



Il contratto di leasing nelle procedure concorsuali

*Sale and lease back e divieto di patto commissorio
ex art. 2744 c.c.*

Avv. Luca Gratteri
Milano 6 febbraio 2017





Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Sale and lease back

operazione negoziale attuata mediante

due contratti tra loro collegati

- compravendita e

- leasing traslativo

stipulati tra due soggetti (e non tre come nel leasing)

imprenditore (*alienante - utilizzatore*) vende un proprio bene, strumentale all'attività di impresa a una società finanziaria (*acquirente - concedente*) la quale, versato il prezzo, concede il bene acquistato in leasing, dietro corrispettivo di un canone periodico, con la previsione, alla scadenza della sua durata, di un diritto di opzione, attribuito all'utilizzatore, per il riacquisto del medesimo bene, ad un prezzo molto inferiore al suo valore effettivo
schema negoziale agevolmente riconoscibile

collegamento negoziale di norma dichiarato in entrambi i contratti

(compravendita e leasing) 2





Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Rapporti tra le fattispecie del leasing e del sale and lease back

numero di soggetti coinvolti: leasing come vicenda trilaterale
sale and lease back bilaterale
ma riscontrabili i medesimi ruoli

essenziale diversità di funzione
funzione di godimento (leasing)
funzione di finanziamento (lease back)

bene già di proprietà dell'imprenditore
risponde ad un'esigenza di finanziamento
attuata mediante la liquidazione di beni strumentali (immobilizzazioni) di cui mantiene
tuttavia la materiale disponibilità e
la possibilità di riacquisto
al termine della locazione finanziaria



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

posizione del concedente analoga a quella del leasing:

acquista il bene al solo scopo di concederlo in leasing

concedente non ha alcun interesse di godimento

né di acquistare definitivamente il bene

in ipotesi di inadempimento

mancato esercizio del diritto di opzione alla scadenza

- funzione di finanziamento (per l'alienante utilizzatore)

- funzione di garanzia (per l'acquirente concedente)

l'operazione dà luogo ad una garanzia reale atipica (attuata con il trasferimento
«temporaneo» del bene al creditore)

si pone quindi il tema della sua liceità in relazione al

divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Contratto atipico – socialmente tipizzato di impresa a scopo di finanziamento
risponde all'esigenza di liquidità dell'impresa – efficiente allocazione dei fattori della
produzione

legittimità del contratto da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza

Cass. 16.10.1995 n.10805

“lo schema negoziale socialmente tipico del lease back presenta autonomia strutturale e funzionale, quale contratto d'impresa, e caratteri peculiari, di natura soggettiva ed oggettiva, che non consentono di ritenere che esso integri, per sua natura, e nel suo fisiologico operare, una fattispecie negoziale fraudolenta sanzionabile ai sensi degli artt. 1344 e 2744 c.c.”

(Cass., Sez. III, 16.10.1995 n. 10805, in Giur. Comm., 1997, I, 656)

«specifica esigenza ... imprenditoriale... potenziamento dei fattori produttivi di natura finanziaria»

operazione volta alla migliore, più efficiente allocazione dei fattori economici dell'impresa

- smobilizzare precedenti investimenti

- impiego della liquidità nel ciclo produttivo (riconversione o acquisizione di nuovo impianti)



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

dall'analisi della causa in astratto a quella della causa in concreto
ritenuta la liceità in astratto necessario analizzare specificamente le circostanze di fatto e le clausole contrattuali operando una valutazione caso per caso
vendita a scopo di garanzia («accessorio di un preesistente o concomitante mutuo»)
vendita a scopo di leasing («necessario presupposto per la concessione del bene in leasing»)
posizione confermata dalla giurisprudenza successiva

Cass. 7.5.1998 n.4612

“Siffatte conclusioni restano ferme sino a quando non si rilevino "anomalie" rispetto al normotipo contrattuale del "lease back" che privano la concreta operazione di quelle connotazioni specifiche, idonee per attribuire la qualificazione di vendita a scopo di "leasing" anziché di garanzia”

(Cass, Sez. I, 7.5.1998 n.4612, in Corr. Giur., 1998, 1039).

