

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA
CICLO XXVII**

**I nuovi strumenti di intermediazione finanziaria:
qualificazione della causa e valenza economica
dell'operazione di *factoring***

COORDINATORE DOTTORATO:
Chiar. Prof. Marcello Clarich

DOTTORANDO:
Giovanni Rende

TUTOR:
Chiar. Prof. Rossella Borgia

INDICE

Capitolo I

Profili economici e funzionali del factoring

1. L'evoluzione della figura del *factor*: da intermediario commerciale
(*trade-factor*) ad operatore finanziario (*finance-factor*).....pag. 6
2. L'importanza dell'operazione di *factoring* per il perseguimento
dell'equilibrio e della stabilità aziendalepag. 12
 - 2.1 Gli effetti del *factoring* sui costi di gestione delle impresepag. 21
3. Il *factoring* quale tecnica di finanziamento complementare al
credito bancario.....pag. 24
4. I mutamenti del mercato e della realtà socio - economica e le
diverse modalità operative del *factoring*.....pag. 31
5. Caratteristiche e contenuto del contratto di *factoring*.....pag. 37
6. Profili operativi della cessione del creditopag. 48
 - 6.1 I rapporti tra le parti dell'operazione economica.....pag. 53
 - 6.2 Cenni sul regime delle eccezioni opponibili al cessionariopag. 63
7. L'operazione di *factoring* e le norme in tema di trasparenza dei
servizi bancari e finanziari.....pag. 67

Capitolo II

Natura e qualificazione giuridica dell'operazione economica: una questione ancora aperta

1. L'originalità e duttilità dell'operazione economica e il soddisfacimento di esigenze aziendali complessepag. 76
2. Il *factoring* e la cartolarizzazione dei creditipag. 80
 - 2.1 Elementi distintivi della cartolarizzazione dei creditipag. 82
 - 2.2 Differenze e punti di contatto tra le due operazioni economichepag. 84
3. L'operazione di *factoring*, il mutuo e i contratti di creditopag. 94
 - 3.1 *Factoring* e sconto bancariopag. 97
 - 3.2 *Factoring* e anticipazione bancariapag. 100
 - 3.3 *Factoring* e apertura del creditopag. 102
4. *Factoring* e assicurazione del creditopag. 104
5. *Factoring* e pegno di creditipag. 109
6. L'atipicità: elemento caratterizzante questo nuovo strumento del mercato finanziario al servizio delle impresepag. 112

Capitolo III

La cessione dei crediti d'impresa: strumento essenziale per il perseguimento degli interessi giuridico – economici del contratto di factoring

1. Gli effetti dell'introduzione della legge n. 52 del 1991 sulla
organizzazione aziendalepag. 118
2. Il trasferimento della titolarità del credito dal fornitore - cedente al
factor - cessionario e i benefici per lo svolgimento dell'attività
d'impresapag. 126
 - 2.1 La trasferibilità dei crediti futuri e in massapag. 130
 - 2.1.1. La cessione in massa dei crediti futuri e le limitazioni
imposte dal legislatorepag. 134
3. La garanzia di solvenza del debitore ceduto e il rischio assunto
dall'impresa cedente: analisi criticapag. 140
4. La disciplina del fallimento: profili giuridico - economici ed aspetti
problematicipag. 147
 - 4.1 Il fallimento del debitore cedutopag. 149
 - 4.2 L'efficacia della cessione e la disciplina del recesso in caso di
fallimento del cedentepag. 158

Capitolo IV

L'operazione economica nel contesto internazionale e alcuni strumenti di finanziamento all'esportazione affini

1. Disciplina e caratteristiche del <i>factoring</i> internazionale.....	pag. 165
1.1 La complessità strutturale dell'istituto e i vari rapporti che legano i soggetti dell'operazione economica.....	pag. 167
1.2 La normativa in materia di <i>factoring</i> internazionale: la Convenzione <i>Unidroit</i>	pag. 172
1.3 La Convenzione <i>Uncitral</i>	pag. 182
2. Il <i>factoring</i> internazionale e alcune operazioni economiche affini, diffuse nel commercio internazionale	pag. 187
2.1 <i>Factoring e forfaiting</i>	pag. 188
2.2 Il <i>confirming</i> : differenze e affinità con il <i>factoring</i>	pag. 194
Conclusioni	pag. 199
Bibliografia	pag. 205

CAPITOLO I

Profili economici e funzionali del factoring

1. L'evoluzione della figura del *factor*: da intermediario commerciale (*trade-factor*) ad operatore finanziario (*finance-factor*)

Nel mondo anglosassone, nel quale l'operazione economica di *factoring* affonda le radici, il termine *factor* indica “colui che agisce per conto altrui”¹.

Servendosi di tale strumento operativo le imprese, in particolare quelle di piccole e medie dimensioni, sono in grado di cedere i crediti ad un organismo specializzato, il *factor*, che, dietro pagamento di una commissione, il cui importo può variare a seconda della prestazione eseguita, dell'importo delle fatture, dell'ambito in cui svolge la propria attività, presta diversi servizi, tra i quali la gestione dei crediti, l'assunzione del rischio di insolvenza del debitore ceduto e la concessione di anticipazioni sui crediti vantati dall'impresa².

I primi sviluppi del *factoring* risalgono addirittura ad antichissime civiltà, anche se è soltanto a partire dal XV secolo, con l'espansione coloniale della Gran Bretagna, dell'Olanda, della Spagna e della Francia,

¹ Cfr. O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, Roma, 2001, p. 2.

² Cfr. F. Santi, *Il factoring*, Milano, 1999, pp. 26-27; A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2000, III, p. 59. E' opportuno precisare che la complessità dell'operazione di *factoring* e l'interdipendenza dei servizi offerti dal *factor* hanno reso estremamente arduo fornire una definizione unitaria delle linee essenziali dell'operazione. Una prima definizione risale al 1966 ed è attribuibile alla *Chambre Nationale des Conseillers Financiers*; una ulteriore è presente nella convenzione Unidroit sul *factoring* internazionale approvata ad Ottawa il 28 maggio 1988; altre ancora si riscontrano nelle raccolte di usi della Camera di Commercio di Milano e Torino. E' proprio dall'esame e dalla compenetrazione di tutte le definizioni fornite nel corso del tempo che si è approdati alla attuale idea di *factoring*.

che il *factor* inizia a svolgere compiutamente la funzione di *commercial-factor*, ovvero di intermediario commerciale³, stabilendo la propria residenza nelle colonie, occupandosi, per conto dei produttori e mercanti della madre patria, dietro corresponsione di una commissione, della gestione dei rapporti commerciali con la clientela indigena e provvedendo a custodire, commercializzare e riscuotere il prezzo dei prodotti inviati⁴.

Lo sviluppo di tale attività era evidentemente dettato dalla necessità degli operatori commerciali di effettuare gli scambi anche al di fuori del loro ristretto territorio.

Nel corso del tempo il *factor* ha ampliato lo spettro delle funzioni esercitate di *commission-agent*, iniziando a svolgere anche attività di consulenza e di pianificazione delle strategie commerciali.

E' opportuno, tuttavia, precisare che è soltanto a partire dal XVII secolo, allorché i primi coloni inglesi giunti in America (*Pillgrim Fathers*) affidano ad alcuni *commission-agents* inglesi la commercializzazione di pesce, carne e legname, che il termine *factor* viene usato in senso proprio. Tali operatori sono denominati nei contratti *agents and factors*.

Il *factor* riesce ad estendere ulteriormente la gamma dei suoi servizi, arrivando persino a garantire il buon fine dell'operazione (*Factor's Lien*)⁵.

Nel corso del XIX secolo l'operazione economica inizia a diffondersi

³ E' importante sottolineare che furono soprattutto le industrie manifatturiere inglesi a servirsi del *commercial-factor*, ovvero di agenti in grado di commercializzare i loro prodotti. "La loro conoscenza del mercato locale consentiva di dare alle imprese committenti consigli ed informazioni (circa la quantità e qualità dei prodotti da immettere, i prezzi da applicare, ecc.), contribuendo così in maniera importante a disegnare la strategia di penetrazione in quei mercati". Così R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento delle imprese. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002, p. 418.

⁴ Cfr. in proposito L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa. Leasing e Factoring*, Milano, 1997, pp. 81 ss., il quale precisa che "in un primo momento e per un ragguardevole lasso di tempo, le funzioni di tali fiduciari furono appunto quelle di gestire, per conto dei venditori, i rapporti commerciali con la clientela indigena scegliendo i compratori e curando la custodia e la consegna delle merci e la riscossione dei prezzi".

⁵ Cfr. R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento delle imprese. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit. p. 418; R. Clarizia, *Il factoring*, Torino, 1998, p. 1; A. Spolverini, *Il factoring*, Milano, 1981, p. 10.

anche nei mercati interni inglesi, in particolare nel settore tessile, nonché nei mercati americani, che fino a quel momento non avevano alcuna conoscenza della pratica dello sconto commerciale.

Il profilo operativo del *factor* comincia, tuttavia, a mutare sostanzialmente agli inizi del XX secolo, allorquando le rassicuranti dinamiche del mercato, la maggiore facilità e sicurezza degli scambi commerciali, inducono i produttori e i mercanti ad occuparsi personalmente ed autonomamente della distribuzione e della vendita delle merci⁶.

Il *factor* inizia ad assumere, pertanto, la veste di un vero e proprio operatore finanziario, *finance-factor*, abbandonando progressivamente la funzione di *trade-factor* che aveva svolto fino a quel momento, assumendo anche il rischio dell'inadempimento del debitore ceduto, operando anticipazioni sul prezzo delle merci consegnate e riconoscendo alle merci la funzione di garanzia per i rischi connessi allo svolgimento dell'attività⁷; mentre in Europa la figura del *commercial-factor* tende a scomparire completamente, negli Stati Uniti subisce una trasformazione, dando vita al *factoring* moderno.

In una prima fase ricorrono al *factoring* le imprese del nord America, esclusivamente nel settore tessile; successivamente, nel corso degli anni cinquanta, tale tecnica operativa si espande anche in altri settori, al di fuori del contesto nord americano. I *finance – factors* iniziano, infatti, a volgere lo sguardo verso i mercati europei, nei quali cercano di penetrare, costituendo filiali⁸.

⁶ In proposito N. Visalli, *Profili giuridici del factoring*, in Rivista di Diritto Civile, 2002, p. 195.

⁷ M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006, p. 20.

⁸ Cfr. in proposito E. Briganti – D. Valentino, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, Napoli, 2007, pp. 127 ss.; G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, Milano, 1994, p. 5, i quali sottolineano che particolarmente rilevante era la Holding Svizzera, International Factors A. G., fondata dalla First National Bank of Boston in collaborazione con la Commercial Bank e la Confirming House di Londra, la cui funzione era quella di costituire società di *factoring* nei diversi stati europei.

E' superfluo sottolineare che, a seguito della diffusione dell'istituto, i paesi di *Civil Law* hanno incontrato notevoli difficoltà di coordinamento della prassi statunitense con quella europea, nonché di adattamento di tale strumento a realtà giuridiche ed operative completamente diverse rispetto a quella di origine⁹.

L'operazione di *factoring*, nonostante le difficoltà iniziali, si diffuse rapidamente in Gran Bretagna, in particolar modo dal 1960, in Olanda e anche in Germania.

Evidenti difficoltà si riscontrarono, invece, in Francia a causa della diffidenza degli operatori economici che mostravano un'evidente preferenza per lo sconto commerciale. I serrati controlli operati dal Ministero delle Finanze ponevano, peraltro, non pochi ostacoli alla costituzione di società straniere.

Il *factoring* riuscì ad affermarsi con facilità nel mercato svedese, secondo il quale l'utilizzazione di tale strumento operativo avrebbe portato soltanto benefici all'economia nazionale, favorendo le transazioni interne e anche quelle internazionali.

L'operazione economica iniziò a diffondersi in Italia nel corso degli anni sessanta¹⁰, principalmente attraverso istituti di credito che si avvalevano della collaborazione di operatori esteri¹¹.

⁹ Sul punto cfr. F. Santi, *Il factoring*, cit., pp. 26-27.

¹⁰ "In Italia, l'ingresso ufficiale del factoring data 1963. In quell'anno furono costituite due società di factoring: l'*International Factors Italia S.p.A. (Ifitalia)*, operante dal 1965, cui partecipavano la Banca Nazionale del Lavoro, Efibanca e la First National Bank of Boston, tramite la finanziaria europea *International Factor A.G. di Zurigo* e la *Heller Factor Italia S.p.a. (Italfactor)*, fondata nel 1968 dalla Banca Commerciale Italiana e dalla *Walter Heller & Company di Chicago* a partecipazione paritaria". Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 21.

