delle regole inerenti a tale disciplina ancora più risalenti. Infatti sono state ritrovate normative disciplinanti il finanziamento del commercio all'interno del Codice di Hammurabi³, prodotto circa nel 1772 a.C., nel quale vi sono riportati numerosi articoli inerenti il diritto commerciale in generale (art.36-69 e 100-126 più altre disposizioni sparse).

² NIGRA, *Il "Factoring" come "emptio spei" o "emptio rei speratae"*, in "Rivista Italiana Leasing", 1990, Giuffrè p. 350

³ "the history of Factoring", www.factorfunding.com;

"Factoring: speed up access to fund and incoming cash flow", www.adancorporate.com;

"History of the Factoring industry", www.bentzenfinancial.com;

"History of Factoring", www.southstarcapital.com;

"The history of Factoring & it's growth in 21st century", www.fundinvoice.com

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

La figura del *Factor* entra a far parte delle vicende commerciali più moderne dal XIV-XV secolo, quando nei paesi di matrice anglosassone venne sviluppata una figura del *Factor* quale "*Selling-Agent*"⁴. Con la crescita delle dimensioni del settore tessile si avverte la necessità di sviluppare un sistema di commercio maggiormente raffinato per supportarne lo sviluppo. I primi a sviluppare questo genere di attività furono gli operatori del centro di commercio di *Blackwell Hall*⁵, istituito a Londra nel 1397, i quali, nel corso dei secoli, arrivarono a detenere il monopolio delle attività fino a portare il legislatore anglosassone ad avvertire la necessità di produrre due *Act* (uno del 1678 del *Common Council* ed uno del 1696 del *Parliament*) per regolamentarne gli aspetti.

L'attività dei *Factor* di *Blackwell Hall* si sostanziava in 4 servizi fondamentali:

- 1) Ricezione, immagazzinamento e vendita prodotti
- 2) Anticipazione denaro e garanzia sulla sicurezza dei prodotti ricevuti
- 3) Intermediazione tra produttori ed acquirenti
- 4) Garanzia sul pagamento da parte degli acquirenti

L'espansione coloniale creò poi rilevanti questioni di ordine commerciale. I viaggi a quei tempi risultavano molto costosi e rischiosi, e non era insolito che si verificassero incidenti che potessero disperdere in tutto o in parte il carico, o comunque ridurne la qualità. In uno scenario del genere i commercianti dovettero trovare delle soluzioni commerciali raffinate che permettessero loro di poter sviluppare proficui e continuativi scambi con le colonie, fonte per la madrepatria di incredibili ricchezze. L'istituto del

⁴ "La storia e i vantaggi del Factoring", www.mondopmi.com

⁵ GILDA SOPHIE PRESTIPINO, *Il Factoring*, <https://www.diritto.it/il-factoring/>, 2016, consultato il 2/01/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Factoring risultò perfetto a questo scopo, sia per le sue caratteristiche sia per la sua versatilità.

Infatti fu proprio con lo sviluppo coloniale che tale figura assunse rilievo fondamentale, con l'istituzione di *Factors* sul suolo statunitense che assunsero il ruolo di mandatari dei loro corrispettivi inglesi. Essi prendevano il ruolo di commissionari, concludendo contratti in nome dei *Factor* inglesi sul suolo americano.

Non necessitò di molto tempo la comprensione di come tale figura fosse limitata se applicata solo nella forma di mandatario per il commercio transatlantico, il che portò ad un autonomizzazione della figura del *Factor* statunitense, che iniziò ad operare anche nel mercato interno americano e ad offrire determinati servizi coerenti con la disciplina anglosassone. Essi prendevano in consegna le merci inglesi e si assumevano il rischio fino al momento del pagamento dei compratori, inoltre con un ulteriore sviluppo negli anni essi arrivarono ad offrire, dietro una commissione maggiorata, una garanzia anche riguardo la solvibilità dell'acquirente.

Il fenomeno esplose al punto che la prima società di *Factoring* statunitense fu fondata nel 1808, la *William Iselin & Co, Inc.*⁶, e agli inizi del 1900 negli Stati Uniti si trovarono numerosissime *Factoring House*, spingendo soggetti altamente patrimonializzati, quali le banche, ad entrare in questo sistema ampliando la portata economica dei crediti cedibili e semplificando le procedure necessarie per accedere ai servizi. Il pragmatismo dei sistemi di *Common Law* ha portato il *Factoring* statunitense a ritagliare le sue caratteristiche sui soggetti che vi si rivolgevano, strutturando il rapporto contrattuale sulle loro necessità.

⁶ “Factoring”, Harvard Business Review, J.E. Dalton, pag.186-199 citato anche in GILDA SOPHIE PRESTIPINO, *Il Factoring*, <https://www.diritto.it/il-factoring/>, 2016, consultato il 2/01/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Sul suolo statunitense si svilupparono perciò diverse forme di *Factoring*⁷ tra le quali si ricorda:

1) *Colonial Factoring*: si tratta fondamentalmente della forma più primitiva di *Factoring*, inerente il commercio di materie prime inglesi. Il termine *colonial* si riferisce al luogo dove veniva svolta l'attività, le colonie per l'appunto.

2) *Old Line Factoring*: si tratta dell'attività di acquisto dei crediti, garanzia della solvibilità dell'acquirente e dell'attività di finanziamento conseguente.

3) *New Style Factoring*: si tratta di un'attività di *Factoring* più improntata ai bisogni economici sviluppatasi negli ultimi decenni, nella quale all'acquisto di crediti si aggiunge la gestione dei crediti, l'attività di consulenza finanziaria e altri servizi paralleli.

Vanno inoltre tenute in considerazione le figure del *Notification* e *Not Notification Factoring*, dove il *discrimen* si trova nella scelta di informare o meno il debitore ceduto dell'operazione di *Factoring*, e quelle del *Maturity* e *Conventional Factoring*, nel primo dei quali non vi è il servizio di anticipo dei crediti, ma solo l'elemento gestorio, a differenza del secondo, dove vi è la funzione di anticipazione del crediti, una figura più in linea con i tratti tipici della disciplina anglosassone.

La disciplina del *Factoring* è contenuta nel U.C.C. (chapter 9-106) e a livello globale gli Stati Uniti posseggono tutt'ora il primato come paese importatore di crediti d'impresa⁸.

⁷ PRESTIPINO, ult. cit.

⁸ PRESTIPINO, ult. cit.

1.2. Segue: la situazione in Europa

Nei sistemi di *Civil Law* l'ingresso e la diffusione del Factoring risultò molto più lenta⁹. A differenza degli Stati Uniti, soprattutto in Europa le prime società di Factoring videro la luce solo nel dopoguerra. I primi paesi a produrre una regolamentazione della disciplina furono Francia, Italia e Belgio, con la Francia che intervenne nel 1988 con la *Loi Dailly*, il Belgio si limitò ad aggiornare le disposizioni vigenti mentre l'Italia produsse la legge n.52 del 1991.

Anche la Germania introdusse una normativa sul Factoring, con caratteri di complessità decisamente diversi e più importanti rispetto alle altre nazioni, infatti era prevista una pluralità di accordi tra cui il principale era quello tra il Factor ed il cedente a cui seguivano molteplici accordi tra i singoli debitori ed il cessionario. Questa pluralità di atti negoziali fu la ragione che maggiormente ostacolò la diffusione dell'istituto nella scena giuridica tedesca.

Il Regno Unito in quest'ambito si distinse per la legislazione maggiormente semplicistica del Factoring, dove le uniche caratteristiche richieste furono quelle della notificazione da effettuarsi in forma scritta.

Di fronte a questa eterogeneità di normative si trovarono i redattori della Convenzione *Unidroit* di *Ottawa* nel 1988, a cui fu dato il compito di tracciare i tratti comuni della figura del Factor, soprattutto a causa della notevole confusione che tali diverse normative causavano nella disciplina del Factoring Internazionale. Essa, composta da 23 articoli, riconobbe convergenti nella attività di Factoring servizi ulteriori rispetto al tradizionale acquisto dei crediti, quali l'attività di finanziamento, la contabilizzazione, la riscossione dei crediti ed in alcuni casi anche la garanzia dell'insolvenza del debitore, specificando come il Factor debba

⁹ PRESTIPINO, ult cit

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

svolgere almeno due delle sopracitate attività parallele. Inoltre, riguardo il *Factoring Internazionale*, essa affermò come questo istituto sia praticabile solo su crediti internazionali, consacrando in aggiunta il "*two factors system*": un sistema tramite il quale si estrinseca il *Factoring internazionale* e che consiste nella presenza di due Factor, uno operante nello stato dell'impresa cedente che acquista i crediti dall'imprenditore, l'altro dello stato del debitore ceduto che pratica la cosiddetta *rifattorizzazione* dei crediti, acquistandoli dal primo Factor per poi riscuoterli dal soggetto debitore.

La Convenzione in tema di *Factoring Internazionale* affronta anche i temi della notificazione e cessione dei crediti futuri, oltre che delle opposizioni.

Dal punto di vista internazionale l'Europa risulta la zona con il più alto volume di affari riferito al *Factoring*, mentre gli Stati Uniti (come precedentemente ricordato) e la Cina occupano le prime posizioni tra i paesi con il più alto numero di crediti acquisiti (U.S.A.) e ceduti (Cina)¹⁰.

¹⁰PRESTIPINO, ult cit

1.3. Tipologie di *Factoring*

Nella scena commerciale odierna il *Factoring* ha assunto sempre maggior valore andando ad affiancare nell'ambito dei finanziamenti quello bancario¹¹ e vedendo diffondersi il suo istituto in modo molto rapido. Questo è dovuto alla sua originaria natura di contratto atipico, che, con l'aggiunta di clausole ad hoc, poteva ritagliarsi su molteplici realtà ed andare a risolvere molteplici bisogni.

Sin dall'esperienza statunitense si è notato come siano sorte molteplici forme di *Factoring*, ognuna con le sue caratteristiche sviluppate sulle determinate esigenze dei soggetti che vi facevano ricorso.

Oggi riscontriamo molte figure di *Factoring* che, come è oramai pacifico, non è più ridotto alla funzione di acquisto crediti ma vede affiancarsi ad essa servizi paralleli ed ulteriori come le sopracitate attività di finanziamento, contabilizzazione, gestione, riscossione crediti e garanzia. Questo scenario ha dato vita a diversi schemi contrattuali, ognuno rispondente a necessità diverse, la cui analisi aiuta a comprendere la natura ed il significato di questo istituto.

Tale proliferazione di diverse forme inerenti l'istituto è sicuramente in linea con l'ideologia di base del contratto stesso, il quale, dalla sua formazione sino ai giorni nostri, è stato inteso come contratto commerciale con l'obiettivo di semplificare l'attività di acquisto/cessione dei crediti per gli imprenditori concedendo loro una disciplina alternativa più favorevole rispetto a quella generale contenuta nel codice civile (art. 1260 e s.s)

Il primo discrimine attiene alla scelta di informare o meno il debitore ceduto della conclusione dell'accordo di *Factoring*.

¹¹ “*Factoring, cosa è e come funziona la cessione di credito*”, <https://www.mondopmi.com/credito-impresa/factoring-cose-e-come-funziona-la-cessione-del-credito>, 2020, consultato il 2/01/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Si distinguono perciò due figure: il *Notification* ed il *Not Notification Factoring*.

Il *Notification Factoring* consiste nel normale rapporto di *Factoring* dove la cessione del credito viene notificata al ceduto, il quale è perciò a conoscenza dell'effettivo rapporto di *Factoring* intercorrente tra il suo creditore ed il *Factor* ed è perciò, anche solo per semplice applicazione dell'articolo 1264 c.c., la cessione del credito ha effetto nei suoi confronti. Esso perciò, essendo venuto a conoscenza della cessione del credito, deve adempiere la sua obbligazione nei confronti del cessionario e non è liberato nel caso esso adempia nei confronti del cedente.

Il *Not Notification Factoring* è invece la figura speculare alla prima. Esso si sostanzia in una forma di *Factoring* dove il rapporto viene tenuto all'oscuro del debitore ceduto. Esso perciò non permette l'applicabilità dell'art.1264 c.c. e riduce le attività che il *Factor* può porre in essere, richiedendo oltretutto una collaborazione più forte che nel *Notification* da parte del cedente per l'esecuzione del negozio. Esse sono comunque ammesse poiché ne il codice né la legge speciale prevedono come requisito di validità dell'operazione la notifica al ceduto, la quale assume valore riguardo la sua opponibilità allo stesso ed alla efficacia liberatoria dei pagamenti effettuati.

La prassi ha evidenziato come le figure di *Notification Factoring* possano contribuire, oltre che al benessere finanziario ed organizzativo dell'impresa, alla progressiva fidelizzazione dei clienti, i quali come sarà più avanti specificato, possono ricevere vantaggi non indifferenti dall'operazione.

Differentemente nel *Not Notification Factoring*¹² il *Factor*, non essendo stato informato il debitore, non può svolgere l'attività di riscossione crediti,

¹² DI MURO, La *qualificazione causale del contratto di Factoring: ancora un punto interrogativo?*, <https://assifact.it/wp-content/uploads/2019/05/Massimo-Di-Muro-Munari-Cavani.pdf>, 2019

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

dovendo perciò essere previsto l'onere per l'imprenditore di riscuotere e trasmettere immediatamente al Factor gli stessi. Sullo stesso imprenditore gravano anche altri oneri, tra i quali quello di garantire una costante informativa (nella prassi si è visto come questa sia stata prevista con cadenza mensile, es. regolamento Banca Ifis Italia¹³) sullo stato dei crediti, con particolare attenzione al livello degli incassi, ai solleciti inerenti fatture non pagate e alle eventuali contestazioni di qualsiasi natura mosse da e verso il ceduto.

Molti schemi contrattuali analizzati nel tempo hanno mostrato inoltre come il rapporto, impostato in questa forma, abbia portato le compagnie di *Factoring* a rifiutare la garanzia della solvenza del debitore ceduto, la quale è perciò ricaduta sul cedente.¹⁴ Va notato però come nel tempo la prassi commerciale abbia sviluppato dei servizi di garanzia contro l'insolvenza del debitore anche nel caso di operazioni *Not Notification*, quali ad esempio il servizio di "sola garanzia"¹⁵ In caso venga scelto questo schema operativo e nel contratto non vi sia riportata una sezione inerente ai diritti e doveri discendenti da tale forma di *Factoring*, sarà necessario che i soggetti concludano un separato accordo (appendice) che integrerà la disciplina del contratto di *Factoring* originario.¹⁶

Il *Not Notification Factoring* prevede sicuramente delle problematiche di non poco momento per l'imprenditore e la sua scelta è sempre mossa da ragioni di rilevante importanza economica e psicologica.

¹³ Foglio informativo *Factoring (operazioni di acquisto e gestione dei crediti d'impresa)*, Banca Ifis, https://www.bancaifis.it/app/uploads/2020/07/FOGLIO-INFORMATIVO_OPERAZIONE-DI-ACQUISTO-DEI-CREDITI-DI-IMPRESA-FACTORING_03.07.2020.pdf

¹⁴ Foglio informativo *Factoring (operazioni di acquisto e gestione dei crediti d'impresa)*, Banca Ifis, https://www.bancaifis.it/app/uploads/2020/07/FOGLIO-INFORMATIVO_OPERAZIONE-DI-ACQUISTO-DEI-CREDITI-DI-IMPRESA-FACTORING_03.07.2020.pdf

¹⁵ *Factoring Not Notification*, <https://ifitalia.it/it/soluzioni-di-factoring/prodotti-standard-main-page/not-notification#:~:text=I%20servizi%20di%20factoring%20senza,rischio%20di%20insolvenza%20del%20debitore.&text=La%20garanzia%20di%20ifitalia%20copre,importo%20nominale%20dei%20crediti%20ceduti.>, consultato il 14/01/2021

¹⁶ *Elementi di base del contratto di Factoring*, <https://assifact.it/wp-content/uploads/2017/10/Elementi-di-base-del-contratto-di-factoring.pdf>, 2017, pag.30

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

In primis vi è di certo la figura dell'imprenditore che voglia mantenere il controllo del proprio portafoglio clienti. Come è normale prevedere il rapporto di Factoring con notifica al debitore ceduto porta lo stesso ad interfacciarsi con una nuova figura, il Factor, che, per quanto indubbiamente possa portare dei benefici anche al ceduto, come in seguito verrà esposto, è figura diversa da quella con cui lo stesso aveva stipulato l'accordo da cui è nato il rapporto di debito/credito.

In determinati contesti, come quello delle P.M.I. non è una novità come l'accordo commerciale tra due soggetti possa non basarsi unicamente su ragioni eminentemente economiche ma possa far leva anche su questioni più personali, come la presenza di reciproca stima e/o la conoscenza della cultura etica e del lavoro dell'altro contraente. In situazioni del genere potrebbe non essere sempre considerata positiva la sostituzione della controparte contrattuale dal punto di vista del ceduto, che si troverebbe a doversi confrontare con un soggetto diverso dal contraente scelto per il rapporto, un soggetto con una possibile diversa visione delle relazioni commerciali e dell'etica del lavoro. Questa variazione nel rapporto da cui sorge l'obbligazione potrebbe ingenerare nel ceduto timori di vario genere che potrebbero non portare beneficio alla prosecuzione delle relazioni commerciali tra le parti. Indubbia è anche la convinzione, con gli anni fortunatamente smorzata, presente nel panorama economico secondo la quale il ricorso al contratto di Factoring sia un mezzo tramite il quale le imprese in difficoltà cercano di reperire liquidità "svendendo i loro crediti", cioè cedendoli per un valore minore rispetto a quello che avrebbero realizzato portandoli a scadenza ed incassandoli personalmente. Questa convinzione è stata fortunatamente ridimensionata nel tempo, rendendo chiaro ai più come il Factoring sia ben altro, nello specifico oltre che uno strumento di finanziamento anche un istituto in grado di regolarizzare i flussi di cassa di un'impresa (il che è fondamentale per poter sviluppare una

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

programmazione sul lungo periodo delle attività commerciali) oltre che un mezzo per "ripulire" alcune voci di bilancio tramite le quali dare veste nuova ad un'impresa nei confronti di istituzioni finanziarie e potenziali investitori. Collegandosi a questo tema va inoltre esclusa la, anch'essa risalente, convinzione secondo la quale i crediti ceduti alle istituzioni di Factoring siano crediti inesigibili o di difficile realizzo. Per quanto questa sia un'utilità che può assolutamente inserirsi nel rapporto, le istituzioni che esercitano professionalmente questa attività hanno metri di analisi chiari in merito alla valutazione dei crediti e sia la conclusione del contratto che il corrispettivo della loro attività varia in una naturale correlazione con il rischio riferito ai rapporti di credito/debito sottostanti.

Un'altra caratteristica differenziazione può essere riscontrata nel dualismo tra *Conventional Factoring* e *Maturity Factoring*.

Il *Conventional Factoring*, diretto discendente dell'*Old Line Factoring*, è il rapporto tipico dove il Factor svolge una funzione di finanziamento alle imprese. Esso si impegna a concedere degli anticipi sull'ammontare dei crediti, in misura variabile in base ad accordi presi direttamente con l'imprenditore, oltre che gli altri servizi di cui sopra, finanziandolo per il prosieguo dell'attività d'impresa e rivalendosi sui crediti incassati dai debitori ceduti. Tale forma garantisce vantaggi di molteplice misura alle imprese, garantendo sia un ammontare di liquidità anticipato che liberando dalla gestione dei crediti e dal loro incasso l'imprenditore. Nel mondo economico moderno viene costantemente riconosciuta la necessità di lasciare che l'imprenditore focalizzi le sue energie nel core business dell'impresa, delegando per quanto possibile questioni organizzative e gestionali a soggetti dotati del grado di professionalità necessario per potersene occupare in modo organico e coerente con le necessità societarie. Ad esso si contrappone il *Maturity Factoring*, un istituto sviluppato con l'obiettivo di garantire flussi di cassa costanti all'impresa. Con esso il

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Factor accorda all'impresa il pagamento dei crediti a data certa concordata con la società di Factoring¹⁷, oltre che servizi accessori, garantendo quindi una continuità di flussi di cassa certi su cui poter contare. Questo porta molteplici vantaggi sia dal punto di vista della programmazione aziendale, come nel *Conventional Factoring*, ma in una prospettiva di lunga durata anziché sotto forma di finanziamento una tantum, ed inoltre, tramite la possibilità di concordare la data di pagamento con l'imprenditore stesso, la possibilità di allineare i proprio flussi di cassa attivi e passivi. In questa seconda figura spiccano maggiormente le funzioni di gestione e riscossione crediti rispetto a quella di finanziamento, ragion per cui questa misura è maggiormente indicata a soggetti con un ampio portafoglio clienti che comporti notevoli costi di tesoreria e di gestione del proprio elenco debitori.

Il passare del tempo, l'evoluzione della scena commerciale, delle dimensioni delle imprese e dei bisogni degli imprenditori, oramai sempre di più orientati verso una dimensione transfrontaliera dell'istituto, portarono allo sviluppo continuativo di nuove forme dell'istituto, tra cui in primis vale la pena ricordare per la sua singolarità il Factoring indiretto o *Reverse Factoring*.

Il *Reverse Factoring* è, rispetto a quelle già esaminate, una forma di Factoring singolare. Se normalmente è il creditore a rivolgersi al Factor per ricevere la gestione e/o un anticipo sui proprio crediti qui si mostra una procedura inversa. Infatti è il debitore che si rivolge alla società di Factoring con l'intento di far sì che essa stipuli una convenzione con i propri creditori per far sì che essi possano godere dei servizi di Factoring ordinari. Normalmente accedono a queste misure società di rilevanti

¹⁷ Foglio informativo sul prodotto maturity Factoring,
https://bancasistema.it/pdf/factoring/FI_Maturity_Factoring_201811.pdf, consultato il 18/01/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

dimensioni con un ruolo centrale nella loro filiera produttiva¹⁸, se non pubbliche amministrazioni, con un nutrito portafoglio fornitori allo scopo di migliorare le condizioni degli stessi. Per quanto possa sembrare quantomeno inusuale come misura essa ha molteplici effetti positivi sia per i creditori che per il debitore.

I creditori infatti ricevono un pagamento regolare con la possibilità di anticipazioni, vedono semplificato il processo di gestione crediti e di contabilità e possono anche, all'interno della convenzione che il Factor svilupperà con ognuno di loro, prevedere uno spostamento del rischio da loro stessi sulla società di Factoring. Inoltre, se effettivamente applicato nei confronti di crediti verso un'impresa debitrice particolarmente strutturata e forte economicamente, essi possono ricevere tassi agevolati sui loro crediti riducendo perciò il delta tra l'incasso a scadenza e l'incasso anticipato in termini di importo¹⁹.

Il debitore a sua volta, in quanto promotore dell'operazione, riceve vantaggi non indifferenti. Infatti vede ridursi il costo di gestione dei crediti, poiché si ritrova ad interfacciarsi con un unico soggetto invece che con più fornitori, e può vedere favorito il processo di fidelizzazione dei fornitori, i quali come sopra detto godono di anticipazioni e/o di regolarità nei pagamenti, caratteristica che porta questa forma dell'istituto ad essere molto vantaggiosa per coloro che hanno desiderio di sostenere i propri fornitori, soprattutto quelli definibili come "strategici". Ma uno dei vantaggi principali del Factoring, in questa forma come in tutte quelle con notifica, per il debitore ceduto, è la possibilità di ottenere dilazioni di pagamento sui

¹⁸ [https://www.credem.it/content/credem/it/impresa-e-professionisti/sostenere-l-impresa/gestione-crediti-e-rischi/reverse-factoring---convenzione-fornitori.html#:~:text=Il%20servizio%20che%20consente%20ai,convenzione%20con%20l'azienda%20debitrice.,2020,consultato il 2/01/2021](https://www.credem.it/content/credem/it/impresa-e-professionisti/sostenere-l-impresa/gestione-crediti-e-rischi/reverse-factoring---convenzione-fornitori.html#:~:text=Il%20servizio%20che%20consente%20ai,convenzione%20con%20l'azienda%20debitrice.,2020,consultato%20il%202/01/2021)

¹⁹ *Il reverse Factoring, cosa è e come funziona*, “[https://www.mondopmi.com/credito-impresa/reverse-factoring-cose-e-come-funziona#:~:text=Il%20reverse%20factoring%2C%20o%20factoring,propone%20l'operazione%20di%20factoring.,2020,consultato il 2/01/2021](https://www.mondopmi.com/credito-impresa/reverse-factoring-cose-e-come-funziona#:~:text=Il%20reverse%20factoring%2C%20o%20factoring,propone%20l'operazione%20di%20factoring.,2020,consultato%20il%202/01/2021)”

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

debiti oggetto del rapporto di *Factoring*. Infatti è possibile che il debitore ceduto e la società di *Factoring* concordino una dilazione di pagamento sulla scadenza originaria dei crediti, potendo salvaguardare dagli effetti di tale accordo i creditori, che ricevono i propri pagamenti, invece, nei tempi stabiliti dalle convenzioni stipulate da essi con il *Factor*, garantendo perciò liquidità ad entrambi sotto forma, nel caso del debitore, di una liberazione di somme che, in assenza dell'accordo, sarebbero state devolute al pagamento dei debiti a scadenza, pena le ovvie conseguenze legali e reputazionali nei confronti dei fornitori di un pagamento ritardato, utilizzando perciò il rapporto di debito/credito di fornitura come fonte di finanziamento sia per il creditore che per il cedente. Un'impostazione che fa delle forme di *Factoring* con dilazione, ed in particolar modo al *Reverse Factoring* o *Factoring* indiretto, delle strategie win-win dal punto di vista economico.²⁰

L'ampliamento dei mercati e lo sviluppo sempre più costante di operazioni di carattere transfrontaliero in un ambiente legislativo che, come ricordato, non prevedeva normative unitarie o ne prevedeva di poco complete ed omogenee, portò alla necessità di sviluppare una forma del contratto che fosse in grado di garantire la sua effettività in tale contesto.

Nacque perciò una figura nuova, strutturalmente anch'essa con caratteristiche molto diverse rispetto alla forma originaria del *Factoring*, tramite la quale risultò molto più agevole lo sviluppo del rapporto di fattorizzazione tra normative differenti, il cosiddetto *International Factoring*.

²⁰ *Il reverse Factoring, cosa è e come funziona*, “<https://www.mondopmi.com/credito-impresa/reverse-factoring-cose-e-come-funziona#:~:text=Il%20reverse%20factoring%2C%20o%20factoring,propone%20l'operazione%20di%20factoring,> 2020, consultato il 2/01/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Caratteristica peculiare di questa forma è la presenza di 4 soggetti²¹, l'imprenditore, il Factor del paese dell'imprenditore, il debitore ceduto ed il Factor del paese del debitore. Tale sistema, denominato two-factor system, trova la sua disciplina, per gli Stati contraenti, nella Convenzione di Ottawa del 1988 e cerca di risolvere i problemi di normativa applicabile tramite un secondo contratto oltre a quello di Factoring, il cosiddetto contratto di Re-factoring. Tramite questo atto negoziale, il Factor che ha acquisito il credito dell'imprenditore può cederlo a sua volta ad un Factor dello stato del debitore, in aggiunta agli obblighi inerenti gli altri servizi concordati nell'accordo di Factoring originario, sviluppando perciò 3 diversi rapporti, quello di Factoring iniziale, quello di Re-Factoring ed infine quello tra il secondo Factor ed il debitore ceduto.

In tal modo le attività di gestione portafoglio clienti ma soprattutto quelle di riscossione e azione giudiziaria in caso di inadempimento del ceduto sono mosse da un soggetto giuridico facente parte dello stato del debitore, sottoposto alla stessa normativa evitando così confusioni tra i soggetti del rapporto in merito alla legislazione applicabile e riducendo grandemente i costi.

Questo *excursus* ci mostra come il contratto sia in grado di facilitare il commercio internazionale, introdurre normative chiare di fronte ad un contesto spesso lacunoso e sfilacciato ed inoltre, anche in ambito nazionale, portare ad una migliore divisione dei compiti tra i *Factors* con lo scopo di semplificare e migliorare gli standard del servizio offerto.

²¹ SIRGIOVANNI, "Il contratto di refactoring", *Contratto e impresa*, Cedam, 2003, pag.1567 e seguenti

1.4. Ragioni economiche dell'istituto

Dopo aver analizzato le varie forme in cui il Factoring può estrinsecarsi nel mondo moderno, per una chiara esposizione dell'istituto risulta altrettanto importante valutare quali siano gli scenari economici contemporanei che rendono questa figura così importante nel nostro sistema economico. Infatti si nota come lo sviluppo della nostra economia sia sempre più dipendente dalla figura dei crediti commerciali. Essi in Italia sono stati sempre più una quota ampia dell'indebitamento a breve termine delle imprese con picchi del 50% dello stesso nel 2011 (dati Assifact). Questo incremento ha portato numerosi autori a domandarsene la ragione e ad affrontare a più riprese l'argomento, arrivando a conclusioni differenti che comunque confermano l'importanza dei suddetti crediti in un sistema economico moderno.