Ciò consente di verificare se lo schema contrattuale del lease back, da considerarsi lecito e meritevole di tutela a livello di tipo, sia stato, nelle concrete circostanze di fatto, piegato al fine di conseguire risultati illeciti,

secondo lo schema della frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c.,
ovvero per violazione diretta dell'art. 2744 c.c.



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

posizione consolidata della giurisprudenza:

- liceità causa astratta

- necessità di verifica causa concreta

indagine di fatto: funzione lecita piegata al perseguimento scopi immeritevoli di tutela

indici sintomatici di anomalia

in presenza dei quali giurisprudenza perviene a declaratoria di

nullità per violazione diretta 2744

o in quanto negozio in frode alla legge (1384)

non sindacabile in sede di legittimità (Cass. 26.6.2001 n.874)

verifica degli elementi sintomatici sia soggettivi che oggettivi non sono sindacabili in sede di legittimità se non nell'ambito del controllo sulla motivazione

esiti giurisprudenziali: frequentemente esclusa liceità in concreto dell'operazione



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

indici sintomatici di anomalia che conducono a declaratoria di nullità elaborati dalla giurisprudenza di merito pervengono quindi all'esame giudici di legittimità Cass., Sez. III, 22.3.2007 n. 6969 (in Contratti, 2008,33):

“lo stato di debolezza economica della società venditrice, situazione creditoria preesistente o contestuale, sproporzione tra entità del prezzo e valore del bene alienato e comunque delle reciproche obbligazioni, mancanza di conformità delle condizioni del contratto di utilizzazione del bene rispetto a quelle usualmente praticate per un leasing, anche riguardo alla determinazione dei canoni e del prezzo di opzione”

E ancora:

“Lo stato di debolezza economica e l'utilizzo del prezzo per ripianare debiti costituiscono alterazioni dello schema negoziale tipico, idonee a denunciare che l'operazione non tende al perseguimento di interessi propri del "lease back", bensì al perseguimento di uno scopo di garanzia con caratteristiche integranti la realizzazione del risultato materiale vietato dall'art. 2744 c.c.”



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

disamina critica della casistica dei ricorrenti indici sintomatici di anomalia
(rivelatori di prevalente causa di garanzia in violazione dell'art. 2744 c.c., in luogo della causa socialmente tipica)

- (i) sussistenza di un rapporto di debito preesistente o contestuale alla vendita tra le parti;
estinzione debito può rientrare in logiche di efficienza imprenditoriale;
ad esempio: riduzione oneri finanziari; rimodulazione termine indebitamento
(essenziale verificare finalità risanamento - continuità aziendale)
legittimità datio in solutum (eventuale inefficacia, non nullità)

- (ii) sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato;
trasferimento di proprietà temporaneo
la sproporzione rileva soltanto al momento dell'inadempimento
in cui si consolida l'effetto traslativo per effetto
 - del venir meno del diritto di opzione
 - della restituzione dell'eccedenza



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

disamina critica della casistica dei ricorrenti indici sintomatici di anomalia (rivelatori di prevalente causa di garanzia in violazione dell'art. 2744 c.c., in luogo della causa socialmente tipica)

- (iii) situazione di difficoltà economica del debitore nota alla controparte;
 - rileva solo se si verifichi in concreto un abuso ai danni del debitore
 - manca di oggettivi parametri di accertamento
 - difficilmente verificabile
- (iv) condizioni contrattuali eccessivamente favorevoli per la società finanziaria, con rilevante sproporzione tra le reciproche prestazioni corrispettive;
 - strumento di tutela tipico (rescissione per lesione e relativi stringenti presupposti 1448, 1449, 1450)
 - diverso dalla nullità per violazione dell'art. 2744 c.c.
- (v) bene non strumentale, non utilizzato nel ciclo produttivo dell'impresa
 - elemento sintomatico estraneità alla funzione tipica del contratto ma di per sé non sufficiente a determinare la nullità



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

disamina critica della casistica dei ricorrenti indici sintomatici di anomalia (rivelatori di prevalente causa di garanzia in violazione dell'art. 2744 c.c., in luogo della causa socialmente tipica)

unico parametro di valutazione decisivo e convincente:

(vi) peculiari condizioni negoziali ed economiche dell'operazione che rivelino
il superamento dei limiti della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.
(entità del credito/valore bene alienato)
ed il conseguente abuso in danno del debitore

in quanto si ricollega al fondamento giustificativo del divieto di patto commissorio

gli ulteriori indici sintomatici possono assumere un valore confermativo dell'illiceità

Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Prime possibili conclusioni

1) il prezzo di acquisto assolve ad una funzione di finanziamento

2) i canoni di locazione danno luogo alla restituzione di tale finanziamento

3) la previsione del patto di opzione rende temporaneo il trasferimento della proprietà al concedente – esclusiva funzione di garanzia

tema della liceità dell'operazione in relazione al

divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

tendenza giurisprudenziale interpretazione estensiva del divieto

inaugurata con le note sentenze a S.U. del 1989

Cass. SS.UU. 3.4.1989 n.1611 e 21.4.1989 n.1907



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Divieto di patto commissorio

Art. 2744. Divieto del patto commissorio

«È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno»

Sezioni Unite: norma materiale idonea a vietare un determinato risultato
a prescindere dai mezzi utilizzati per conseguirlo

il riferimento testuale della norma al pegno e all'ipoteca non ha valore vincolante
divieto sussiste indipendentemente dalla presenza di garanzia reale tipica

(c.d. patto commissorio autonomo)

sanzionato qualsiasi strumento negoziale che dia luogo al concreto risultato di attribuire al creditore la titolarità di un bene in conseguenza dell'inadempimento del debitore
il bene in tali ipotesi assolve una funzione di garanzia reale a tutela delle ragioni creditorie al di fuori degli schemi previsti dal nostro ordinamento



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Ratio del divieto di patto commissorio

per comprendere contenuto e limiti del divieto
necessario indagare sul suo fondamento giustificativo (ratio) del divieto

indagine in termini positivi

finalità di tutela di un interesse (interesse tutelato)

in termini negativi

prevenzione di un abuso (condotta abusiva vietata)



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Ratio del divieto di patto commissorio

ricostruzione tradizionale

tutela interesse individuale

debitore

«contraente debole» disposto a sacrificare un proprio

diritto patrimoniale pur di ottenere il finanziamento

creditore estraneo

subisce la riduzione della garanzia patrimoniale del debitore per effetto del trasferimento del bene e la

conseguente lesione della par condicio creditorum

recepita dalla giurisprudenza, tuttavia:

in tali ipotesi ordinamento prevede - altri strumenti di tutela e

- sanzioni diverse dalla nullità (palesamente eccessiva)

annullamento o rescissione del contratto – azionabili dalla sola parte protetta

revocatoria ordinaria (o fallimentare) con sanzione di inefficacia relativa



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Ratio del divieto di patto commissorio

ricostruzione non tradizionale

tutela interesse generale

monopolio statale funzione giurisdizionale rispetto all'autotutela del creditore garantito

declinato da alcuni sul piano processuale

esclusività del processo esecutivo

anche per l'attuazione delle garanzie reali

da altri sul piano sostanziale

controllo giurisdizionale su equità

determinazione convenzionale delle
conseguenze dell'inadempimento

(art. 1384 - riduzione penale eccessiva)

interpretazione estremamente restrittiva

comporterebbe la nullità dell'alienazione con

causa di garanzia in ogni caso anche se assistita da patto marciano



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Ratio del divieto di patto commissorio

tutela interesse generale

lesione dei principi di responsabilità patrimoniale ex art. 2740

proporzionalità dello scambio – corrispondenza tra il credito ed il valore del bene alienato

Art. 2740 esprime

in termini positivi

il principio della universalità responsabilità del debitore

in termini negativi

il principio di proporzionalità: il debitore non può rispondere oltre il limite quantitativo determinato dall'entità del credito azionato

2910 comma 1 c.c. il creditore può espropriare i beni del debitore «per conseguire quanto gli è dovuto»