¹¹ E' opportuno a tal proposito sottolineare che "l'evoluzione economica di stati come il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America è stata incentrata da subito sull'impresa e sull'industria, con conseguente evoluzione dei sistemi di finanziamento bancari e finanziari. L'Italia del dopoguerra ha invece conosciuto una dinamica differente, essendo rimasta per larga parte di questo periodo legata alla terra e ad un tipo di economia che, seppur in ascesa, doveva affrontare quella fase di passaggio da agricola ad industriale". Così M. Barbetti, *Il contratto di Factoring*, in G. Cassano (a cura di), *I singoli contratti. Applicazioni pratiche. Clausole specifiche. Giurisprudenza di riferimento*, Milano, 2010, p. 1323.

In una prima fase l'affermazione del *factoring* nel nostro paese venne osteggiata da molti operatori economici, che preferivano affidarsi a strumenti tipici della realtà economica italiana, quali, ad esempio, lo sconto commerciale¹².

Soltanto in seguito ad una forte crisi finanziaria che investì la nostra nazione, ponendo un freno alla richiesta di finanziamenti e determinando, conseguentemente, un cambiamento nelle modalità di gestione delle risorse finanziarie, gli operatori economici iniziarono ad avvicinarsi a tale tecnica operativa¹³. Il *factoring* è riuscito a ricavarsi gradatamente un proprio spazio, conformandosi anche alle peculiarità dei creditori e debitori che prendevano parte alla cessione.

Preme, ad ogni buon fine, sottolineare che la diffusione dell'operazione, nei primi anni di attività, fu inferiore alle aspettative e i risultati conseguiti alquanto modesti¹⁴.

Gli operatori italiani incontrarono, infatti, notevoli problemi causati prevalentemente dalla convinzione di poter “trasferire” *sic e simpliciter*

¹² Tale ritrosia era determinata principalmente dalla “*attitudine negativa del sistema bancario, che preferiva effettuare in proprio operazioni ritenute simili al factoring, come le anticipazioni su fatture*”. Così R. Ruozi – B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, Milano, 1985, p. 154, i quali sottolineano, altresì, “*la mancata disponibilità di alcuni grandi debitori primari ad accettare la cessione dei loro debiti ed il conseguente rifiuto di pagare questi ultimi nei termini previsti dai contratti di factoring, la riluttanza di altri debitori anche non primari all'operazione, il desiderio dei creditori di non perdere il contatto con i propri clienti, neppure in occasione degli incassi dei crediti medesimi e via dicendo*”.

¹³ Cfr. O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 9, il quale sottolinea che il ricorso alle società di *factoring* e quindi la riorganizzazione delle tecniche di finanziamento, fu una conseguenza dei limiti che il governo pose alla concessione di prestiti da parte degli istituti bancari.

¹⁴ L'operazione diffusa in Italia non presentava tuttavia le medesime caratteristiche di quella di origine anglosassone. A differenza del sistema anglosassone, la cessione veniva effettuata prevalentemente *pro solvendo*, venivano concesse difficilmente anticipazioni sui crediti ceduti e non venivano offerti servizi accessori, che rappresentavano degli elementi caratteristici dell'operazione. In assenza di una specifica disciplina diventava “*difficile giustificare l'applicazione di una normativa diversa da quella recata dagli artt. 1260 ss. cc. In tema di cessione dei crediti, per una fattispecie che non presenta caratteristiche strutturali dissimili dal modello civilistico e la cui unica peculiarità (certamente importante) consiste nel fatto che l'acquisto dei crediti derivanti dall'esercizio di un'attività imprenditoriale diventa l'oggetto sociale esclusivo di una società finanziaria*”. Era, pertanto, necessario introdurre una disciplina speciale che regolamentasse autonomamente gli aspetti problematici dell'operazione in esame. In tal senso R. Clarizia, *I contratti nuovi. Factoring. Locazione finanziaria*, Torino, 1999, pp. 3 ss.

tale nuova tecnica operativa nell'ordinamento italiano, senza avere preventivamente verificato le compatibilità con il sistema e l'assetto economico autoctoni.

Soltanto col passare del tempo, gli operatori economici italiani iniziarono a rendersi conto delle reali potenzialità del contratto *de quo* e del fatto che il *factoring* poteva rappresentare uno strumento di finanziamento valido ed efficace per le aziende.

Dopo le difficoltà iniziali, l'Italia, nella seconda metà degli anni ottanta, è divenuta prima nel mondo per il *turnover*, ovvero per il numero delle fatture che venivano cedute nell'esercizio dell'attività d'impresa al *finance-factor*.

Sotto il profilo economico, l'affermazione di tale tecnica ha, inoltre, permesso di intensificare i rapporti tra il mondo bancario e quello finanziario, da un lato e tra quello produttivo e commerciale dall'altro, consentendo, altresì, per gli innumerevoli servizi offerti, di soddisfare esigenze operative che, come vedremo nel prosieguo della trattazione, il ricorso ad altri strumenti economici presenti nel sistema italiano non avrebbe potuto appagare *in toto*.

Quanto alle caratteristiche delle imprese di *factoring* nel contesto italiano, è opportuno sottolineare che le stesse presentano la forma societaria. Com'è stato sottolineato in dottrina, "la struttura della società di capitali (..) meglio di ogni altra riesce ad integrare il vantaggio della responsabilità limitata con quello della facile reperibilità di capitali"¹⁵.

E' il caso infine di rilevare che l'operazione si connota "per l'inesistenza (nella modulistica contrattuale italiana) di qualsiasi

¹⁵ Così G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, Napoli, 1983, p. 3. Cfr in proposito A. Patroni Griffi, *L'impresa di factoring*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione dei crediti d'impresa*, Napoli, 1995, p. 58, il quale ha precisato che "l'imprenditore individuale non ha diritto di cittadinanza nella polis del factoring in quanto soggetto meno idoneo a consentire quella (intensa) attività di controllo-vigilanza, anche – e forse soprattutto – sotto il profilo del capitale <investito nell'azienda>".

riferimento ai servizi aggiuntivi e/o alternativi, che il *factor* italiano sarebbe in grado di svolgere”¹⁶, nonché per una minore specializzazione dei *factors*, rispetto, in particolar modo, a quelli statunitensi.

2. L'importanza dell'operazione di *factoring* per il perseguimento dell'equilibrio e della stabilità aziendale

Le imprese, in particolare quelle di piccole e medie dimensioni, avendo a disposizione scarse e precarie fonti di finanziamento, hanno spesso incontrato notevoli difficoltà nel mantenimento del proprio equilibrio aziendale, tanto da non riuscire sempre ad ottenere una struttura armonica in grado di garantirne la stabilità ed allo stesso tempo la flessibilità nel reperimento dei mezzi finanziari.

Attraverso il ricorso a tale nuova tecnica operativa, trasferendo al *factor* l'amministrazione finanziaria e concentrando l'attività esclusivamente sulle finalità produttive, è possibile favorire l'espansione e la crescita delle piccole e medie aziende, consentendo un'allocazione ottimale delle risorse disponibili, nonché la realizzazione di vere economie di gestione, evitando che le piccole e medie imprese rappresentino realtà economiche temporanee e marginali.

Il ricorso all'operazione in esame determina notevoli benefici per le imprese sia sotto il profilo amministrativo - contabile, che con riferimento alla politica commerciale, alla gestione finanziaria e all'organizzazione

¹⁶ Così R. Clarizia, *La legge 52 e la prassi contrattuale*, in G. Burchi – A. Carretta (a cura di), *Il factoring a dieci anni dalla legge 52*, Roma, 2002, p. 69.

aziendale¹⁷.

L'operazione di *factoring* non si esaurisce nella semplice cessione di uno o più crediti. Al *factor* sono, infatti, affidate molteplici funzioni, in particolare il compito di monitorare tutti i rapporti di credito esistenti nei confronti della clientela, provvedendo alla tenuta della contabilità, concedendo eventuali anticipazioni sui crediti ceduti ed assumendo il rischio di insolvenza del debitore¹⁸.

Egli è, inoltre, in grado di fornire informazioni sul mercato e sulla clientela, che consentono alle imprese di effettuare una compiuta valutazione dei rischi, rendendo conseguentemente più sicure le operazioni¹⁹.

Il perseguimento di una corretta politica di gestione dell'impresa richiede competenze specialistiche, solitamente riconducibili alla funzione di *credit management*.

Il *factor*, reperendo, attraverso accurate indagini di mercato, informazioni sulla solvibilità delle aziende, utilizzando procedure operative oculate ed efficaci e un'organizzazione flessibile, in grado di

¹⁷ Cfr in proposito M. Pace, *Le circostanze che inducono al ricorso al factoring*, in *Piccole e medie imprese*, 7, 2011, p. 10.

¹⁸ In proposito M. C. Macrì, *Il factoring*, in I. Demuro (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010, p. 153, la quale sofferma l'attenzione sulla pluralità di funzioni che svolge il *factor*, a fronte del trasferimento dei crediti e del pagamento di una commissione. Cfr. L. Ghia – S. Butera, *Contratto di factoring*, in AA.VV., *Le azioni revocatorie. I rapporti preesistenti*, Torino, 2010, p. 470. "Il fornitore, pertanto, si alleggerisce di tutti gli oneri relativi alla tenuta della contabilità clienti ed all'amministrazione dei crediti". Così O. V. Palumbo, *Aspetti finanziari ed economici del factoring: brevi analisi dei costi e dei vantaggi*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione dei crediti d'impresa* a cura di, Napoli, 1995, p. 263. Preme sottolineare che utilizzando tale strumento si ottiene come risultato "una notevolissima riduzione delle spese per il personale addetto ai servizi contabili, soprattutto per quelle imprese che a causa delle loro ridotte dimensioni non hanno convenienza - diversamente dal factor - ad installare costosi impianti elettronici di elaborazione dei dati. Si può aggiungere che le intimazioni e le azioni legali promosse dal factor hanno normalmente un'efficacia assai maggiore di quelle promosse da imprese di modeste dimensioni, inclini spesso a transigere (quando non a lasciar correre del tutto). D'altra parte il debitore starà attento a non opporre al factor eccezioni pretestuose, per evitare che questi abbia eventualmente a diffondere informazioni poco lusinghiere circa la sua correttezza commerciale". Così U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, I, p. 301.

¹⁹ M. Bussani - M. Infantino, *Il contratto di factoring*, in D. Valentino (a cura di), *Dei singoli contratti*, Torino, 2011, p. 378.

soddisfare le diversificate esigenze dei clienti, consente alle imprese di piccola e media dimensione di consolidarsi e di perseguire il miglioramento dei propri risultati gestionali²⁰.

Tale nuova tecnica operativa permette, peraltro, alle aziende di attuare un' incisiva politica del credito, stimolando le vendite, rendendo più solidi i rapporti con la clientela, attenuando il ricorso al capitale di rischio e programmando più agevolmente le attività e gli investimenti.

Il rischio di credito viene in tal modo trasferito a compratori di "buona qualità", razionalizzando e ottimizzando le strutture finanziarie per sostenere con mezzi adeguati le iniziative produttive e commerciali volte allo sviluppo dell'azienda.

Com'è noto, obiettivo delle imprese è quello di massimizzare i profitti, utilizzando sistemi di *corporate governance* che contribuiscano al consolidamento dell'assetto e della stabilità aziendale. A tal fine procedono ad una pianificazione strategica della politica finanziaria, adottando decisioni di investimento e di *capital budgeting* che consentano di incrementare il valore dell'azienda.