La teoria sul tema ha individuato sia motivazioni legate alla funzione di carattere "reale", connesse all'utilizzo del credito commerciale come strumento di espansione delle vendite, sia motivazioni legate alla funzione "transattiva/finanziaria" svolta dal credito commerciale. A titolo puramente esemplificativo e senza pretesa di esaustività, si segnala che nella prima categoria rientrano le teorie che interpretano l'offerta di credito commerciale come uno strumento di sostegno alla politica delle vendite allo scopo di costruire relazioni di e/o fornire una garanzia della qualità del prodotto, ovvero come meccanismo di discriminazione di prezzo o come strategia per far fronte alla variabilità della domanda; nella seconda categoria sono comprese le teorie che interpretano il credito commerciale come uno strumento per ridurre i costi di transazione, in alternativa alla moneta, oppure come una forma di finanziamento alternativa al credito

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

bancario, attraverso la quale i flussi di credito commerciale si spostano dall'impresa più liquida a quella meno liquida²².

A livello societario il ricorso ai rapporti credito/debito commerciale porta le imprese a sostenere costi ulteriori rispetto a quelli ordinari, poiché l'utilizzo di tale strumento, per quanto portatore di benefici non indifferenti alle compagini sociali, porta anche delle necessità di carattere organizzativo e finanziario.

In primis il credito commerciale comporta dei costi di gestione, esso infatti consiste in un pagamento non immediato ma posticipato per un bene e/o un servizio che l'impresa offre al consumatore, e come tale presuppone la costituzione e gestione di un portafoglio clienti il cui sviluppo deve essere monitorato attentamente dall'impresa al fine di recuperare completamente i crediti accordati. Questo ovviamente porta a dei costi di gestione, in alcuni casi non indifferenti, riguardanti il personale qualificato che dovrà svolgere tale compito all'interno della società e ai mezzi necessari per portare a termine tale compito.

In aggiunta la concessione di un credito commerciale richiede il reperimento di risorse per finanziare l'attività d'impresa. Infatti l'emissione di crediti commerciali porta ad un aumento dell'attivo circolante nel bilancio sociale, sotto forma però di un elemento che non genera un *cash-flow* immediato e della cui liquidità perciò in condizioni usuali sarebbe difficile far uso nella corrente attività sociale. Necessario risulta perciò il reperimento di fondi per finanziare la concessione di crediti commerciali.

Infine è evidente che la concessione di crediti introduca un elemento di rischio nel sistema che non è presente in caso di pagamento immediato, cioè quello di deterioramento del credito fino al raggiungimento della situazione di insolvenza del debitore. Tali situazioni, oltre a ridurre

²² TAVECCHIA, *Discussion paper series; Gli effetti del factoring sulle imprese italiane: Alcune evidenze empiriche*, Assifact, 2012, p.5-6

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

l'importo esigibile del credito, portano l'imprenditore a dover affrontare spesso controversie legali comportanti costi di elevata entità, le quali possono in ogni caso non risolversi necessariamente con l'accoglimento della domanda dell'attore e il saldo del debito precedentemente contratto, portando perciò ad un aggravio dei costi senza un ritorno dal punto di vista economico garantito.

Il ricorso al *Factoring* può ovviare ad alcuni o tutti questi problemi, permettendo all'impresa di esternalizzare tali attività ed i loro costi e concentrarsi così su aspetti maggiormente legati al proprio *core business*.

Il *Factor* infatti può:

- 1) Occuparsi della gestione del portafoglio dei crediti, il che riduce i costi di gestione dei crediti dell'impresa
- 2) Svolgere un'attività di finanziamento, tramite la quale l'impresa si garantisce un *cash-flow* dai crediti non ancora riscossi in grado di permetterle di sviluppare la propria attività
- 3) Una funzione di garanzia contro l'insoluto, che permette all'impresa di coprirsi dal rischio di insolvenza del debitore

Il ricorso al *Factoring* perciò è divenuto con il tempo un mezzo di ausilio importante per le imprese, portando la dottrina e le associazioni di categoria a domandarsi quale possa essere la ragione che porta gli imprenditori a ricorrere a questo strumento.

Gli studi, sia italiani che internazionali, hanno portato ad evidenziare due ordini di motivazioni che possano portare un'impresa a seguire questa strada, una di carattere finanziario e l'altra di carattere organizzativo²³.

²³ TAVECCHIA, ult. cit., p.7-8

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Alcuni di essi evidenziano inoltre come ci sia una correlazione tra la tipologia di impresa in questione e l'accesso all'istituto proponendo l'idea che per alcune imprese con determinate caratteristiche sia impossibile fare a meno del *Factoring*.

Il primo movente, quello finanziario, prende le mosse proprio da questa ultima considerazione. Infatti il *Factoring* ha, come oramai pacifico, una funzione di finanziamento per le imprese che si muove su binari complementari ma non concorrenti a quella del sistema bancario. Questo poiché il finanziamento dipende dall'entità e dalla solidità dei crediti presenti nell'attivo circolante a differenza del finanziamento bancario, per il quale vengono in considerazione ulteriori aspetti di natura strutturale dell'impresa. Alcuni autori hanno sostenuto che l'istituto sia una necessità ineliminabile per le imprese che non riescono a ricevere il finanziamento bancario smobilizzando una parte o tutto il loro ammontare di crediti commerciali. Viene inoltre proposta da più fonti, anche a livello nazionale, l'idea che, benché lo strumento si sia raffinato negli anni vedendosi aggiungere funzioni di carattere diverso dal mero finanziamento, esso sia sempre correlato alla presenza nell'impresa di indicatori di tensione finanziaria che causerebbero problematiche nell'accesso al finanziamento bancario. Infatti, le imprese che ricorrono al *factoring* tendono ad essere più indebitate, meno liquide e caratterizzate da una maggiore incidenza dei crediti commerciali sull'attivo, da una più lunga durata delle dilazioni concesse ai clienti e, in generale, da un livello di rischiosità maggiore rispetto a quelle che non vi ricorrono.

Dal punto di vista organizzativo invece è stato rilevato come il *Factoring*, per sua natura, offra una gestione dei crediti commerciali migliore rispetto ad imprese di determinate dimensioni, potendo contare su un personale altamente specializzato in quell'effettivo ambito, che molto spesso, per non dire sempre, non è il core business delle imprese che vi si rivolgono, ma

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

soprattutto per poter sfruttare economie di scala che permettono una riduzione dei costi ed una velocizzazione delle procedure. Per le singole imprese, ammettendo la presenza di personale altamente specializzato in quest'ambito, risulta conveniente la gestione interna del portafoglio crediti solo superata una certa dimensione, tale che permetta loro di poter a loro volta sfruttare delle economie di scala.

Tale conclusione ha avuto un chiaro supporto da parte della dottrina in merito, che ha senza dubbio evidenziato come, a causa della considerazioni sopra svolte, vi sia mediamente un rapporto inversamente proporzionale tra la crescita delle dimensioni di una impresa ed il ricorso ai servizi di Factoring. Esso tende ad essere però un rapporto non lineare, poiché l'iniziale crescita delle dimensioni causa una sempre maggiore necessità di strutture che possano occuparsi del credito e degli adempimenti ad esso rivolti, creando una maggiore necessità di personale e mezzi specialmente rivolti ad esso, necessità la quale tende a ridursi oltre un certo punto della crescita dimensionale venendo sostituita da una gestione interna delle procedure e dei servizi che normalmente vengono offerti dal Factor. Si può infine sostenere che il ricorso al Factoring è maggiormente diffuso e d'impatto su imprese di piccole-medie dimensioni o su quelle di grandi dimensioni che per ragioni organizzative abbiano ritenuto di non occuparsi della gestione del credito internamente, decisione che però superato un certo limite risulta controproducente da un punto di vista squisitamente economico.

Viene rilevata una correlazione ulteriore tra le caratteristiche dell'ambiente in cui opera l'impresa ed il ricorso al factoring, attraverso la necessità di sopperire, tramite il supporto di un operatore esterno e specializzato, alle eventuali carenze dell'infrastruttura informativa e del sistema giudiziario. Con il suo servizio il Factor offre una valutazione personale in merito alla solvibilità del credito la quale proviene da un soggetto con ampie

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

competenze nell'ambito in questione e che, essendo un operatore economico il cui lavoro viene svolto a scopo di lucro, permettono al fruitore del servizio di ricevere informazioni utili sul livello di solvibilità del debitore. Innegabile oltretutto come il ricorso al Factoring, quale soggetto con competenze professionali nell'ambito, possa semplificare lo svolgimento di pratiche burocratiche ed adempimenti di carattere legale, soprattutto nell'ottica del rivolgersi ad un cliente con poca dimestichezza in questi ambiti.

Analizzato lo scenario economico che ha portato negli anni ad una sempre maggiore diffusione della figura del Factoring e le caratteristiche dell'impresa e dell'ambiente che portano gli imprenditori ad accedere all'istituto, si rende ugualmente utile una disamina maggiormente approfondita dei benefici che tale negozio può portare alle imprese che ne fanno uso.

Avendo già fatto riferimento ai caratteristici servizi del Factoring, quali il finanziamento, la contabilizzazione e la gestione del monte crediti ceduto e la sua funzione assicurativa, ora si vuole andare più in profondità cercando di comprendere quali siano gli effetti reali che tale istituto comporta sulla situazione in cui vertono le imprese.

In primo luogo il ricorso al Factoring può alleggerire, attraverso il servizio di gestione dei crediti ceduti, le incombenze amministrative e contabili del cedente, consentendo la sostituzione di un numero di partite contabili pari al numero dei clienti con un unico conto intestato al Factor ed una semplificazione della contabilità dell'azienda fattorizzata²⁴.

Ciò comporta pertanto la riduzione della complessità della contabilità relativa al portafoglio clienti dell'impresa, riducendo potenzialmente i costi per quest'ultima legati alla struttura amministrativa.

²⁴ TAVECCHIA, *ult. cit.*, p. 10

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Anche la politica commerciale beneficia del ricorso al Factoring da un lato attraverso la possibilità di acquisire informazioni commerciali riferite ai possibili nuovi clienti (particolarmente utili nel caso di transazioni con l'estero) e dall'altro attraverso l'approvazione da parte del Factor della cessione pro soluto dei crediti, che fornisce indirettamente un riscontro in merito alla qualità del debitore ceduto.

A livello amministrativo, inoltre, si possono ottenere ulteriori benefici diretti, quali l'eliminazione delle spese per la gestione dell'eventuale contenzioso con la clientela e la riduzione delle perdite per insolvenza dei clienti (derivante dall'utilizzo delle informazioni commerciali prodotte dal Factor e, in ultima analisi, dal ricorso alla cessione pro soluto) e benefici indiretti legati all'ottimizzazione dei propri sistemi informativi e gestionali indotta dai rapporti intrattenuti con il Factor.

Un effetto meno immediato del ricorso al Factoring riguarda la possibilità di trasformare i costi fissi legati alla gestione interna del portafoglio crediti commerciali (personali, strutture, ecc.) in costi variabili determinati dalle commissioni riconosciute al Factor, anticipando il momento in cui l'impresa raggiunge il punto di equilibrio. Tale effetto potenziale, ottenibile in particolare in presenza di un forte sviluppo delle vendite da parte del cliente, consentirebbe quindi di ridurre la soglia minima di redditività dell'impresa a beneficio del cliente²⁵.

Inoltre attraverso i servizi offerti, il Factoring è in grado di influenzare, sotto certe condizioni, la redditività e la struttura finanziaria dell'impresa. In primo luogo, infatti, il ricorso al Factoring consente di accrescere il tasso di rotazione del capitale circolante, riducendo la durata del ciclo monetario che inizia con l'acquisto della merce dai fornitori e si conclude con il pagamento da parte dei clienti dell'impresa. Ciò a sua volta si traduce in un

²⁵ TAVECCHIA, *ult. cit.* p. 11-12

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

incremento della velocità di rotazione del capitale investito che, a parità di redditività sulla vendite, tende a migliorare l'economicità della gestione corrente misurata sinteticamente dalla redditività del capitale investito. Questo risulta un beneficio economico non di poco conto per le imprese, infatti il ciclo del circolante è dato dalla somma dei giorni di giacenza media delle scorte e quelli di incasso dei crediti, a cui vanno sottratti quelli di pagamento dei debiti. In caso il risultato sia un valore positivo, ciò comporta che l'impresa ha un tempo d'incasso crediti e di giacenza scorte superiore di quello di pagamento dei debiti. Ciò causa una problematica di non poca gravità, l'impresa in queste condizioni ha necessità di finanziarsi con mezzi ulteriori rispetto alla propria attività produttiva per ripagare i debiti commerciali, un fattore che viene considerato un fattore negativo. Infatti nel calcolo dell'indice del capitale circolante netto convergono sia i crediti commerciali, sia le rimanenze ed anche i debiti commerciali. Gli analisti tendono a considerare un fattore negativo (fonte Banca D'Italia²⁶) sia l'aumento del valore del C.C.N., poiché possibile sintomo di una incapacità di vendere i propri prodotti e/o di presumibile obsolescenza delle rimanenze in magazzino, sia della posta inerente ai crediti commerciali, la quale può essere indicativa della necessità di concedere maggiori dilazioni ai propri clienti sia di presumibili difficoltà nell'incasso dei crediti, situazione che può sfociare nell'insolvenza del debitore, a sua volta gravida di ulteriori costi che la società dovrà poi finanziare per poter rientrare in possesso delle somme che le spettano²⁷. Per ciò che riguarda la necessità di

²⁶ *Glossario finanziario-capitale circolante netto-approfondimenti*, [https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/capitale-circolante-netto.html#:~:text=Il%20capitale%20circolante%20netto%20\(CCN\)%20%C3%A8%20dato%20dalla%20differenza%20tra,cassa%2C%20ratei%20e%20risconti%20attivi.,](https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/capitale-circolante-netto.html#:~:text=Il%20capitale%20circolante%20netto%20(CCN)%20%C3%A8%20dato%20dalla%20differenza%20tra,cassa%2C%20ratei%20e%20risconti%20attivi.,) consultato il 13/01/2021

²⁷ *Glossario finanziario-capitale circolante netto-approfondimenti*, [https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/capitale-circolante-netto.html#:~:text=Il%20capitale%20circolante%20netto%20\(CCN\)%20%C3%A8%20dato%20dalla%20differenza%20tra,cassa%2C%20ratei%20e%20risconti%20attivi.,](https://www.borsaitaliana.it/borsa/glossario/capitale-circolante-netto.html#:~:text=Il%20capitale%20circolante%20netto%20(CCN)%20%C3%A8%20dato%20dalla%20differenza%20tra,cassa%2C%20ratei%20e%20risconti%20attivi.,) consultato il 13/01/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

operare dilazioni di pagamento nei confronti dei propri clienti, questo può a sua volta essere sintomatico di una debolezza dell'impresa nei rapporti con i propri acquirenti, fattore che può essere desunto da semplici analisi di bilancio e che genera una situazione di debolezza dell'impresa di fronte ad una analisi svolta da analisti esperti o da operatori del sistema bancario, che può portare infine ad avere problematiche nell'accesso al finanziamento bancario, questioni che come si è già detto il Factoring è portato a risolvere per sua stessa natura²⁸.

Appare in ogni caso evidente come non sia possibile trarre il massimo beneficio dal ricorso al Factoring se non in un'ottica di medio periodo: gli effetti di cui si è trattato possono scaturire soltanto attraverso un utilizzo sistematico dello strumento nell'arco di un periodo prolungato nel tempo, inoltre viene riscontrato come per sfruttare e percepire al massimo i sopra definiti effetti del Factoring sia necessario rendere oggetto del rapporto di Factoring una quota rilevante, se non l'intera totalità, dei crediti in possesso dell'impresa. In questo modo si è in grado di sfruttarne al massimo le sue potenzialità, ad esempio il servizio di finanziamento reso dal Factor sarà in grado di rendere disponibile una quota maggiore di liquidità, il servizio di gestione dei crediti ridurrà maggiormente i costi tanto più l'impresa avrà meno crediti da dover gestire personalmente, così come le funzioni assicurativa e di valutazione dei crediti avranno effetti maggiori su un più grande ammontare per motivi che sono in questi due ambiti evidenti.

La dottrina suggerisce infine nella valutazione dell'istituto di non fermarsi ad una mera valutazione dei costi del negozio ma di ricomprendere nella propria analisi anche tutti i benefici anzidetti di natura gestionale, amministrativa e contabile che in un rapporto di Factoring ben sviluppato possono svilupparsi, oltre che alla disponibilità immediata di liquidità che

²⁸ TAVECCHIA, *ult.cit.*, p. 13

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

questo rapporto comporta ed al potenziale ritorno dall'investimento che tale flusso di cassa libero può comportare, oltre che alla sua maggiore regolarità, garanzia e celerità, se confrontato con gli adempimenti dei debitori.

1.5. (*Segue*): commissioni, interessi e spese

Come abbiamo accennato la dottrina conviene che nell'analisi della convenienza della sottoscrizione di un accordo di *Factoring* vadano analizzati tutti i benefici, anche quelli di natura non monetaria, che l'istituto comporta e che essi, nel loro insieme, vadano poi confrontati con i costi monetari previsti dal contratto. Per far ciò risulta comunque utile una analisi dei costi che tale contratto può prevedere.

Nel negozio di *Factoring* si possono esplicitare tre tipi diversi di costi:

- 1) Commissione di *Factoring*
- 2) Interessi sulle anticipazioni
- 3) Spese di *handling* (o di tenuta conto)

La commissione di *Factoring* è una commissione, generalmente non correlata alla scadenza del credito oggetto del contratto, "secca" per così dire, che viene pagata al Factor come controvalore dell'attività di gestione dei crediti (registrazioni contabili, incassi e solleciti di pagamento) da lui svolta. Essa, per quanto generalmente non correlata alla data di scadenza dei crediti, è comunque variabile ed il suo valore normalmente dipende dalle caratteristiche reddituali del ceduto (capacità di ripagare il debito, analisi dei flussi di cassa prospettici e della crescita attesa dell'impresa) e del tipo di cessione (massima nella tipologia pro-soluto, minore in quella pro-solvendo).

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Gli interessi sulle anticipazioni sono i tassi di interesse ai quali la società di Factoring concede delle anticipazioni sul monte crediti acquisito ma non ancora, in tutto o in parte, riscosso. Nella sua determinazione rientra, oltre che il tasso al quale vengono applicati gli interessi, a differenza della commissione di Factoring, la data di scadenza del credito stesso. Gli interessi praticati dal Factor sono generalmente in linea con i tassi del mercato, tenuto conto delle caratteristiche della clientela e del rischio delle operazioni.

Le spese di handling sono invece le spese essenziali di gestione del conto, quelle più pratiche tra tutte e tre le voci di costo, inerenti ad attività necessarie per garantire il corretto funzionamento del conto gestito e una corretta gestione delle comunicazioni, quali ad esempio le spese postali inerenti l'invio di documenti e/o avvisi di altro genere.

A questo punto ci si domanda quando possa essere considerato conveniente aderire a questa procedura da un punto di vista unicamente legato ai costi, senza tenere conto in questo momento degli ulteriori benefici di cui sopra.

Per rispondere si muove dalla considerazione che la decisione di non rivolgersi all'istituto del Factoring ha una serie di costi anch'esso, quali le spese amministrative, che corrispondono alle spese che il Factor deve affrontare per gestire il portafoglio crediti oggetto dell'accordo, le eventuali perdite sui crediti che l'imprenditore può subire dalla loro svalutazione/insolvenza, le quali equivalgono al rischio che il Factor si assume in caso di cessione pro-soluto, dalla quale come ricordato dipendono le maggiori commissioni di Factoring, e i costi di accesso al finanziamento bancario, ai quali un'impresa con necessità di liquidità è costretta a rivolgersi in alternativa al Factoring e che corrispondono al servizio di anticipazione sui crediti ricevuti da parte del Factor.

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Perciò da un punto di vista squisitamente finanziario si può dire che il ricorso all'istituto è sicuramente giustificato nel caso in cui la somma dei costi inerenti la gestione interna del credito sia superiore a quella dei costi dell'attività di Factoring.

Vale la pena ricordare che, benché vi siano pochi contributi in merito, le ricerche empiriche sviluppate, tra le quali meritano particolare attenzione quelle dell'Assifact, hanno rivelato come le imprese che aderiscono sistematicamente al Factoring e per un lungo periodo hanno sviluppato una analisi della convenienza dell'istituto che ricomprende anche benefici diversi da quelli finanziari legati all'ammontare dei costi e che sono per loro stessa natura di difficile valutazione, ragion per cui se è vero che una differenza positiva tra costi di gestione interna e di Factoring è sicuramente un indicatore della convenienza dell'istituto nel caso specifico esaminato, non è sempre vero che una differenza negativa debba comportare una mancata convenienza nell'accesso all'istituto. La valutazione dovrà sempre essere omnicomprensiva e altamente soggettiva, tagliandosi sulle necessità del conglomerato impresa-fornitori presenti nella situazione specifica in esame.

1.6. Prospettive future e *smart contracts*

Analizzato l'*excursus* del *Factoring* dagli albori fino ai giorni nostri, ora si vuole dare uno sguardo alle possibili evoluzioni future dell'istituto.

Nel mondo moderno le necessità inerenti ai contratti commerciali si sono fatte sempre più specifiche, accompagnate dall'evoluzione tecnica che ha messo a disposizione degli operatori strumenti sempre più raffinati per affrontare le problematiche contemporanee. In questo decennio uno degli apporti tecnici più interessanti che la scienza è stata in grado di fornire al diritto riguarda la *Blockchain*.

La *Distributed Ledger Technology*, in gergo *Blockchain*, è una tecnologia che si fonda su un sistema decentralizzato di registri digitali condivisi che intende garantire la sicurezza delle operazioni effettuate e l'impossibilità di modificare le informazioni sul registro tramite la crittografia²⁹.

Le caratteristiche di questo tipo di registri sono l'immodificabilità dei dati, i quali una volta inseriti in un blocco della catena di registri non possono più essere modificati dagli utenti della stessa, e la loro verificabilità dai partecipanti alla *Blockchain*, i quali possono accedere e verificare le informazioni contenute nei registri in questione.

Questa tecnologia ha portato ad analizzare molti contratti commerciali, ponendosi come interrogativo la questione sulla sua utilità nello scenario commerciale ed intrecciandosi con il tema ricorrente degli *smart contracts*.

Per *smart contracts* si intende quel tipo di programma informatico che automatizza l'esecuzione del contratto, contenendo in se sia il testo del contratto che determinate automazioni in grado di convertire i significati delle clausole in esso contenute in procedure automatiche. Tramite questo

²⁹ DE NOVA, *Factoring, Distributed Ledger Technology e smart contracts*, Assifact, 2018, pag.3-6

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

espedito si intende rendere non necessario l'intervento umano nella procedura, con l'obiettivo di ridurre il rischio di un inadempimento per fatto del contraente, dipendente da dolo o colpa dello stesso nell'esecuzione del contratto.

Dando uno sguardo alla normativa vigente in tema di Factoring-cessione del credito, possiamo notare come in tema di opponibilità della cessione vi siano due fonti a cui attingere.

La prima è il codice civile, il quale, agli art.1260-1267, dispone come la cessione del credito per risultare opponibile al debitore debba essere notificata al debitore e/o da esso accettata. Sul tema si inserisce poi la legge n.52/1991 la quale introduce il criterio del pagamento con data certa come requisito sufficiente per garantire l'opponibilità nei confronti dei terzi.

La dottrina si è soffermata in primis su questo tema, domandandosi su l'utilizzo della tecnologia *Blockchain* possa essere in grado di sostituire le normali tecniche di notificazione dando una veste nuova alle stesse grazie alle sue caratteristiche di sicurezza ed immediatezza nelle transazioni. Esse potrebbero svolgersi in un contesto sicuro e verificabile da chiunque faccia parte della *Blockchain*, velocizzando e semplificando i rapporti commerciali, obiettivi che si sposano molto bene con la disciplina del Factoring, come si è visto, oltre che nel nome dei principi fondamentali della certezza del diritto e dell'agile circolazione dei crediti.

Benché non risulti che la questione sul valore delle informazioni contenute nei registri *Blockchain* sia stata affrontata direttamente dalla Cassazione, sul tema del valore e delle tipologie di notificazione ammesse si riscontrano molteplici contributi della giurisprudenza di legittimità.

Essa ha affermato e confermato più volte come per far sì che la notifica dell'atto sia considerata valida non è richiesto l'utilizzo di un mezzo specifico, (ad esempio la notificazione tramite l'ufficiale giudiziario) bensì

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

come un atto privo di formalità³⁰ considerato ammissibile in ogni genere di condotta in grado di garantire la completa conoscibilità dell'atto in modo non equivoco³¹.

Alla luce di ciò non si vedono ostacoli all'utilizzo della suddetta tecnologia allo scopo, benché la dottrina abbia rilevato una necessaria accortezza in merito. Per permettere la notifica della conclusione dell'accordo il debitore dovrà far parte della *Blockchain* su cui verrà registrata l'operazione. Infatti grazie a tale fatto egli sarà in grado di poter visualizzare il contenuto del registro ed avere modo di ottenere la completa conoscibilità dell'atto.

Tale obbligo potrebbe essere tradotto nei futuri contratti di *Factoring* con un'apposita clausola contrattuale la quale, se non accettata dal debitore, porterebbe necessariamente alla notificazione della conclusione del contratto nelle altre forme previste dal codice per garantirne l'opponibilità o alla conclusione del contratto nella forma del *Not Notification Factoring*³².

La tecnologia in questione può fungere anche come alternativa al criterio previsto dalla legge n.52/1991 inerente il pagamento del prezzo pattuito con data certa. Esso può essere dedotto dalla registrazione del pagamento stesso riportata sulla *Blockchain*, la quale deve riportare la data dell'operazione ed in caso di presenza di conti di pagamento, anche tramite la semplice annotazione del contante sul conto di pertinenza.

Abbiamo visto perciò come la *Blockchain* possa concedere non pochi vantaggi alla disciplina del *Factoring*, aprendo a nuove modalità di sviluppo delle relazioni commerciali tra i soggetti contraenti e permettendo così agli operatori commerciali di accedere a nuove procedure caratterizzate da un livello decisamente superiore di sicurezza e

³⁰ Cass 7919/2004

³¹ Cass 1684/2012

³² DE NOVA, *ult. cit.*, pag. 7-12

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

verificabilità delle informazioni scambiate. Si è potuto inoltre notare come la giurisprudenza di legittimità, per quanto non ancora espressasi esplicitamente sul tema del valore della notificazione a mezzo *Blockchain*, abbia sempre considerato tale istituto come assolutamente modellabile sulle necessità dei soggetti richiedendo unicamente che la condotta posta in essere garantisca la piena conoscibilità dell'atto notificato. Tutto perciò propende per un rapido ed inesorabile sviluppo della stessa nel mondo del *Factoring* come normale approdo di un cambiamento che ha coinvolto l'intero mondo del *FinTech*.

Discorso diverso per quel che riguarda il tema degli *smart contracts*. Essi sarebbero di poca pratica applicazione nell'ambito del *Factoring*, sia nei rapporti tra *Factor* e cedente che tra quelli tra *Factor* e ceduto.

Infatti nei rapporti con il cedente, benché in questo ambito specifico mantengano una qual sorta di utilità grazie alla possibilità di automatizzare alcune delle prestazioni derivanti dal contratto, come il trasferimento del credito, esse sono allo stato attuale della tecnologia di difficile applicazione per quel che riguarda altri aspetti della vicenda contrattuale del *Factoring*, il quale prevede necessariamente il supporto umano a causa di alcune aree nelle quali vige una certa attività valutativa, che nell'epoca contemporanea non risulta essere ancora delegabile ad un programma informatico³³.

Per quel che riguarda i rapporti con il ceduto, va tenuto in considerazione la natura del contratto di *Factoring*. Esso è un contratto tra due parti, *Factor* e cedente, il quale non prevede necessariamente il coinvolgimento del debitore ceduto. Alla luce di ciò le prestazioni richieste allo stesso potrebbero non essere contenute in alcun genere di testo contrattuale ed in quanto tale difficilmente tramutabili in un programma in grado di rendere poi le stesse procedure automatiche. A meno di una esplicita pattuizione in

³³ DE NOVA, *ult. cit.*, pag.13-18

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

merito tra *Factor*/cedente e debitore ceduto, si profila di difficile applicazione l'automatismo riguardo i rapporti con esso, che comunque alla luce dei recenti sviluppi si ritiene possa essere applicabile unicamente al momento dell'incasso dei pagamenti, meno riguardo temi come la gestione del credito e lo scambio di informazioni tra i soggetti in questione, altro aspetto dalle caratteristiche fortemente valutative e perciò difficilmente applicabile in modo automatico³⁴.

³⁴ DE NOVA, *ult. cit.*, pag.13-18

CAPITOLO II

II. *Factoring*: Inquadramento dell’istituto pre e post legge n.52/1991, evoluzioni giurisprudenziali e contatti con la disciplina fallimentare.

2.1. Introduzione

Questo capitolo si propone come scopo di esaminare la disciplina del *Factoring*, con accentuata considerazione degli intrecci tra quella contenuta nella legge n.52/1991, quella contenuta nel codice e la disciplina fallimentare (R.D. 267/1942, tramutato con il dlgs n.14/2019 nel “Codice della crisi d’impresa”).