496 c.p.c. riduzione del pignoramento

anche per costituzione garanzie reali tipiche essenziale indicazione dell'entità del credito

questo criterio tutela anche gli interessi «individuali» del debitore e del creditore

individuati nella ricostruzione tradizionale



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Ratio del divieto di patto commissorio

ricostruzione non tradizionale

tutela interesse generale

lesione dei principi di responsabilità patrimoniale ex art. 2740 e di tutela del credito

prevenzione dell'abuso – sproporzione tra responsabilità e credito garantito

fondamento giustificativo nella disciplina di fattispecie di realizzazione della garanzia

accostate al patto marciano:

art. 1851 c.c. (pegno irregolare)

art. 2853 c.c. (pegno di crediti)

ipotesi meno problematiche in cui il valore dei beni (denaro, merci, titoli) è

determinato o agevolmente determinabile

posizione recepita dalla giurisprudenza più recente (Cass. 9.5.2013 n.10896)

eccesso di garanzia per il creditore

di responsabilità per il debitore

lo strumento correttivo d'elezione dell'abuso da sproporzione è il patto marciano



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Patto marciano

accordo con cui si conviene che in caso di inadempimento di un debito, il creditore acquisti la proprietà di un bene del debitore, con l'obbligo, per il creditore, di versare al debitore l'eventuale eccedenza di valore del bene stimato da un terzo, rispetto all'importo del debito inadempito

non disciplinato dall'ordinamento come istituto generale

progressiva riscoperta del patto marciano

approccio settoriale – garanzie del credito concesso da intermediari finanziari

dapprima per derivazione comunitaria:

- direttiva 2002/47 sui contratti di garanzia finanziaria (D. Lgs. n.170/2004, art.4)
- direttiva 2014/17 sui mutui immobiliari ai consumatori

quindi con interventi normativi di iniziativa domestica:

- disciplina prestito vitalizio ipotecario agli ultrasessantacinquenni (L. 2.4.2015 n.44)
- trasferimento di immobile sospensivamente condizionato (art. 48 bis TUB - D.L. n.59/16
che opera una stringente procedimentalizzazione dell'esecuzione del patto)



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

(art. 48 bis TUB - D.L. n.59/16) trasferimento di immobile sospensivamente condizionato

recepisce elaborazione giurisprudenziale su elementi essenziali del patto marciano
effettività tutela del debitore

- puntuale disciplina della stima
 - affidata a perito terzo e indipendente
 - procedimentalizzata (iniziativa, nomina, svolgimento)
 - con termini definiti
 - contraddittorio con le parti
- indicazione nel contratto di finanziamento del c.c. su cui versare eccedenza al debitore meno puntuale e rassicurante la disciplina dell'effettività del trasferimento per atto unilaterale a seguito della verifica della condizione sospensiva di inadempimento e del contenzioso (con conseguente incertezza) che può derivarne salvo che per le ipotesi di trasferimento disposto dal G.E. (procedimento esecutivo) o dal G.D. (nella procedura fallimentare)



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

considerazioni di sintesi:

evoluzione giurisprudenziale compendiata in

tre pronunce di legittimità collocate in un arco temporale ventennale

1) Cass. 16.10.1995 n.10805 liceità causa astratta leasing

necessaria verifica della causa in concreto per

riscontrare eventuale deviazione dalla

causa socialmente tipica

2) Cass. 22.3.2007 n.6969

recepisce e riafferma elementi sintomatici elaborati dalla giurisprudenza successiva

accertamento di fatto riservato a giudice del merito (non sindacabile in sede di legittimità)

perdura tuttavia incertezza applicativa

riscontrata l'anomalia sulla base - stato di debolezza economica (*lessee* fallito dopo 2 anni)

- utilizzo per estinzione debiti pregressi

conclusione non persuasiva: liceità della *datio in solutum* -funzione solutoria, non di garanzia

esigenza finanziaria impresa può rientrare nella causa tipica del lease-back



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Sale and lease back; considerazioni di sintesi:
evoluzione giurisprudenziale

3) Cass. 28.1.2015 n.1625

conforme alle pronunce precedenti

introduce espreso riferimento efficacia legalizzante patto marciano

fornisce chiare indicazioni su contenuto patto marciano - recepite da art. 48 bis TUB