L'impresa, pertanto, tende a gestire le proprie attività interne in modo

²⁰ Il ricorso al *factoring* è, pertanto, giustificato da motivazioni di ordine gestionale e finanziario. Le imprese devono valutare la convenienza del ricorso all'operazione economica, effettuando un'attività di ricognizione dei costi e degli effetti sulla vita aziendale. "Il ciclo finanziario dell'impresa, delineato logicamente dal tasso di sviluppo del fatturato nel tempo, presenta significative combinazioni tra quest'ultimo, l'intensità del capitale, intesa come l'ammontare di investimenti di varia natura necessari a produrre una unità di fatturato, ed il margine di autofinanziamento, tali da delineare diverse fasi del ciclo finanziario, che comportano a loro volta un'evoluzione della struttura finanziaria ed il conseguente grado di dipendenza da terzi creditori, che tende a mutare nel tempo, in relazione al rischio da questi percepito ed alle esigenze dell'impresa." Così A. Carretta, *Il fabbisogno di factoring delle imprese e la valutazione di convenienza del factoring*, in A. Carretta (a cura di), *Factoring. Regolamentazione, mercato e gestione*, Trento, 2009, pp. 83-84, il quale ha sottolineato che l'utilizzo del *factoring* può consentire, a differenza dei mezzi di finanziamento tradizionale, di seguire lo sviluppo dell'impresa, con riferimento sia al fatturato che ai relativi crediti commerciali, determinando anche una riduzione dell'intensità del capitale, con riferimento alla sostituzione di costi fissi con costi variabili. Preme, peraltro, ribadire che il conseguimento di una autosufficienza finanziaria, con l'uscita dei finanziatori tradizionali, non preclude l'utilizzo del *factoring*, qualora continuino a sussistere i presupposti per il suo utilizzo.

efficiente, acquistando la quantità appropriata di *input* al minor costo possibile, producendo il livello di *output* ottimale e cercando di utilizzare e allocare le limitate risorse disponibili in servizi che consentano di soddisfare al meglio i propri bisogni.

In tale ottica, il ricorso a tale operazione economica contribuisce al perseguimento di obiettivi di efficienza produttiva e gestionale, volta alla massimizzazione dei profitti aziendali.

L'originalità dell'operazione *de qua* risiede, a mio avviso, proprio nella sua struttura causale multiforme e nella duttilità ad esprimere contenuti economici complessi. È proprio sotto tale profilo che il contratto atipico in esame si differenzia dagli altri contratti disciplinati dall'ordinamento²¹.

Preme in tale sede sottolineare che “la scelta di ricorrere al *factoring*, sia dal punto di vista finanziario sia da quello organizzativo, appare allora determinata da una pluralità di variabili relative all'impresa, in termini di dimensione, età, struttura finanziaria e caratteristiche dei prodotti, dei canali distributivi e relazioni con la clientela”²².

Esistono diverse tipologie di imprese che ricorrono a tale strumento operativo per motivazioni di ordine finanziario, gestionale ed amministrativo.

Ed invero, le aziende utilizzatrici che usufruiscono del *factoring*, non sono soltanto quelle di piccole e medie dimensioni che non posseggono i mezzi per finanziare l'attività d'impresa, né possono accedere al credito bancario, né autofinanziare le operazioni²³, bensì anche aziende che, pur godendo di una discreta situazione patrimoniale, non sono nelle condizioni

²¹ Cfr. G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 161, i quali precisano che l'unica limitazione posta dall'art. 1322 c.c. consiste “nell'esistenza di un interesse meritevole di tutela” rimesso alla valutazione di valore del giudice, secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico. Giudizio di valore che per il *factoring* non può essere che positivo, considerando le sue indubbie utilità individuali e sociali.

²² Così M. Bussani - M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 91-92; in proposito M. Benvenuti - M. Gallo, *Perché le imprese ricorrono al factoring? Il caso dell'Italia, Banca d'Italia: temi di discussione*, Roma, 2004, p. 13.

²³ Cfr. in proposito R. Ruozi - B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., p. 82.

di ottenere dalle banche finanziamenti per promuovere ulteriormente le vendite riguardanti partite non facilmente smobilizzabili.

Ricorrono, altresì, al *factoring* le aziende che, anche se di recente costituzione, abbiano buone prospettive di sviluppo; le aziende nate da tempo, che svolgono un'attività commerciale consolidata ma che non hanno a disposizione le strutture, il *know how*, né le procedure operative idonee allo svolgimento della stessa, per cui preferiscono esternalizzare alcuni servizi; le aziende che, pur avendo una posizione consolidata, senza mirare ad un'espansione rapida e di un certo livello, "intendono conseguire un migliore equilibrio finanziario accrescendo il tasso di rotazione del capitale circolante con utilizzo delle maggiori liquidità derivanti dal suo smobilizzo e riducendo l'indebitamento"²⁴; le aziende i cui piani di sviluppo contemplano un'elevata crescita del fatturato e dunque elevati investimenti, ma non hanno a disposizione risorse atte a garantire il conseguimento di tali obiettivi.

Non usufruiscono, di solito, di tale tecnica "le imprese che godono di congrui margini di redditività operativa e presentano una struttura finanziaria equilibrata, sotto il profilo dell'indebitamento e della correlazione tra capitali permanenti ed immobilizzazioni"²⁵.

²⁴ Così E. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normative della cessione dei crediti d'impresa*, Milano, 1991, p. 93, i quali precisano che "si tratta in questo caso di smuovere la cosiddetta inerzia delle attività correnti al fine di raggiungere benefici derivanti dalla disponibilità di maggiori sconti da parte dei fornitori a fronte di una riduzione dei termini di pagamento, alimentare nuove attività o concedere ulteriori dilazioni alla clientela e disporre pertanto di un valido strumento di promozione delle vendite" in proposito si veda G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 40 ss.

²⁵ Così M. Bussani - M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit. p. 379, i quali precisano che il ricorso al *factoring* può ritenersi conveniente, qualora garantisca la liquidità necessaria alle "imprese in rapido sviluppo, che registrino elevati tassi di crescita del fatturato e presentino, pur godendo di soddisfacenti margini di redditività operativa, una fragile struttura finanziaria".

Si ritiene, invece, che non debbano ricorrere al *factoring*, non avendo alcuna convenienza, "i) le imprese che trattano con una clientela vastissima ed assai dispersa per singole forniture di lieve entità; ii) le imprese che presentano bassi margini di redditività nonché quelle che devono affrontare urgenti problemi di investimento o di riconversione produttiva, iii) le imprese con scarsa emissione di fatture e con lunghi termini di pagamento; iv) le imprese che godono strutturalmente di un'adeguata liquidità; v) le imprese che operano quali sussidiarie e con funzioni di complementarietà di grandi complessi industriali". Così M. Bussani - M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit. P. 380

Tale strumento operativo, se utilizzato in modo ottimale, com'è stato già evidenziato, consente di conseguire numerosi vantaggi, in particolar modo nel campo delle politiche commerciali e finanziarie.

Un primo ed evidente vantaggio è quello di poter beneficiare di servizi diversi, ma complementari, avendo come unico punto di riferimento il *factor*, con una conseguente riduzione dei costi, che, invece, deriverebbero dal ricorso ai servizi offerti da molteplici imprese specializzate, e una semplificazione dell'organizzazione aziendale.

In tal modo tutte le attività sono concentrate nelle mani del *factor-cessionario*, il quale provvede alla gestione, incasso ed anticipazione dei crediti, nonché all'erogazione di ulteriori servizi contabili ed amministrativi.

Il *factor* può, infatti, anche fornire alle imprese informazioni e supporti statistici, svolgendo, qualora richiesto, anche attività di consulenza e di collaborazione aziendale.

Inoltre, la previsione della cessione *pro soluto* dei crediti e la conseguente garanzia contro l'eventuale insolvenza del cliente – debitore ceduto è particolarmente rilevante per le imprese che non sono in grado di selezionare in modo efficace i crediti e non hanno una conoscenza approfondita della clientela.

Quanto all'aspetto squisitamente economico-finanziario, è opportuno rimarcare, a mio parere, che le anticipazioni del credito effettuate dal *factor* permettono alle imprese di disporre di una liquidità immediata che determina una riduzione dell'indebitamento, un miglioramento della struttura aziendale ed un innalzamento del tasso di rotazione del capitale circolante, tale da consentire il finanziamento dello sviluppo dell'impresa.

L'importo degli anticipi concessi è commisurato alla disponibilità, alle caratteristiche e alle qualità dei crediti commerciali del fornitore -

cedente²⁶.

Occorre, peraltro, evidenziare che la maggiore liquidità ottenuta attraverso le anticipazioni erogate dal *factor* produce anche dei vantaggi indiretti, creando un'immagine dell'impresa maggiormente affidabile, con inevitabili risvolti positivi nei rapporti con le banche.

Il costo dell'operazione di anticipazione è variabile a seconda che la cessione sia *pro soluto* o *pro solvendo*: esso ha un valore nettamente superiore nel primo caso, dal momento che il rischio dell'incasso, considerata la natura solutoria della cessione, grava esclusivamente sul *factor* – cessionario.

L'operazione di *factoring*, rappresenta, pertanto, un possibile sostituto di strumenti finanziari ampiamente diffusi nella prassi quali, ad esempio, lo sconto bancario, l'anticipo fatture ecc. Com'è stato sottolineato in dottrina, è “un contratto di finanziamento stabile, del capitale circolante delle imprese, strutturalmente organizzato e pianificato anche con riguardo alla sua restituzione, che avverrà tramite l'incasso diretto, da parte del finanziatore dei crediti fattorizzati”²⁷.

E' il caso di sottolineare che la natura finanziaria dell'operazione *de qua* è anche attestata dalla presenza di alcune clausole tipiche nei contratti

²⁶ In proposito M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 82-83, i quali sottolineano che per ogni debitore viene determinato un importo massimo delle cessioni sul quale verranno concessi anticipi. Cfr. in proposito R. Ruozzi – B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., pp. 52-53, i quali sottolineano che il *factor* opera un'analisi della qualità dei crediti commerciali dell'impresa senza, tuttavia, concentrarsi esclusivamente sui debitori ceduti, escludendo un esame delle condizioni economiche e finanziarie della propria clientela.

²⁷ Così G. La Croce - D. Burroni, *Effetti del Fallimento sul contratto di Factoring*, in S. Sanzo (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009, p. 334, i quali hanno sottolineato: “il factoring è quindi una più moderna forma di finanziamento autoliquidante del capitale circolante delle imprese, che si differenzia da quelle più note dell'anticipo fatture e sconto portafoglio, per alcune tipicità, quali: i) la stabilità del rapporto, individuabile nel contratto quadro, che obbliga le parti del sinallagma, rispettivamente, a cedere ed acquistare tutti i crediti, anche futuri, riferibili a determinati soggetti; ii) la presenza della cessione del credito come elemento caratterizzante l'operazione di finanziamento; iii) la limitazione dello smobilizzo – non ravvisabile in altre fattispecie di contratti di finanziamento del circolante delle imprese – ai soli crediti riferibili ai soggetti individuati nel contratto base”.

pro soluto, che consentono, da un anno all'altro, di modificare le condizioni economiche riportate nel contratto in base alla *performance* delle cessioni dell'anno precedente. Preme, peraltro, a tal proposito, considerare che l'art. 1, comma 2, del T.U.B., annovera espressamente il *factoring* tra le “operazioni di prestito” e che ai sensi dell'art. 1 della L. n. 52/1991 rientrano tra i soggetti cessionari le banche e gli intermediari finanziari.

Orbene, alla luce di quanto sopra esposto, ritengo sia possibile affermare che le imprese, sfruttando tale operazione, possono instaurare con i fornitori rapporti fondati su termini e modalità di negoziazione più favorevoli, programmando più agevolmente le attività e gli investimenti.

Lo strumento in esame, consente, pertanto, attraverso il descritto alleggerimento operativo, di liberare energie utilizzabili in diverse aree funzionali in cui sussiste una maggiore criticità gestionale, e di creare strategie particolarmente efficaci²⁸.

L'impiego di tale operazione economica, utilizzata ormai ovunque, sia nei paesi sviluppati sia in quelli in via di sviluppo, risulta, peraltro, particolarmente utile in paesi con debole *enforcement* giudiziario e imperfetta registrazione ed informazione.

Esiste una vasta letteratura empirica che evidenzia gli effetti dell'utilizzo di tale strumento di finanziamento per le piccole e medie imprese.

In particolare, l'economista Bakker²⁹ ha esplorato i vantaggi del *factoring*, rispetto ad altre forme di finanziamento, nei paesi in via di sviluppo, analizzando le barriere di tipo informativo, istituzionale, fiscale

²⁸ Cfr. V. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 94; O.V. Palumbo, *Aspetti finanziari ed economici del factoring, Breve analisi dei costi e dei vantaggi*, cit., p. 295 ss.

²⁹ Cfr in proposito M.R. Bakker, *Financing Small and Medium-Size Enterprises with Factoring: Global Growth and Its Potential in Eastern Europe*, World Bank, 2004.

e legale alla sua crescita. L'autore ha, peraltro, esaminato il ruolo del *factoring* in alcune nazioni dell'Est Europa, suggerendo politiche adeguate ad accelerarne lo sviluppo.