Il *Factoring* in Italia viene definito come un contratto innominato sin dalle prime produzioni legislative che, seppur in modo settoriale in principio, si sono trovate a dover disciplinare la cessione di crediti globale, le quali hanno sempre tracciato una disciplina di base dell’istituto, ad esempio riguardo i soggetti che possono accedervi ed esercitare tali attività, senza però evidenziare una causa comune ed una serie di attività inerenti l’istituto che permetta di tipizzare il contratto. Troviamo tali definizioni in Italia in primis nella legge della Regione Lombardia 30-4-1980 n.48³⁵, la quale riporta gli interventi a favore dell’associazionismo artigiano, ed anche nella raccolta degli usi di Milano, la quale lo definisce come: *”Si suole denominare factoring il contratto con il quale un imprenditore, detto cedente o fornitore, trasferisce o si obbliga a trasferire in esclusiva ed a*

³⁵ Art.12.2 dispone che: *“Per contratti di cessione globale, senza garanzia, di crediti commerciali si intendono quei contratti innominati, a titolo oneroso, con prestazioni corrispettive, in base ai quali i soggetti di cui al precedente art. 2 cedono globalmente i propri crediti commerciali o, per loro conto, quelli delle imprese artigiane consociate, ad una società finanziaria, la quale li contabilizza e li incassa, assumendosi a carico il rischio dell’insolvenza da parte dei debitori ceduti ed anticipandone eventualmente il ricavo mentre, a loro volta, i medesimi si obbligano al pagamento alla società finanziaria di una commissione di incasso sull’ammontare dei crediti ceduti ed un interesse sulle anticipazioni ottenute”*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

*titolo oneroso mediante cessioni di crediti ad altro soggetto, detto cessionario o factor, la totalità o parte dei crediti anche futuri, derivanti dall'esercizio dell'impresa, verso i propri clienti, detti debitori-ceduti, ottenendone la controprestazione in servizi e/o denaro. Il factor suole anticipare in tutto o in parte l'importo del crediti ceduti*³⁶.

Il contratto di Factoring, è entrato a far parte della scena commerciale del nostro paese come un contratto atipico³⁷. Essendo più giovane rispetto al Factoring possono permanere dei dubbi sulla sua idoneità a far parte del nostro sistema legislativo. Una veloce analisi dei suoi tratti può essere d'aiuto per la sua comprensione.

Un contratto atipico, per essere riconosciuto parte dell'ordinamento italiano necessita di due caratteristiche fondamentali, il perseguimento di un interesse meritevole di tutela e la liceità.

In primis deve essere considerato meritevole di tutela ai sensi dell'art.1322 c.c.

Esso come sopradetto svolge una funzione esemplificativa nel commercio permettendo alle società di Factoring di svolgere operazioni di cessione del credito senza dover necessariamente rimandare alle normative nazionali o quelle sovranazionali della Convenzione Unidroit o della Convenzione di Ottawa spesso lacunose nelle disposizioni specifiche sui diversi temi che possono ritrovarsi nell'attività di Factoring, permettendo alle due società di concordare personalmente tali determinazioni tramite il negozio. Permette inoltre di concordare una divisione delle attività di Factoring concordabile tra i due enti per svolgere in maniera più rapida ed efficace il rapporto.

I benefici per i contraenti sono stati ampiamente esaminati nel capitolo precedente e lì si rimanda per una loro più ampia comprensione.

³⁶ Santi, *Il Factoring*, Giuffrè, 1999, pag.54

³⁷ SIRGIOVANNI, "*Il contratto di refactoring*", *Contratto e impresa*, pag.1567 e seguenti, Cedam, 2003

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Tali considerazioni non ci fanno dubitare del suo perseguire un interesse meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. poiché le funzioni svolte dal contratto sono quelle della semplificazione della cessione del credito, del reperimento di liquidità per le imprese e quella di riduzione del rischio, sicuramente interessi meritevoli di tutela.

Per quel che riguarda il secondo aspetto fondamentale necessario per accogliere un contratto nel nostro ordinamento, cioè la liceità, un contratto come questo non sembra risultarne manchevole. Infatti non vi sono norme nel nostro ordinamento che vietino la cessione di crediti da e/o nei confronti di un soggetto con le caratteristiche del *Factor*, i requisiti stessi dell'istituto richiedono (che) unicamente che i crediti ceduti siano legati all'attività d'impresa, che il cedente sia un imprenditore e che l'acquirente sia un intermediario finanziario iscritto all'albo di Banca d'Italia. Per questo motivo è agevole ritenere che tale contratto sia legittimamente parte del nostro sistema legislativo, sia da esso tutelato e porti notevoli benefici agli operatori del settore, fatto dovuto alla estrema agilità del contratto che testimonia ancora una volta l'incredibile versatilità dell'istituto nell'adattarsi ai mutati bisogni dello scenario economico.

Per ultimo riguardo la struttura del contratto può essere analizzato il testo della Convenzione *Unidroit*, la quale dispone sul *Factoring*, soprattutto a livello internazionale, allo scopo di dare inizio al necessario processo di unificazione della normativa inerente al *Factoring* tra le varie legislazioni nazionali, con ciò che ovviamente porterebbe ad una semplificazione delle procedure di carattere transfrontaliero e ad un ampliamento del mercato dell'istituto. Essa definisce il *Factoring* come un contratto nel quale viene richiesto, oltre la cessione dei crediti, che ovviamente è il cuore pulsante della disciplina, lo svolgimento di almeno due tra le attività proposte alle lettere b dell'art. 1 comma 2 senza però specificare quali siano le attività

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

tipiche ed ineliminabili dello stesso³⁸. Se poi alla disamina di tali fonti aggiungiamo quella della legge n.52/1991 possiamo notare che essa nel disciplinare il *Factoring* lo descrive come un'operazione di cessione di crediti necessariamente commerciali, perciò attinenti all'esercizio dell'attività d'impresa, posta in essere tra una impresa ed un intermediario finanziario autorizzato ed iscritto nel Registro di Banca d'Italia. Poco o nulla viene riportato nelle varie legislazioni in merito alle attività accessorie all'acquisto/cessione dei crediti che possono essere poste in essere. Tale orientamento del legislatore, giustificato dalla *ratio* dell'intera normativa, volta alla semplificazione delle procedure nell'ambito della cessione dei crediti in nome del principio della loro agile circolazione, ragione che verrà confermata in molti ambiti della disciplina anche in sede giurisprudenziale³⁹.

La disciplina del *Factoring* è stata, negli anni precedenti la promulgazione della legge n.52/1991, riportata alla normativa codicistica (1260-1267 c.c.)

³⁸ “For the purposes of this Convention, “factoring contract” means a contract concluded between one party (the supplier) and another party (the factor) pursuant to which:

a) the supplier may or will assign to the factor receivables arising from contracts of sale of goods made between the supplier and its customers (debtors) other than those for the sale of goods bought primarily for their personal, family or household use;

b) the factor is to perform at least two of the following functions:

- finance for the supplier, including loans and advance payments;
- maintenance of accounts (ledgering) relating to the receivables;
- collection of receivables;
- protection against default in payment by debtors;

c) notice of the assignment of the receivables is to be given to debtors”

³⁹ Cass. 1963/2020 nella quale la Corte, interrogata sul tema della riferibilità di ogni singola cessione del credito da parte del debitore ad ogni singola erogazione da parte del Factor, o alla loro riferibilità per masse, allo scopo di vedere soddisfatto il requisito del pagamento con data certa anteriore al Fallimento, dispone come: “La Corte ritiene che la necessità della data certa del pagamento, di cui al cit. art.5, non richiede di associare, in un conto il cui saldo mutava quasi giornalmente, le singole partite a credito e quelle a debito, ma la prova che il corrispettivo sia stato pagato in data anteriore alla dichiarazione di fallimento.”; Cass. 15141/2002 dove, interrogata sul tema della necessaria notifica dei singoli crediti ceduti per garantirne l’opponibilità dispone come: “Ritiene questo collegio che, nel caso di crediti futuri ma probabili perché nascenti da un unico rapporto base (come quelli di lavoro), il contratto di cessione, perfetto ab initio pur se con effetto reale differito, possa essere assimilato alla cessione del credito attuale e quindi debba prevalere sul pignoramento se notificato al debitore, già identificato grazie al rapporto base, o da questo accettato prima del pignoramento stesso. Nei crediti periodici, spesso con scadenze mensili, costringere il cedente ad effettuare la notificazione al ceduto nel momento di maturazione di ogni singolo rateo significherebbe imporgli un onere particolarmente gravoso e inutile.”

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

inerente la cessione del credito, suo aspetto caratterizzante, a causa della mancanza di una specifica ad esso riferita. L'istituto è stato perciò introdotto nell'ordinamento come un contratto atipico suscitando molteplici dubbi inerenti tutti gli aspetti ulteriori rispetto alla semplice cessione del credito, tra i quali in primis quelli inerenti il fallimento.

Sono sorte istanze dalla prassi commerciale per richiedere con forza provvedimenti in grado di garantire la velocizzazione dell'istituto, intesa nel senso di una sua maggiore agilità nell'applicazione, tenuto in considerazione il fatto che le società che si occupano di Factoring hanno a che fare con molteplici crediti, cedibili anche in massa, i quali, ad esempio, seguendo la normativa codicistica, avrebbero richiesto la singola notifica ed accettazione da parte del ceduto per risultare opponibili (1264 c.c.). Viene inoltre portata l'attenzione sulla necessità di una normativa che disciplini la cessione di crediti futuri, non presente nel Codice Civile.

Queste istanze furono recepite dal legislatore nella legge n.52/1991 la quale cercò di dare la risposta corretta ad esse. Benché in essa si trovino risposte a molti degli interrogatori di cui sopra, la normativa in questione ha fallito nell'obiettivo più importante. Infatti giurisprudenza e dottrina sono d'accordo sul fatto che il provvedimento di cui in discorso non abbia tipizzato il contratto di Factoring, il quale rimane un "*un contratto "atipico che viene attuato ricorrendo alla cessione, o all'impegno alla cessione, dei crediti presenti o futuri, da parte dell'impresa cedente al factor"*"⁴⁰ o, secondo una parte minoritaria della dottrina, un contratto solo parzialmente tipizzato⁴¹.

L'assenza della tipizzazione del contratto ha portato i giuristi a domandarsi quali siano le norme applicabili ad esso indagando sulla natura delle prestazioni incluse nell'operazione di volta in volta poste in essere, finendo

⁴⁰ In giurisprudenza Cass. civ. n. 2746/2007, Cass. civ. n. 10004/2003

⁴¹ APICE, *La cessione dei crediti di impresa*, Esi, Napoli, 1995, pag.47

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

per ricondurre lo schema contrattuale ad un contratto tipico del nostro ordinamento che avesse identità di ragioni economiche ed estendendo al contratto di *Factoring* le normative di questi altri istituti. I tre tipi di cause che meglio si sono sposate nel tempo con la normativa del *Factoring* sono state individuate nella *causa vendendi*, nella *causa mandati* e nella *causa credendi*.

Muovendo da un'analisi prima della normativa codicistica e poi di quella della legge n.52/1991, delle quali si vogliono evidenziare i punti in comune ma anche le differenze, si passerà ad una successiva disamina delle posizioni della giurisprudenza circa la causa del contratto di *Factoring*, alle ragioni addotte a sostegno delle proprie istanze ed alla loro coerenza con quanto disposto dalla legge n.52/1991 e dalla normativa codicistica.

Il tema della causa risulta di preminente importanza nell'istituto del *Factoring* poiché la configurazione di una causa piuttosto che di un'altra ha portato la giurisprudenza ad ammettere/escludere l'applicabilità della legge n.52/1991 compresi i criteri di opponibilità e la esenzione da revocatoria ivi contenuti, alla luce del fatto che non avendo tipizzato l'istituto del *Factoring* la legge n.52/1991 non è necessariamente applicabile all'istituto, portando a conseguenze importanti anche sul piano fallimentare.

Quale è l'attinenza del dibattito sulla causa con la legge n.52/1991?

Per rispondere basta dare uno sguardo all'art.1 della suddetta disposizione.

Essa prevede come requisito di applicabilità della suddetta, la compresenza di tre caratteristiche, il ruolo di imprenditore del cedente, il ruolo di banca o intermediario finanziario autorizzato del cessionario e la derivazione dei crediti dall'esercizio dell'impresa.

Il legislatore però, prima di elencare tali caratteristiche, fa un'affermazione che, lo si anticipa, sarà il fulcro del dibattito sull'applicabilità della

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

disposizione al contratto di *Factoring*, parlando di “cessioni di credito verso corrispettivo”.

Si è riportata l’opinione della Cassazione⁴² secondo la quale la legge n.52/1991 non tipizza il contratto di *Factoring*. Tale mancanza, per quanto sonora e ben visibile, non è stata accolta solo come un male. Tale caratteristica della normativa è stata unanimemente ricondotta alla volontà del legislatore di non comprimere eccessivamente la fattispecie del *Factoring*, limitandola ad una o poche funzioni, bensì di seguirne lo sviluppo, che è sempre stato trainato dalla sua capacità di adattarsi alle molteplici situazioni rinvenibili nella prassi commerciale.

Con l’espressione usata nel testo normativo però, esso ha trasmesso agli studiosi del tema l’idea che esso non si riferisse a qualsiasi generica cessione del credito, che avesse di concerto anche le caratteristiche ulteriori sopra riportate, bensì ad una cessione del credito posta in essere all’interno di un negozio avente *causa vendendi*.

Nel corso di questo capitolo si analizzeranno con cura quali siano le caratteristiche che hanno portato dottrina e giurisprudenza ad indicare come vendendi la causa del contratto di *Factoring* e le varie obiezioni e successive spiegazioni che essi hanno dato ai dubbi sorti nel dibattito con coloro che nel contratto vedevano diverse configurazioni, tra le quali soprattutto la causa mandati.

Per volerle dare una definizione, partendo dal concetto di causa come “funzione economico sociale” dell’atto posto in essere dai contraenti, si intende quella causa associata ad un negozio posto in essere dai contraenti allo scopo di traslare la proprietà di un bene o di un diritto da un soggetto ad un altro, dietro l’aspettativa di una controprestazione, alla quale la dazione di un corrispettivo si conforma perfettamente, dalla quale proviene

⁴² Cap.2 pag.40 nota 46

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

l'espressione "causa di scambio" con la quale si suole spesso definirla in alternativa.

Alla luce di ciò l'affermazione "cessione verso corrispettivo" ha portato gli autori ad interrogarsi su quale possa essere il corretto inquadramento causale allo scopo di scoprire se esso sia conforme alla regola imposta dall'art.1 della legge n.52/1991 o se sia invece plausibile che tale disposizione risulti in determinate situazioni inapplicabile al negozio di Factoring.

L'inapplicabilità della disposizione in discorso è stata postulata in dottrina. Essa, sulla scorta della precisazione appena posta in essere riguardante la dizione dell'art.1, ha affermato come esso preveda, oltre ai requisiti soggettivi inerenti le caratteristiche di cedente e cessionario, un requisito oggettivo per l'applicabilità della disposizione in discorso, la quale quindi viene considerata applicabile solo ove il contratto sia con *causa vendendi*⁴³.

Per giustificare tale affermazione, si pone l'accento sulla natura delle anticipazioni, delle commissioni e dei rimborsi spese. Sin dai primi momenti di vita, le corti di merito hanno sviluppato degli orientamenti (si ricorda, per l'importanza, quello del Tribunale di Genova⁴⁴, portato avanti per anni con più sentenze) rivolti a considerare le stesse come incoerenti con la causa *vendendi*, ma congrue con la causa *mandati*, a seguito di una rilettura del negozio che attribuisca un diritto alla restituzione delle somme incassate a seguito della cessione del credito da parte del *Factor* nei confronti del cedente⁴⁵

⁴³ CLARIZIA, *Rivista italiana leasing*, Giuffrè, 1991, pag.858 sostiene come "per quanto attiene alla causa del contratto, la legge non si presta ad equivoci, essa è di scambio"

⁴⁴ Trib. Genova, 10 agosto 2000; Trib.Genova, 16 maggio 1994; App. Genova, 19 marzo 1993; Trib. Genova, 23 giugno 1992

⁴⁵ PERROTTA, *Osservazioni in tema di cessione dei crediti di impresa e recesso del curatore ex art. 7, comma 2°, l. n. 52 del 1991*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2004, pag.186

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Va inoltre rilevato come la stessa giurisprudenza di legittimità abbia ben chiarito come la legge n.52/1991 sia una disciplina speciale rispetto a quella della cessione del credito ex-art.1260 e seguenti⁴⁶.

Questa caratteristica della legge non è passata inosservata in dottrina, la quale ha usato i normali canoni interpretativi delle leggi speciali per creare un coordinamento tra le due discipline.⁴⁷

Così argomentando, la legge n.52/1991 è stata perciò riconosciuta come <<di stretta interpretazione nella parte in cui delimita l'ambito della sua applicazione alla "cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo" (art. 1, n.1) e nella parte in cui ricollega "al pagamento del corrispettivo" il nuovo criterio di opponibilità introdotto dall'art. 5, e l'azione di rimozione dell'efficacia delle cessioni di crediti in caso di fallimento del cedente, prevista dall'art. 7.>>⁴⁸

Ulteriore argomentazione in merito all'applicabilità della legge nel caso vi sia una causa vendendi e non in caso di causa mandati lo si ritrova nell'analisi del risultato prodotto dai due diversi schemi.

Nel caso di causa vendendi <<la cessione dei crediti sarebbe definitiva e con effetto traslativo pieno, mentre le anticipazioni di somme costituirebbero parziali pagamenti anticipati del prezzo dello scambio e, al momento della riscossione dei crediti, il factor cessionario che ha anticipato solvendi causa le somme non risulterebbe creditore, ma debitore del cedente per il saldo del prezzo. Ne deriva che, nell'ipotesi di fallimento del cedente, i crediti non rientreranno nella massa fallimentare e il factor riscuoterà il proprio credito anche dopo la dichiarazione di fallimento del

⁴⁶ Cass.16828/2013: "La norma speciale della L. n. 52 del 1991"

⁴⁷ L'art.14 delle preleggi riduce l'applicabilità delle norme speciali ai soli casi espressamente richiamati in esse, rendendole non estensibili ad altri.

⁴⁸ CIPOLLA, "Il punto sul contratto di factoring e sull'azione revocatoria fallimentare", in *Il Fallimentarista*, Giuffrè, 2018, pag.5 nel contributo aggiunge come "nulla questio in relazione alla inequivocabile volontà del legislatore di introdurre una disciplina speciale applicabile alle cessioni di crediti pecuniari verso corrispettivo, aventi una causa vendendi"

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

cedente. Il factor, insomma, potrà trattenere quanto riscosso, essendo titolare dei crediti da un momento precedente al fallimento e, in particolare, troverà applicazione la disciplina fallimentare contenuta negli artt. 5 e 7 della l. n. 52/1991.

Per converso, nel caso in cui si ritenga il factoring un mandato di gestione dei crediti, la cessione dei crediti avrebbe carattere esclusivamente formale e strumentale, costituendo il mezzo per l'esecuzione del mandato, mentre il versamento di commissioni e il rimborso spese rientrerebbero nei diritti del mandatario e le anticipazioni sarebbero (eventuali) negozi di finanziamento (apertura di credito o mutuo) collegati al mandato. In caso di fallimento del cedente, il credito rientrerà nell'attivo fallimentare e sarà il curatore ad incassare, ciò in quanto il factor dovrà restituire al curatore le somme incassate dai debitori dopo la dichiarazione di fallimento>>>⁴⁹

⁴⁹ ZITO “*Il Factoring, disciplina applicabile e causa del contratto*”, in <https://www.diritto.it/il-factoring-disciplina-applicabile-e-causa-del-contratto/#:~:text=Dunque%2C%20il%20factoring%20avrebbe%20causa,incidere%20sulla%20causa%20del%20contratto.>, 2020, consultato il 17/01/2021

2.2. La disciplina del contratto prima dell'entrata in vigore della legge n.52/1991, la disciplina codicistica.

Il *Factoring*, come si nota dalla sua evoluzione storica, è un contratto che nasce nella prassi, figlio dello sviluppo del commercio e delle sue necessità. Questo aspetto ha dato modo al *Factoring* di entrare all'interno delle vicende commerciali del nostro ordinamento, almeno inizialmente, come un contratto atipico, non in possesso di una normativa specifica predeterminata per lui, in mancanza della quale sono sorti enormi problematiche ed interrogativi, sia in giurisprudenza che in dottrina, riguardo la disciplina ad esso applicabile.

Scomponendo l'istituto nei suoi tratti caratterizzanti base, il primo aspetto al quale volgere lo sguardo è senz'altro la cessione del credito.

Essa è fuor d'ogni dubbio riconosciuta come uno degli effetti principali del contratto, che lo caratterizza e ne individua la sua funzione principale da parte sia della dottrina e della giurisprudenza, la quale ha in più occasioni affermato come: *“il contratto di factoring si configura come una convenzione atipica, il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad un altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivanti dall'esercizio dell'impresa, pro soluto o pro solvendo, con effetto traslativo variabile nel tempo a seconda del modo di atteggiarsi dell'accordo, in quanto riconducibile al momento dello scambio dei consensi nel caso in cui la cessione sia globale ed abbia ad oggetto crediti esistenti, ovvero al momento in cui gli stessi vengano ad esistenza se si tratta di crediti futuri, o ancora al momento del perfezionamento della cessione, qualora la*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

*convenzione preveda la necessità di trasmettere i singoli crediti con distinti negozi.*⁵⁰.

E non potrebbe essere altrimenti, poiché nella sua forma base il contratto si sostanzia in una cessione di credito verso corrispettivo, benché nel tempo vi si siano aggiunti dei servizi accessori che hanno gettato ombre sulla sua funzione economico-sociale. Soffermarsi sulla disciplina della cessione del credito, contenuta nel capo V agli art. 1260-1267 c.c., è quindi il punto di partenza dal quale è necessario partire allo scopo di rinvenire la disciplina applicabile al contratto.

Il rapporto scaturente dal contratto di *Factoring* si estrinseca in una relazione tra due soggetti fondamentali, il *Factor* ed il cedente, a cui si aggiungono la relazione preesistente tra il creditore ed il debitore e quella, eventuale, tra il *Factor* ed il debitore ceduto. La figura del *Factor* è disciplinata dalla legge n.52/1991. Questa nell'articolo 1 disciplina l'attività di cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo quando concorrono le seguenti condizioni:

- a) il cedente e' un imprenditore;
- b) i crediti ceduti sorgono da contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa;
- c) il cessionario e' una banca o un intermediario finanziario disciplinato dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia emanato ai sensi dell'art. 25, comma 2, della legge 19 febbraio 1992, n. 142, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa (o un soggetto, costituito in forma di società di capitali, che svolge l'attività di acquisto di crediti, vantati nei confronti di terzi, da soggetti del gruppo di appartenenza che non siano intermediari finanziari oppure di crediti vantati

⁵⁰ In questo senso, recentemente: Cass. n.1971/2015, Cass. n.30611/2018, Cass. n.11589/2019; Corte d'Appello Milano n.4045/2018

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

da terzi nei confronti di soggetti del gruppo di appartenenza, ferme restando le riserve di attività previste ai sensi del citato testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

Il cessionario (*Factor*) in questo rapporto perciò deve essere una banca o un intermediario finanziario il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto crediti, oltre che un soggetto con le caratteristiche riportate nella seconda parte della condizione c della norma. Tale disciplina è coerente con quella rinvenibile nel Testo Unico Bancario in combinato con le disposizioni del regolamento del Ministero delle Finanze n.53/2015 art.2 per gli esercenti attività di tal genere. Tali norme verranno successivamente riprese ed analizzate in dettaglio quando ci si interrogherà sul tema della forma di tale contratto.

Il cedente invece deve rivestire il ruolo dell'imprenditore e i crediti ceduti devono essere crediti sorti dall'attività d'impresa del cedente, questo aspetto chiarisce quale sia la ratio dell'introduzione del contratto nel nostro ordinamento ed in generale dell'istituto del Factoring, pensato come un ausilio per gli imprenditori commerciali allo scopo di alleggerire il loro lavoro e le loro finanze allo scopo di permettere loro di concentrarsi sugli aspetti fondamentali del loro core-business.

La previsione in ragion per la quale i crediti ceduti debbano essere necessariamente inerenti alle attività d'impresa impedisce che tale istituto possa essere usato dai soggetti di cui in discorso per lo smaltimento di crediti di natura privata, tendendo perciò a rivestire il contratto in questione di una maggiore professionalità, poiché, per tale ragione, esso finisce per diventare un negozio usufruibile solo nell'ambito di rapporti intercorrenti tra professionisti nel pieno esercizio della loro attività lavorativa. Inoltre, prevedendo il carattere di provenienza dall'esercizio dell'attività d'impresa dei crediti, e della caratteristica del rapporto di credito/debito di consistere fondamentalmente in una dilazione di incasso/pagamento a fronte

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

generalmente di una prestazione consistente nello scambio di un bene/servizio, essa delinea anche la figura del debitore ceduto, il quale, con ogni probabilità alla luce della disposizione contenuta nell'art.1, risulta essere un fornitore dell'imprenditore cedente.

La disciplina della legge n.52/1991 si applica all'istituto della cessione dei crediti solo in caso tutte e tre le condizioni contenute nel comma 1 del art.1 siano rispettate. Viene infatti riportato nel comma 3 dello stesso come, in caso tali condizioni non fossero presenti nella situazione di specie, la legge in questione diventi inapplicabile e venga in subentro la disciplina civilistica della cessione del credito di cui al capo V del codice civile, regolamentata dagli art. 1260-1267 c.c.

Prendendo le mosse dall'art. 1260 c.c., esso afferma come la cessione dei crediti possa avvenire anche a scapito della volontà del debitore. Esso, quindi, non è in grado di impedirlo con la sua contraria manifestazione di volontà ed anche la sua presa di coscienza della stessa ha valore riguardo fini diversi rispetto a quelli della validità del negozio in discorso. Tale situazione, però, si verifica unicamente in presenza di due condizioni fondamentali, quali sono il carattere non personale del credito e l'inesistenza di divieti di cessione imposti dalla legge sul credito stesso. Tale disciplina è sicuramente comprensibile se si rivolge lo sguardo a quel genere di obbligazioni che richiedono prestazioni di carattere squisitamente personale, a differenza del pagamento in denaro o della consegna di cosa fungibile, i quali non permettono di considerare equivalente l'adempimento, qualunque sia il debitore che pone in essere la prestazione.

Al comma 2 esso afferma invece un generale diritto di escludere la cedibilità del titolo, la quale risulta inopponibile al cessionario, a patto che esso dimostri la mancata conoscenza del patto con il quale creditore e debitore hanno convenuto l'incapibilità, al tempo della cessione.

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Gli art.1261-1262-1263 c.c. trattano temi più specifici della disciplina, quali i divieti di cessione del titolo di credito nei confronti di determinati soggetti, l'obbligo di consegna dei documenti comprovanti il credito insieme allo stesso allo scopo di permettere al cessionario sia di verificarne l'esistenza sia di agire in giudizio nell'eventualità e della sorte delle garanzie presenti sui crediti al tempo della cessione. L'art. 1264 tratta dell'opponibilità nei confronti del debitore ceduto, il quale è liberato dalla sua obbligazione a fronte della notifica o accettazione della avvenuta cessione. Come si è detto prima, l'effettiva conoscenza della cessione da parte del ceduto non rileva ai fini della cessione del credito, bensì allo scopo a cui si riferisce l'art. 1265 c.c., con l'obiettivo di garantire la liberazione del debitore con il pagamento. Esso afferma inoltre come lo stesso debitore non sia liberato in caso sia provato che esso abbia pagato al cedente (e non al cessionario) pur essendo a conoscenza dell'avvenuta cessione. Questa disciplina si sposa molto bene con l'istituto del *Factoring*, il quale, come si è precedentemente analizzato, può essere posto in essere nelle forme del *Notification* e del *Not Notification Factoring*, le quali prevedono alternativamente la possibilità di notificare la cessione al ceduto, che sarà perciò obbligato a porre in essere i pagamenti direttamente nei confronti del cessionario, e di non farlo, con il cedente che così si assume l'onere di incassare i pagamenti per il cessionario, il quale a sua volta non può nuovamente escutere il ceduto poiché esso risulta essere all'oscuro della cessione e quindi nei suoi confronti risulta non applicabile il comma 2 della disposizione in analisi.

Con l'art. 1266 c.c. afferma invece un principio tanto ovvio quanto fondamentale nella disciplina della cessione del credito.

A norma della disposizione in discorso il cedente deve farsi garante dell'esistenza del credito oggetto della cessione se a titolo oneroso, mentre

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

assume questo obbligo solo nei casi e nei limiti in cui la legge pone a carico del donante la garanzia per evizione, quando la cessione è a titolo gratuito.