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Legittimità del *sale and lease back* alla luce di Cass. 28.1.2015 n.1625

necessità di espressa previsione del patto marciano

non recepisce la posizione della dottrina (Anelli) che esclude l'applicazione funzionale del divieto di patto commissorio in quanto clausola marciana implicita nelle alienazioni in garanzia trasferimento della proprietà «temporaneo» e sottoposto a doppia condizione risolutiva: (i) adempimento (ii) restituzione eccedenza, in quanto attribuzione non sorretta dalla causa di garanzia tale posizione della dottrina pone concreti problemi applicativi: obbligo di restituzione eccedenza indeterminato e non coercibile



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Legittimità del *sale and lease back* alla luce di Cass. 28.1.2015 n.1625

contenuto patto marciano (recepito e previsto con maggior dettaglio nell'art. 48 bis TUB)

stima - terzo indipendente

- successiva all'inadempimento (momento in cui si deve comparare il credito con il valore del bene alienato)

necessaria previsione di «meccanismi oggettivi e procedimentalizzati» che consentano la «*verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito*»

«non avrebbe tale effetto la verifica del giusto prezzo al momento della conclusione del contratto»

«*occorre pertanto che essa [la c.d. clausola marciana] preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento, ossia quanto si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (cfr. art. 1851 c.c.) un procedimento volto alla stima del bene entro tempi certi e con modalità definite che assicurino la presenza di una valutazione imparziale in quanto affidata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri dovrà fare riferimento (cfr. art. 1349 c.c.) al fine della determinazione dell'an e del quantum della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore*»

Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Legittimità del *sale and lease back* alla luce di Cass. 28.1.2015 n.1625

versamento dell'eccedenza non condiziona l'effetto traslativo ma lo consolida

art. 48 bis TUB condiziona il trasferimento al versamento dell'eccedenza (comma 2 e 8)

Cass. 1625/2015 afferma che nel patto marciano tale previsione non è necessaria:

il trasferimento della proprietà è immediato ma precario; il trasferimento del bene si consolida solo a seguito del versamento dell'eventuale eccedenza

«Non è invece necessario che la clausola marciana subordini, altresì, alla condizione del pagamento della differenza l'acquisizione del bene da parte del creditore; invero, così come per il divieto ex art. 2744 c.c. anche la clausola marciana può essere in concreto articolata non solo nel senso di ancorare all'inadempimento il trasferimento della proprietà del bene, ma pure il consolidamento dell'effetto traslativo già realizzato, che si verificherà solo ove sia corrisposta l'eventuale differenza»



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

Legittimità del *sale and lease back* alla luce di Cass. 28.1.2015 n.1625

interrogativo concreto :

le clausole contenute negli schemi negoziali dei contratti di leasing possono essere considerate un valido patto marciano?

In particolare clausole secondo cui

«in caso di risoluzione per inadempimento il concedente avrà diritto al pagamento dei canoni scaduti, degli interessi moratori, delle spese e di un importo pari all'ammontare dei canoni non scaduti, a titolo di penale, dedotto quanto conseguito dal concedente in seguito alla vendita del bene»

«meccanismi oggettivi e procedimentalizzati di stima»???

risposta evidentemente negativa

«stima» versus «vendita»

diversa valutazione della capacità dell'impresa di collocare sul mercato il bene

un'ipotesi limite: la vendita del bene nell'ambito di un più ampio portafoglio immobiliare



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

rapporti tra patto marciano e disciplina ex art. 72 quater l. fall.

un falso problema?

questione non direttamente affrontata dalla giurisprudenza

in concreto non dovrebbe porsi alcun conflitto in quanto:

- patto marciano trova applicazione nell'ipotesi di «risoluzione» (ante fallimento)
- 72 quater nella diversa ipotesi di «scioglimento» del contratto di leasing



Sale and lease back e divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c.

possibile conclusione:

nell'ipotesi di sproporzione tra valore del bene alienato alla data di risoluzione
ed entità del credito garantito

in mancanza di un valido patto marciano (stima imparziale successiva all'inadempimento)

esclusi meccanismi di integrazione negoziale automatica della clausola marciana

nonostante la previsione di un generico obbligo di restituzione/compensazione del
ricavato della vendita del bene con il credito del concedente

elevato rischio di nullità dell'operazione di sale and lease back