L'economista Banerjee³⁰, in uno studio sul Bangladesh, ha confermato l'espansione dell'utilizzo di tale tecnica nell'area asiatica, pur evidenziando un'elevata concentrazione in pochi paesi.

Più recentemente, Klapper³¹ ha sottolineato come tale strumento di finanziamento sia largamente utilizzato in paesi caratterizzati da un maggiore sviluppo economico e che sperimentano più elevati tassi di crescita. In particolare, ha esaminato il programma di “*reverse factoring*” in Messico.

Asselbergh³² ha, invece, esaminato il caso del Belgio, evidenziando come il *factoring* sia, in tale paese, essenzialmente utilizzato dalle piccole e medie imprese, sfatando il pregiudizio che esso costituisca una fonte di finanziamento di ultima istanza: l'evidenza empirica dimostra, infatti, che le imprese belghe che si servono di tale strumento sono quelle caratterizzate da un'elevata crescita e/o da programmi di investimento ad alta intensità di capitale.

Gli studi economici condotti, in particolar modo con riferimento alle piccole e medie imprese, in numerosi paesi sviluppati e in via di sviluppo, hanno dimostrato che la diffusione di tale nuovo strumento operativo, caratterizzato da un'intrinseca duttilità, accresce l'accesso di tali imprese ai finanziamenti, consentendo una migliore condivisione delle informazioni e contribuendo alla creazione di una struttura più competitiva del settore bancario.

³⁰ P. K. Banerjee, *Global Factoring Business: Trend and Performance*, Finance India, vol. 17, 2003.

³¹ In proposito L. Klapper, *The role of factoring for financing small and medium enterprise*, The world bank, 2005.

³² G. Asselbergh, *Financing firms with restricted access to financial markets: the use of trade credit and factoring in Belgium*, The Journal of Finance, 2002.

2.1 Gli effetti del *factoring* sui costi di gestione delle imprese

Un primo profilo da esaminare concerne i costi di gestione delle imprese. È indubbio che non è possibile scindere i vantaggi che derivano dai servizi prestati da una società di *factoring* dai conseguenti costi dell'operazione.

Il ricorso al *Factoring* comporta normalmente tre ordini di costo-apparente: la commissione, ovvero il costo derivante dalle attività contabili - amministrative svolte dal *factor* per la gestione del credito e la garanzia del rischio di insolvenza del debitore ceduto, che può variare in base alla tipologia di servizi offerti e all'ammontare del credito ceduto; gli interessi, solitamente in linea con i tassi di mercato, ovvero il costo finanziario derivante dall'anticipazione del credito ceduto prima della scadenza; le spese accessorie, ovvero le spese vive sostenute dal *factor* (spese di *handling*, di istruttoria, postali, ecc.).

La commissione dovuta per la gestione dei crediti, oltre che eventualmente per il rischio di insolvenza del debitore ceduto, oscilla generalmente tra lo 0,50% e l'1,25% del valore del credito ceduto, nel caso in cui la cessione sia stata operata con rivalsa, e tra l'1,25% e il 2% nel caso in cui la cessione sia senza rivalsa. L'aliquota della commissione varia in funzione delle peculiarità qualitative e quantitative dei crediti ceduti, nonché delle modalità di svolgimento dei servizi offerti³³.

Alla commissione si sommano, come sopra specificato, le spese accessorie per ogni credito ceduto e gli interessi sugli importi anticipati

³³ In proposito M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit. , p. 75. Cfr. Sul punto si veda R. Ruozi – B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit. p. 67, i quali sottolineano che sull'aliquota incide "il grado di rischio attribuito ai debitori ceduti, la durata media dei crediti, l'importo medio delle fatture, il numero dei debitori ceduti a parità di importo medio delle fatture, il volume previsto delle cessioni, il paese del debitore nel caso di crediti all'esportazione".

dal *factor*, che svolgono un ruolo fondamentale nell'economia del contratto, da calcolarsi nel periodo compreso tra la data dell'operazione e quella in cui i crediti vengono incassati o anche in epoca successiva, a seconda delle differenti modalità operative³⁴.

È necessario, tuttavia, tener presente che l'operazione di *factoring* coinvolge una pluralità di servizi contabili, amministrativi e creditizi e di conseguenza, per valutare gli aspetti economici, è necessario effettuare un complesso computo dei costi.

Per poter calcolare il costo reale del servizio prestato, ovvero quello derivante dalla somma algebrica tra il costo apparente e i vantaggi amministrativi, commerciali e gestionali, è necessario apportare al costo apparente modifiche in positivo o in negativo, tenendo presenti, cioè, le economie che ne derivano e gli aggravii di costi cui non si fa alcun riferimento nelle condizioni contrattuali³⁵.

Le economie sono difficilmente valutabili, in quanto non risulta agevole è separarle dalla complessiva contabilizzazione aziendale, in modo da poter essere precisamente valutate e quantificate.

E' possibile annoverare tra le economie realizzabili i risparmi derivanti

³⁴ Com'è stato sottolineato in dottrina, "a parte la commissione di *factoring*, l'utile, o il vantaggio, della società di *factoring* dipende proprio dagli interessi che essa lucra sugli anticipi, senza i quali non avrebbe senso l'acquisto del credito". In tal senso G. Panzarini, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, p. 633. "I rapporti che si ingenerano a seguito dei passaggi di reciproci crediti/debiti tra cliente e *factor* sono regolati da un conto corrente intestato al cedente nel quale si iscrivono: a credito l'ammontare delle fatture approvate e non approvate (con riserva di buon fine); a debito gli eventuali prelevamenti effettuati dal venditore e le remunerazioni spettanti al *factor*". Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 76; cfr in proposito M. Bussani, *I contratti moderni*, Torino, 2004, p. 57.

³⁵ E' opportuno sottolineare che la sostituzione di costi tradizionali di gestione dei crediti con il costo del *factoring* è strettamente collegata all'utilizzo permanente o temporaneo dell'operazione economica. Nel primo caso si avrà una sostituzione dei costi fissi con costi variabili. In tale ipotesi ai costi fissi di gestione del credito si sostituiscono dei costi variabili, derivanti dalle commissioni che saranno corrisposte al *factor* per lo svolgimento della sua attività di amministrazione e di controllo dei crediti. Nel caso di uso temporaneo si avrà un affiancamento dei costi tradizionali di gestione agli oneri derivanti dal *factoring*. L'effettiva convenienza dell'operazione economica è strettamente collegata alle specifiche caratteristiche ed esigenze dell'azienda. Cfr. A. Carretta, *Il fabbisogno di factoring delle imprese e la valutazione di convenienza del factoring*, cit., pp. 84-85.

dal personale addetto al servizio di contabilità, il costo della strumentazione necessaria per il suddetto servizio, le spese connesse al servizio crediti, alcuni *overheads*, economie a livello organizzativo ed anche economie connesse ad una adeguata utilizzazione della maggiore liquidità conseguita³⁶.

Rientrano, invece, nei costi aggiuntivi, ovvero derivanti dal ricorso al *factoring*, la eventuale predisposizione di un'indagine sull'opportunità di servirsi dell'operazione economica, le modifiche apportate alla organizzazione aziendale o alle procedure contabili e amministrative a seguito della stipula del contratto di *factoring*, la formazione dei dipendenti che dovranno occuparsi del rapporto di *factoring*.

Mentre il costo apparente, come sopra specificato, si ottiene sommando le commissioni, gli eventuali diritti fissi riconosciuti di cui gode il *factor* e gli interessi sulle anticipazioni effettuate, il costo reale, che può assumere valori diversi da quello apparente per le economie apportate, è il valore a cui l'impresa deve guardare per porre in essere i suoi calcoli di convenienza³⁷.

Dall'analisi svolta emerge chiaramente che è proprio attraverso il confronto dei costi sostenuti per la gestione tradizionale del credito commerciale e gli oneri derivanti dall'utilizzo del *factoring* che una società valuta la convenienza, sotto il profilo economico – finanziario, del ricorso all'operazione *de qua*.

³⁶ Il ricorso al *factoring* consente, ad esempio, all'impresa, in una logica di *outsourcing*, di risparmiare sui costi per la gestione del credito, che, grazie alla sua specializzazione in tale settore, il *factor* riuscirà a svolgere con celerità ed economicità, raccogliendo tutte le informazioni necessarie sui debitori ceduti. Cfr. V. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 94, precisano che "è questo un importante aspetto da tenere in considerazione, sul quale molti autori si sono soffermati ed hanno portato il loro contributo in termini approfonditi". Sul punto si veda anche G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 53 ss.

³⁷ Sul regime fiscale del *factoring* si veda S. D'andrea, *Contratti d'impresa, Aspetti fiscali e civilistici Milanofiori Assago, 2014*, il quale sofferma l'attenzione sulla qualificazione della natura fiscale dei crediti oggetto del contratto di *factoring*.

Anche nell'ambito europeo, la variabile costo rappresenta un fattore estremamente rilevante nel processo di sviluppo e diffusione dell'operazione economica. Dal momento che vi è una tendenziale accentuazione della competitività, determinata indubbiamente da un'eccedenza dell'offerta rispetto al ritmo di crescita della domanda, "le risposte strategiche sembrano, in generale, puntare maggiormente alla compressione dei costi"³⁸.

E' opportuno, infine, evidenziare che attualmente sono numerose le imprese italiane che utilizzano sistematicamente lo strumento in esame, valutando in modo consapevole la complessità e i costi dell'operazione, nonché i vantaggi rispetto ad altre forme di finanziamento, derivanti anche dall'anticipazione del credito che può essere utilizzato per saldare debiti esistenti o per incentivare ulteriormente la produzione e le vendite.

3. Il factoring quale tecnica di finanziamento complementare al credito bancario

Il *factoring* rappresenta senza ombra di dubbio una complessa operazione economico - finanziaria, complementare all'attività bancaria, finalizzata al soddisfacimento delle esigenze delle imprese³⁹.

Preme sottolineare che in una prima fase gli istituti di credito mostrarono una notevole diffidenza nei confronti di tale forma alternativa

³⁸ Così L. Anderloni, *Il factoring nei principali paesi europei*, in *Bancaria*, 1999, p. 99.

³⁹ L'operazione di *factoring*, "pur comportando l'erogazione del credito, da un lato non rientra tra le classiche operazioni bancarie e dall'altro non viene effettuata direttamente dalle banche ma da operatori finanziari specializzati, con le prime più o meno collegati". Così L. Ghia, *I contratti di finanziamento delle imprese, Leasing e Factoring*, Milano, 1997, p. 81.

di credito, considerandola una loro diretta concorrente.

Nel corso del tempo, tuttavia, le banche si resero conto delle potenzialità di tale nuovo strumento operativo, nel quale rientrano molteplici servizi, ritenendolo non più rivale, bensì complementare alle altre fonti di finanziamento, e non vedendo, pertanto, in alcun modo pregiudicata la possibilità, per le imprese, di rivolgersi agli istituti di credito per ottenere finanziamenti e/o affidamenti.

Ricorrono a tale strumento alternativo di credito le imprese, in particolare le *start-up*, che, pur essendo dotate di un buon pacchetto clienti, con un elevato *standing* finanziario, non dispongono di un capitale sufficiente per accedere ai finanziamenti tradizionali.

L'operazione *de qua* consente, infatti, alle imprese di ampliare la capacità di credito, liberando risorse che “alleggeriscono la pressione sul fido bancario e ne ripristinano i livelli di capienza”, “permette all'impresa di finanziare i propri crediti in proporzione al volume d'affari svolto e non in base alla sola propria diretta capacità di rimborso (*asset based transaction*)”, “aumenta il grado di affidamento ed il potere contrattuale dell'impresa nei confronti dei propri fornitori”⁴⁰.

Avvalendosi del *factoring*, peraltro, le imprese possono beneficiare di tutta una serie di servizi diversi ma complementari, ai quali non potrebbero accedere ricorrendo alle fonti di finanziamento tradizionale, con una conseguente riduzione dei costi che deriverebbero dal rapporto con molteplici imprese specializzate.

Risulta, pertanto, evidente, a mio avviso, che le imprese, utilizzando tale strumento operativo in modo ottimale, sono in grado di conseguire numerosi vantaggi, in particolar modo nel campo delle politiche

⁴⁰ AA.VV. (G. Cremona – M. Faenza – Monarca – N. Tarantino), *Il manuale del factoring*, Lavis, 2006, p. 92, i quali hanno anche precisato che “l'operazione di factoring, limitatamente all'ipotesi di cessione pro-soluto, consente il miglioramento degli indicatori di bilancio”.

commerciali e finanziarie.