A seguito di queste sei disposizioni, le quali risultano essere molto generali e riferite alla cessione di credito in generale, abbiamo gli ultimi due articoli, i quali sono molto più vicini alla disciplina del *Factoring* nello specifico e si trovano a regolamentare temi che sono stati nuovamente, per quel che riguarda il *Factoring*, regolamentati dalla legge n.52/1991.

Partendo dall'art.1265 c.c., rubricato come "Efficacia della cessione verso i terzi", viene affrontato dal legislatore uno dei temi più importanti inerenti all'istituto, quale è quello dell'opponibilità nei confronti dei soggetti estranei al rapporto.

La norma individua, come criterio di opponibilità, quello della notifica o della accettazione della cessione del credito da parte del debitore secondo la previsione contenuta nel comma 1. Tali criteri sono sicuramente i più logici e completi per tutelare il diritto del cessionario che per primo ha posto in essere l'atto di cessione.

Innegabile però è la plausibile difficoltà di applicazione del criterio in questione alla normativa del *Factoring*. Si ricorda come tra le forme in cui l'istituto del *Factoring* si esplica vi è la forma del *Not Notification Factoring*. In questo particolare schema negoziale il cedente, pur dovendo svolgere un ruolo attivo nella gestione dei crediti, preferisce mantenere all'oscuro della cessione il debitore ceduto dell'avvenuto negozio. Esso non è assolutamente in contrasto con la disciplina incontrata fino ad ora, dato che è proprio il disposto che apre il capo V, l'art. 1260 c.c., a prevedere come la cessione possa essere posta in essere anche in assenza del consenso del debitore.

Se si osserva unicamente la disciplina codicistica, nel caso del *Not Notification Factoring*, possono sorgere problemi di più ampio respiro. La

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

forma in questione di *Factoring*, non prevede unicamente una cessione del credito dietro pagamento che prescindendo dal consenso del debitore, bensì aggiunge al disposto dell'art. 1260 c.c. che il ceduto rimanga del tutto all'oscuro della stessa, in ogni sua forma.

Il non poter ricevere delle comunicazioni riguardanti la cessione ovviamente impedisce la possibilità di ricevere notifiche e/o di accettare la cessione del credito da parte del ceduto. Questo potrebbe portare all'assurdo dove, in caso vi siano più cessioni del credito ed il primo cessionario abbia scelto la forma del *Not Notification Factoring*, mentre il secondo la formula *Notification*, il primo potrebbe vedere le sue ragioni frustrate dalla mancata notifica e/o accettazione, che lo schema scelto impone, a discapito del secondo, che con lo schema scelto invece si impegna a notificare l'accordo al debitore. In questo caso la patologia dietro la situazione proverrebbe sia da un comportamento scorretto di una parte, il cedente, sia dalla normativa, la quale costringerebbe il cessionario a non poter stringere accordi con la formula *Not Notification*, della quale, nella prassi commerciale, si usufruisce per lo più nell'interesse del cedente, pena il rischio di vedersi, in caso di multiple cessioni, opposto un titolo di credito sullo stesso ammontare che sia prevalente sul proprio solo ed esclusivamente poiché notificato al ceduto. Analizzando la disciplina specificatamente riferibile al *Factoring* si noterà come il legislatore ha attuato dei correttivi a questo principio, allo scopo di ritagliare l'istituto sulle richieste odierne della prassi commerciale e renderlo più agile.

Infine, con l'art.1267 c.c., rubricato come "Garanzia di solvenza del debitore", il codice prevede come il cedente non sia responsabile ex-lege della solvenza del ceduto, bensì possa riscontrarsi in lui una responsabilità unicamente nel caso essa venga prevista contrattualmente dalle parti e perciò accettata dal cedente stesso.

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Nel delinearne i tratti essa afferma come il cedente, in caso assuma la garanzia della solvenza, è responsabile nei limiti di quanto da lui percepito come corrispettivo della cessione ad eccezione del caso in cui la mancata solvenza del debitore dipenda da fatto del cessionario.

Si può notare come qui la garanzia della solvenza non viene presupposta in capo al cedente, il quale per di più, se anche decidesse di assumersi tale onere, non risulterebbe garante del quantum non riscosso dal cessionario, bensì nei limiti del quantum ricevuto come corrispettivo della cessione stessa.

Per quanto concerne il comportamento del cessionario, esso è considerato responsabile in caso di negligenza nel condurre le procedure che l'ordinamento mette a disposizione dei consociati allo scopo di escutere un credito, con la conclusione che il cedente in tale situazione veda cessare la propria garanzia nei confronti del cessionario. Nella disamina della legge n.52/1991 si noterà come tale assetto risulti ribaltato dal legislatore, che, in nome del primario interesse all'agilità degli scambi commerciali ed in aderenza alle caratteristiche dell'istituto in questione, abbia presupposto la garanzia sulla solvenza del debitore in capo al cedente, salvo patto contrario.

La disciplina codistica inerente la cessione dei crediti è stata il caposaldo della normativa applicabile al contratto di *Factoring* per molto tempo. Esso, in quanto contratto atipico, non aveva una legislazione specifica ed al contempo il nucleo di ogni rapporto di *Factoring* si sostanzia in una cessione del credito, alla quale poi si aggiungono altre obbligazioni collaterali.

La sentita necessità di una normativa quantomeno più settoriale inerente il *Factoring* si è fatta sempre più pressante negli anni, con gli operatori

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991
commercianti che hanno portato avanti più volte le loro istanze di rinnovamento.

Tutto ciò si è tradotto nella legge n.52/1991.

2.3. La legge n.52/1991: disciplina specifica riguardante il *Factoring* o la cessione del credito verso corrispettivo?

I primi progetti di legge per la regolamentazione del factoring avevano solamente l'obiettivo d'intervenire sulla disciplina originaria degli artt. 1260 e seguenti del codice civile, mentre con la legge n.52/1991 si è cercato di promuovere un'organica legge speciale, che disciplinasse complessivamente l'attività di factoring.

Essa si caratterizza però più come avente un rapporto di genus a species rispetto alla normativa vigente in tema di cessione del credito, risultando quindi una deroga di diritto speciale alla normativa generale in tema contenuta nel codice civile.

La normativa, rubricata come “Disciplina della cessione dei crediti d'impresa”, è una legge molto agile, formata da soli 7 articoli, che necessita di un'interpretazione combinata con il decreto legislativo n.385/1993 (T.U.B.) allo scopo di essere perfettamente compresa.

Con il primo articolo vengono poste le basi della disciplina, circoscrivendo i presupposti soggettivi ed oggettivi d'applicabilità della normativa stessa.

L'art.1 della legge in discorso pone sotto l'egida di questa normativa le cessioni di credito verso corrispettivo, tema questo che verrà ampiamente dibattuto in giurisprudenza e che risulterà per anni uno dei punti cardini della plausibile applicabilità o meno della disciplina in questione ai negozi emersi nella prassi commerciale. Senza pretesa di esaustività, poiché del dibattito giurisprudenziale in merito alla causa del contratto si tratterà più avanti nel corso di questo elaborato, si fa evidenza come la cessione verso corrispettivo è stata inquadrata come un negozio nel quale la causa è stata riconosciuta come vendendi, facendo leva sul termine corrispettivo e

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

cessione⁵¹, che richiamano il concetto di scambio tra due prestazioni, evidenziando quindi una possibile tipizzazione dell'istituto a merito della legge n.52/1991. Il contratto di Factoring però, come si è già evidenziato, è un contratto che nasce dall'integrazione dell'istituto e della sua normativa presenti in altri ordinamenti e perciò atipico nei confronti del nostro ordinamento. La sua caratteristica principale è sempre stata riscontrata nell'agilità con la quale si adattava alle necessità degli operatori commerciali, cosa che ha portato lo stesso ad evolversi fino a ricomprendere funzioni di carattere diverso, come quello gestorio e di finanziamento, le quali si sposano con difficoltà con la causa di scambio di cui sopra⁵². Tali argomentazioni hanno portato la giurisprudenza ad oscillare tra la riconoscibilità o meno dell'applicabilità della legge n.52/1991 all'istituto basandosi sulla prevalenza di una causa diversa su quella di scambio, facendo leva sull'espressione "cessioni di crediti verso corrispettivo" di cui al comma 1 dell'art.1.

Il primo comma continua elencando i requisiti soggettivi di applicazione della legge n.52/1991.

Essa richiede che il cedente sia un imprenditore, che i crediti ceduti siano crediti derivanti dall'attività d'impresa e che il cessionario sia "una banca o un intermediario finanziario disciplinato dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia emanato ai sensi dell'art. 25, comma 2, della

⁵¹ DIMUNDO, *Factoring e fallimento, La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, Cedam, pag 567 e seguenti: "Considerazioni analoghe valgono per la successiva sentenza del Tribunale di Genova del 16 maggio 1994, in cui, al fine di attribuire causa vendendi al contratto, sono stati valorizzati i termini "cessione di crediti", "acquisto" e "corrispettivo"

⁵² DIMUNDO, ult. cit.: "Gli obblighi del factor di gestire, contabilizzare e riscuotere i crediti ceduti hanno per oggetto, innegabilmente, una prestazione di fare, e non di dare; l'esame congiunto degli obblighi del factor di effettuare versamenti anticipati di somme rispetto alla scadenza dei crediti e poi di rimettere alla cedente le somme riscosse dai debitori ceduti, avrebbe condotto necessariamente ad attribuire al primo obbligo la causa credendi ed al secondo la causa mandati; l'obbligo di corrispondere al cedente il saldo a suo credito, in presenza di eventuali anticipazioni, era indicativo di una compensazione tra il credito del factor per le anticipazioni fatte ed il controcredito della cedente ad ottenere le somme riscosse: compensazione incompatibile con la causa vendendi, perché in tal caso vi sarebbero soltanto debiti del factor, e non anche crediti da opporre in compensazione."

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

legge 19 febbraio 1992, n. 142, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti d'impresa". Tale aspetto mostra come l'accesso all'attività di Factoring sia limitata a soggetti che svolgono attività d'impresa (in quanto forma di finanziamento e supporto dell'impresa, essa non permette l'accesso ai privati), che sia perciò limitata ai crediti derivanti dall'attività d'impresa (il fatto che il cedente sia un imprenditore non permette allo stesso di cedere crediti di stampo diverso da quelli derivanti dall'attività esercitata) e che il cessionario sia un soggetto dotato di determinate conoscenze e sottoposto ad un determinato grado di controllo da parte delle autorità pubbliche (il che aiuta fundamentalmente a garantire la professionalità dei soggetti che attuano tale pratica commerciale).

Il comma 2 dell'art.1 prevede invece l'applicabilità delle norme sulla cessione del credito contenute nel codice per le cessioni che non rispettino le condizioni previste dal comma 1.

Tale affermazione sembra perlopiù scontata, non si vede infatti il motivo per il quale il codice civile non possa essere applicato all'istituto in questione in contemporanea con la legge n.52/1991. Di fronte a tale comma più di una voce in dottrina si è sollevata nel senso dell'applicabilità della normativa non solo al contratto di Factoring, bensì ad ogni contratto con causa di scambio che rispetti i presupposti di cui al comma 1 ed evidenziando quindi come la legge in questione non abbia provveduto a tipizzare in modo chiaro l'istituto del Factoring, come auspicato dalla dottrina e dalla giurisprudenza stessa bensì abbia portato ad una tipizzazione di una particolare forma di cessione del credito.

Fu proprio la Cassazione, a più riprese, ad affermare come: *“Questa Corte ha infatti affermato che, anche dopo l'entrata in vigore della L. n.52 del 1991, il contratto di factoring si configura come una convenzione atipica, il cui nucleo essenziale è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

(cedente o fornitore) di cedere ad un altro imprenditore (factor) la titolarità dei crediti derivanti dall'esercizio dell'impresa, pro soluto o pro solvendo, con effetto traslativo variabile nel tempo a seconda del modo di atteggiarsi dell'accordo, in quanto riconducibile al momento dello scambio dei consensi nel caso in cui la cessione sia globale ed abbia ad oggetto crediti esistenti, ovvero al momento in cui gli stessi vengano ad esistenza se si tratta di crediti futuri, o ancora al momento del perfezionamento della cessione, qualora la convenzione preveda la necessità di trasmettere i singoli crediti con distinti negozi. Com'è noto, le funzioni economiche del contratto sono molteplici, essendo lo stesso caratterizzato di regola dalla presenza di plurime operazioni, quali appunto la cessione di uno o più crediti (con le possibili varianti del finanziamento in favore dell'impresa, attraverso anticipazioni o smobilizzi, e dell'assunzione del rischio dell'insolvenza) e l'assunzione da parte del factor di obbligazioni non strettamente inerenti alla cessione, aventi ad oggetto la gestione dei crediti; è stato tuttavia precisato che la qualificazione del contratto non dipende dagli effetti pratico-economici, ma da quelli giuridici, dovendosi accertare il risultato concreto perseguito dalle parti, e, segnatamente, se le stesse abbiano optato per la causa vendendi o per la causa mandati o per altra ancora e se la cessione del credito abbia funzione di garanzia ovvero funzione solutoria, nonché se vi sia stato trasferimento dei crediti ovvero se le parti abbiano voluto soltanto il conferimento di un mandato in rem propriam⁵³.

L'art.2 L. 52/1991 è stato abrogato dall'art.161 del T.U.B. (dlgs 385/1993). Esso istituiva un albo di imprese alle quali era concessa l'attività di cui tratta la norma.

⁵³ Cass. n.19716/2015, Cass., Sez. 3[^], 6 luglio 2009, n. 15797, 11 maggio 2007, n. 10833, Cass., Sez. 1[^], 7 marzo 2008, n. 6192

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Sul tema dei soggetti i quali possono esercitare l'attività di cui la norma tratta, è bene ricordare che già nell'articolo 1 viene evidenziato come i soggetti in questione debbano essere banche o intermediari finanziari, quindi società di capitali.

Nell'analisi della disciplina in questione risulta necessario esaminare anche il T.U.B. allo scopo di rinvenire le corrette indicazioni in merito.

Nell'art.115 T.U.B. viene disposto l'ambito di applicazione della disciplina, il quale riguarda tutte le norme del titolo in questione (titolo VI T.U.B., "trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti"). Esso si rivolge a tutte le attività svolte da banche e/o intermediari finanziari. Al comma 2 viene invece affidato al Ministero delle Finanze il ruolo di individuare i soggetti che possono essere considerati oggetto dell'applicazione della normativa in questione, il quale ha assolto il compito con la promanazione del decreto n.53/2015. In esso viene specificato come tra i soggetti nei confronti dei quali possa risultare applicabile la normativa di cui al titolo VI del T.U.B. vi sono proprio quelli la cui attività consista nell'acquisto di crediti a titolo oneroso⁵⁴. Questa definizione richiama quella contenuta nell'art.1 della legge n.52/1991, la quale parla di "cessione di crediti verso corrispettivo" evidenziando il lato passivo dell'obbligazione che sorge quando avviene una cessione del credito.

⁵⁴ Decreto n.53/2015 art.1 comma 1: "Per attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma si intende la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma. Tale attività comprende, tra l'altro, ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di:

- a) locazione finanziaria;
- b) acquisto di crediti a titolo oneroso;
- c) credito ai consumatori, così come definito dall'articolo 121, t.u.b.;
- d) credito ipotecario;
- e) prestito su pegno;
- f) rilascio di fidejussioni, avallo, apertura di credito documentaria, accettazione, girata, impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma."

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Alla luce di questa considerazione risulta chiaro come i soggetti che possono esercitare tale attività sono quelli ai quali si riferiscono il 115 T.U.B. ed il decreto n.53/2015, per identità di attività esercitate (l'acquisto di crediti a titolo oneroso) con quella prevista dall'art.1 legge n.52/1991.

Un'ultima considerazione inerente al requisito della forma si può riscontrare nel valore della sottoscrizione del contratto. Esso nel contratto di *Factoring* assume un valore particolare poiché lo stesso non è un contratto che può essere posto in essere da qualunque soggetto, bensì la sua disciplina richiede come il *Factor* sia un intermediario finanziario o una banca, ragion per cui su di esso è applicabile, come si è visto, la disciplina inerente a queste particolari figure.

Sempre perché il *factoring* è contratto tipicamente finanziario non occorre che lo stesso sia sottoscritto dal rappresentante del *factor*. Essendo la firma dei contratti bancari e finanziari posta a tutela del cliente, la sua sottoscrizione sul contratto di *factoring* è invece indispensabile.

Tale assunto viene confermato anche dalla Cassazione, la quale con sentenza n.898/2018 si è trovata ad affermare come la sottoscrizione del cliente sia l'unica indispensabile tra le due, ammettendo che si possa risalire alla volontà del *Factor* anche tramite *per facta concludentia*.⁵⁵

Con l'art.3 si entra nel vivo di uno degli aspetti altamente caratteristici della norma in discorso. Esso, al primo comma, tratta della cessione dei crediti futuri. Esso ammette un istituto, la cessione dei crediti futuri, che il nostro ordinamento prima della legge in discorso considerava già facente parte del proprio sistema, considerato il disposto dell'art. 1348 c.c., il quale dispone come possa essere dedotta in contratto la prestazione di cose

⁵⁵ Cass., SS.UU., 16.1.2018, n. 898 «il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 t.u.f., è rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente-investitore, ed è sufficiente la sola sottoscrizione di quest'ultimo, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso si può desumere alla stregua dei suoi comportamenti»

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

future. Analizzato insieme all'art. 1346 c.c. il tema dei crediti futuri pone le prime problematiche, infatti esso circoscrive il tema dell'oggetto del contratto disponendo come essa debba essere possibile, lecito e determinato o determinabile. In quale modo, ci si è domandati in dottrina, si può definire determinato o determinabile un credito futuro e perciò caratterizzato dalla sua inesistenza nel momento in cui si valuta la sua determinabilità?

Al netto del dibattito precedente la promulgazione della legge n.52/1991, essa ha introdotto una normativa speciale che ha concesso l'applicazione, in ossequio alla rispondenza ai requisiti di cui all'art.1, di determinate semplificazioni, sempre all'interno del mai nascosto obiettivo principe del legislatore in questione, ossia quello di semplificazione e velocizzazione dei rapporti commerciali.

Tale istanza, si nota in modo chiaro sin dal comma 2, il quale dichiara come le cessioni del credito di cui la norma tratta possano essere effettuate anche in massa, permettendo così alla giurisprudenza, non senza un tortuoso percorso colmo di difficoltà, di arrivare ad affermare come: *“è costituito dall'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad altro imprenditore ("factor") la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio della sua impresa e da un effetto traslativo al momento dello scambio dei consensi o al momento in cui i crediti vengono ad esistenza o al momento di un distinto negozio di cessione, se così è previsto dal contratto.”*⁵⁶

Con tale affermazione viene evidenziato come in caso di cessione di credito, a meno che non venga previsto contrattualmente, il rapporto obbligatorio sorga con lo scambio dei consensi mentre l'effetto traslativo avvenga nel momento in cui il credito venga ad esistenza. Anche la giurisprudenza, nel suo percorso interpretativo, sembra tenere in considerazione le istanze del legislatore, difatti se si fosse approcciato il

⁵⁶ Cass.3829/2013

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

diverso orientamento secondo il quale in caso di cessione del credito l'effetto traslativo ed il rapporto obbligatorio sorgano in seguito ad una notifica e/o accettazione dello stesso, si finirebbe per appesantire un istituto il quale, nella prassi, vede i saldi di debito/credito sui propri conti variare quasi giornalmente.

Con il comma 3 viene specificato ulteriormente il tema dei crediti futuri. Essi, in caso di cessione in massa, possono sì essere ceduti, ma solo se derivanti da contratti da stipulare nell'arco di 24 mesi dall'accordo di cessione. Questo introduce una limitazione nella cedibilità degli stessi, che la Cassazione ha chiaramente interpretato, di fronte a sporadiche istanze contrarie, come carattere attinente al contratto in sé e non al credito ceduto evidenziando come la normativa sul punto sia: *“estremamente chiara ed intelligibile”*(Cass.30611/2018).

L'ultimo comma, il quarto, tratta la tematica della determinabilità dell'oggetto, che si era sfiorato precedentemente. Partendo dal presupposto che il nostro ordinamento ammetta pacificamente i contratti che trattino di cose future e che richieda la determinabilità dell'oggetto degli stessi, lo stesso afferma come essi possano considerarsi con oggetto determinato se viene indicato il debitore ceduto, esplicitamente affermando come tale disposizione si riferisca anche ai crediti futuri.

Questa è sicuramente una semplificazione importante nel dibattito sulla determinabilità di cosa futura, poiché permette, al netto sempre, lo si ricorda, della applicabilità di questa disposizione in caso di aderenza alle condizioni di cui al comma 1, di risolvere la questione con la semplice indicazione del debitore ceduto, permettendo così una semplificazione importante sia dal punto di vista giuridico (la determinabilità dell'oggetto)

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

che pratico (permettendo agli operatori di adempiere all'obbligo giuridico senza grande sforzo)⁵⁷.

L'art.4 tratta della garanzia di solvenza del debitore. Si è già accennato che il tema della solvenza del debitore era stato affrontato dall'art.1267 c.c., il quale afferma come: “*Il cedente non risponde della solvenza del debitore, salvo che ne abbia assunto la garanzia*”, dando vista ad uno schema secondo il quale la garanzia di solvenza, secondo la normativa codicistica, è dovuta dal cedente al cessionario, salvo che le parti si accordino diversamente.

Nel caso della cessione di credito a norma della legge n.52/1991 lo schema risulta ribaltato, facendo gravare sul cedente l'obbligo di garanzia della solvenza del debitore (cessione *pro solvendo* come schema legale) a meno che lo stesso ed il cessionario non si accordino per trasferire il rischio in capo al cessionario (cessione *pro soluto* come schema contrattualmente predisposto).

Per il resto, le due garanzie vertono sullo stesso ammontare poiché anche l'art.4 afferma come l'obbligo di garanzia sia limitato all'ammontare percepito dal cedente, così come nell'art.1267 c.c. viene evidenziato come: “*In questo caso egli [il cedente] risponde nei limiti di quanto ha ricevuto*”.

Con l'art.5 si entra nel tema dell'opponibilità della cessione ai terzi. Qui viene introdotto un principio che ha il pregio di semplificare e velocizzare i rapporti commerciali tra i soggetti esercenti questa professione ed i loro clienti, con l'introduzione del criterio del pagamento con data certa del corrispettivo della cessione stessa. Il requisito del pagamento è sicuramente una differenza di non poco conto rispetto alla disciplina contenuta del Codice Civile.

⁵⁷ NERLI, *La cessione del credito ed il suo oggetto. Si tratti della cessione di crediti futuri*, in <https://www.diritto.it/la-cessione-del-credito-ed-il-suo-oggetto-si-tratti-della-cessione-di-crediti-futuri/>, 2020, consultato il 12/12/2020

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Nel codice, si ricorda, per garantire l'opponibilità della cessione ai terzi veniva richiesto di adempiere formalmente all'obbligo di notifica della cessione al debitore, la quale sarà opponibile ai terzi solo se risulti la prima ad essere stata notificata e/o accettata dallo stesso. Tale principio sembra coerente e logico rispetto all'intrinseca motivazione che anima l'istituto della cessione del credito, quale è quello di effettuare una sostituzione dal lato attivo dell'obbligazione, dietro pagamento di un corrispettivo, allo scopo di far sì che il debitore paghi al nuovo creditore. Per far sì che ciò accada è necessario che il debitore sappia dell'avvenuta modifica, tanto che nell'art 1264 c.c., come si è visto, la cessione viene considerata produttiva di effetti per il debitore unicamente dopo questo due adempimenti.

Nel *Factoring* tale principio, per quanto formalmente ancora valido, è di più complessa applicazione.

In primis si è già avuto modo di parlare del *Not Notification Factoring*, tramite il quale la notifica al ceduto è contrattualmente esclusa dalle parti per volontà concorde.

In una situazione di questo tipo il debitore ceduto avrebbe il diritto per legge di continuare a pagare il proprio debito al creditore cedente (1264-1265 c.c.). L'unico modo che il *Factor* avrebbe per riscuotere il proprio credito sarebbe prevedere nel contratto di *Factoring* l'obbligo del cedente di ritrasferire i pagamenti ricevuti nella sfera giuridica del cessionario o produrre un nuovo documento contrattuale *ad hoc*, si pensi ad un mandato. Se queste previsioni mancassero il cessionario dovrebbe agire in giudizio allo scopo di recuperare il credito acquisito, facendo valere il contratto di *Factoring*, non verso il ceduto, nei confronti del quale una cessione non notificata non ha effetti secondo la normativa del codice, tranne nell'eventualità in cui il ceduto abbia avuto conoscenza della cessione per altre vie, bensì verso il cedente, dovendo quindi attendere che il pagamento del credito entri nella sfera del cedente per agire. Inoltre, in caso di

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

molteplici cessioni, non sarebbe facile per il *Not Notification Factor* far prevalere la sua pretesa nei confronti degli altri creditori, essendo l'unico che non può provare la stessa a mezzo notifica, perciò privandosi anche della possibilità di poter ricevere l'accettazione esplicita del debitore.

La disciplina in questione risulta perciò diseconomica nel caso specifico del *Not Notification Factoring*, rendendo il processo tortuoso per il cessionario. Ma non è l'unico scrupolo che sia necessario porsi. Il *Factoring*, per quanto non tipizzato rimane un contratto dalle caratteristiche chiare. Si è già accennato nel primo capitolo quali siano i benefici relativi al *Factoring* e si è notato come esso sia esponenzialmente più vantaggioso per le imprese che si rivolgono ad esso con un ammontare importante di crediti e che ne usufruiscono per un lasso di tempo non esiguo.

La stessa Cassazione ha evidenziato come sia assolutamente coerente con la struttura del *Factoring* che i saldi di debito/credito riferiti all'attività del *Factor* mutino continuamente, finendo per dar vita ad un sistema il quale sarebbe eccessivamente appesantito se fosse richiesta la notifica e/o accettazione di ogni singola cessione.

Il meccanismo del pagamento con data certa permette di ovviare a questa problematica poiché, ammettendo la corresponsione, anche in parte, del corrispettivo, permette di garantire alla società di *Factoring* l'opponibilità verso i soggetti richiamati nel comma 1 dell'art.5, quali gli altri aventi causa della cessione (problematica delle molteplici cessioni), al creditore del cedente ed al fallimento del cedente, con il semplice pagamento, risolvendo il problema del *Not Notification Factoring* e rendendo molto più agili i rapporti commerciali. Viene inoltre specificato dalla stessa Cassazione come non sia preteso un collegamento tra i singoli pagamenti

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

ed i singoli crediti acquisiti, essendo ammissibile un collegamento tra i due per masse⁵⁸.

Con i commi 2 e 3 viene prevista semplicemente la possibilità di usufruire della disciplina del Codice Civile per garantire l'opponibilità ai terzi della cessione e dell'efficacia liberatoria che possono avere i pagamenti del debitore ceduto nei confronti del cedente, nei modi e con le forme che si è già analizzato precedentemente.

Con gli articoli 6 e 7 si entra nel fulcro dei rapporti tra la disciplina speciale del Factoring e quella fallimentare⁵⁹.

Il sesto articolo, con il primo comma, prevede come la revocatoria fallimentare ex art.67 l.fall. non sia esercitabile nei confronti dei pagamenti rivolti dal ceduto al *Factor*. Nel proseguo del comma viene previsto un correttivo per impedire che l'istituto in questione venga utilizzato in modo lontano dalle intenzioni del legislatore. Esso prevede come sia ammissibile per il curatore fallimentare la proposizione di tale azione nei confronti del cedente nel caso in cui sia comprovabile che lo stesso fosse a conoscenza dello stato d'insolvenza del ceduto alla data del pagamento del cessionario.

Tale aggiunta mira ad impedire che una norma speciale come questa sia utilizzata allo scopo di sottrarre alla massa fallimentare determinati crediti allo scopo di impoverirla limitando la capacità degli altri creditori insinuatisi nello stato passivo di soddisfare in modo completo le loro pretese.

⁵⁸ Cass.1963/2020: *“La Corte ritiene che la necessità della data certa del pagamento, di cui al cit. art. 5, non richiede di associare, in un conto il cui saldo mutava quasi giornalmente, le singole partite a credito e quelle a debito, ma la prova che il corrispettivo sia stato pagato in data anteriore alla dichiarazione di fallimento”*.

⁵⁹ LOCOROTOLO, *La revocatoria nel Factoring tra disciplina speciale e legge fallimentare, Il Fallimento* 6/2013, Ipsoa, 2013, pag.745, *“l'art. 7 della L. 52/1991, consente di definire la fattispecie ivi contemplata come non esattamente coincidente con e ipotesi di revocatoria fallimentare di cui all'art. 67, secondo comma, l.fall., inducendo a ritenere quella particolare forma di inopponibilità come “speciale”, e dunque, sostanzialmente alternativa, rispetto alla disciplina di cui alla legge fallimentare, pur condividendo, con l'azione ivi disciplinata, identità di natura giuridica.”*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

In questo modo, in caso di fallimento del cedente, se lo stesso desideri preferire un creditore agli altri o semplicemente ridurre l'ammontare dei crediti da soddisfare accordandosi con alcuni creditori allo scopo di dar vita a fittizi contratti di *Factoring* con lo scopo di ridurre la massa fallimentare, è stata data al curatore la possibilità, provando la *scientia decoctionis*, di impedire tali atteggiamenti illeciti e fraudolenti.

Con l'ultima disposizione, l'art.7, viene richiamato il criterio di opponibilità di cui all'art.5 della medesima disposizione. Esso afferma come la cessione del credito, se soddisfatti i presupposti di cui allo stesso articolo, cioè il pagamento di data certa, fosse opponibile, tra le altre, al fallimento del cedente se dichiarato successivamente al pagamento. Già in questa disposizione viene fatto: "salvo quanto disposto dall'art.7 comma 1".

Nel articolo 7 viene affermato come il curatore possa opporsi all'applicazione dell'art.5 provando la *scientia decoctionis*, in questo caso del *Factor*, al tempo del pagamento e sempreché questo sia stato effettuato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Con i commi 2 e 3 viene data al curatore la possibilità di recedere da alcune cessioni previste dal contratto in discorso, quali sono quelle da cui non siano ancora sorti i crediti, richiedendo allo stesso di corrispondere al cessionario nel caso di recesso l'eventuale corrispettivo percepito per la loro cessione.

Con tali ultime disposizioni si dà la possibilità al curatore di evitare l'eccessivo aggravio della situazione, quella affrontata durante le procedure fallimentari, evitando che crediti non ancora sorti al tempo del fallimento, bensì successivamente, portino ad aumentare esponenzialmente il monte debitorio del fallito, che ovviamente risulta già, sin dal momento della nomina del curatore, problematico sotto molteplici aspetti sacrificando quello che, allo stato dei fatti, è ancora un credito in capo al cedente, su cui

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

il *Factor*, fino al suo sorgere, ha una mera aspettativa, benché giuridicamente tutelata⁶⁰.

La disposizione in questione ha sicuramente l'effetto positivo di limitare i casi in cui il *Factor* ed il cedente possano accordarsi per sottrarre risorse alla massa dei creditori, tramite accordi volutamente rivolti a ridurre il patrimonio sui quali gli stessi possano rivalersi in caso di fallimento.⁶¹

Nel coordinare tale disposto con gli usuali azioni della disciplina fallimentare si è riscontrato in primis come essa non sia una nuova tipologia di azione revocatoria fallimentare.

L'art.7, infatti, in presenza dei presupposti ivi indicati, <<rende la cessione inopponibile, prima che revocabile e legittima il curatore a pretendere la retrocessione dei crediti. Di converso, l'assenza della conoscenza sullo stato di insolvenza da parte del cessionario al momento del pagamento o della sua esecuzione in data anteriore all'anno o nel momento nel quale il credito ceduto è scaduto, determina l'effetto di rendere opponibile al curatore il mutamento di titolarità e nel contempo di escludere la revocabilità>>⁶². L'inopponibilità infatti non richiede un successivo accertamento giudiziario per essere applicata in caso di presenza dei requisiti in discorso⁶³ poiché essa «esclude in radice l'efficacia dell'atto nei confronti dei creditori del fallito, rendendo inutile l'esperimento dell'azione revocatoria, e che l'opponibilità è una condizione della revocabilità»⁶⁴

⁶⁰ Cass. 30611/2018: “il factor diviene titolare dei crediti non appena sorgono e prima, invece, sarebbe titolare di un'aspettativa giuridicamente tutelata, almeno rispetto a quei rapporti di durata per i quali, al momento della stipulazione del contratto, è sorto il fatto generatore del credito. Nello stesso senso, peraltro, pare porsi anche la Corte di legittimità nella pronuncia di cui a Cass. Sez. I, Sentenza n.3829 del 15/02/2013, sopra richiamata.”

⁶¹ ALPA-MARICONDA, *Codice dei contratti commentato*, Wolters Kluwer, 2020, pag.2567

⁶² ALPA-MARICONDA, *Codice dei contratti commentato*, Wolters Kluwer, 2020, pag.2568

⁶³ DIMUNDO, *Factoring e fallimento, La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, Cedam, pag.567 e seguenti

⁶⁴ ALPA-MARICONDA, *Codice dei contratti commentato*, Wolters Kluwer, 2020, pag.2569

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Con il comma 2 si garantisce al curatore la facoltà di sciogliersi dalle cessioni inerenti i crediti non ancora sorti alla data della dichiarazione di fallimento. Esso garantisce allo stesso una scelta discrezionale che opererà nel migliore interesse della procedura. Si riferisce a quei crediti <<*inesistenti ed inesigibili*>> alla data del fallimento finendo così per ricomprendere unicamente i crediti futuri. Il disposto dell'art.72 L. Fall. garantisce tale facoltà al curatore in caso di contratto non compiutamente eseguito alla data del fallimento, affermazione che ha portato a <<*sostenere che l'art. 7 sia stato abrogato in questa parte dalla novella alla legge fallimentare*>>⁶⁵ postulando anche l'applicabilità del comma 2 della stessa disposizione in merito alla possibilità di richiedere al giudice delegato l'assegnazione di un arco di tempo, massimo 60 giorni, in cui il curatore dovrà prendere una posizione in merito, pena lo scioglimento del contratto.

2.4. (Segue): il problema della tipizzazione

Si è con ciò dato uno sguardo alle due fonti normative principali inerenti la disciplina del *Factoring*. Esse sono il fulcro della disciplina dell'istituto e l'attinenza della disciplina della legge n.52/1991 con le caratteristiche tipiche del *Factoring* è stata parte del dibattito sulla normativa effettivamente applicabile al contratto in questione.

Alla luce della normativa esaminata è innegabile come, benché la stessa affronti alcune problematiche che nella prassi vengono affrontate dai *Factor*, semplificando le loro relazioni commerciali, allo stesso tempo essa finisca per non essere in grado di svolgere il ruolo che la prassi auspicava potesse ricoprire, quale è quello di riuscire a tipizzare il contratto di *Factoring* da un punto di vista legale ed essere in grado così di determinare con sicurezza la normativa applicabile ad esso.

⁶⁵ TRENTINI, *Revocabilità ed inefficacia della cessione di crediti futuri, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, Ipsos, PAG.544-549

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

La presenza, nei requisiti applicativi, della dizione “cessione verso corrispettivo” ha portato dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi sulla reale portata della legge in discorso, la quale è risultata per molti una normativa speciale sui contratti di cessione del credito verso corrispettivo, quindi aventi causa di scambio, la quale si sposa con il *Factoring* che ha nell’acquisto/cessione del credito uno dei suoi aspetti cardini, ma che non è detto sia prevalente in ogni rapporto di *Factoring* presente nella prassi.

Si è già avuto modo di evidenziare come il *Factoring* sia un istituto il quale possa ricomprendere in se molteplici servizi, tra i quali si può ricordare quello di gestione e riscossione dei crediti, e avere molteplici finalità, tra le quali si può ricordare oltre a quella di compravendita quella di finanziamento del cedente tramite lo smobilizzo dei crediti. In caso di prevalenza dei primi sulla cessione del credito sarebbe facile riconoscere all’istituto una *causa mandati*, mentre nel caso prevalessse la seconda vi si potrebbe identificare una causa di finanziamento, le quali mal si sposano con la causa di scambio presupposta dalla norma⁶⁶.

Nel caso in cui questo avvenga, si può sostenere, come è stato fatto, che la normativa in questione non sia riferibile a tali fattispecie e che la relazione commerciale in oggetto possa essere assoggettata a normative diverse in base alla causa prevalente⁶⁷, sposando perciò l’indirizzo della teoria dell’assorbimento, la quale individua appunto la disciplina del negozio in

⁶⁶ DI MURO, *La qualificazione causale del contratto di Factoring: ancora un punto interrogativo?*, <https://assifact.it/wp-content/uploads/2019/05/Massimo-Di-Muro-Munari-Cavani.pdf>, 2019pag.3-4

⁶⁷ DIMUNDO, *Factoring e fallimento, La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, Cedam, pag.567

<<Se il fallimento dell'impresa cedente interviene prima del suo esaurimento, non vi è alcun dubbio che la disciplina del rapporto ancora pendente sia quella dell'art. 78, l. fall., secondo il quale il contratto di mandato si scioglie per il fallimento di una delle parti. Affermata, infatti, la causa mandati del factoring, è questa, e solo questa, la scelta obbligata. Ovviamente è fatto salvo il caso in cui l'operazione di factoring sia concepita e strutturata mediante la programmazione di cessioni di credito verso corrispettivo e, quindi, con causa vendendi. In tal caso, infatti, la normativa da applicare è quella ricavabile dagli artt. 72 ss., l. fall., in quanto compatibile con il particolare oggetto di questa vendita, e dall'art. 67, l. fall., in materia di revocatoria di atti dispositivi a titolo oneroso.>>

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

quella del contratto prevalente, a discapito di quella della combinazione, la quale prevede la possibilità di individuare la disciplina del contratto sulla base della combinazione delle varie fattispecie tipiche contrattuali proposte dalle parti⁶⁸, ipotesi che porta alla fondamentale conseguenza della non totale applicabilità, tra le altre, dell'esonero ex art.7, ampliando e riducendo l'applicabilità della revocatoria ex art.67 l. fall.

A livello dottrinale ci si è infatti spesso domandati se la legge in questione abbia in qualche modo tipizzato il Factoring. Per rispondere a tale interrogativo ci si è posti nell'ottica di un'analisi completa della figura del Factoring dal punto di vista della prassi per poi cercare di analizzare se essa sia rispondente ai requisiti imposti dalla normativa speciale. Si è riscontrato come *«la legge è testualmente formulata in modo da far riferimento solo alle cessioni (a titolo oneroso) di crediti aventi certe caratteristiche, e poste in essere da determinate categorie di soggetti, ma non secondo il criterio di dare rilievo alla causa delle suddette cessioni, cioè al tipo di negozio per il quale sono attuate»*⁶⁹.

Valutando in comparazione tali caratteristiche con quelle rinvenibili nella prassi si è inoltre notato come vi sia una palese *«maggior ampiezza contenutistica del factoring rispetto alla previsione normativa»*⁷⁰.

Inoltre, è stato sottolineato che, *«avvenendo la cessione dei crediti allo scopo di consentire l'erogazione di tutto un complesso di servizi, da parte della società di factoring ed a favore dell'impresa cliente, non si può continuare ad identificare la causa del contratto con la causa della sola cessione dei crediti»*⁷¹

⁶⁸ RAGOSTA, *De Iustitia*, Libellula, 2020, pag.4-5

⁶⁹ PICCININI, *IL COMPORTAMENTO DEL DEBITORE CEDUTO NEL CONTRATTO DI FACTORING*, *Giustizia Civile*, 2001, Giuffrè, pag.33

⁷⁰ FOSSATI-PORRO, *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Giuffrè, 1994, pag.120

⁷¹ PICCININI, *ult.cit.*, per la quale *«nel caso del contratto di factoring il sinallagma contrattuale si realizza tra l'erogazione dei servizi, da parte della società specializzata, ed il pagamento dei*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Dall'analisi comparativa tra le caratteristiche dell'istituto come previsto nella prassi e dell'istituto a cui richiama la legge n.52/1991 è stato facile ritenere come l'obiettivo del legislatore fosse quello di *«rendere più consono alle esigenze degli operatori lo strumento di concreta attuazione del contratto di factoring, cioè la cessione dei crediti, con la precisazione però che tale più perfezionato strumento, che deriva dalla disciplina della cessione dei crediti di impresa, non può essere utilizzato in tutti i casi, ma solo in presenza di specifici requisiti»*⁷² mosso dal desiderio di non inquadrare il Factoring in uno schema prestabilito.

Esso così è libero di adattarsi alle richieste della prassi la quale può quindi farne un uso maggiore poiché esso si taglia sulle proprie necessità e si evolve con esse.

In fin dei conti è chiaro come, a prescindere dal dibattito sulla tipicità, il legislatore era mosso nella redazione della legge speciale dall'intento di rendere più agevole l'accesso e l'utilizzo della normativa per gli operatori, fatto che lo ha portato ad agire cautamente, allo scopo di non *«correre il rischio di inquadrare rigidamente il factoring, ponendo così freni ad una realtà economica ancora in evoluzione, ed è intervenuto solo a chiarire quei punti delicati e più discussi, che potevano pregiudicarne l'ulteriore sviluppo»*⁷³.

In ambito giurisprudenziale, sul tema della tipizzazione o meno dell'istituto del Factoring, si sono espresse ormai in modo unanime sia le corti di merito che la Cassazione.

servizi, da parte dell'impresa cliente»; Similmente BASSI, Factoring e cessione dei crediti di impresa, Giuffrè, 1993, pag.57, nota un «contrasto tra la funzione negoziale che deve assegnarsi alla cessione traslativa, disciplinata dalla legge speciale, e la funzione cui tende il rapporto di factoring comunemente attuato nella pratica italiana».

⁷² SEMINO, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica del contratto di factoring anche alla luce della recente l. 21 febbraio 1991 n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente, La nuova giurisprudenza civile commentata, Cedam, 1999, pag.714*

⁷³ PICCININI, *cit.*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

A livello di merito abbiamo richiami a tale indirizzo sin dagli albori della promulgazione della legge n.52/1991, così come disposto da Trib. Genova 17 ottobre 1994⁷⁴ e confermato negli anni, come si vede in Corte d'Appello Milano n.4045/2018⁷⁵, mentre la corte di legittimità ha ripetutamente negli anni aderito a tale indirizzo non mancando di specificarlo ogni volta che di fronte ad essa venissero poste delle questioni inerenti l'istituto, come chiaramente riportato da ultimo in Cass.30611/2018, la quale afferma, richiamando l'interpretazione conforme di Cass.2746/2007 come <<*il contratto di "factoring", anche dopo l'entrata in vigore della disciplina contenuta nella legge 21 febbraio 1991, n. 52, è una convenzione atipica*>>⁷⁶.

La mancanza di una tipizzazione del contratto è sicuramente un limite della normativa che ha causato una serie di contrasti nelle corti di merito su quale debba essere la normativa applicabile al contratto di Factoring, soprattutto in sede fallimentare.

⁷⁴ PICCININI, *Qualificazione giuridica delle operazioni di factoring, funzione della cessione dei crediti e revocabilità dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor in caso di fallimento dell'impresa cedente Banca, Borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2008, pag.631: “In questo senso si è espresso il Tribunale di Genova nella pronuncia del 17 ottobre 1994 in cui i giudici hanno affermato che il contratto di factoring è un contratto atipico ed innominato che può assolvere funzioni diverse a seconda dei casi, sicché la sua disciplina deve essere ricercata volta a volta nel tipo negoziale nominato analogicamente assimilabile”

⁷⁵ “Invero la Suprema Corte ha ripetutamente affermato -come sopra accennato- che: factoring (anche dopo l'entrata in vigore della L. n. 52 del 1991) rimane un contratto atipico il cui nucleo essenziale è l'obbligo assunto da un imprenditore (cedente o fornitore) di cedere ad altro imprenditore (il factor) la titolarità dei crediti derivati all'esercizio della sua impresa. Le funzioni economiche del factoring sono molteplici ed esso, di regola, è caratterizzato dalla compresenza di plurime operazioni quali, appunto, la cessione di uno o più crediti (con le possibili varianti del finanziamento in favore dell'impresa attraverso le anticipazioni o smobilizzi, e dell'assunzione del rischio dell'insolvenza) e l'assunzione da parte del factor di obbligazioni non strettamente inerenti alla cessione, aventi ad oggetto la gestione dei crediti (quali: informazione, consulenza, collaborazione nella gestione aziendale etc.) di non secondaria importanza nell'economia del contratto. A fronte di ciò è prevista una commissione in favore del factor che costituisce il corrispettivo di quell'attività variabile in rapporto a molteplici elementi che incidono sul grado di assunzione del rischio dell'operazione. Ne consegue che, ai fini della qualificazione del contratto che dipende dagli effetti giuridici e non da quelli pratico-economici, il giudice deve fare riferimento all'intento negoziale delle parti che renda palese il risultato concreto dalle stesse perseguito, valutando in particolare, se esse abbiano optato per la causa vendendi, per quella mandati, o per altra ancora.”

⁷⁶ In senso conforme v. già Cass. civ., 15 febbraio 2013, n. 3829; Cass. civ., 28 febbraio 2008, n. 5302; Cass. civ., 11 maggio 2007, n. 10833.

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Questo però è frutto, come si è evidenziato, di una scelta ben precisa volta a non irrigidire troppo l'istituto. La normativa ha senza dubbio il pregio di creare una disciplina molto più snella ed agile di quella codicistica della cessione de crediti, i cui redattori era comprensibile *<<non potessero immaginare che tale tecnica contrattuale sarebbe stata adoperata, come accade nel factoring, per il trasferimento di una globalità di crediti presenti e futuri. Anzi che addirittura sarebbero state costituite società che come oggetto della propria attività avrebbero avuto l'acquisto dei crediti, in funzione di finanziamento. E proprio al fine di favorire la diffusione del fenomeno del factoring l'intervento legislativo è stato mirato a permettere la cessione in massa dei crediti presenti e futuri anche se non è ancora stato stipulato il contratto da cui sorgeranno, alla sola condizione che tale contratto sia stipulato entro 24 mesi, e che sia indicato il debitore ceduto; introdurre nel contratto di factoring la clausola pro solvendo, salvo patto contrario; semplificare l'opponibilità della cessione ai terzi, vedendo il criterio "nel pagamento con data certa (di una parte) del corrispettivo"; prevedere una disciplina fallimentare speciale>>*⁷⁷.

Questi sono i motivi che hanno spinto il legislatore a dar vita al provvedimento. Esso non ha risolto ogni problematica inerente l'istituto, perché in realtà è lo stesso ad essere molto sfuggente e cangiante nelle sue caratteristiche. Però ne ha sicuramente facilitato l'accesso e l'esercizio ed ha favorito il suo proliferare che ha portato negli anni il nostro paese a vedere il ricorso al Factoring crescere in modo esponenziale, con *turnover* che sono cresciuti repentinamente⁷⁸, probabilmente anche per le

⁷⁷ TENCATI, *Factoring, la circolazione della posizioni creditorie*, Key editore, 2018, pag.64

⁷⁸ "Dal 2009 al 2019 il mercato è più che raddoppiato, passando da 118.042 a 255.506 mln di euro, con un tasso medio di crescita del decennio del 7,20%", in Relazione annuale 2019/2020, Assifact

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991
caratteristiche economiche delle imprese con le quali questo istituto si sposa bene, quali sono le P.M.I., di cui il mercato italiano è colmo⁷⁹.

Restano perciò positivi i giudizi espressi nel tempo su questa legge, la quale ha pregi e difetti che si bilanciano, sulla quale la dottrina si è esposta ritenendo come <<senza negare le difficoltà, esistono anche i pregi della l.52/1991 () riuscendo quindi gratuiti i giudizi puramente negativi su quella legge>> e che <<in sintesi, si è fatto, con la L. n. 52/1991, qualcosa di utile. Ancora rimane del lavoro da svolgere>>⁸⁰.

⁷⁹ “Al 31 dicembre 2019 le imprese cedenti attive che hanno fatto ricorso al factoring per la gestione del proprio capitale circolante sono risultate quasi 35 mila, di cui il 60% PMI.” in Relazione annuale 2019/2020, Assifact

⁸⁰ TENCATI, *ult. cit.* pag.65

2.5. Factoring: la struttura del contratto

Compreso come la legge n.52/1991 richieda ancora, dopo la sua emanazione, un grande lavoro di analisi all'interprete che voglia rinvenire la disciplina del contratto di *Factoring*, si vuole ora iniziare questo percorso.

Esso prende necessariamente le mosse dalla struttura del contratto di *Factoring*. Esso infatti è un contratto commerciale nel quale due soggetti attuano una compravendita di crediti per svariate motivazioni economiche, portando alla traslazione della proprietà degli stessi nel momento della cessione, in caso si tratti di crediti attuali, o nel momento della loro nascita, in caso si tratti di crediti futuri⁸¹.

La dottrina ha perciò evidenziato come <<*il factoring si scompone in due momenti o piani diversi: il contratto da cui nasce il rapporto, e le successive cessioni di credito, che tale rapporto punteggiano per tutta la sua durata*>>⁸². Ci si è domandati se esso fosse un contratto con caratteristiche unitarie o invece se invece dovesse essere considerato alla stregua di un atto preparatorio, il quale sarebbe poi stato seguito dalle cessioni del credito, le quali avrebbero una loro autonomia.⁸³

Nel corso degli anni si sono distinte numerose opinioni, le quali lo hanno sistematicamente ricondotto alle più varie forme e strutture contrattuali esistenti con però due grandi differenze: vi erano coloro che lo definivano

⁸¹ Trib. Milano n.8450/2019: “*facendo applicazione dei principi giurisprudenziali in materia di factoring, va osservato che la cessione dei crediti stipulata da [...] si è perfezionata con il consenso dei contraenti, ma poiché l'oggetto erano crediti futuri, al perfezionamento non è seguito l'effetto traslativo che è stato rimandato al momento della nascita del credito*”

⁸² FRIGNANI, *Il Factoring*, in *Trattato di diritto privato*, Utet, 1984, pag. 27

⁸³ DIMUNDO, *Factoring e fallimento, La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, Cedam, pag.581, “*ossia sulla sua configurazione come cessione globale di crediti presenti e futuri, oppure come contratto-quadro seguito da singole autonome cessioni di credito. Dibattito dal cui esito derivano gravi conseguenze, atteso che le due diverse opzioni interpretative sopra menzionate condizionano la scelta della disciplina applicabile in caso di fallimento di uno dei soggetti del rapporto.*”

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

come un atto distinto rispetto alle singole cessioni e rinvenivano in esso un contratto preliminare-unilaterale⁸⁴, un contratto normativo⁸⁵ o addirittura una commistione tra un contratto normativo e un preliminare⁸⁶; e coloro che lo definivano come contratto ricomprensivo in esso le cessioni e non guardando ad esse come atti distinti, riconducendolo ad un contratto definitivo e unitario⁸⁷.

Sono anche state proposte soluzioni a metà tra questi due estremi⁸⁸, le quali per lo più fanno leva sulla prassi commerciale, nella quale autorevole dottrina ha dato atto <<della contestuale esistenza, nella prassi contrattuale seguita dai factors italiani, di formulari che adottano il modello della cessione globale di crediti futuri e di formulari che adottano lo schema convenzione base/cessioni successive>>⁸⁹.

Risulta chiaro come in questa interpretazione, benché astrattamente configurabile, si impone un onere non di poco conto al *Factor*. Esso infatti è solito stringere accordi di carattere continuativo, si è già evidenziato nel capitolo precedente come il *Factoring* abbia effetti maggiormente considerevoli in base alla durata del rapporto, e comprendenti ammontare di crediti di discreta entità⁹⁰. Ammettendo quindi tale configurazione si rischia di richiedere al *Factor* cessionario di agire in giudizio ogni volta il cedente si rifiuti di cedere quel determinato credito oggetto di preliminare, il che, per quanto ammissibile, mal si sposa con le intenzioni del legislatore

⁸⁴ SANTANGELO, *Diritto Fallimentare*, Cedam, 1975, pag. 208 e seguenti; NICCOLINI, *Rassegna Diritto Civile*, Edizioni scientifiche italiane, 1982, pag.57. Nel caso vi si riconosca il valore di contratto preliminare, si ricorda che lo stesso è scarnamente disciplinato dal codice, il quale tratta l'argomento nell'art.1351 c.c. riguardo ai requisiti di forma e che lo richiama con la disciplina dell'art.2932 c.c. il quale prevede come con sentenza si possano ottenere i diritti previsti dal contratto se la controparte si rifiuta di adempiere.

⁸⁵ FRIGNANI, *Il Foro padano*, Fabrizio Serra Editore, 1974, pag.47

⁸⁶ a modifica della propria precedente opinione: FRIGNANI, *Il Factoring*, in *Trattato di diritto privato*, Utet, 1984, pag.27

⁸⁷ QUATRARO, *Factoring e procedure concorsuali*, Le Società, Ipsoa, 1984, pag 984 e seguenti

⁸⁸ LA BIANCA, in *Rivista Diritto Commerciale*, F.Vallardi, 1979, pag.137 "Non mancano, poi, quanti scelgono la soluzione intermedia, ritenendolo in parte definitivo e in parte preliminare"

⁸⁹ DIMUNDO, *cit.*, pag.581

⁹⁰ Cap 1.4, "Factoring: le ragioni economiche dell'istituto"

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

di semplificazione dell'istituto, portando inoltre astrattamente ad identificare un'altra problematica, quale quella della difficile valutazione del rapporto a priori, caratteristica fondamentale e momento ineliminabile del percorso del *Factoring*, poiché vi è il rischio che un cambio nel management della cedente possa portare a proporre un indirizzo diverso in ordine alla cessione e quindi costringere il *Factor* a dover percorrere la via giudiziale nei confronti di un rapporto che, ab origine, era stato correttamente valutato come esente da rischi di insolvenza.

Il contratto normativo pone problematiche simili, benché va detto come esso non imponga ai contraenti l'obbligo di contrarre. Esso piuttosto prevede l'obbligo di contrarre "a determinate condizioni" e solo a quelle, ammettendo quindi implicitamente che i contraenti possano decidere di non porre in essere i contratti di cui hanno discusso, imponendo solamente che, in caso il contratto venga alla luce, esso debba essere caratterizzato nel modo previsto dal contratto normativo. Con esso perciò si vuole ottenere una velocizzazione di rapporti, con notevole risparmio in termini anche di costi in relazioni di durata, come è quella di *Factoring*.⁹¹ Però l'assenza dell'obbligo di contrarre permetterebbe genericamente al cedente di rifiutare una cessione al momento in cui il credito venga ad esistenza, perché magari ha avuto modo di rivedere le sue valutazioni sullo stesso, o per un generale miglioramento della situazione finanziaria o delle politiche di saldo-debiti del ceduto, fatto questo che si sposa con difficoltà con la disciplina del *Factoring*.

Per rispondere alla domanda, è utile fare un raffronto tra le due discipline appena richiamate, quella codicistica e quella speciale.

⁹¹GULOTTA, *Civile, Contratti*, in <http://www.salvisjuribus.it/i-profilo-problematici-del-contratto-normativo-interno-ed-esterno/>, 2017, "con il perfezionamento del contratto normativo, deve ritenersi esaurita e superata la fase delle trattative."

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Il legislatore ha voluto incentivare un più agile ricorso al *Factoring* rispetto alla normativa codicistica, permettendo la cessione in massa dei crediti presenti e futuri anche se non è ancora stato stipulato il contratto da cui sorgeranno. Questo indicatore deve portarci a ragionare su quale fossero le ragioni che hanno portato il legislatore a prendere questa decisione.

Riconosciuto come la legge n.52/1991 non sia definibile quale “Legge *Factoring*” come da molti è stato riconosciuto, è chiaro come nelle intenzioni del legislatore essa era stata sviluppata nell’intento di disciplinare l’istituto. Che si accolga l’opinione secondo cui essa non abbia tipizzato l’istituto o che si accolgano le voci minoritarie secondo le quali essa lo abbia fatto è innegabile che sia preferibile rivolgersi ad essa e non alla disciplina codicistica per risolvere il dilemma.

Nell’articolo 3 della sopracitata si ammette la cessione, anche in massa di crediti futuri. Lo si fa arrivando all’assunto di rendere ammissibile addirittura la cessione in massa di crediti di cui non sono ancora sorti i contratti dai quali essi si genereranno. Questo ci pone di fronte ad una domanda: per quale motivo il legislatore avrebbe dovuto introdurre delle disposizioni di tale genere?

Se esso non avesse avuto intenzione di rendere unitario il rapporto di *Factoring* per quel riguarda le cessioni ed il contratto stesso, avrebbe potuto semplicemente ricalcare su questo punto la disciplina codicistica, al quale poi aggiungere le necessarie facilitazioni (opponibilità ex art.5 e rapporti con il fallimento ex art.7) senza disciplinare la cessione di crediti futuri, poiché essa, per sua stessa conformazione, presuppone un rapporto obbligatorio che non è ancora sorto (ossia quei contratti ancora da stipulare). Quindi, volendo aderire all’interpretazione che vede il contratto di *Factoring* come contratto quadro seguito da autonome cessioni, ci si domanda da cosa sorgano i diritti a ricevere i crediti futuri, poiché per quel che riguarda essi non vi è allo stato dei fatti un contratto che ceda i diritti di

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

riscossione, secondo il quale perciò i crediti debbano essere pagati al *Factor* e non al cedente. A quale atto si può ricondurre tale diritto, considerato il fatto che il *Factor* può richiedere l'adempimento opponendo il suo titolo ad altri cessionari dei crediti futuri?

L'unica risposta logica a questo interrogativo è quella di rivolgersi al contratto di *Factoring*, il quale è la fonte di tale obbligo e perciò mantiene un rapporto molto stretto con le successive cessioni. Tra di essi si è riscontrato un rapporto di subordinazione funzionale⁹² molto forte, che impedisce di riconoscerne una loro autonomia e di evidenziare la presenza di diverse cause per le quali siano stati posti in essere gli atti.