Valutata la portata innovativa del contratto in esame, nel corso del tempo furono proprio gli istituti di credito a diventare diretti promotori dell'operazione economica, attraverso la costituzione di società di *factoring*⁴¹.

L'importanza del ricorso a tale tecnica di finanziamento deve essere, peraltro, valutata anche nell'ottica degli accordi interbancari definiti a Basilea⁴², attraverso i quali è stata riaffermata l'esigenza di una maggiore efficienza e stabilità del sistema bancario, rivisitando la struttura operativa degli istituti di credito e il loro rapporto con la clientela e con l'Autorità di Vigilanza⁴³.

In base a tali accordi, gli intermediari finanziari, prima della concessione del credito, devono operare una accurata analisi della struttura patrimoniale dell'impresa, commisurando l'entità dell'erogazione del finanziamento alla situazione aziendale e al reale rischio d'impresa.

La caratteristica distintiva degli accordi di Basilea risiede nella condivisione di regole e principi tra ordinamenti bancari di diversi paesi aderenti al Comitato.

⁴¹ Cfr. A. Laudonio, *Il Factoring*, in F. Bossetti (a cura di), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, Torino, 2010, pp. 209-210, il quale sottolinea che la cessione *pro soluto* dei crediti ad una società di *factoring* determina una notevole riduzione del rischio di insolvenza nei confronti degli istituti bancari con cui l'impresa intrattiene altri rapporti, con la conseguenza che le imprese, grazie anche al miglioramento del loro *rating*, potranno accedere con maggiore facilità al credito bancario ad un costo ridotto.

⁴² "Con l'espressione "Accordi di Basilea", spesso troncata nel più immediato "Basilea" (I, II o III), si suole far riferimento alle proposte in materia di vigilanza prudenziale sulle banche, avanzate dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria (...). Si tratta, come noto, di un'organizzazione istituita dal "Gruppo dei 10" (c.d. G10) nel 1975, presso la Banca dei regolamenti internazionali (Bank for International Settlements) avente sede a Basilea, ed oggi composta dai rappresentanti delle autorità di vigilanza di ventisette Paesi del mondo". Così F. Accettella, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in Banca, Borsa e titoli di credito, 2013, I, pp. 462 ss.

⁴³ L'aumento della complessità della gestione aziendale ha determinato una maggiore esposizione delle banche e degli altri intermediari finanziari a rischi operativi, definito nell'Accordo di Basilea "come il rischio di perdite derivanti da disfunzioni a livello di procedure, personale e sistemi interni, oppure da eventi esogeni". Così A. Carretta, *La gestione del rischio operativo: l'approccio di Basilea II*, in A. Carretta (a cura di), *Factoring. Regolamentazione, mercato e gestione*, Trento, 2009, p. 58.

E' opportuno, tuttavia, specificare che a tali principi non può essere riconosciuto un valore normativo o regolamentare, né al Comitato può essere attribuito un potere impositivo o formale di vigilanza.

Gli accordi in questione contengono esclusivamente delle proposte o raccomandazioni che gli stati membri si propongono di adottare, con l'obiettivo di consentire che i sistemi di vigilanza confluiscono verso standard comuni.

Nonostante il comitato, nel corso dei lavori, si sia soffermato anche sull'antiriciclaggio, sulle regole di *compliance*, sui sistemi e principi contabili, l'attenzione è stata maggiormente concentrata sulla solidità patrimoniale delle banche, anche perché la nascita del Comitato si colloca in un momento storico caratterizzato da grande instabilità dei mercati valutari e bancari internazionali⁴⁴.

Negli accordi di Basilea, al fine di garantire un consolidamento e una maggiore stabilità del sistema bancario e dei singoli intermediari, sono

⁴⁴ Il comitato, essendo consapevole dell'aumento dei rischi nell'ambito del sistema bancario internazionale, ha avuto come obiettivo, sin dai primi anni di attività, di consolidare ed uniformare gli indici patrimoniali degli istituti di credito a livello multinazionale. Su tali basi si è approdati alla pubblicazione nel 1987 di un documento di consultazione e, in seguito alle osservazioni presentate sullo stesso, i governatori delle banche centrali del "Gruppo dei dieci", hanno sottoscritto un primo accordo, denominato Accordo di Basilea sul capitale o accordo del 1988, recepito dalla Comunità Europea con le direttive del Consiglio del 17 aprile 1989 (89/647/CEE), concernenti il coefficiente di solvibilità degli enti creditizi. In seguito all'approvazione di alcuni emendamenti all'accordo concepito in una prospettiva di cambiamento ed evoluzione, nel giugno del 1999 venne formulata una proposta avente ad oggetto un nuovo schema di adeguatezza del capitale. Dopo un ampio processo di consultazione sulle soluzioni in essa prospettate, si è giunti il 26 giugno 2004 all'emanazione di un nuovo schema di regolamentazione, denominato "Basilea II".

Le disposizioni contenute nel suddetto accordo sono state recepite a livello europeo con le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, solitamente identificate con l'acronimo CRD (*Capital Requirements Directive*), le quali "disciplinano, rispettivamente, l'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio e l'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi". La crisi economico – finanziaria iniziata nel 2007 ha stimolato il Comitato di Basilea a rivedere le regole contenute nell'accordo "Basilea II", presentando nel luglio 2009 delle misure finalizzate a migliorare il sistema di regolamentazione di Basilea II, approdando nel dicembre 2010 alla pubblicazione di due documenti, uno contenente lo schema di regolamentazione internazionale per il rafforzamento delle banche e dei sistemi bancari, l'altro lo schema internazionale per la misurazione, la regolamentazione e il monitoraggio del rischio di liquidità. Tali documenti costituiscono il così detto accordo "Basilea III". In proposito F. Accettella, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, cit., pp. 464-465.

previste regole particolarmente stringenti di accesso al credito per le imprese, nonché un rafforzamento delle tecniche attualmente vigenti a presidio del rischio di liquidità (*liquidity risk*), intrinseco allo svolgimento dell'attività bancaria⁴⁵.

Il *liquidity risk management* ha come obiettivo di consentire agli intermediari finanziari di reperire sul mercato le risorse finanziarie necessarie all'assolvimento delle proprie obbligazioni, cercando di mantenere un equilibrio tra i flussi di cassa in entrata e quelli in uscita.

All'interno dello stesso è possibile individuare due componenti: il *funding liquidity risk* e il *market liquidity risk*. Il primo concerne la capacità di un intermediario finanziario di far fronte puntualmente alle proprie obbligazioni. Il secondo riguarda il rischio per l'intermediario derivante dalla mobilitazione anticipata delle partite prima delle scadenze stabilite.

In base alle previsioni contenute negli accordi di Basilea, le imprese devono perseguire l'obiettivo di migliorare il *rating* aziendale, che rappresenta una leva gestionale, svolgendo un'analisi di solvibilità, presentando alle banche bilanci preventivi che possano illustrare la situazione aziendale e realizzando un *business plan* aziendale, nel quale siano indicati gli obiettivi che l'impresa intende perseguire.

Le imprese dovranno, pertanto, effettuare un'accurata analisi preventiva della vita aziendale, dei loro punti di forza e di debolezza, operando una valutazione analoga a quella della banca.

⁴⁵ D. Cucinelli, *Modelli teorici e regolamentazione*, in *Credifat*, 2013, 1, p. 12, ha a tal proposito precisato che gli intermediari finanziari che effettuano raccolta al dettaglio devono garantire alla clientela il tempestivo rimborso dei loro depositi. L'erogazione di finanziamenti, attraverso un fido in conto corrente o in altre forme, fornisce la possibilità alla clientela di poter usufruire, nel rispetto di determinate condizioni, delle risorse finanziarie concesse dall'intermediario, il quale, per far fronte alle richieste dovrà disporre di "un'adeguata "scorta di liquidità", rappresentata sia da moneta legale (o da attività convertibili immediatamente e con certezza in moneta legale, c.d. riserve di liquidità) e sia da fonti di finanziamento immediatamente disponibili cui far ricorso senza preavviso, c.d. riserve di liquidità dal lato del passivo"

Gli istituti di credito, anche dopo la concessione del finanziamento, sono tenuti a svolgere un'attività di monitoraggio, valutando, attraverso un esame dei “*dati andamentali*” dell'impresa, la sussistenza dei presupposti per l'esposizione creditizia. Qualora vengano rilevate anomalie, l'istituto di credito potrà anche decidere di revocare il credito concesso.

E' del tutto evidente che sotto tale profilo, il *rating* rappresenta “una leva gestionale per molte imprese; per ottenere il credito necessario per l'attività, l'azienda deve essere valutata positivamente dalla banca, deve cioè avere un buon *rating*. Per il calcolo del *rating* è fondamentale l'analisi dei dati di bilancio”⁴⁶.

Operate tali premesse, occorre rilevare che il ricorso al *factoring* incide in maniera determinante sul *rating* aziendale, riequilibrando la struttura patrimoniale dell'azienda (stato patrimoniale e conto economico) e condizionando le dinamiche finanziarie dell'impresa.

Attraverso l'acquisto del credito, il *factor* contribuisce a risolvere qualsiasi tipo di problematica legata alla gestione dei crediti, svolgendo funzioni amministrative, finanziarie ed organizzative, favorendo la rotazione del capitale circolante, erogando liquidità in modo da ridurre l'indebitamento, rendere meno incerti i flussi di cassa futuri e incoraggiare la crescita delle aziende.

L'impresa riesce in tal modo ad investire le proprie risorse economiche nelle attività essenziali per la vita aziendale, nonché ad acquisire una struttura più flessibile, maggiormente competitiva nel contesto economico.

Tutto ciò non può che produrre effetti positivi per l'impresa, favorendo

⁴⁶ Così AA.VV. (Cremona G., Faenza M., Monarca P. e Tarantino N.,) *Il manuale del factoring*, cit., p. 98, i quali sottolineano a tal proposito che sarà necessario operare una valutazione dei propri punti di forza e di debolezza, operando un confronto con l'istituto di credito con riferimento al *rating* riconosciuto. “Se il giudizio assegnato non è soddisfacente, l'impresa deve intervenire per migliorarlo, apportando modifiche che incidano sulla probabilità di default (PD), e quindi sulla capitalizzazione, sulla struttura finanziaria, sull'autofinanziamento, sul capitale circolante e sulla gestione dei flussi di cassa. Qualora non si riesca ad intervenire sui dati di bilancio, occorre intervenire sulle garanzie e precisamente sulla loro qualità, sull'ammontare e sulla tipologia di affidamento”.

una sua crescita equilibrata, facilitando l'erogazione dei finanziamenti e accrescendo, peraltro, negli intermediari finanziari l'aspettativa di recupero del credito concesso alle imprese.

E' del tutto evidente che in tale ottica un'impresa che ricorre al *factoring*, risulterà più solida, anche grazie al maggior flusso di informazioni concernenti la vita aziendale, e conseguentemente, avendo un *rating* più elevato e migliorando la sua posizione nei confronti dei intermediari finanziari, potrà accedere con maggiore facilità ai finanziamenti delle banche, potendo anche beneficiare di un'eventuale riduzione dei costi degli stessi.

Preme, infine, sottolineare che con le nuove norme sui requisiti patrimoniali delle banche, contenute nell'accordo di Basilea III, che entreranno in vigore il 1 gennaio 2015, con applicazione progressiva fino al 1 gennaio 2019, il legislatore europeo, pur perseguendo come obiettivo la solidità del sistema creditizio, ha introdotto un fattore di correzione (dello 0,7619 per gli affidamenti fino ad 1,5 milioni di euro) finalizzato a rendere più agevoli le condizioni di accesso al credito per le piccole e medie imprese (PMI), attraverso un riduzione del requisito patrimoniale richiesto alle stesse per poter beneficiare del credito.

Il recepimento degli Accordi Basilea III, rientra nell'ambito della grande rivoluzione operata nel sistema di vigilanza delle istituzioni creditizie, con l'obiettivo di realizzare un sistema omogeneo ed integrato a livello europeo, anche attraverso l'intervento della Banca Centrale Europea a fianco delle Autorità di vigilanza nazionali.