Si può aggiungere che tra le caratteristiche stesse dell'obbligazione c'è quella di avere delle fonti ben precise, quali il contratto, il fatto illecito o, con formula di chiusura, ogni altro atto o fatto idoneo. Riferendosi non alla genesi dell'obbligazione in se, la quale deriva da atto tra cedente e ceduto, bensì alla genesi del diritto a ricevere la controprestazione da parte del ceduto, ci si domanda quale altro fatto idoneo potrebbe mai esserci che lo giustifichi.

Questo, sommato al rilievo precedente sulle intenzioni del legislatore, ci porta a riconoscere come, nel nostro ordinamento il contratto di *Factoring* sia stato riconosciuto come un atto unitario, di cui le cessioni sono semplicemente i momenti attuativi dello stesso, la cui disciplina prende le mosse dal contratto in sé. Le cessioni sono unicamente i momenti in cui si concretizza l'effetto traslativo dell'istituto, il quale però è già considerato perfezionato dal momento della sua sottoscrizione da parte dei contraenti⁹³.

Concorda con questa opinione autorevole dottrina, secondo la quale afferma, in riferimento al *Factoring* come “*non si può dubitare*

⁹² DIMUNDO, *cit.*, pag.582

⁹³ Trib. Milano n.8450/2019

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

dell'unitarietà del rapporto, in presenza di un nesso così stretto di subordinazione funzionale tra le prestazioni essenziali dei contraenti e, quindi, di una causa unica, che tutte le avvince. Non è davvero possibile considerare le cessioni dei crediti futuri negozi autonomi rispetto all'accordo iniziale, poiché il problema della cedibilità dei crediti futuri è sorto, ed è stato risolto, proprio per l'esigenza di ricollegare all'accordo iniziale l'effetto del trasferimento al cessionario dei crediti non ancora sorti nel rispetto del principio della determinabilità dell'oggetto del contratto."⁹⁴

Affermando ciò si può sostenere che nell'istituto vada ricercata una singola causa e non molteplici inerenti alle ragioni economiche dell'atto in se e delle varie cessioni, ragion per cui ora possiamo proseguire nella nostra indagine sulla causa consapevole del fatto che la ragione economica del contratto e delle varie cessioni sia la stessa e vada ricercata nell'atto che dà vita all'operazione.

⁹⁴ DIMUNDO, *Factoring, ult.cit.*, pag.583, il quale afferma anche come: "Deve invece riconoscersi che la cessione dei crediti d'impresa in attuazione del contratto di factoring è parte di un negozio unitario, al quale si ricollegano direttamente tutti gli effetti programmati, sia reali con riferimento ai crediti esistenti, sia obbligatori con riferimento ai crediti futuri: tali effetti si producono immediatamente all'atto della conclusione dell'accordo per i crediti già sorti; mentre per i crediti futuri - esista o non esista ancora il relativo rapporto di base-l'effetto traslativo si verificherà ope legis al momento in cui il credito verrà ad esistenza, senza necessità di ulteriori accordi negoziali"

2.6. *Factoring*: la causa del contratto

Vi sono state in principio le più disparate considerazioni riguardo la possibile causa del contratto in discorso.

Partendo dall'origine del dibattito va detto che esso, proprio per la sua agilità e snellezza, si riconfigura come affine a molteplici fattispecie contrattuali tipiche, alle quali ogni volta la dottrina si è ricondotta per cercare di dare una veste a tale accordo e definirne quindi caratteristiche strutturali e normative.

Nel percorso afferente al suo inquadramento causale esso è ricondotto allo schema del negozio di mutuo, nel quale la cessione del credito avrebbe quindi una funzione di garanzia delle erogazioni del *Factor* sotto forma di credito concesso al cedente, le quali trovano la loro causa nel finanziamento del cedente. La cessione del credito risulta perciò strumentale rispetto al focus dell'operazione, il quale è per entrambi i contraenti determinato dall'erogazione di un finanziamento da parte del cessionario nei confronti del cedente. Così facendo in questa interpretazione si evidenzia una causa *credendi*.⁹⁵

Altra impostazione è stata seguita dalla dottrina, che, sull'onda dell'applicabilità delle norme del Testo Unico Bancario al contratto di *Factoring* ha ipotizzato per esso una causa di finanziamento mista ad una causa di scambio. Nello specifico è stato sostenuto come esso sia un accordo dove sia evidente la presenza di una causa unitaria con caratteristiche afferenti sia quella di scambio che quella di finanziamento, con prevalenza di quella di finanziamento su quella *vendendi* che porti a rilevare come le alte obbligazioni scaturenti dall'accordo di *Factoring* siano del tutto accessorie rispetto allo scopo dell'accordo, il quale è quello di garantire un finanziamento. Sulla scorta delle opinioni della dottrina, una

⁹⁵ PICCININI, *cit.*, pag.616

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

delle ragioni per le quali si riscontra tale interpretazione nell'accordo è il fatto di vedere su di esso applicabile la normativa di cui all'art.106 T.U.B. che prevede al comma 2 come il cessionario sia obbligato a svolgere esclusivamente attività finanziarie.⁹⁶

Altra tesi vede nel *Factoring* un contratto che per sua natura non può avere una causa fissa, ma cangiante⁹⁷, per via della sua caratteristica snellezza, che lo rende malleabile ed è anche il motivo per il quale tale istituto è proliferato così tanto nella prassi.

Una dottrina minoritaria⁹⁸, molto risalente nel tempo nonché poco attuale alla luce dei recenti sviluppi sul *Factoring* rinviene nel contratto di *Factoring* le caratteristiche di un contratto di sconto.

Il negozio di sconto viene definito come << un'operazione creditizia attraverso la quale il credito viene venduto alla banca, che corrisponde al cliente una somma inferiore all'importo nominale del credito. La differenza tra importo nominale e il minor prezzo è appunto lo sconto.>>⁹⁹. Esso quindi ha in comune con il *Factoring* l'erogazione di somme nei confronti del cedente prima della scadenza del credito, ossia le anticipazioni.

Si è però osservato come, nel *Factoring*, le anticipazioni siano meramente eventuali, non solo in un'analisi comparativa con le altre obbligazioni simultaneamente presenti nel contratto, bensì proprio nell'operare della prassi commerciale, la quale ha sempre mantenuto in capo al *Factor* la scelta in merito al se e quanto erogare nei confronti del cedente a titolo di anticipazione, permettendo così al *Factor* stesso di erogare anche l'intero ammontare del credito.

⁹⁶ CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Utet, 1989, pag.232

⁹⁷ PICCININI, *cit.*, pag.616.

⁹⁸ FOSSATI-PORRO, *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Giuffrè, 1994, pag.135

⁹⁹ GALGANO, *Diritto commerciale*, Zanichelli, 2001, pag.231

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Tale dibattito, così vivo nella dottrina, ha portato quasi unanimemente nel tempo la stessa e la giurisprudenza ad allinearsi sulla stessa posizione, ovvero che la legge n.52/1991 non fosse stata in grado di tipizzare il *Factoring*, stante l'eccessiva ampiezza contenutistica del negozio.¹⁰⁰

Vi sono però state voci contrarie a tale assunto.

In dottrina c'è chi ha rinvenuto nel *Factoring* come delineato dalla legge n.52/1991 uno schema già riscontrato nella prassi commerciale italiana, vedendo perciò nel provvedimento del legislatore un tentativo di tipizzare un modello contrattuale già presente nella prassi. Più di un autore ha scritto in merito all'argomento arrivando ad affermare come «*non sia corretto negare che la l. n. 52 del 1991 sia la disciplina giuridica del factoring come si svolge in Italia*»¹⁰¹. In quest'interpretazione si è posto l'accento su come il *Factoring* italiano si basi su presupposti di carattere soggettivo, riguardanti le figure del *Factor* e del soggetto cedente, che nella prassi ricorrente sono il primo una società o un ente, pubblico o privato, avente personalità giuridica, sempre che, in ogni caso, l'oggetto sociale preveda anche l'acquisto di crediti di impresa, ed il secondo un imprenditore. Ha inoltre riscontrato come il trasferimento dei crediti nella realtà italiana sia caratterizzato da una «*causa vendendi*», cui si accompagna la dazione di un anticipo anche parziale», con evidente finalità di finanziamento, «*da parte del factor sul 'prezzo' della cessione*»¹⁰².

Con ciò si è voluto affermare come vi sia stata l'intenzione da parte del legislatore di tipizzare il *Factoring* già vigente nella prassi commerciale italiana, rilevando come «*sia la causa di scambio, che si realizza con il trasferimento dei crediti 'verso corrispettivo', e sia la causa di finanziamento, che si realizza - necessariamente in ragione della natura di*

¹⁰⁰ Vedi capitolo 2 paragrafo 1, “*Introduzione*”, e capitolo 2 paragrafo 4, “Il problema della tipizzazione”

¹⁰¹ CLARIZIA, *I contratti nuovi*, Giappichelli, 1999, p.24

¹⁰² CLARIZIA, *ult. cit.*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

banca o di intermediario finanziario del cessionario - con la dazione dell'anticipo, costituiscono una costante strutturale dell'operazione di factoring così nella pratica operativa italiana come nella l. n. 52 del 1991»¹⁰³.

Alla luce di ciò nell'interpretazione dell'autore la disciplina del Factoring di cui alla legge n.52/1991 sarebbe applicabile a quel genere di istituti posti in essere nella pratica che hanno come caratteristica l'aderenza ai principi base dell'istituto secondo le prassi commerciali italiane e negandone, si suppone, l'applicabilità nei confronti di quegli istituti che non hanno tali caratteristiche.

2.7. (Segue): la causa vendendi

Per quanto, come si è visto, siano state proposte le soluzioni più disparate rispetto al dibattito sulla causa dell'istituto, è innegabile come molte delle interpretazioni sopra proposte si risolvano delle forzature interpretative o in ragionamenti che, per quanto dotati di discreta autorità dati i soggetti che li pongono in essere, risultano ormai superati.

La commistione di cause che possono essere rinvenibili nell'accordo di Factoring rende poco attuali e concrete le opinioni che cercano di risolvere l'accordo in un negozio con causa singola risolvibile in una causa di finanziamento. Le attività poste in essere dal *Factor* generico infatti sono troppo variegate per potersi risolvere in un semplice atto di finanziamento della controparte contrattuale.

Ragion per cui il dibattito si è nel tempo evoluto fino ad arrivare ad una contrapposizione tra due diverse visioni che hanno preso particolarmente piede nella dottrina, quali quella della causa *vendendi* (di scambio) e quella *mandati* (gestoria) dell'accordo.

¹⁰³ PICCININI, *cit.*, pag.34; CLARIZIA, *ult. cit.*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

La causa vendendi si sostanzia nel riconoscere nell'accordo una funzione di vendita, preordinando quindi l'intera operazione alla cessione dei crediti. Essa è perciò l'obbligazione principale perseguita dai contraenti ed ogni altra obbligazione scaturente dall'accordo ha un ruolo solamente accessorio rispetto al focus dell'accordo

In dottrina, coloro che hanno aderito a tale interpretazione, hanno descritto il contratto di *Factoring* causa vendendi come *<<un contratto di scambio con causa vendendi caratterizzato dalla funzione di trasferimento dei crediti al factor che acquisisce il diritto iure proprio alla loro riscossione. Coloro che accolgono questa opinione ritengono che gli anticipi versati dal factor all'impresa cedente rappresentino un pagamento parziale del corrispettivo per la cessione dei crediti in quanto tali anticipi sono calcolati in rapporto al valore nominale dei crediti ceduti ed indipendentemente dalla assunzione della garanzia dell'adempimento del debitore ceduto. Ne consegue che, al momento della riscossione del credito, il factor è debitore del cedente per la differenza della somma anticipata e quella effettivamente incassata a seguito dell'adempimento del debitore ceduto>>*¹⁰⁴

Tale interpretazione, valorizzando il valore della cessione del credito sopra tutte gli altri interessi, porta a riconoscere nelle singole cessioni presenti nel contratto lo strumento essenziale per l'attuazione dell'accordo, il cui fine ultimo come detto è garantire un pieno effetto traslativo della proprietà dei crediti in discorso.

Tale corrente, muovendosi su questo presupposto, giustifica le svariate obbligazioni presenti nell'accordo di *Factoring* ricomprendendole a vario genere all'interno degli argini della causa vendendi.

¹⁰⁴ DE NOVA, *I nuovi contratti ed.2*, Utet, 1994, pag.354 e seguenti

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Nello specifico è stato trattato il tema degli interessi, vero scoglio di fronte alla configurazione di una vendita effettiva con effettiva traslazione del diritto all'incasso, definendoli non come tali, bensì <<*gli interessi sarebbero una componente negativa del prezzo non dissimile dalle commissioni*>> negando così la causa di finanziamento al netto di motivazioni quali la non presenza costante delle anticipazioni e l'assenza di un obbligo generalizzato, per il cedente, di retrocessione del tantum ricevuto dal cessionario.¹⁰⁵

2.8. (Segue): la causa *mandati*

Alla tesi del contratto con causa *vendendi* si contrappone quella che vede nel *Factoring* un contratto con causa *mandati*. Questa differenziazione dipende in gran parte dalle molteplici obbligazioni che il *Factor* può assumere, delle quali si è già avuto modo di discutere precedentemente, all'interno della rapporto obbligatorio e che mal si sposano con la causa di scambio ipotizzata, ma non solo.

Nel caso di specie si tratterebbe di un mandato senza rappresentanza, ex art.1705 c.c. Esso prevede come il mandatario abbia il diritto di agire in nome proprio ma per conto del mandante, con l'obbligo di ritrasferire poi al mandante gli effetti giuridici ed i diritti assunti.¹⁰⁶

Gli obblighi del *Factor* inerenti la gestione dei crediti, dei quali fanno parte anche quelli inerenti la gestione del parco creditori e le attività effettive di riscossione, sia all'interno di rapporti normali che in quelli che sfociano in crediti in difficoltà e successive procedure fallimentari, hanno in parte per oggetto una prestazione che oggettivamente non si può definire di dare,

¹⁰⁵ DE NOVA, *ult cit*

¹⁰⁶ PICCININI, *cit.*, pag.618: “Più precisamente, si tratterebbe di un contratto di mandato senza rappresentanza con il quale il cedente conferisce al factor il mandato a compiere atti giuridici di gestione dei crediti che il cedente trasferisce al factor”

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

bensì di fare, e che quindi mal si sposa con il concetto di semplice <<pagamento del corrispettivo>>¹⁰⁷.

Le anticipazioni invece, le quali sono un obbligo al quale segue quello di rimettere i crediti al cedente, creano due distinte obbligazioni scaturenti dallo stesso atto che si sposano maggiormente con una configurazione che richiami gli istituti di finanziamento nel primo caso e quello del mandato nel secondo caso, così come <<l'obbligo di corrispondere al cedente il saldo a suo credito, in presenza di eventuali anticipazioni, era indicativo di una compensazione tra il credito del factor per le anticipazioni fatte ed il controcredito della cedente ad ottenere le somme riscosse: compensazione incompatibile con la causa vendendi, perché in tal caso vi sarebbero soltanto debiti del factor, e non anche crediti da opporre in compensazione.>>¹⁰⁸.

Tornando al pagamento del prezzo, un altro aspetto che risulta dubbio è quello della determinazione del suo ammontare. Esso nella prassi viene determinato infatti come un quantitativo pari o circa al valore di scambio dei crediti. Si può quindi sostenere che il *Factor* compri al cedente i suoi crediti al prezzo di effettivo realizzo degli stessi, lo stesso perciò si assume un rischio, quello del mancato realizzo dei crediti, di fronte ad una remunerazione per il rischio assunto che il mercato vorrebbe essere inferiore al suo valore nominale prima della scadenza.¹⁰⁹

Analizzando ancora più da vicino gli obblighi imposti dall'accordo, questi mostrano dei tratti che sembrano richiamare cause diverse da quella di scambio. Il *Factor*, come si è visto, acquista dei crediti dal creditore

¹⁰⁷ DIMUNDO, *cit.* pag.573

¹⁰⁸ DIMUNDO, *ult cit.* pag.577

¹⁰⁹ DIMUNDO, *ult cit* pag.567 <<il fatto che (...) il cessionario si obblighi a "pagare" al cedente un corrispettivo pari al valore nominale del credito ceduto, o tradisce un riferimento a rapporto privo di funzione economica, o è un'inesatta rilevazione di fenomeno contrattuale, in cui i termini "pagamento", "corrispettivo", "cessione" vengono usati per indicare, in realtà, una cessione di credito a scopo di garanzia o con dirette funzioni solutorie, alla quale, comunque non corrisponde uno specifico corrispettivo pecuniario>>

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

cedente e concede anticipazioni, le quali come si è detto richiamano in parte la causa vendendi ed in parte quella mandati. Ma essi non sono gli unici obblighi che derivano dall'accordo.

Infatti, in caso il *Factor* conceda anticipazioni, esso normalmente riceve a sua volta una percentuale sulla sua erogazione a titolo di interessi. Si comprende chiaramente come, ipotizzando una causa di scambio, le anticipazioni siano considerabili come parte del pagamento del corrispettivo a fronte della cessione del credito. Parte della dottrina ha riconosciuto in esse una contraddittorietà nel momento in cui viene riconosciuto il diritto di compensare il valore dei crediti acquisiti nella regolazione del saldo inerente l'operazione, ma volendo comunque aderire alla causa di scambio è evidente come, considerando a tal fine le stesse come parti del corrispettivo da pagare per la cessione, esse diano vita all'assurdo in cui un soggetto, il cedente, finisce per pagare degli interessi su una somma, le anticipazioni, che gli spettano di diritto dal momento in cui esse non sono altro che il corrispettivo della cessione.

Ricapitolando, nel caso degli interessi, essi portano alla situazione in cui il cedente paga degli interessi su una somma di cui è creditore ed il cessionario riceve degli interessi che maturano su un ammontare di cui è debitore. A quale titolo essi ricevono tale somma? Quale utilità ottiene il cedente dall'accordo che giustifichi il pagamento dell'interesse di cui sopra, se sta semplicemente, secondo la tesi della causa *vendendi*, percependo denaro in corrispettivo di una cessione di crediti di sua proprietà?¹¹⁰

¹¹⁰ INZITARI, Natura delle cessioni nel contratto di factoring e procedure concorsuali, in *Rivista diritto privato*, Ipsoa, 1998, pag 102 e seguenti, secondo il quale «è evidente la insanabile contraddittorietà della decorrenza di interessi su un prezzo pagato. Questo, infatti, costituisce una definitiva attribuzione patrimoniale, in ordine alla quale è ontologicamente impensabile concepire la decorrenza di interessi a favore di chiunque e, tanto più, del factor solvens. Manca l'imprescindibile requisito e presupposto della qualificazione di dette somme quali debiti pecuniari nei confronti del factor: una tale qualifica, appunto, contraddice ed è assolutamente incompati-

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Si è fatto notare chiaramente in dottrina come <<*Non si può giustificare, infatti, la produzione di interessi in assenza di una obbligazione pecuniaria del debitore*¹¹¹ nei confronti del *Factor*.>>¹¹².

A fronte di tali dubbi è stato sostenuto da coloro a favore della causa vendendi che, per ciò che concerne le anticipazioni e gli interessi dovuti su di esse, esse siano giustificate dalla presenza nel contratto di *Factoring* di una pluralità di cause diverse.

Nello specifico viene proposta la compresenza di una causa di finanziamento ed una di scambio.

Dottrina avversa ha però evidenziato come <<*Affermare che l'anticipo versato ha funzione di finanziamento significa, infatti, sostenere che esso produce interessi e che deve essere poi restituito. Tale caratteristica non può in alcun modo combinarsi con una contemporanea funzione di corrispettivo di una vendita che, al contrario, è attribuzione patrimoniale definitiva che non deve essere restituita.*>>¹¹³

Sembrano effettivamente più coerenti con una causa di finanziamento, dove il soggetto finanziatore, il *Factor*, concede un finanziamento al soggetto finanziato, il cedente, il quale in cambio cede dei crediti allo scopo di garantire il finanziatore per l'ammontare da lui ceduto. Così assumerebbe anche senso il successivo saldo del conto a credito/debito tra il *Factor* ed il cedente, i quali hanno così obblighi reciproci che possono dar vita alla compensazione, dato che nella situazione in discorso il *Factor* ha diritto a ricevere indietro le anticipazioni e gli interessi sulle stesse ma deve allo stesso modo rifondere il cedente del valore delle cessioni perché, esclusa la

bile con quella di pagamento del prezzo dovuto, in quanto al pagamento si accompagna l'estinzione di un debito del factor solvens e non certo la nascita di un credito del solvens sulle somme pagate>>.

¹¹¹ L'imprenditore cedente

¹¹² PICCININI, *cit.* pag.624

¹¹³ PICCININI, *ult. cit.*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

causa vendendi, esso non ha mai ottenuto la reale disponibilità dei crediti, bensì li ha unicamente ricevuti a titolo di garanzia e, a fronte del pagamento da parte del cedente, esso deve retrocederli al cedente perché non ha più titolo per detenerli a causa della realizzazione della prestazione di fare/dare che era garantita dalla cessione.

Trattato il tema degli interessi, non si può sostenere che non vi siano delle difficoltà simili sul tema del pagamento della commissione. Abbiamo già affrontato nel primo capitolo il tema delle spese inerenti al contratto di Factoring. Esso prevede il pagamento di una commissione per i servizi svolti in tema di riscossione e gestione dei crediti, i quali fanno parte dell'utilità che il *Factor* riceve dall'accordo.

Il problema, similmente a quello affrontato nel punto precedente in tema di interessi sulle anticipazioni, è quello di non riuscire a giustificare il motivo di tale erogazione.

Effettivamente, aderendo nuovamente alla causa vendendi, non si può non ritenere come essa porti i crediti in discorso ad uscire dal patrimonio del cedente e ad entrare in quello del cessionario. Se i crediti in discorso sono di proprietà del cessionario ora, le attività di riscossione e gestione del portafoglio creditorio vengono poste in essere nell'interesse del creditore, che è il cessionario stesso. Esso perciò sembrerebbe ricevere un pagamento, la commissione, dal cedente per un servizio che esso rende a sé stesso. Fatto che si ripercuote anche sui rimborsi spese, anche essi citati nel primo capitolo. Essi sono rimborsi per l'attività di riscossione dei crediti che il cedente paga al *Factor*, che però essendo ora proprietario dei crediti agisce nel proprio interesse e non in quello del cedente¹¹⁴.

Quindi fino ad ora si è evidenziato come, nell'ipotesi della causa *vendendi*, il cedente paga al *Factor* gli interessi sul suo corrispettivo, le commissioni

¹¹⁴ DIMUNDO, *cit*, pag.567

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

su un'attività che il *Factor* compie nel suo interesse e in aggiunta i rimborsi spese sulle attività necessarie alla riscossione dei crediti che non sono più di sua proprietà. Infine esso regola il saldo tra i crediti che il *Factor* ha nei suoi confronti, cioè il credito a ricevere indietro le anticipazioni, che lo si ricorda, sono il corrispettivo della cessione, e quelli che ha lui nei confronti del *Factor*, il quale è debitore nei confronti del cedente per l'ammontare dei crediti riscossi, ma di cui ora esso è proprietario avendoli acquisiti dietro il pagamento del corrispettivo.

Tutto ciò è chiaramente poco congruo e ha portato giurisprudenza e dottrina a domandarsi quale sia la causa applicabile al Factoring non dando giustamente credito agli effetti materiali del negozio, che sono quelli sopra evidenziati, bensì alle ragioni economiche-sociali che hanno portato i soggetti a stringere l'accordo, come da insegnamento della dottrina e della giurisprudenza in tema di causa.

Nessuna incongruenza è, invece, riscontrabile tra la lettera ed il contenuto dei contratti tipo, se il contratto di factoring, così congegnato, viene qualificato come contratto con causa gestoria.¹¹⁵

Provando a configurare l'accordo in termini di mandato, esso finisce per articolarsi in un rapporto dove:

- 1) Il *Factor* è un mero mandate alla gestione ed all'incasso e non l'acquirente dei crediti del cedente
- 2) Per tale motivo, esso è tenuto dopo la riscossione dei crediti alla loro retrocessione al cedente, fatto che rende logici i pagamenti dello stesso al *Factor* per l'attività svolta nell'interesse dello stesso
- 3) Esso può concedere delle anticipazioni a titolo di finanziamento, giustificando così anche il successivo saldo tra le obbligazioni pendenti tra

¹¹⁵ DIMUNDO, *cit.*, pag.577

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

i soggetti. Il cedente così non è più creditore di una somma, l'anticipazione, che ha oggettivamente ricevuto sotto forma di finanziamento, e non, come nell'interpretazione posta in essere nella causa vendendi, di una somma ricevuta a titolo di corrispettivo.

Infatti, impostando il negozio come mandato e non come vendita, esso giustifica ovviamente il punto 2 del nostro elenco, sul quale non sorgono contestazioni, poiché esso è il cuore del concetto di mandato, nel quale il mandante non agisce sul proprio patrimonio, bensì compie atti sul patrimonio altrui sotto indicazione del mandante.

Inoltre, quest'interpretazione risolverebbe un problema che sopraggiunge dalla prassi contrattuale, la quale ci suggerisce con chiarezza come sia quantomeno anomala una vendita di crediti dove il prezzo intero degli stessi sia incassabile solo alla scadenza degli stessi, come la dottrina ha diligentemente sottolineato¹¹⁶.

Tale considerazione ovviamente porta a giustificare tutto il sistema di spese e compensi che abbiamo visto nel capitolo 1, poiché, ipotizzando una causa di mandato, esse risultano non più incongruenti bensì assolutamente logiche, così come risulta logico che il mandante venga compensato per la sua attività svolta nell'interesse del mandante (commissione), che si veda rimborsate le spese compiute nell'eseguire tale attività nell'interesse del mandante (rimborso spese) e che, in caso eroghi delle anticipazioni sui crediti da riscuotere (e non dei pagamenti anticipati del corrispettivo di una vendita) stia finanziando la controparte ed abbia perciò giustamente diritto a venire remunerato per la sua attività dal mandante.

¹¹⁶ DIMUNDO, cit., pag.578, fa notare come <<Il suddetto obbligo non può, invece, essere qualificato come adempimento dell'obbligo di pagare il prezzo del credito, ostandovi l'anomalia di una vendita, che non consentirebbe al venditore di realizzare il corrispettivo nel momento in cui si priva del credito ma solo alla scadenza del credito, ossia in un momento in cui riscuoterebbe la somma anche se non avesse ceduto il credito.>>

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Si è giustamente obiettato come, al netto delle considerazioni poste in essere, nella prassi la cessione dei crediti abbia luogo tra i soggetti e che dunque essa finisca per dimostrare come il contratto abbia in realtà uno scopo diverso da quello del mandato, poiché <<*il trasferimento dei crediti costituirebbe un mezzo eccedente rispetto al fine limitato del loro incasso, che potrebbe essere realizzato con un semplice mandato*>>¹¹⁷, indicando come la volontà delle parti sia diversa da quella indicata dai sostenitori della causa *mandati*.

Ma a tale considerazione si risponde rilevando come il trasferimento del credito sia meramente strumentale¹¹⁸ all'obiettivo preordinato alla stipula del contratto. Con questa espressione si intende che il trasferimento in questione non è la ragione economico-sociale che ha portato entrambe le parti a redigere il contratto, bensì sia una caratteristica strumentale dello stesso che risulti utile all'attività del *Factor*. Esso, disponendo dei crediti come proprietario, ottiene il diritto ad esercitare azioni per il loro recupero, a gestirli nella maniera che esso ritiene più consona ed a compiere come proprietario tutte quelle attività che risultano collaterali ad una corretta attività gestione del portafoglio creditori.

Ulteriore critica mossa allo schema del mandato è stata quella che vede il rapporto intercorrente tra i soggetti contraenti come ben lontano dalle caratteristiche tipiche di un mandato. Nel mandato infatti, il mandatario è, in un certo qual modo, subordinato alla volontà del mandante. Con ciò si intende che esso determina le attività che il mandatario può compiere poiché esse vengono poste in essere nel primario ed esclusivo interesse del

¹¹⁷ DIMUNDO, *ult cit*, pag.579; DE NOVA, *I nuovi contratti, cit.*, pag.127 e seguenti

¹¹⁸ PICCININI, *cit.* pag.618 sostiene come <<*I crediti sono solo formalmente ceduti al factor, esclusivamente per consentire l'attività gestoria e quindi affinché sia a questi consentito l'esercizio efficiente di tutte quelle attività finalizzate allo scopo del realizzo dei crediti. La cessione dei crediti costituisce dunque il mezzo necessario per l'esecuzione del mandato da parte del factor-mandatario nell'ambito di quanto disposto dall'art. 1719 c.c.*>> richiamando anche Corte d'Appello Lecce, 21 settembre 2001

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

mandante. Nel rapporto di *Factoring*, invece, la gestione dei crediti è a discrezione completa del *Factor*, il quale sembra agire come proprietario del credito, fatto che giustificherebbe nuovamente la causa vendendi.

Ma a ciò si risponde, come sopra, che in esso la cessione dei crediti è meramente strumentale alla funzione del contratto, ragion per la quale il comportamento "da proprietario" del mandatario non è giustificato dall'effettiva volontà di agire in quel modo, la quale sarebbe indicatore di un desiderio comune di traslare il diritto da un soggetto all'altro, bensì una semplificazione delle attività dello stesso. La circostanza che il *Factor* agisca autonomamente nell'attività in discorso, è fattore che può essere agilmente spiegato con l'interpretazione sopra riportata, oltre che con la maggiore esperienza ed economicità del suo operato, come si è riscontrato analiticamente nel capitolo 1, nella parte in cui si è posto il focus sulle ragioni che portino le imprese a rivolgersi ai *Factor*. Tale affermazione trova effettivo riscontro nella modulistica contrattuale vigente nella prassi.

La dottrina ha esaminato le "Condizioni generali per le future operazioni di factoring" redatte da Assifact ed alcuni moduli contrattuali utilizzati da alcune società di *Factoring*.

Essa ha verificato come nel definire dell'oggetto del contratto, tali moduli richiamino clausole contrattuali molto chiare nel definirlo come segue *"Il presente contratto ha per oggetto la disciplina delle future cessioni verso corrispettivo di crediti vantati dal Fornitore nei confronti i dei propri debitori, nonché l'esecuzione da parte del Factor delle seguenti prestazioni: a) il sollecito del pagamento e l'incasso dei crediti vantati dal Fornitore nei confronti di suoi debitori, nonché la registrazione sulle proprie evidenze dei crediti e dei fatti amministrativi e gestionali ad essi connessi, sino al loro incasso; b) il pagamento anticipato, in tutto o in parte, del corrispettivo dei crediti ceduti; c) l'assunzione, in tutto o in parte, del rischio del mancato pagamento dovuto ad inadempimento dei*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

debitori; d) il Factor potrà effettuare inoltre, a richiesta del Fornitore, altre prestazioni quali, ad esempio, la valutazione dei potenziali clienti italiani ed esteri ed il recupero anche giudiziale dei crediti".

In più va anche riconosciuto come nella prassi, forse anche per impedire questioni legali in seguito o semplicemente spiacevoli conseguenze, nei contratti di *Factoring* vengono aggiunte delle clausole che impongono obblighi informativi del cedente nei confronti del cessionario¹¹⁹. Il primo infatti è di frequente obbligato a dall'accordo stesso a porre in essere delle condotte per rendere più facilmente esercitabile l'attività di *Factoring* tra i quali si può ricordare come esso sia obbligato a <<consegnare al factor i documenti probatori relativi ai crediti ceduti ed alle garanzie che li assistono. Deve, inoltre, impegnarsi affinché i pagamenti dei crediti vengano effettuati direttamente ed esclusivamente alla società di factoring, evitando di riscuoterli direttamente, oltre naturalmente, al fatto di essere tenuto ad informare i debitori ceduti dell'avvenuta cessione. È tenuto,

¹¹⁹ PICCININI, *cit.* pag.611;

NICOLETTA MUCCIOLI, *Gli obblighi informativi tra formazione ed esecuzione del contratto, Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, Cedam, pag. 50-60, afferma come "l'impresa di factor svolge professionalmente l'attività di acquisto dei crediti non ancora esigibili che le imprese venditrici vantano presso la propria clientela, preoccupandosi poi di riscuoterli, anticipandone al l'impresa cedente in tutto o in parte l'importo, oppure compiendo, come nel caso di specie, un'operazione di assicurazione, nei casi in cui il Factor acquista il credito pro soluto, assumendosi, cioè, il rischio dell'insolvenza del debitore; si tratta, pertanto, di un'attività professionale svolta da società commerciali sovente in via esclusiva e con riferimento a crediti di relevantissimi importi; il Factor è, pertanto, un soggetto tenuto ad acquisire autonomamente le necessarie informazioni per valutare il grado di solvibilità dei debitori ceduti nel settore di riferimento; esso, inoltre, nella fase precontrattuale, può legittimamente richiedere al cedente (Fornitore) le scritture contabili relative ai rapporti pregressi del fornitore con i debitori ceduti, per accertare la presenza, la frequenza e la rilevanza di eventuali insoluti e, in definitiva, al fine di valutare l'affidabilità economica della clientela del cedente; successivamente, con la stipulazione del contratto di factoring, l'interesse del Factor ad ottenere dalla controparte "...copie ed estratti autentici delle scritture contabili relative ai crediti oggetto di cessione, delle comunicazioni bancarie di accredito del corrispettivo e delle eventuali garanzie..." diventa poi un vero e proprio diritto contrattuale() si tratta, pertanto, di un onere di ricerca documentale che, con particolare riferimento ai debiti assunti dalla clientela del cedente in epoca anteriore al perfezionamento del contratto di factoring, grava sul Factor e che non può, invece, essere inopinatamente trasferito sul Fornitore in base alla generica affermazione per cui il primo è in grado di assumere cognizione della pregressa situazione economico finanziaria dei debitori ceduti esclusivamente sulla base delle ufficiali informazioni tratte da banche dati di pubblico dominio"; Cass. 26674/2007 nega invece la responsabilità del debitore ceduto per omessa informazione al factor in difetto di apposite clausole che sanciscono l'obbligo informativo.

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

infine, ad informare il factor di tutti i fatti e le notizie di cui venga in qualche modo a conoscenza in merito alla solvibilità dei debitori ceduti.>>¹²⁰.

Tali obbligazioni non si estinguono con l'avvenuta cessione del credito e il conseguente adempimento dell'effetto traslativo dell'accordo e perciò mal si sposano con la natura della causa *vendendi*, la quale, se confermata, propone il concetto che l'accordo vada stretto allo scopo di traslare la proprietà di un credito, e che in tale azione esso debba risolversi, poiché tale obiettivo era quello preminente e perseguito dai contraenti con lo sviluppo di tale accordo.

Per quanto siano astrattamente percepibili obbligazioni accessorie rispetto a quella di scambio in un atto causa *vendendi*, esse non sono necessarie alla sua realizzazione ed il loro perpetuare nella prassi commerciale offre sicuramente uno spunto di riflessione sul reale motivo che ha portato i soggetti in questione a voler stringere questo genere di accordo.

Parte della dottrina¹²¹ ha interpretato il *Factoring* come un rapporto con le caratteristiche del mandato in *rem propriam*. La sua definizione come mandato nell'interesse del mandatario oltre che del mandante può giustificare tutta la serie di obblighi aggiuntivi, oltre che ovviamente giustificare i pagamenti posti in essere dal mandante nei confronti del mandatario, della cui poca attinenza con la causa *vendendi* si è già discusso.

Alla luce delle opinioni sopra esposte, anche in presenza di una cessione del credito richiamata espressamente nel contratto, per risolvere il dibattito sulla causa allo stato attuale bisognerà scendere nel profondo delle caratteristiche e valutare se esso sia solo un mezzo per permettere al *Factor*

¹²⁰PICCININI, *cit.* pag.621

¹²¹ROTA, *Osservazioni a Trib. Milano, 17 agosto 2011, sul rapporto tra la disciplina del factoring e quella della cessione del credito.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2013, pag. 451

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

di esercitare fittiziamente il suo diritto al credito come effettivo proprietario, ragion per la quale la stessa cessione verso corrispettivo del credito finisca per ridursi ad un atto che, benché in possesso delle formalità per adempiere a tale scopo, non sia però preordinato dalle parti a tale obiettivo¹²²; o se esso sia preordinato unicamente ad una funzione di scambio, nella quale il focus dei contraenti si focalizza sullo smobilizzo dei crediti e dove le obbligazioni accessorie dei contraenti sono solo strumentali all'effettivo realizzo della causa vendendi.

¹²² DIMUNDO, *cit.*, pag.567 e seguenti

CAPITOLO III

III. *Factoring*: L'evoluzione della giurisprudenza di merito e di legittimità

3.1. La giurisprudenza nel primo decennio di vita della legge n.52/1991

Alla luce delle considerazioni sopra proposte risulta ovvio come, oltre che in ambito dottrinale, la questione sia stata dibattuta anche in ambito giurisprudenziale.

Sin dal principio le corti di merito hanno dibattuto riguardo l'applicabilità della legge n.52/1991 alla luce dei diversi contratti di *Factoring* di volta in volta scrutinati.

Tale dibattito ha ovviamente preso piede con maggior forza in sede di merito a causa delle sue caratteristiche. Infatti è proprio nelle corti di merito che è possibile scrutinare con attenzione tutte le clausole dei contratti in discorso, portando così ad emettere un giudizio appunto "di merito" sulla questione di volta in volta sottoposta all'attenzione dei giudici. La giurisprudenza di legittimità invece emette giudizi di diritto che le permettono di tracciare la strada da seguire nella risoluzione del problema ma senza poter sempre entrare nello specifico della *res iudicanda*.¹²³

Nella giurisprudenza di merito, un filone giurisprudenziale di rilevante importanza è sorto, subito dopo la promulgazione della legge n.52/1991 nel Tribunale di Genova. Esso è rilevante ai fini della trattazione poiché, oltre

¹²³ Cfr. Cass.11589/2019 la quale ricorda come "va ricordato che l'interpretazione di un atto negoziale è tipico accertamento in fatto riservato al giudice del merito, e che esso è incensurabile in sede di legittimità se non nell'ipotesi di violazione dei canoni legali di emeneutica contrattuale"

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

ad essere stato commentato da più autori all'interno del dibattito sull'applicabilità della frutto disposizione, si compone di più sentenze e quindi non è stato semplicemente il di una semplice e fugace visione di un singolo organo giudicante, bensì il frutto dell'affermazione di un principio che è stato riconfermato nel tempo dallo stesso tribunale.

L'*excursus* può partire con dei provvedimenti molto risalenti, quali quelli del Tribunale di Genova del 23 giugno 1992, del 16 maggio 1994 e della Corte d'Appello di Genova del 19 marzo 1993. In tali provvedimenti i giudici, di fronte alla richiesta di scrutinio del contratto di *Factoring*, hanno individuato come lo stesso non sia riconducibile allo schema della causa di scambio, bensì a quello della causa *mandati*. Tale considerazione è stata sostenuta, come nel capitolo precedente è stato evidenziato, dalla presenza degli interessi sulle anticipazioni, argomento già affrontato al quale si rimanda, tramite il quale le corti hanno dedotto una prevalenza della causa mandati, portandole ad espungere dall'applicabilità della legge n.52/1991 gli accordi sottoposti al loro scrutinio, finendo per essere il fulcro del dibattito sulla causa del *Factoring* nel primo decennio di vita della legge.¹²⁴

Vi è stata anche un altro provvedimento del 17 ottobre 1994, sempre appartenente al Tribunale di Genova, il quale ha riconosciuto nel contratto di *Factoring* sottoposto alla sua attenzione un rapporto di mandato in *rem propriam*, teoria anch'essa affrontata nel capitolo precedente. Esso, a seguito di tale considerazione, si trova ad affermare come il contratto in discorso, in caso di fallimento del cedente, legittimi il Factor solo alla riscossione dei crediti.

¹²⁴ PERROTTA, *Osservazioni in tema di cessione dei crediti di impresa e recesso del curatore ex art. 7, comma 2°, l. n. 52 del 1991.*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2004, pag.186.

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

A seguito di tale attività, esso retrocederà i crediti riscossi alla procedura. Tale considerazione è stata proposta sulla scorta della configurazione del negozio come mandato.

Il mandato non prevede effettivamente alcun genere di traslazione effettiva dei crediti e perciò, inquadrando il negozio come tale, viene giustificata la retrocessione degli stessi al mandante, fondamentalmente non applicando la disposizione dell'art.5 legge n.52/1991 che prevede l'opponibilità della cessione del credito al fallimento del cedente da parte del cessionario in caso di pagamento, anche parziale, del corrispettivo.

Vi è poi la sentenza dello stesso Tribunale del 27 ottobre 1997, nella quale, di fronte alla richiesta del curatore di analizzare le clausole del contratto che, a suo parere, identificavano lo stesso come avente causa mandati e quindi non soggetto all'applicazione della legge in discorso, la Corte, a seguito dello scrutinio delle clausole contrattuali, si è espressa in modo favorevole. Questa sentenza si distingue dalle altre poiché essa verrà impugnata sia davanti alla Corte d'Appello che in Cassazione, che si esprimerà con la sentenza n.684 del 2001.

A seguito del ricorso in Corte d'Appello, la sentenza finì per essere riformata dalla stessa alla luce di una diversa interpretazione delle clausole ivi contenute, le quali sono state interpretate dai giudici d'Appello come attinenti la causa *vendendi*, ammettendone quindi la configurazione con lo schema tipico della legge n.52/1991.

Con la sentenza n.684/2001 la Cassazione, investita del tema, ha affermato come le clausole del contratto sono state correttamente analizzate dal giudice di merito, il quale non si è fermato al tenore letterario delle definizioni contenute nel contratto, rubricato all'articolo 1 come <<*cessione del credito del fornitore verso il Factor*>>, bensì ha analizzato in modo unitario le clausole ivi contenute per enucleare la volontà delle

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

parti sottesa all'accordo e poi << *l'ha confrontata con quelle normative introdotte nell'ordinamento dalla legge 52-1991 sulla cessione dei crediti di impresa, verificandone la conformità*>>. Con tale sentenza la Cassazione espone quale debba essere a suo parere l'iter argomentativo che debbano seguire le corti di merito per giudicare il contratto di *Factoring*, convenendo come la sentenza impugnata non si sia sottratta a tale compito, svolgendolo bensì nel modo corretto riformando il provvedimento che in primo grado aveva individuato una causa gestoria nell'accordo ed affermandone quella di scambio.

Così come, ancora per merito delle corti genovesi, viene affermato in un altro provvedimento il quale viene riportato a causa della delineazione della natura delle cessioni del credito nel contratto sottoposto all'attenzione dei giudici.¹²⁵

Esso nell'analizzare il ruolo delle cessioni afferma come <<*non si verifica una cessione definitiva dei crediti da parte del fornitore cedente, in quanto non è configurabile un effetto traslativo pieno e definitivo dei crediti ceduti, bensì una cessione meramente strumentale ad attribuire al factor una legittimazione piena ad effettuare l'incasso dei crediti dai terzi debitori ceduti*>> teoria che era stata già avanzata nel capitolo precedente.

Alla luce dei provvedimenti analizzati si può perciò affermare come la regola enucleata dalla giurisprudenza nei primi dieci anni dalla pubblicazione del provvedimento sia quella di una puntuale analisi delle varie obbligazioni presenti nel contratto, allo scopo di evidenziare se vi sia una prevalenza della causa gestoria o della causa di scambio per poi confrontare tali risultati con i presupposti applicativi della legge n.52/1991 e verificarne perciò l'applicabilità.

¹²⁵ Trib. Genova 10 agosto 2000

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Tale indicazione trova conferme nella giurisprudenza di legittimità degli anni seguenti, nella quale con più provvedimenti essa ha affermato come, anche dopo l'entrata in vigore della legge n.52/1991 sulla cessione dei crediti d'impresa, il contratto di *Factoring* rimane un contratto atipico, la cui qualificazione debba dipender dagli effetti giuridici e non da quelli pratico-economici sicché << è il contratto o meglio l'intento negoziale delle parti a palesare il risultato concreto perseguito e, in particolare, se le parti hanno optato per la causa vendendi, per quella mandati o per altra ancora.>>¹²⁶.

3.2. (Segue): la giurisprudenza nel secondo decennio di vita della legge n.52/1991

Orientamento che viene confermato anche in sede di giurisprudenza di merito nel secondo decennio di applicazione della legge. In questo lasso di tempo un grande contributo al dibattito in discorso è stato dato dalle corti milanesi, le quali hanno avuto modo di analizzare il contratto di *Factoring* con molteplici sentenze, tra le quali si ricordano quelle del Tribunale di Milano del 5 agosto del 2003 ed il successivo appello deciso dalla Corte d'Appello di Milano del 24 aprile 2007.

Con la prima i giudici hanno affermato come il contratto di *Factoring* posto alla loro attenzione si sviluppasse con i crismi di un rapporto di conto corrente, accogliendo le pretese del curatore che riteneva come l'esclusiva titolarità dei crediti ceduti ed il diritto alla loro riscossione fosse attribuibile alla procedura, a fronte delle obiezioni del Factor, ritenendo perciò applicabile la revocatoria di cui all'art.67 l. fall., che sappiamo essere inapplicabile in caso il contratto sia disciplinato dalla legge n.52/1991, la quale prevede che le cessioni del credito disciplinate dalla disposizione

¹²⁶ Cass. sez. 3 24 giugno 2003, n.10004; Cass. sez.1 27 agosto 2004, n.17116; Cass. sez.1 14 febbraio 2007 n.3273 afferma come <<La ricorrente ha dedotto sin dall'inizio della controversia, e tuttora ribadisce, che le cessioni credito in discussione furono stipulate a scopo di garanzia. Tale destinazione delle cessioni esclude di per sé l'applicabilità della L. n. 52 del 1991, che, come risulta dal suo primo articolo, è destinata a regolare esclusivamente "la cessione di crediti pecuniari verso corrispettivo">>

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991
siano opponibili al Fallimento in caso, anche parziale, di pagamento del prezzo del corrispettivo.

La Corte d'Appello, investita del caso, ha esaminato il contratto ed ha rilevato come la società di *Factoring* si sia assunta l'impegno, dietro corrispettivo, di gestire e riscuotere i crediti e di finanziare la cedente con anticipazioni sugli stessi in misura massima pari al 70% del loro valore. Essa ha inoltre analizzato le clausole del contratto, tra le quali quella dell'art. 15, la quale prevede come: << *Il corrispettivo dei crediti oggetto di cessione verrà annotato a credito del Fornitore all'atto di accettazione da parte del Factor, ma sarà reso disponibile solo dopo l'avvenuto incasso dei crediti stessi.*>>. Tali caratteristiche hanno indirizzato l'opinione della Corte nella delineazione delle cessioni in questione come non dotate di causa di scambio, bensì essa ha rinvenuto come il Factor operasse alla stregua di un mandatario.¹²⁷ Sulla scorta di tali considerazioni essa ha confermato come all'accordo in questione sia da considerare inapplicabile la legge n.52/1991 poiché essa trova il suo ambito di applicazione nello << *schema categoriale più specifico, e però anche delimitato, della compravendita*>>.

La conferma dell'atipicità del *Factoring* viene rilevata dallo stesso Tribunale di Milano con la sentenza del 17 agosto 2011, **la quale** << *individua senz'altro, in termini forse troppo perentori, quale causa del contratto di factoring, il finanziamento all'impresa.*>>¹²⁸

Il secondo decennio dalla promulgazione della legge n.52/1991 si conclude un'altra volta con una sentenza di legittimità, la Cassazione n. 21603/2012.

¹²⁷ PICCININI, *cit.*, pag.637

¹²⁸ ROTA, *Osservazioni a Trib. Milano, 17 agosto 2011, sul rapporto tra la disciplina del factoring e quella della cessione del credito.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2013, pag.458

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

In tale provvedimento i giudici affermano nuovamente come la qualificazione giuridica del contratto di *Factoring* debba essere effettuata dalle corti a seguito di un'attenta analisi della volontà della parti sottesa alla conclusione dell'accordo. Analizzando poi il responso della Corte d'Appello di Milano nota come la stessa abbia riscontrato nel contratto di *Factoring* oggetto di sentenza un negozio equiparabile a quello di mandato, non specificando però <<*in nessuna parte della sentenza siano stati indicati, sia pure sommariamente, il contenuto del contratto e le clausole del medesimo [...] circostanza che, di per sé, già pone in luce la carenza espositiva della motivazione*>>.

Alla luce di ciò la Cassazione si trova ad affermare un principio parzialmente diverso dalla giurisprudenza fin qui esaminata.

I giudici di legittimità, muovendo dal presupposto che il contratto di *Factoring* abbia come nucleo essenziale l'obbligo assunto da un imprenditore di cedere al Factor la titolarità di crediti derivanti dall'esercizio dell'attività d'impresa, afferma come il contratto di *Factoring* possa concretizzarsi in un mandato, ma che per delineare tale configurazione vi sia bisogno di un'adeguata motivazione. Questo alla luce del fatto che <<*il contratto di factoring comporta, di regola, la cessione della titolarità dei crediti ed è basato quindi su una ratio vendendi sia pure collegata con una serie di servizi accessori. Da ciò consegue che nel caso in cui questi ultimi acquistino una prevalenza rispetto alla causa naturale del negozio sino a trasformarlo in un mandato, occorre fornire da parte del giudice una adeguata motivazione*>> cassando infine la sentenza impugnata.

Con il provvedimento in discorso la Cassazione si discosta leggermente dal precedente orientamento, confermando si nuovamente come il contratto di *Factoring* possa avere diverse configurazioni giuridiche, ma aggiungendo a ciò la considerazione che esso sia, normalmente, un atto causa vendendi

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

nella prassi e perciò richiedendo una motivazione estremamente forte, chiara e decisa per giustificare la sua configurazione in termini diversi, nello specifico della *regiudicanda* affrontata nel contratto di mandato.

Alla luce di ciò, se in essa si riscontrerà la causa vendendi sarà sottoposta alla normativa della legge speciale poiché inoltre in questo caso il Factor risulterebbe debitore del corrispettivo nei confronti del cedente, mentre se in essa venisse riscontrata una diversa causa, come ad esempio quella di finanziamento, in caso di fallimento del cedente il Factor risulterebbe creditore dello stesso e perciò finirebbero per risultare applicabili le disposizioni generali di cui agli art. 44 e 67 l. Fall.¹²⁹

3.3. (Segue): la giurisprudenza più recente

Nel 2015 arriva una svolta ulteriore da parte della corte di legittimità, la quale ha incontrato più di una critica da parte della dottrina contemporanea.

Essa, con la sentenza n.14260/2015 ha avuto modo di scrutinare nuovamente un contratto di *Factoring*. Nel primo motivo il fallimento ricorrente ha evidenziato come il provvedimento impugnato risulti mancante in tema di motivazione, considerata omessa, insufficiente o contraddittoria rispetto ad un fatto decisivo per il giudizio.

A parere della procedura, il criterio di opponibilità al fallimento previsto dalla legge n.52/1991 non esclude l'utilizzo di rimedi di carattere generale volti ad ottenere la dichiarazione d'inefficacia degli atti pregiudizievoli nei confronti della massa creditoria, alla luce del fatto che << *anche a seguito dell'entrata in vigore della predetta legge, il contratto di factoring resta un contratto atipico, la cui causa dev'essere individuata sulla base dell'intento negoziale in concreto perseguito dalle parti.*>> richiamando così l'orientamento giurisprudenziale fin'ora confermato dalle pronunce delle corti di merito e legittimità esaminate.

¹²⁹ D'ORO, *Il discrimen tra Factoring e mandato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, pag.1295

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

La Corte ha ritenuto il motivo infondato, proponendo però motivazioni diverse rispetto al passato. Essa, come si è mostrato, da ultimo, nella sentenza n.21603/2012, ha sempre analizzato le motivazioni addotte dal giudice di merito allo scopo di comprendere se lo stesso abbia correttamente argomentato le sue conclusioni in punto di causa, allo scopo di considerare applicabile la legislazione speciale o quella generale, ed ha poi emesso il suo giudizio, conformandosi al principio generale richiamato dal ricorrente e dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza precedente ¹³⁰

Nel caso specifico essa ha argomentato l'infondatezza del motivo alla stregua del fatto che la legge n.52/1991 ha introdotto una normativa speciale, la quale risulta applicabile alla cessione del credito in caso vi sia stato il pagamento del corrispettivo e la prova della *scientia decoctionis*, considerandoli provati nel caso di specie e perciò ritenendo il contratto di *Factoring* soggetto a tale legge. Essa poi si spinge ancora più all'interno del dibattito sull'applicabilità, affermando come la presenza di tali requisiti, oltre a quelli soggettivi s'intende, siano gli unici richiesti per la sua applicazione e pertanto non meritano consenso <<le censure sollevate dal ricorrente in virtù del richiamo ad un più risalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui la legge n. 52 del 1991 non ha fatto venir meno l'atipicità del contratto di factoring, avente come nucleo essenziale l'assunzione dell'obbligo di cedere ad un altro imprenditore la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio dell'impresa, con la conseguenza che, ai fini della revocabilità delle singole cessioni di credito, è necessario accertare l'intento negoziale concretamente perseguito dalle parti >>, ufficialmente perciò riformando l'orientamento fino ad allora dominante nelle corti italiane. Tale affermazione ha completamente espunto dall'iter logico-argomentativo il dibattito sulla causa, ponendo quindi maggiore attenzione sulle

¹³⁰ Cass.17116/2004, Cass.1004/2003

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

caratteristiche richieste dall'art. 1 della disposizione ed invece glissando sulla definizione ancora precedente alle stesse contenuta nell'articolo, il quale si applica come ricordato alle "cessioni verso corrispettivo".

Ragion per cui essa è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, la quale ha preso posizione affermando come la sentenza, nella sua motivazione, sembra aver fundamentalmente affermato la soggezione di ogni genere di cessione di credito alla legge n.52/1991 a condizione che la stesse siano afferenti crediti d'impresa, il cedente sia un imprenditore ed il cessionario un soggetto con le caratteristiche alle quali lo stesso richiama. Questo assunto ha causato forti dubbi, in parte già affrontati nel secondo capitolo, secondo i quali la legge n.52/1991, in quanto speciale, è di stretta interpretazione ed essa, poiché all'articolo 1 utilizza l'espressione "cessione verso corrispettivo", restringe la sua applicabilità alle cessioni causa vendendi, alla luce della considerazione secondo la quale << *il termine "corrispettivo" appartenendo, infatti, alla terminologia tipica della compravendita e, a tutto concedere, ai contratti di scambio, non certo alle cessioni causa solvendi.*>>¹³¹ portando così a riconoscerne l'applicabilità solo nel caso l'obiettivo sia quello previsto dalla disposizione, ed esasperando rimedi di carattere generale nel caso vi si configuri una diversa causa, quale ad esempio quella mandati o solvendi.

Con tale *revirement*, anche se soggetto a più di una critica, la Cassazione sembra aprire un nuovo periodo storico per il negozio di *Factoring*, così espungendo la ricerca della causa dalla questione e rendendo perciò, da un certo punto di vista, più semplice l'analisi dell'applicabilità della legge n.52/1991. Se ricorrono i tre presupposti dell'art.1 sarà applicabile, altrimenti no.

¹³¹ DIMUNDO, *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, n.2/2016, IPSOA, p.173-174

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

Senonché, la giurisprudenza di merito successiva a tale provvedimento si è svincolata da tale assunto. Infatti la stessa ha ribaltato l'iter suggerito dalla Cassazione ed ha nuovamente concesso un ruolo preminente all'indagine sulla causa a discapito dell'insegnamento della corte di legittimità.

Ci si riferisce alla sentenza n.4045/2018 della Corte d'Appello di Milano. Nel provvedimento la corte in primis richiama l'orientamento, assolutamente condivisibile, secondo il quale il contratto di *Factoring* sia un contratto atipico anche a seguito della legge n.52/1991 ed analizza lo schema contrattuale dell'accordo di *Factoring* in discorso compiutamente, ritrovando due previsioni a parere dei giudici fondamentali per dirimere la questione. La prima è stata il rapporto tra le anticipazioni provenienti dal Factor e l'ammontare di crediti ceduti che non supera il 70% e la seconda risulta essere il fatto che le stesse saranno corrisposte solo a seguito dell'incasso dei crediti, o alla diversa data pattuita, e non al momento della conclusione del contratto. Essa valorizza molto la prima, affermando in conclusione come << *ciò che rileva è il descritto univoco comportamento che vede attestarsi le anticipazioni ad un importo troppo distante dal valore nominale dei crediti ceduti; ciò prova che nella percentuale delle anticipazioni non sono entrati in gioco altri fattori che potessero correlarsi alla maggiore o minore facilità d'incasso dei crediti o solvibilità dell'unico debitore ceduto. Le parti intesero, dunque, concludere un contratto che attribuiva al Factor l'obbligo gestionale di curare la riscossione dei crediti della società oggi fallita nei confronti della "ASL">>.*

Fin qui nulla di strano, in fondo la legge n.52/1991 non ha tipizzato il contratto di *Factoring*, bensì ha introdotto una disciplina della cessione dei crediti facilitata per coloro disposti ad effettuare l'operazione seguendo i requisiti disposti dalla suddetta disposizione. Se non fosse che essa, nel proseguo, ritiene << *Occorre rilevare il non condivisibile richiamo da*

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

parte dell'appellante dell'art. 7, Legge 52/91, norma che limita la possibilità di recesso del Curatore ai crediti non ancora sorti alla data della sentenza di fallimento. Detta disposizione, infatti, non può trovare applicazione nella fattispecie in esame, stante la prevalente causa mandati del contratto di factoring>> così confermando la sentenza di primo grado e rigettando le opposizioni.