E' opportuno evidenziare, infine, che l'introduzione del fattore di correzione (*Sme supporting factor*) è frutto di un'iniziativa tutta italiana, che ha visto coinvolte le banche e le imprese italiane, volta a coniugare gli obiettivi degli accordi di Basilea con l'esigenza di consentire l'accesso al

credito alle piccole medie imprese.

Sebbene in un primo momento la proposta sia stata considerata inaccettabile, successivamente ha trovato il benestare degli altri paesi europei, della Commissione Europea e dell'Europarlamento.

4. I mutamenti del mercato e della realtà socio – economica e le diverse modalità operative del *factoring*

E' opportuno a tal punto rivolgere l'attenzione ad un altro aspetto.

Il ricorso al *factoring* è dettato non solo dalla necessità di operare la cessione dei crediti commerciali vantati dall'impresa, bensì anche di soddisfare diverse esigenze gestionali e finanziarie connesse ai crediti ceduti, derivanti dalla continua trasformazione della realtà socio - economica⁴⁷.

Esistono numerose tipologie di *factoring*, con caratteristiche tali da soddisfare le diversificate esigenze della clientela⁴⁸.

La prima distinzione che è necessario operare, in base alla tipologia di servizio offerto, è tra *Old Line factoring* e *New Style factoring*.

L'*Old Line factoring*, particolarmente diffuso nel contesto europeo, è la forma di *factoring* tradizionale, avente ad oggetto la gestione dei crediti e quindi la loro amministrazione, l'eventuale concessione di anticipazioni

⁴⁷ Cfr. in proposito S. Monferrà, *Il factoring*, in P.L. Fabrizi, G. Forestieri, P. Mottura (a cura di), *Gli strumenti finanziari*, Milano, 1997, pp. 51-59, il quale ritiene il *factoring* uno strumento volto a soddisfare esigenze connesse alle "politiche di credito mercantile delle imprese". Sul punto si veda anche G. D'Amaro, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993, pp. 1738-1740; R. Ruozi-B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., p. 10; A. Frignani, voce *factoring*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, a cura di G. Treccani, Roma, 1989, IX, p. 1.

⁴⁸ Sul punto si veda R. Ruozi - B. Rossignoli, *Il manuale del factoring*, cit., p. 24.

e, inoltre, la garanzia contro il rischio di insolvenza del debitore ceduto (cessione *pro-soluto*)⁴⁹.

L'Old Line factoring si distingue in *Conventional factoring* e *Maturity factoring*. Il primo tipo è quello più completo, in quanto il *factor*, al quale vengono ceduti i crediti, oltre ad occuparsi della loro gestione, concede anticipazioni e assume il rischio del buon fine dell'operazione⁵⁰.

Rientrano, invece, tra i servizi previsti con il *Maturity factoring* l'attività di gestione dei crediti commerciali e l'assunzione del rischio dell'insolvenza del debitore ceduto, restando esclusa la concessione di finanziamenti⁵¹. Viene, peraltro, garantita all'impresa "una maggiore continuità e regolarità del flusso di cassa, consentendole di poter effettuare con maggiore precisione la propria programmazione finanziaria"⁵². Il fornitore, alla scadenza naturale del credito, concordata con il *factor*, vedrà accreditato l'importo indicato nelle diverse fatture⁵³.

Nel *New Style factoring* rientrano le medesime operazioni dell'*Old Line* con l'aggiunta di una serie di servizi diversificati, tra i quali rientrano particolari forme di finanziamento, il reperimento della

⁴⁹ L'anticipazione può essere effettuata fino al 90% del valore delle fatture cedute dal cliente, il quale è garantito dal rischio dell'inadempimento dell'acquirente. Si veda sul punto G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 16.

⁵⁰ Esistono anche altre clausole miranti ad assicurare l'efficacia del trasferimento dei crediti. Sul cliente graverà l'onere di trasmettere al *factor* i documenti (ad esempio la fattura commerciale) dai quali è possibile desumere la regolare esecuzione delle forniture. Sul punto si veda R. Ruozi-B. Rosignoli, *Il manuale del factoring*, cit., p. 24.

⁵¹ La concessione di finanziamenti è, invece, riscontrabile nel *credit cash factoring*. "In quest'ipotesi, il *factor* è cessionario dei crediti, li gestisce e ne garantisce il buon fine. A sua volta il cedente può chiedere anticipazioni sui crediti ceduti". Così G. Bausilio, *Contratti atipici*, Milano, 2002, p. 69. Cfr. in proposito A. Laudonio, *Il factoring*, in F. Bossetti (a cura di), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, Torino, 2010, p. 205

⁵² Così A. Laudonio, *Il factoring*, cit., p. 206

⁵³ Il *maturity factoring* è rivolto prevalentemente "alle imprese che presentano necessità finanziarie soltanto in determinati periodi di tempo e la cui fondamentale esigenza è invece l'efficiente gestione dei crediti e l'eliminazione del rischio di mancato pagamento o ritardato pagamento. In questo caso i principali vantaggi del rapporto consistono nella continuità del flusso di fondi derivante dalla riscossione dei crediti, con immediati riflessi sull'impiego delle risorse e sul grado di precisione della programmazione finanziaria di esercizio". Così R. Ruozi - B. Rosignoli, *Il manuale del factoring*, cit., p. 25; Cfr. G. Bausilio, *I contratti atipici*, cit., p. 68; M. Bussani - M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 22-23.

clientela, l'organizzazione delle vendite, lo svolgimento di indagini di mercato. Tale tipologia di *factoring* è utilizzata principalmente negli U.S.A.⁵⁴.

Un'ulteriore distinzione, basata sulle modalità di esecuzione della cessione dei crediti è tra *Notification-factoring* e *non Notification-factoring*. Con il primo tipo, il fornitore si obbliga ad informare il debitore ceduto che il pagamento dovrà essere effettuato nelle mani del *factor*, impegnandosi a restituire a quest'ultimo le somme percepite per errore.

Il cedente utilizzerà, invece, il *Non notification-factoring*, variante dell'*Old Line factoring*, tutte le volte in cui per motivi di carattere commerciale, preferisce non rendere nota la cessione del credito, in particolare che le sue fatture sono state oggetto di un contratto di *factoring*; il fornitore provvede a trasferire i propri crediti senza menzionare nelle fatture l'avvenuta cessione del credito nelle mani del *factor*, né tanto meno operare alcun riferimento alla procedura di pagamento⁵⁵.

Ne consegue che il *factor*, non essendo i debitori-ceduti informati della cessione, non potrà occuparsi della riscossione dei crediti e il fornitore si impegnerà a trasferirgli nell'immediato le somme che gli sono state consegnate dall'acquirente.

Il *non Notification-factoring* riduce, dunque, la gamma dei servizi prestati dal *factor*, il quale potrà esclusivamente assumere il rischio di insolvenza del debitore ceduto, concedendo eventualmente anche

⁵⁴ In tale tipo di *factoring* rientrano "le stesse operazioni dell'*Old Line factoring*, ma in un quadro creditizio più completo simile all'attività bancaria". Così, G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 17. Si veda in proposito A. Laudonio, *Il factoring*, cit., p. 205, il quale sottolinea che "tale variante, originaria e diffusa negli USA, abbia attecchito nella pratica degli affari europea".

⁵⁵ L'obiettivo del fornitore è quello di non compromettere i rapporti con la clientela e di evitare che la cessione del credito venga considerata un segnale di debolezza dell'impresa. Sul punto si veda B. Cassandro Sulpasso, *Il factoring per le piccole e medie imprese*, Milano, 1982, p. 36.

anticipazioni sui crediti, senza occuparsi della gestione degli stessi⁵⁶.

E' opportuno, tuttavia, sottolineare che tale tipologia di *factoring* si è diffusa con difficoltà in Italia, considerando che l'articolo 1264 c.c. stabilisce che la cessione dei crediti produce efficacia nei confronti del debitore ceduto quando questi l'abbia accettata o quando gli sia stata notificata.⁵⁷

E' opportuno sottolineare che i continui mutamenti del mercato e la trasformazione della realtà economica hanno determinato la nascita di nuove pratiche commerciali, aventi ad oggetto la cessione dei crediti di impresa, che presentano rilevanti elementi di differenza rispetto alle tipologie tradizionali di *factoring* appena analizzate.

Tra queste rientra l'*Undisclosed factoring*, variante più complessa del *Non notification factoring*, nella quale i debitori ceduti non mantengono alcun contatto con il *factor*-cessionario.

Tale tipologia, sviluppatasi in Gran Bretagna, presenta un carattere prevalentemente finanziario, non essendo offerta tutta la gamma di servizi previsti nelle tradizionali forme di *factoring*.

Essa prevede la stipula di due distinti accordi: un contratto di vendita, con il quale il cliente trasferisce al *factor* la merce, e uno di commissione, con il quale il cedente consente al *factor* di rivendere i beni, incassando il

⁵⁶ F. Barzon, *Il factoring internazionale e la Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988*, in P. Cendon (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XI, *Figure della contrattazione internazionale. Antitrust – Vendita – Appalto – Master franchising – Leasing – Factoring – Scambi di compensazione – Arbitrato*, Torino, 2004, p. 395. In giurisprudenza due casi aventi ad oggetto tale tipologia di *factoring* sono stati recentemente affrontati dalla Suprema Corte di Cassazione. In proposito Cass. Civ., n. 6192 del 07.03.2008, in *Foro Italiano*, 2009, I, p. 395; Cass. Civ., n. 14752 del 26.06.07 in *Guida al Diritto*, 2007, 10, p. 18.

⁵⁷ E' riuscita, invece, ad affermarsi negli U.S.A., anche se solo in casi eccezionali, grazie all'intervento della *James Talcott Inc.* di New York, importante *factor* americano che ha introdotto una convenzione avente ad oggetto tale tipo di operazione. In base alla convenzione, il fornitore incassa i crediti impegnandosi a cederli immediatamente al *factor*, il quale potrà concedere prestiti e assumersi il rischio derivante dall'inadempimento del debitore. Il *factor*, inoltre, non è esonerato dal richiedere copia delle fatture emesse e dei documenti attestanti le spedizioni effettuate. Cfr. R. Bianchi, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, Torino, 1970, p. 43.

prezzo senza svolgere alcuna funzione di garanzia sul buon fine dell'operazione tra il *factor* e il venditore⁵⁸.

Un'altra tipologia è il *factoring With Recourse*. E' uno strumento con il quale il fornitore-cedente cede al *factor* un credito, senza che quest'ultimo ricomprenda, tra le prestazioni da fornire, il rischio di inadempimento del debitore ceduto, privilegiando la concessione dei finanziamenti.

Il *Drop shipment factoring* è, invece, una forma di *factoring* che tende a soddisfare le esigenze dei piccoli imprenditori che non dispongono della liquidità necessaria per realizzare nuovi prodotti e conseguentemente provvedere alla commercializzazione degli stessi.

Parte dell'operazione sono quattro soggetti: l'impresa progettista, il produttore diretto della merce, l'acquirente e il *factor*, il quale garantisce al fabbricante il pagamento delle forniture.

Il fabbricante spedisce le merci all'acquirente, agendo in nome e per conto dell'impresa progettista, intestando le fatture alla suddetta impresa che, a sua volta, addebita all'acquirente una fattura di vendita a prezzo maggiorato.

Il fabbricante e il progettista inviano copie delle fatture al *factor*, che provvede a liquidare integralmente il produttore, riservando al progettista la differenza degli importi fatturati.

Meritano un cenno anche altre particolari forme di *factoring*: il *Partial factoring*, il *Commercial financing*, l'*Account Receivable financing* e il *Confidential factoring*.

Nel *Partial factoring* il fornitore affida al *factor* solo una parte dei crediti, occupandosi personalmente della gestione della restante parte di crediti non ceduti. Nel *Commercial financing* prevalgono i servizi a

⁵⁸ È necessario comunque precisare che questa forma di *factoring* sta progressivamente scomparendo. Cfr. G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 18.

carattere finanziario; a differenza delle altre forme di *factoring*, tale tipologia non contempla la notifica della cessione del credito al debitore, il servizio di contabilità e l'assunzione del rischio in caso di insolvenza del debitore ceduto. Nello *Account Receivable financing*, tipologia di *factoring* che non comprende alcun servizio tipico dell'operazione economica in esame, il *factor* può concedere finanziamenti garantiti da pegno sui crediti. Un'ultima particolare forma di *factoring* è il *Confidential factoring*, con il quale, al fine di garantire maggiore liquidità al cedente, si effettua la cessione di singoli crediti e non dell'intero portafoglio clienti. Ciò comporta la necessità di una più approfondita analisi delle condizioni economico-finanziarie dell'acquirente⁵⁹.