Essa facendo ciò sembrerebbe conformarsi alla più risalente giurisprudenza del Tribunale di Milano del 24 aprile 2007 già esaminata, la quale, di fronte ad un contratto con le medesime clausole, ha individuato nel mandato e non nella compravendita la causa del contratto, disapplicando la normativa della legge speciale. A fronte di tale pronuncia si sono levate molteplici critiche, basate sul fatto che la sentenza sembra aver espunto dall'ambito applicativo della legge in discorso un negozio di *Factoring* con tutte le caratteristiche dei rapporti che si riscontrano normalmente nella prassi commerciale. Ciò viene affermato sulla base di un'attenta analisi delle clausole contrattuali nelle quali è stato rilevato come oggetto del contratto la cessione dei crediti verso un corrispettivo(art.1); l'obbligo del cedente di astenersi da qualsiasi iniziativa volta all'incasso del credito e l'obbligo di trasmettere al Factor ogni somma eventualmente incassata dal debitore ceduto(art.6); la possibilità di anticipare in tutto o in parte il pagamento del corrispettivo mediante anticipazioni produttive di interessi ed il ritrasferimento dei crediti in caso di inadempimento del debitore ceduto(art.9), i quali sono i tratti tipici del contratto di *Factoring* come operato nella prassi commerciale italiana. Vengono inoltre sollevati dubbi sul criterio della disparità tra le anticipazioni e l'ammontare dei crediti ceduti nella parte in cui, abbracciando il criterio, la corte non spiega quale debba essere il rapporto utile a garantire alle anticipazioni funzione di corrispettivo della cessione, introducendo perciò un termine sfuggente e presupponendo una contrapposizione tra i negozi con causa di

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

finanziamento e quelli con causa di scambio, la quale però è stata già in passato più volte negata dalla Cassazione stessa con più provvedimenti distinti sia recenti ¹³²che più risalenti¹³³¹³⁴.

Nel dibattito sull'applicabilità perciò la giurisprudenza di merito si allontana da quella di legittimità, la quale aveva con la sentenza precedente affermato un principio chiaro, in parte criticato, secondo il quale la presenza dei requisiti giustificava da sola la soggezione dell'accordo alla legge in discorso.

Motivo per il quale la pronuncia della corte milanese viene accolta con timore da parte della dottrina, la quale vede in essa <<*un passo indietro nel percorso intrapreso dalla giurisprudenza volto a elaborare uno stabile e rigoroso inquadramento sistematico del contratto di factoring.*>>¹³⁵.

¹³² Cass.2510/2018

¹³³ Cass.15677/2009

¹³⁴ DI MURO, *Osservatorio della giurisprudenza in materia di Factoring, Assifact*, Munari Cavani Publishing, 2018, p.19-20

¹³⁵ DI MURO, *ult. cit.*, p.20

3.4. La sentenza n.11589/2019

Nell'agosto del 2003 fu dichiarato lo stato di insolvenza della società Ciro del Monte Italia s.p.a. Essa finì in amministrazione straordinaria e nel luglio 2008 propose azione revocatoria ex art.67 l. Fall. comma 2 allo scopo di vedere retrocessi i pagamenti effettuati nei confronti della Ifitalia International Factor s.p.a. per complessivi 15.142.271,48 euro. Il Tribunale di Roma accoglieva la domanda per la minor somma di 11.752.750,71 euro.

Al provvedimento proponeva ricorso Ifitalia International Factor s.p.a., il quale obiettava come l'applicabilità dell'art.6 della legge n.52/1991 impedisse l'azione revocatoria secondo le regole dell'art.67 l. Fall., alla luce del fatto che <<*versamenti erano relativi "a crediti d'impresa (..) ceduti alla Ifitalia dalle società Saint Gobain e Tetra Pak">>.*

La Corte d'Appello di Roma ha accolto la tesi, riformando la sentenza alla luce del fatto che l'analisi della clausole del negozio << *rendevano "palese la finalità ultima, prevalente anche se non necessariamente esclusiva, di cessione (dei crediti) con possibilità di eventuali anticipazioni del corrispettivo >> così convenendo con il Factor sull'applicabilità della disposizione di cui all'art.6 legge n.52/1991.*

La società in amministrazione straordinaria ha proposto ricorso in Cassazione il quale è stato deciso dal provvedimento in discorso.

Nel caso di specie alla Corte di Cassazione fu richiesto di esaminare un negozio di Factoring a fronte della denuncia di violazione delle norme contenute nel codice civile e nella legge n.52/1991.

Nella fattispecie viene mossa la critica, con i primi 3 motivi analizzati congiuntamente, che la Corte abbia delineato i tratti del contratto di *Factoring* sottoposto alla sua attenzione senza dare la corretta

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

interpretazione delle clausole ivi contenute in una loro analisi sistematica ed unitaria, andando oltre il contenuto delle stesse e cercando il vero obiettivo della parti nella redazione del contratto, sostenendo come le clausole correttamente analizzate affermerebbero l'assenza di una causa di scambio.

La parte ricorrente richiedeva una diversa interpretazione del contratto, nel quale, sosteneva, le anticipazioni avessero funzione di finanziamento mentre la cessione dei crediti quella di garantire il Factor, legittimando il suo diritto nei confronti dei terzi.

A tale affermazione si oppone con forza la Cassazione. Essa nel provvedimento in discorso analizza congiuntamente i tre motivi in discorso e la configurazione proposta dal ricorrente del contratto come avente causa di finanziamento e non vendendi.

A seguito di ciò afferma il seguente principio di diritto, secondo il quale il Factoring si caratterizza per essere quel rapporto in cui << *un'impresa specializzata (il factor) si obbliga ad acquistare - pro soluto o pro solvendo -, per un periodo di tempo determinato e rinnovabile salvo preavviso, la totalità o una parte dei crediti di cui un imprenditore è o diventerà titolare; di conseguenza il factor paga all'imprenditore i crediti ceduti secondo il loro importo nominale, decurtato di una commissione che costituisce il corrispettivo dell'attività da esso prestata, oppure gli concede delle anticipazioni sui crediti ceduti, nel qual caso spettano al factor, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate (cfr. sul tema Cass. n. 16850-17); in quest'ultimo caso - che poi sostanzialmente corrisponde a quanto delineato dalla stessa ricorrente - si rimane sempre all'interno dello schema negoziale di cui alla L. n. 52 del 1991*>>.

Esso giustifica tale affermazione con considerazione analoga al precedente citato n.14260/2015, confermando come, in caso di compresenza di tutti i

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

requisiti di cui all'articolo 1 della disposizione, esso va considerato come soggetto alla normativa speciale.

Prosegue elencando i requisiti ai quali si riferisce inerenti all'art.1, mancando di ricordare tra essi la causa di scambio ma limitandosi ai limiti soggettivi ed oggettivi già esaminati. L'analisi dei motivi di cui sopra si conclude con l'indicazione di come *<<solo per le cessioni di credito prive dei requisiti suddetti resta salva l'applicazione della disciplina ordinaria>>*.

Ciò ha portato i commentatori della sentenza in discorso a confermare come essa sia rimasta nel solco della precedente 14260/2015 e della giurisprudenza maggioritaria in tema di applicabilità della legge n.52/1991, la quale tende a riconoscere la stessa applicabile allo schema contrattuale tipico del Factoring secondo la prassi commerciale italiana, il cui tratto distintivo è quello della cessione del credito d'impresa dal cedente al Factor.

Tale giurisprudenza muove dalla considerazione secondo la quale il comma 2 dell'art.1 della legge afferma come la disciplina ordinaria inerente la cessione del credito sia applicabile unicamente nel caso le stesse siano prive dei requisiti contenuti nel comma 1, è stato infatti rilevato come solo *<<allora il rapporto sarà disciplinato dalla medesima legge, a norma della quale la cessione dei crediti di impresa avviene attraverso un contratto dalla trasparente causa di scambio>>*¹³⁶.

Così facendo la corte analizza conferma la decisione della Corte d'Appello, la quale a suo parere non ha mancato di analizzare il contratto di Factoring compiutamente nelle sue clausole e rifiuta le considerazioni della ricorrente, ponendo in essere un iter argomentativo che prescinde dalla causa del negozio per determinare l'applicabilità della normativa speciale,

¹³⁶ DI MURO, *cit.*, p.9

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

aderendo e confermando nei fatti la disciplina già proposta dalla stessa Cassazione con la sentenza 14260/2015, ribadendo il principio secondo cui la legge in discorso sia applicabile senza dubbio alcuno alla tipologia di *Factoring* come viene esercitato in Italia, opinione che, si ricorda, come riportato nel precedente capitolo, era stata già avanzata dalla dottrina, la quale affermò come <<non sia corretto negare che la l. n. 52 del 1991 (così come modificata dal testo unico del credito) sia la disciplina giuridica del *factoring* come si svolge in Italia >>.¹³⁷

Quindi la Cassazione, in questo caso specifico, sembra in primis confermare un orientamento ormai già presente all'interno della corte di legittimità, secondo il quale << non meritano consenso le censure sollevate dal ricorrente in virtù del richiamo ad un più risalente orientamento giurisprudenziale, secondo cui la legge n. 52 del 1991 non ha fatto venir meno l'atipicità del contratto di *factoring*, avente come nucleo essenziale l'assunzione dell'obbligo di cedere ad un altro imprenditore la titolarità dei crediti derivati o derivandi dall'esercizio dell'impresa, con la conseguenza che, ai fini della revocabilità delle singole cessioni di credito, è necessario accertare l'intento negoziale concretamente perseguito dalle parti >>¹³⁸. Essa nella sua sentenza, come sopra già individuato, espunge completamente il tema della causa dall'analisi e rifiuta nuovamente l'orientamento più risalente riportato, introducendo di certo una disciplina più facilmente spendibile in ambito pratico per gli operatori.

Gli stessi non dovranno perciò soppesare le obbligazioni contenute nell'accordo allo scopo di individuare se vi sia la possibilità per un giudice di merito, a seguito della rispondenza del accordo ad una delle tesi sostenute in dottrina e giurisprudenza, di rinvenire in essi causa diversa da

¹³⁷ CLARIZIA, *I contratti nuovi*, cit., p.24

¹³⁸ Cass.14260/2015

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

quella di scambio, usando poi tale constatazione per escludere l'applicabilità della più favorevole disposizione speciale.

Essi potranno invece inserire le caratteristiche nel provvedimento individuate come principali nel negozio e, alla luce di ciò solo, poter vedere applicata la legge n.52/1991.

Conclusioni

La disciplina del Factoring in Italia, come si è evidenziato, è stata spesso frutto di aspri dibattiti dottrinali i quali hanno portato alle soluzioni più disparate.

L'obiettivo di tali dispute è stato quello di rinvenire la corretta interpretazione del negozio al fine di individuarne la disciplina applicabile, alla luce del polimorfismo insito in un contratto che, oltre ad essere entrato nel nostro ordinamento come atipico e perciò privo di disciplina propria, ha insito nelle proprie caratteristiche base una forte adattabilità alle richieste della prassi.

Il legislatore non ha sopito ogni dubbio con la produzione della legge n.52/1991 come si è analizzato nel secondo capitolo, bensì ha fortemente accentuato il dibattito sulla causa e sulla disciplina applicabile al negozio a causa dell'espressione "cessione di crediti verso corrispettivo", la quale ha portato, ritengo giustamente, i commentatori a vedere in essa una disciplina delle cessioni del credito verso corrispettivo e perciò dei negozi causa *vendendi*.

Il tentativo di disciplinare una fattispecie contrattuale dagli effetti così vari con la dizione riportata è stato sicuramente poco pratico, ed i problemi sollevati potevano essere risolti solo in ambito giurisprudenziale, richiedendo in primis un'analisi caso per caso dell'accordo di volta in volta proposto all'attenzione dei giudici per dedurne la loro disciplina.

Tale primaria soluzione, purché rispettosa dei principi giuridici del nostro ordinamento in tema di interpretazione del contratto, poteva essere frutto di una produzione giurisprudenziale contrastante, come infatti è stata, alla luce dell'assenza di criteri per determinare quali fossero le obbligazioni

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

principali nell'accordo, portando le corti ad affidarsi a quelli che ritenevano più rispondenti alla risoluzione del problema.

Nello stesso infatti le caratteristiche del contratto rendono difficile individuare a priori una causa principale ed altre accessorie poiché tutte hanno nel contesto nel negozio di Factoring una precisa ragione di esistere e non risultano necessariamente strumentali ad un unico scopo preciso.

Nel Factoring, come si è evidenziato nel primo capitolo, le varie attività poste in essere dal Factor sono tutte a vantaggio del cliente e sarebbero in grado di procurare allo stesso un'utilità anche da sole, in assenza delle altre.

Si pensi alla gestione del portafoglio creditori, alla gestione delle procedure per l'incasso dei crediti, alla concessione di anticipazioni, alla garanzia contro l'insolvenza ed alla dilazione di pagamento erogata nei confronti del debitore ceduto. Tutte queste attività, come si è analizzato nel primo capitolo, hanno una loro utilità anche se erogate singolarmente, tanto da poter essere oggetto di altre forme contrattuali previste nel nostro ordinamento (contratto di finanziamento, mandato, assicurazione ecc. ecc.)

Tutto ciò rischiava di rendere copiose le dispute in sede di merito sul contratto erogato, finendo per rendere il negozio non più di agile applicazione ma farraginoso, e portando i redattori degli accordi in questione a dover essere davvero molto cauti sul contenuto da inserire nel contratto. Inoltre sarebbe risultato contrario alle intenzioni del legislatore, il quale come si è rilevato nel secondo capitolo ha probabilmente voluto mantenere con la normativa della legge n.52/1991 la snellezza ed adattabilità del negozio, una delle ragioni principali della sua ampia diffusione nella pratica.

Le Corti di legittimità però, in ossequio a tali considerazioni, hanno cercato di enucleare dei criteri, come il rapporto tra corrispettivo e valore nominale

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

dei crediti per riuscire ad individuare quali fossero le obbligazioni preminenti e quindi quale fosse la causa principale del contratto.

L'assenza di una giurisprudenza costante sul tema, che portasse almeno all'interno delle corti allo sviluppo di criteri quantomeno ufficiosi per lo svolgimento di tale compito, ha portato però allo sviluppo di una copiosa quanto controversa serie di sentenze che si è esaminato nel terzo capitolo.

Tali situazioni hanno causato gravi contrasti anche in dottrina, con posizioni che nel corso degli anni sono mutate sensibilmente e che hanno impedito la realizzazione del predetto il completo raggiungimento dell'obiettivo del legislatore, cioè la semplificazione dell'esercizio dell'istituto.

Per risolvere tali dubbi era necessaria una presa di posizione a livello di legittimità, che potesse indirizzare l'orientamento delle corti di merito. Perciò si ritiene sia da accogliere con favore la sentenza n.11589/2019 ed in generale la direzione intrapresa dalla Cassazione in merito al contratto di *Factoring*.

Essa ha affermato, con più di un provvedimento ormai, come la legge n.52/1991 sia applicabile al *Factoring* come si applica in Italia.

Essa infatti afferma come il *Factoring* con le seguenti caratteristiche sia soggetto alla disciplina della legge n.52/1991.

Nello specifico ci si riferisce ad un negozio dove, pro-solvendo o pro-soluto, il Factor si obbliga ad acquistare dei crediti d'impresa dei quali un imprenditore è o diventerà titolare. A seguito dell'acquisto il Factor paga i crediti secondo il loro importo decurtato del costo della commissione o concede anticipazioni sui crediti prima della loro scadenza, caso nel quale esso si vede corrispondere oltre alla commissione anche degli interessi sulle somme erogate. Un negozio con tali caratteristiche è effettivamente il

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

modello base del *Factoring* come viene applicato in Italia. Basta infatti vedere i tratti delle operazioni di *Factoring* offerte da numerosi operatori sul mercato per riscontrare in essi tutte queste caratteristiche¹³⁹.

Alla luce di ciò si può affermare che un accordo di *Factoring* così strutturato risulta ricompreso nella legge n.52/1991, asserzione che permette di sfruttare appieno la normativa speciale, molto più agile di quella codicistica, per disciplinarlo.

Così, in merito all'opponibilità, essa è ottenibile attraverso il pagamento di una parte del prezzo, che permette di rendere opponibili anche operazioni di *Not Notification Factoring*.

Inoltre disciplina la cessione dei crediti futuri in modo molto chiaro ed ampio, evidenziandone i limiti e permettendone il trasferimento che, prima della sua pubblicazione, era ammesso ricavandone la disciplina in via interpretativa.

Infine ribalta lo schema legale della cessione dei crediti riguardo la garanzia dell'insolvenza, addossandola, a differenza che nel codice, sul cedente.

Esclude inoltre l'applicabilità di normative diverse da quella contenuta nello stesso articolo per dirimere quale debba essere il destino che il contratto debba avere in seguito al fallimento stesso permettendo al curatore di esercitare la facoltà di recedere dalle cessioni, ma solo nei limiti dei crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa.

La disciplina dell'art.67 ed in generale della legge fallimentare perciò risulta fortemente limitata dalla legge n.52/1991, la quale prevede sia sulla

¹³⁹Foglio Informativo a disposizione della clientela ai sensi del titolo VI del D.Lgs. n. 385/1993 Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, Banca Carige, <https://www.gruppocarige.it/grpwps/wcm/connect/6b76094d-97b9-4365-8f18-36ff81d42f7c/FA1+FACTORING.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-6b76094d-97b9-4365-8f18-36ff81d42f7c-nrxWtx0>

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

sorte del contratto che sui casi in cui possa essere rivolta l'azione di revocatoria ex art.67 nei confronti del *Factor* sia da parte del ceduto che da parte del cedente. Esclude perciò l'applicabilità di norme come l'art.72 sui contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti, dell'art.74 in tema di contratti ad esecuzione continuata, come il *Factoring* che si sostanzia per essere un accordo di durata, dell'art.78 in tema di mandato e dell'art.82 in tema di assicurazione, tutte fattispecie alle quali il *Factoring* è stato in vario modo ricondotto.

In più, riguardo l'art.67 L.Fall., esso ne esclude l'applicabilità a meno della compresenza di scientia decoctionis e periodo sospetto facendo sì che l'accordo risulti in loro assenza opponibile senza poter applicare la revocatoria di cui in discorso, mentre risulti direttamente o inopponibile, nel caso del fallimento del cedente, o semplicemente revocabile ma con azione esercitabile nei confronti del cedente, in caso di fallimento del ceduto è richiesta la scientia decoctionis solamente, se presenti.

Tutto ciò è chiaramente mostrato dall'art.6, il quale vieta categoricamente di esercitare la revocatoria ex art.67 l.Fall. sul pagamento del ceduto al *Factor*, ammettendolo solo nei confronti del cedente e solo a seguito della dimostrazione dei requisiti ivi descritti, e dall'art.7, che usa l'espressione <<non è opponibile al fallimento del cedente>> così da spostare il fulcro della questione sul tema dell'opponibilità ex art.5, che viene non più garantita nei confronti della massa fallimentare, ammettendo perciò la retrocessione degli stessi.

I giudici sembrano essersi inseriti all'interno di un filone giurisprudenziale inaugurato nel 2015 con la sentenza n 14260/2015¹⁴⁰ e di una risalente ed autorevole dottrina sul tema¹⁴¹ sembrerebbe giungendo a conclusioni simili. Essa da notevole rilievo al secondo comma dell'art.1 della legge in

¹⁴⁰ Vedi cap. 3.3

¹⁴¹ CLARIZIA, *I contratti nuovi*, cit., p.24

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

discorso per dirimere la questione, asserendo l'inapplicabilità della legge solo a quelle cessioni prive dei requisiti insiti nel comma 1. Essa non dà alcun genere di rilievo invece al dibattito sulla portata dell'espressione <<*cessione del credito verso corrispettivo*>> naffermando come il *Factoring* come lo si svolge in Italia ha delle caratteristiche tali da essere ricompreso all'interno dello schema supposto dal primo comma.

Questo senza la necessità di una comparazione tra le prestazioni di natura di scambio e quelle di altro genere.aver utilizzato un'interpretazione teleologica della norma poiché, alla luce dell'art.12 delle preleggi, essi non sembrano aver ritenuto che le parole contenute nel art.1 della legge n.52/1991 nella loro connessione sintattica siano state in grado di dirimere la questione (l'affermazione "cessione verso corrispettivo" ha un peso non indifferente nel diritto ed un significato chiaro) portando invece l'intera normativa a ricomprendere ogni cessione del credito nell'ambito richiamato, anche in caso la stessa sembri solo strumentale ad altre obbligazioni insite nel rapporto, valorizzando perciò sembrerebbe le intenzioni del legislatore nella produzione della legge in discorso e sposando un indirizzo dottrinale tanto risalente quanto autorevole.

Questo aspetto non può che ritenersi positivo, poiché tramite esso si ha una chiara cornice normativa all'interno della quale far rientrare l'istituto del *Factoring* sia nella sua struttura (cessione crediti futuri, garanzia della solvibilità, opponibilità e requisiti) che nei suoi rapporto con le procedure fallimentari, sia in caso di fallimento del debitore ceduto (art.6 l.n.52/1991) che nei confronti di quello del cedente (art.7 l.n.52/1991), a prescindere dalla causa del contratto.

Questo dovrebbe mettere fine ai contrasti in giurisprudenza. In caso un negozio con le caratteristiche sopra descritte dovesse essere espunto dal

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

ambito applicativo della norma¹⁴² ci penserà la Cassazione in sede di legittimità a riportare il contratto sotto la sua corretta disciplina.

In definitiva si può sostenere con fermezza la frase che segue.

Il *Factoring*, così come applicato in Italia, permette l'applicazione integrale della legge n.52/1991, la quale ovviamente esclude l'applicabilità delle normative inerenti i contratti tipici presenti nel nostro ordinamento con affinità di caratteristiche sui temi trattati dalla legge, introduce un nuovo criterio di opponibilità delle cessioni al ceduto, di riparto della garanzia e di disciplina delle cessioni di crediti futuri.

Esso limita fortemente l'applicabilità della revocatoria ex art.67 l.Fall., permettendola solo in caso di presenza della scientia decoctionis e riducendola a possibilità meramente eventuale.

Alla luce di ciò si ritiene che la corrente giurisprudenziale che si è affermata con forza in Cassazione vada accolta con soddisfazione, poiché realizza l'obiettivo del legislatore di semplificazione dell'accesso e della diffusione del *Factoring* italiano nella scena commerciale italiana, dopo anni di dispute dottrinali e giurisprudenziali.

La sentenza rende molto più semplice il lavoro dei redattori degli accordi di *Factoring*, ne rende chiara la disciplina e ne implementerà ancora di più lo sviluppo in un paese come l'Italia, il quale grazie alla sua economia fatta per gran parte da P.M.I. è sicuramente uno dei luoghi ideali per la sua proliferazione.

¹⁴² Come è successo in tempi molto recenti, si veda la sentenza n.4045/2018 in questo capitolo.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA-MARICONDA, *Codice dei contratti commentato*, Wolters Kluwer, 2020, pag.2567
- APICE, *La cessione dei crediti di impresa*, Esi, Napoli, 1995, pag. 47
- BASSI, *Factoring e cessione dei crediti di impresa*, Giuffrè, 1993, pag 57
- CEDON, *Responsabilità civile*, volume secondo, sez. seconda “*le figure contrattuali*”, Utet, 2020
- CIPOLLA, “*Il punto sul contratto di factoring e sull'azione revocatoria fallimentare*”, in *Il Fallimentarista*, Giuffrè, 2018, pag.5
- CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Utet, 1989, pag. 232
- CLARIZIA, *Rivista italiana leasing*, Giuffrè, 1991, pag. 858
- CLARIZIA, *I contratti nuovi*, Giappichelli, 1999, pag. 24
- DE NOVA, *Factoring, Distributed Ledger Technology e smart contracts*, Assifact, 2018, pag. 3
- DIMUNDO, *Factoring e fallimento, La nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 1999, pag. 567
- DIMUNDO, *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Ipsoa, 2016, pag. 173
- FOSSATI-PORRO, *Il factoring, aspetti economici, finanziari e giuridici*, Giuffrè, 1994, pag. 120
- FRIGNANI, *Il Factoring*, in *Trattato di diritto privato*, Utet, 1984, pag. 27
- GALGANO, *Diritto commerciale*, Zanichelli, 2001, pag. 231

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

- LOCOROTOLO, *Il Fallimento 6/2013*, Ipsoa, 2013, pag. 745
- MUCCIOLI, *Gli obblighi informativi tra formazione ed esecuzione del contratto*, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 2017, pag. 50
- NIGRA, *Il “Factoring” come “emptio spei” o “emptio rei speratae”*, in *“Rivista Italiana Leasing”*, Giuffrè 1990, pag. 350
- PERROTTA, *Osservazioni in tema di cessione dei crediti di impresa e recesso del curatore ex art. 7, comma 2°, l. n. 52 del 1991*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2004, pag. 186
- PICCININI, *Il comportamento del debitore ceduto nel contratto di factoring*, *Giustizia Civile*, Giuffrè, 2001, pag. 33
- PICCININI, *Qualificazione giuridica delle operazioni di factoring, funzione della cessione dei crediti e revocabilità dei pagamenti effettuati dai debitori ceduti al factor in caso di fallimento dell'impresa cedente*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2008, pag. 611
- RAGOSTA, *De Iustitia*, Libellula, 2020, pag. 4
- ROTA, *Osservazioni a Trib. Milano, 17 agosto 2011, sul rapporto tra la disciplina del factoring e quella della cessione del credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, Giuffrè, 2013, pag. 451
- SANTI, *Il Factoring*, Giuffrè, 1999, pag. 54
- SEMINO, *Brevi considerazioni sulla natura giuridica del contratto di factoring anche alla luce della recente l. 21 febbraio 1991 n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, *Giurisprudenza commentata*, Giuffrè, 1999, pag. 714
- SIRGIOVANNI, *“Il contratto di refactoring”*, *Contratto e impresa*, pag.1567 e seguenti, Cedam, 2003, pag. 1567

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

- TENCATI, *Factoring, la circolazione della posizioni creditorie*, Key editore, 2018, pag. 64

- TRENTINI, *Revocabilità ed inefficacia della cessione di crediti futuri, Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Ipsoa 2006, pag. 544

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

DOCUMENTI ASSIFACT E FOGLI INFORMATIVI SOCIETA' Di FACTORING

- *Discussion paper series; Gli effetti del factoring sulle imprese italiane: Alcune evidenze empiriche*, <https://assifact.it/wp-content/uploads/2016/12/Q1-2012-IT-Tavecchia.pdf>, 2012
- *Elementi di base del contratto di Factoring*, <https://assifact.it/wp-content/uploads/2017/10/Elementi-di-base-del-contratto-di-factoring.pdf>, 2017
- *Foglio informativo Factoring (operazioni di acquisto e gestione dei crediti d'impresa)*, Banca Ifis, https://www.bancaifis.it/app/uploads/2020/07/FOGLIO-INFORMATIVO_OPERAZIONE-DI-ACQUISTO-DEI-CREDITI-DI-IMPRESA-FACTORING_03.07.2020.pdf
- *Relazione annuale 2019/2020*, <https://assifact.it/wp-content/uploads/2020/06/2019-2020.pdf>
- *Foglio Informativo a disposizione della clientela ai sensi del titolo VI del D.Lgs. n. 385/1993 Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, Banca Carige, <https://www.gruppocarige.it/grpwps/wcm/connect/6b76094d-97b9-4365-8f18-36ff81d42f7c/FA1+FACTORING.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-6b76094d-97b9-4365-8f18-36ff81d42f7c-nrxWtx0>, consultato il 31/01/2021

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

SITOGRAFIA

- www.factorfunding.com
- www.adancorporate.com
- www.bentzenfinancial.com
- www.southstarcapital.com
- www.fundinvoice.com
- www.mondopmi.com
- www.diritto.it
- www.munaricavani.it
- www.ifitalia.it
- www.bancasistema.it
- www.assifact.it
- www.credemfactor.it
- www.borsaItaliana.it
- www.salvisjuribus.it
- www.carige.it
- www.mpslf.it
- www.bancaifis.it

GIURISPRUDENZA

- Trib. Genova, 23 giugno 1992, in *Rivista Italiana Leasing*, Giuffrè, 1994
- App. Genova, 19 marzo 1993, in *Rivista Italiana Leasing*, Giuffrè, 1994
- Trib.Genova, 16 maggio 1994, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Cedam, 1996
- Trib. Genova 10 agosto 2000, in *Il Fallimento*, Ipsoa, 2001
- Cass.10004/2003, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.7919/2004, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.10833/2007, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.3273/2007, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.2746/2007, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.5302/2008, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.6192/2008, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.15797/2009, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.15677/2009, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.1684/2012, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.3829/2013, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.16828/2013, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.19716/2015, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.30611/2018, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass.898/2018, in archivio giurisprudenza Dejure

Il *Factoring* tra normativa e prassi commerciale: disciplina codicistica, il dibattito sulla causa e le sue implicazioni in tema di applicabilità della legge n.52/1991

- Corte d'Appello Milano n.4045/2018, in Osservatorio della giurisprudenza in materia di *Factoring* n.4/2018
- Trib. Milano n.8450/2019, in http://www.lupieassociati.com/it/le-nostre-sentenze/376_factoring-e-cessione-di-crediti-futuri-le-ultime-dal-tribunale-di-milano-tribunale-di-milano-sez-vi-civile-sent-n-84502019 con nota
- Cass.11589/2019, in archivio giurisprudenza Dejure
- Cass. 1963/2020, in archivio giurisprudenza Dejure