Occorre, infine, sottolineare che è possibile operare una classificazione del *factoring* anche secondo l'area geografica. Quando sia il fornitore (cliente), che il debitore (acquirente), svolgono la loro attività nello stesso paese si parla di *Domestic factoring*; se i soggetti svolgono la loro attività in paesi diversi si parla di *International factoring*.

Il *factoring internazionale* può essere all'importazione (*Import factoring*) e all'esportazione (*Export factoring*).

Nel primo tipo, il fornitore estero si impegna a cedere al *factor* i crediti che può vantare verso i debitori del paese importatore. Nel caso dell'*Export factoring* il *factor*, acquista i crediti dei clienti nazionali verso debitori residenti all'estero⁶⁰.

⁵⁹ Sul punto si veda A. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., pp. 17-18.

⁶⁰ L'*Export factoring* si distingue dal *factoring* all'importazione sia per gli elementi costitutivi dell'operazione, sia per le differenti prestazioni di servizi. Inoltre, mentre nel *factoring* interno vi è la presenza di tre soggetti (fornitore, factor, debitori), nell'*Export factoring* si aggiunge un quarto soggetto, il *factor* estero che appartiene allo stato dei debitori ceduti. Cfr. N. Visalli, *Profili giuridici del factoring*, cit., p. 198.

5. Caratteristiche e contenuto del contratto di *factoring*

La conclusione del contratto di *factoring* non presenta speciali particolarità rispetto alla disciplina prevista negli artt. 1326 ss. cc. È da escludere, tuttavia, la possibilità che il contratto possa concludersi mediante inizio di esecuzione, ai sensi dell'art. 1327 cc., in quanto è difficilmente immaginabile una esecuzione prima dell'accettazione.

Anche se per il perfezionamento dell'accordo sarebbe sufficiente la forma verbale, il contratto viene stipulato sempre per iscritto, per rendere più certa la volontà delle parti e garantire la trasparenza delle operazioni, in base a modalità di stesura e sottoscrizione che variano da società a società⁶¹.

Preme sottolineare che, anche se il contratto di *factoring* può essere concluso tramite rappresentante, non possono trovare applicazione le norme sul contratto per persona da nominare in quanto “la rappresentanza *in incertam personam* mal si concilia con la filosofia operativa dei *factors*, i cui contratti sono basati fundamentalmente sull'*intuitus personae*”⁶², né, per lo stesso motivo, le norme riguardanti il contratto a favore di terzi.

Il contratto di *factoring* è composto generalmente da due documenti: il primo contiene le condizioni generali, predisposte unilateralmente dal *factor*, ovvero le clausole che disciplinano gli aspetti fondamentali del

⁶¹ G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 139-141. Sul punto si veda anche G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 114. E' il caso di sottolineare che, ad esempio, in base alle condizioni generali di contratto stabilite dall'Assifact per le proprie associate, la stipulazione del contratto di *factoring* avviene mediante la sottoscrizione di un modulo predisposto dalla società, o tramite l'invio da parte del cedente di una proposta su modulo, sempre predisposto dalla società, seguita dall'accettazione del *factor*. In ogni caso è necessario tener presente che, essendo il modulo sempre approntato dal *factor*, sarà indispensabile l'approvazione ai sensi degli artt. 1341-1342 delle clausole particolarmente onerose.

⁶² Così G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 140.

rapporto, quali, ad esempio, la durata, gli obblighi delle parti, ecc.; nel secondo documento sono, invece, indicate alcune specifiche clausole, frutto delle trattative fra il cliente e il *factor*⁶³, che nel corso del tempo possono anche essere sottoposte a modifiche⁶⁴.

E' opportuno, inoltre, evidenziare che esiste un nucleo di clausole omogenee che caratterizza ogni convenzione di *factoring*, indipendentemente dai formulari adottati⁶⁵. Tra queste rientrano la clausola della globalità e quella dell'esclusiva⁶⁶.

Con la prima, il fornitore-cedente si obbliga a cedere al *factor* tutti i crediti commerciali vantati nei confronti del debitore ceduto. Il cessionario deciderà quali accettare e quali restituire al cliente.

La clausola della globalità ha la funzione di evitare che il fornitore ceda al *factor* soltanto i crediti più rischiosi, trattenendo quelli più sicuri,

⁶³ Occorre precisare che se è pur vero che l'utilizzo di formulari e la predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali consente di tutelare il contraente debole attraverso l'applicazione delle disposizioni codicistiche, è altrettanto vero che la qualità di imprenditore rivestita dal fornitore-cedente "porta ad escludere certamente l'applicazione del capo XIV bis del libro IV del codice civile, cioè gli artt. 1469 bis-1469 sexies concernenti i contratti del consumatore. E' noto che la suddetta normativa riguarda esclusivamente i contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista, intendendosi per consumatore <la persona che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta>". Così R. Clarizia, *Contratti di factoring*, in E. Gabrielli – R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2004, p. 386. "La possibilità di valutare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti di factoring dipende dalla rivisitazione della nozione di consumatore. Ove si utilizzi un criterio restrittivo nell'interpretare tale nozione, nemmeno la normativa bancaria (di tutela del consumatore) potrà venire in rilievo. Solo qualora, al contrario, venisse ricompreso nella nozione di consumatore chi stipula il contratto nell'ambito dell'attività professionale o imprenditoriale esercitata, quando la stipula non sia inquadrabile tra le manifestazioni tipiche di tale attività, allora i contratti di factoring stipulati dai piccoli imprenditori o dai professionisti potrebbero essere assoggettati alla disciplina delle clausole vessatorie". Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 61; Cfr. M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 375 ss; G. Lener, *Le clausole abusive nei contratti del mercato finanziario*, in Gabrielli E. e Lener R. (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2004, p. 130.

⁶⁴ Cfr in proposito M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit. pp. 58-59. E' opportuno precisare che vi sono "tutta una serie di scritture, dalla lettera di inizio rapporto al modulo per l'approvazione, al modulo per le cessioni, senza le quali l'operazione di factoring resterebbe ignota ed incomprensibile". G. De Nova, *L'adeguamento dei contratti di factoring alla nuova normativa*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione dei crediti d'impresa*, Napoli, 1995, p. 48.

⁶⁵ In proposito O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 16.

⁶⁶ Cfr. G. De Cristofaro - C.E. Colombo, *Il contratto di factoring*, in Amministrazione e finanza, 1987, p. 219, i quali precisano che la clausola della globalità "è richiesta anche per tutti i debitori di uno stesso paese estero, nei rapporti di factoring all'esportazione"; O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., pp. 16-17.

consentendo, conseguentemente, una compensazione dei rischi operativi⁶⁷.

Il fornitore potrà anche cedere soltanto una parte dei crediti⁶⁸, purché si tratti di un insieme omogeneo in base alla natura dei servizi, delle merci, o in base alla zona geografica, ecc., ovvero effettuare la cessione con riferimento a determinati nominativi debitori, o ad una fascia di clientela, indicati espressamente dal *factor* fra i diversi acquirenti del cedente. In questo ultimo caso il cessionario opererà una selezione dei rischi, considerando la complessiva composizione dei rapporti e servendosi di determinate regole di valutazione. Il *factor* potrà anche accettare crediti nei limiti di un ammontare prestabilito per ogni cliente o per periodi determinati⁶⁹.

E' opportuno, tuttavia, sottolineare che, affinché il *factor* possa operare tali limitazioni, il contratto dovrà prevedere nelle condizioni generali che il fornitore – cedente sottoponga l'elenco della propria clientela al cessionario.

La clausola dell'esclusiva impone, invece, al cedente di non stipulare

⁶⁷ E' opportuno sottolineare che tale principio, particolarmente diffuso nella prassi statunitense, è stato raramente attuato nel nostro paese, in quanto, a volte, è la stessa disciplina sulla cessione dei crediti a rendere incerti e rischiosi i servizi resi dal *factor*, a meno di allungare i tempi e aumentare i costi relativi allo svolgimento delle operazioni, incidendo negativamente sulla convenienza del rapporto. Il cessionario, peraltro, a fronte della cessione globale dei crediti, non è sempre nelle condizioni di soddisfare completamente la clientela, offrendo l'intera gamma dei servizi. Ciò si riflette particolarmente sulla concessione di anticipi, in presenza di limitate disponibilità finanziarie rispetto alla domanda. Sul punto si veda R. Ruozi - B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., p. 34.

⁶⁸ E' il caso di sottolineare che le condizioni generali di contratto di alcune grandi imprese potrebbero anche prevedere il divieto per i fornitori di operare la cessione a terzi dei crediti commerciali. La limitazione del principio della globalità trova attuazione soprattutto nei confronti delle piccole e medie aziende che abbiano rifornito le imprese sopra citate. L'applicabilità della clausola della globalità può, peraltro, essere circoscritta in funzione delle esigenze manifestate dalle parti. È possibile escluderne l'applicabilità con riferimento ai crediti per i quali l'intervento del *factor* non è completamente giustificato o non è tecnicamente realizzabile. In proposito R. Ruozi - B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., pp. 34-35.

⁶⁹ Qualora il fornitore superi la soglia del credito autorizzato o non informi il *factor* degli affari conclusi, quest'ultimo potrà decidere di non coprire il credito autorizzato, di aumentare di sua sponte lo scoperto, ovvero di accettare, opponendo una condizione sospensiva che gli consenta di rivalersi sul cedente per la parte di credito eccedente, non autorizzato. In proposito G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit. p. 15.

con terzi contratti di *factoring* continuativi o occasionali⁷⁰. La finalità di tale clausola, tipica della prassi contrattuale statunitense, è quella di evitare che il fornitore possa agire dolosamente, cedendo più volte lo stesso credito, dando vita a relazioni preferenziali con più *factors*, in modo da eliminare le eventuali interferenze che possano sorgere nei rapporti amministrativi tra le parti interessate.

Una deroga a tale clausola è prevista soltanto qualora venga fornita un'espressa autorizzazione in tal senso dal *factor*, o in presenza di *split factoring*, ovvero di rapporti con grandi imprese a produzione diversificata, con un frazionamento dei crediti tra più società in base a criteri che tengano conto della clientela, della tipologia dei prodotti, della localizzazione dei mercati, ecc.⁷¹

Il contratto potrà contenere anche altre clausole.

In base alla clausola per la regolamentazione dei crediti, nella contabilità del *factor* il fornitore risulterà titolare di un conto corrente nel quale saranno iscritti a debito il compenso dovuto al cessionario per l'attività svolta e gli eventuali prelevamenti effettuati dal cedente, e a credito l'ammontare dei crediti ceduti al cessionario, sia quelli approvati che quelli non approvati (con riserva di buon fine).

Preme, a tal proposito, sottolineare che, con il passare del tempo, la maggiore conoscenza da parte del *factor* della clientela del cedente, determina generalmente una riduzione delle fatture non approvate.

La clausola per la remunerazione del *factor* ha ad oggetto il compenso spettante al cessionario che, com'è stato già specificato, si compone della commissione per la garanzia dell'eventuale rischio d'insolvenza del

⁷⁰ Sarà, invece, possibile concludere operazioni (quali la vendita per contanti) in cui non è necessario l'intervento del *factor*. Sul punto O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 16.

⁷¹ Sul punto si veda R. Ruozi - B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., pp. 33-35, i quali sottolineano che nel nostro paese la clausola dell'esclusiva assume quasi un carattere di inderogabilità. Essa è oggetto di rinunce soltanto in relazione a motivate esigenze finanziarie del cliente.

debitore ceduto, dell'interesse maturato a seguito dell'erogazione dei finanziamenti (anticipi) concessi dal *factor* e delle spese accessorie.

La commissione e l'interesse sono calcolati in base all'ammontare dei crediti ceduti, ai servizi offerti dal cessionario, nonché alla solidità patrimoniale ed economica del cedente.

Un'ulteriore clausola è quella riguardante la durata del contratto, che può essere determinata o indeterminata: nel primo caso il recesso dal contratto comporterà il pagamento di una penale, nella seconda ipotesi sarà necessario un preavviso da uno a sei mesi.⁷²

Oltre al diritto di recesso è anche prevista nei formulari una clausola risolutiva espressa, la quale esplica la propria efficacia, non solo in caso di inosservanza da parte del fornitore degli obblighi gravanti sullo stesso, ma anche qualora il cedente sia sottoposto ad azioni esecutive, pignoramenti, procedure concorsuali, ecc.

E' opportuno specificare che, oltre alle suddette clausole, presenti generalmente nella convenzione di *factoring*, è possibile inserirne anche altre accessorie, concernenti, ad esempio, la fatturazione, le modalità d'incasso dei crediti, il comportamento del *factor* in caso di contenzioso con i debitori, ecc.

Oggetto dell'operazione di *factoring* sono i crediti commerciali, relativi cioè a forniture di beni e servizi fra imprese, con scadenza compresa fra i 30 e i 180 giorni⁷³, che presentino determinate caratteristiche: l'esistenza, la titolarità e piena disponibilità, la commercialità, la cedibilità e la liquidità.

⁷² "La risoluzione volontaria o contrattuale, pone termine al trasferimento dei crediti insorgenti, ma obbliga le parti ad ultimare le operazioni in corso". Così G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 14.

⁷³ Spesso, sia per le caratteristiche dei crediti che per motivi di opportunità, oggetto del contratto di *factoring* sono crediti con scadenza più lunga. In ogni caso, tale scelta è strettamente collegata agli indirizzi delle politiche aziendali (settori merceologici in cui operano le imprese clienti, orientamenti relativi alla penetrazione nei vari mercati, rapporti intercorrenti tra durata e rischio). Sul punto si veda R. Ruozi - B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., p. 37.

L'esistenza dei crediti dovrà essere provata non solo attraverso la fattura, bensì fornendo al *factor* tutta la documentazione probatoria ed accessoria, quale ad esempio il contratto di compravendita, la bolla d'accompagnamento beni viaggianti ecc.

Il fornitore dovrà, peraltro, garantire che i crediti commerciali ceduti al *factor*, derivanti dallo svolgimento di attività d'impresa, sono dovuti dai debitori, che non potranno eccepire alcuna compensazione del loro debito con crediti che vantano nei confronti del cedente.

I crediti dovranno essere pagati alla scadenza concordata e non dovrà sussistere alcun impedimento che possa ostacolare la cessione del credito, ai sensi dell'art. 1261 o delle leggi speciali, o il pagamento dei crediti alla scadenza pattuita⁷⁴.

Il rispetto di tali requisiti impedirà che successive contestazioni possano in qualche modo incidere sul regolare svolgimento del rapporto⁷⁵.

La cessione del credito dovrà essere effettuata entro trenta giorni dalla data di emissione della fattura, e potrà essere *pro solvendo* o *pro soluto*.

Nel primo caso il *factor*, qualora il debitore ceduto sia inadempiente, potrà rivalersi sul fornitore⁷⁶.

Nel caso in cui il fornitore ne faccia espressa richiesta e il *factor* accetti espressamente, i crediti potranno, invece, essere ceduti *pro soluto*.

⁷⁴ Sul punto si veda G. De Cristofaro - C.E. Colombo, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 219-220; O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., pp. 32-33.

⁷⁵ È opportuno sottolineare che ripercussioni negative potrebbero derivare "dall'eventuale sospensione, totale o parziale dei pagamenti da parte del debitore, in seguito a contestazioni delle consegne o delle modalità di esecuzione delle forniture, soprattutto ove il *factor* abbia regolato in via anticipata i crediti o abbia prestato garanzia". Così R. Ruozzi - B. Rossignoli, *Manuale del factoring*, cit., p. 38. È necessario, inoltre, far presente che i *factors* potrebbero essere indotti ad accettare in cessione crediti che superino un determinato ammontare minimo al fine di coprire i costi di gestione degli stessi.

⁷⁶ Normalmente i contratti-tipo delle società di *factoring*, in deroga a quanto previsto dall'art. 1267 c.c., stabiliscono che la cessione avvenga *pro solvendo*. Se la cessione avviene con clausola *pro solvendo* il *factor*-cessionario non potrà accettare i crediti prima che il contratto sia regolarmente registrato presso l'apposito ufficio del registro. In proposito G. De Cristofaro - C.E. Colombo, *Il contratto di factoring*, cit., p. 220.

In tale ipotesi il contratto conterrà la clausola di garanzia del buon fine dell'operazione. Il *factor* garantirà, pertanto, l'eventuale inadempimento del debitore ceduto, nei cui confronti potrà rivalersi in caso di insolvenza, salva, tuttavia, la possibilità per il cessionario, in base alle previsioni contenute nelle condizioni generali di contratto, di revocare o di sospendere l'approvazione⁷⁷.

In presenza di cessione *pro soluto*, è necessario che i crediti oggetto di vendita o della prestazione di servizi non siano stati contestati dall'acquirente prima della scadenza pattuita.

Il *factor* potrà anche accettare *pro soluto* soltanto una parte dei crediti, accogliendo *pro solvendo* quelli eccedenti. Tale sistema misto è definito *revolving*.

La cessione del credito potrà, altresì, avere ad oggetto, ai sensi dell'art. 1348 cc.⁷⁸, un credito futuro. In tale ipotesi, al fine di garantire la determinatezza (o determinabilità) della cessione, dovrà necessariamente esistere il fatto generatore del credito. Come sarà precisato nel corso della trattazione, la cessione globale dei crediti futuri è espressamente prevista dall'art. 3 comma 1 e 2 della legge n. 52 del 1991⁷⁹.

Alla nozione di credito futuro può essere accostata anche quella di credito sperato in quanto, in base agli artt. 1360 e 1248 cc., qualora sia conosciuto il valore e il tempo della maturazione, il credito non potrà

⁷⁷ L'approvazione può, infatti, essere oggetto di revoca, totale o parziale, con riferimento alle cessioni per le quali sia già intervenuta l'accettazione, purché la consegna della merce e le prestazioni non siano state ancora eseguite. *"La sospensione invece opera in caso di contestazioni del debitore riguardo all'esecuzione della fornitura; essa dura per un periodo massimo di novanta giorni dalla scadenza del credito, decorsi i quali l'approvazione decade automaticamente con efficacia retroattiva se il debitore non rinuncia alla contestazione"*. Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit. p. 68. Cfr. F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 46

⁷⁸ L'art. 1348 cc. Stabilisce che *"la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvo i particolari divieti di legge"*.

⁷⁹ L'art. 3 comma 1 della legge n. 52 del 1991 stabilisce che *"i crediti possono essere ceduti anche prima che siano stipulati i contratti dai quali sorgeranno"*. Il 2° comma prevede espressamente che *"i crediti esistenti o futuri possano essere venduti anche in massa"*.

essere considerato indeterminato⁸⁰.

Nel caso in cui la cessione abbia ad oggetto, come nel caso del *factoring*, più crediti futuri, la portata del criterio di determinatezza o determinabilità dovrà essere valutata alla luce delle peculiarità dell'attività d'impresa, in particolare sotto un triplice aspetto: individuazione dell'ammontare dei crediti oggetto della cessione (facendo riferimento ad un fatturato previsto o prevedibile), individuazione oggettiva e soggettiva dei crediti (indicazione dei beni o servizi derivanti dall'attività d'impresa e dalla clientela consolidata nel tempo)⁸¹.

E' necessario, infine, soffermarsi brevemente sulle ipotesi di scioglimento del contratto di *factoring*, risoluzione e recesso, riferibili sia al contratto come tale, sia alle singole cessioni dei crediti fattorizzati.

La mancata osservanza, da parte del fornitore, delle obbligazioni derivanti dal contratto di *factoring* può determinare la risoluzione dello stesso per inadempimento (art. 1453 c.c.). L'effetto risolutivo può verificarsi anche in base all'art. 1456 c.c., nel caso in cui la clausola risolutiva sia stata espressamente approvata dall'aderente (fornitore assistito)⁸².

Il formulario di contratto contiene generalmente una clausola risolutiva espressa in favore del *factor*, che disciplina quasi tutti i possibili inadempimenti del cliente, individuando nello specifico la stragrande maggioranza delle obbligazioni che gravano sul fornitore, ad esclusione di alcune di minore importanza. Il verificarsi delle ipotesi indicate nella suddetta clausola determina la risoluzione del rapporto negoziale⁸³.

⁸⁰ In tal senso Cass. Civ. n. 4040 dell'11.05.1990, in *Foro Italiano*, 1991, I, pp. 2489 ss.

⁸¹ Sul punto si veda O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 34.

⁸² Sul punto si vedano O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., pp. 81 ss.

⁸³ E' opportuno precisare che deve ritenersi una mera clausola di stile, la clausola risolutiva espressa che si limiti ad enunciare in modo generico le obbligazioni imposte dal contratto, e cioè con

Lo scioglimento del contratto può verificarsi, *ipso facto*, in caso di crisi dell'impresa del fornitore cedente e quindi di suo fallimento.

Ai sensi dell'art. 7, comma 2, legge n. 52 del 1991, il curatore potrebbe, tuttavia, anche esercitare la facoltà di recesso dalle cessioni anteriori al fallimento e relative a crediti futuri non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa. Se quest'ultimo non si avvale di tale facoltà, il fallimento subentra nella cessione.

In ogni caso la disciplina del su citato articolo incide esclusivamente sulle singole cessioni di crediti futuri, non sul rapporto di *factoring*, che si scioglie automaticamente per effetto della dichiarazione di fallimento del cedente.

È possibile, infine, in base all'art. 1467 c.c., che il contratto si risolva per eccessiva onerosità, anche se è difficile che si verifichino i presupposti per l'applicazione della disciplina *de qua*.

Quanto al recesso, è opportuno partire dalla constatazione che il contratto di *factoring* può essere a tempo indeterminato o a tempo determinato.

In assenza di una specifica normativa in proposito, “non resta che ricercare il modello regolamentare nelle clausole contrattuali opportunamente integrate dalle disposizioni in materia di contratto in generale e dagli usi negoziali”⁸⁴.

La clausola che prevede la facoltà di recesso, nel caso in cui tale facoltà risulti attribuita al *factor*, deve essere espressamente approvata, in quanto vessatoria, ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c.

Il dibattito sulla facoltà di recesso dal contratto a tempo indeterminato è dominato da distinzioni e ricostruzioni piuttosto complesse.

riferimento non già ad una specifica inadempienza, bensì ad una qualsiasi delle clausole del negozio. Cfr. in proposito O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 36.

⁸⁴ Così F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 246.

Ciò che, a mio avviso, risulta effettivamente utile per l'interprete, è l'individuazione di due distinte funzioni del recesso: quella ordinaria, che riconosce nell'esercizio del potere di recesso il normale effetto estintivo della durata di un rapporto contrattuale, di cui non sia stato determinato il termine finale, e quella straordinaria, che determina l'estinzione anticipata del rapporto contrattuale a seguito di eventi sopravvenuti che ne ostacolano la prosecuzione.

Il recesso dal contratto a tempo indeterminato deve essere comunicato con un congruo preavviso. Nel caso in cui tale specificazione non sia presente nelle condizioni generali di contratto, anche in assenza di una norma che ne imponga l'obbligo di previsione, sarà possibile invocare, in base al principio di buona fede, la necessità del preavviso ed, in difetto, il risarcimento dei danni.

Ciò perché “se il *factor*, senza preavviso, comunicasse al fornitore cedente che da quel momento il contratto è da ritenersi sciolto, il cedente dovrebbe, all'improvviso, provvedere alla gestione ed organizzazione di delicate funzioni economiche ed amministrative della propria impresa che fino a quel momento aveva affidato, per di più in esclusiva, al *factor* recedente”⁸⁵.

E' opportuno sottolineare che ai sensi dell'art. 1373 c.c., il recesso dal contratto di *factoring*, non travolge le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

In presenza di un contratto di *factoring* a tempo determinato, non sarà possibile esercitare il recesso volontario anticipato, bensì la disdetta, in

⁸⁵ Così F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 249, il quale sottolinea che il recesso esercitato in violazione di un obbligo di preavviso, espressamente previsto dalle parti, produce effetti soltanto una volta decorso il periodo di preavviso. Quanto alle modalità operative del recesso, l'autore precisa che “non occorre spendere parole. Deve trattarsi di una comunicazione spedita al destinatario, che contenga l'inequivocabile volontà di interrompere il rapporto. Tale comunicazione produrrà effetti ai sensi dell'art. 1335 c.c., trattandosi di una dichiarazione ricettizia. La previsione convenzionale del preavviso comporta che l'efficacia dello scioglimento del rapporto decorre dalla scadenza stabilita”.

assenza della quale, il rapporto contrattuale proseguirà⁸⁶.

Potrà, invece, essere esercitata la facoltà di recesso per giusta causa, in presenza di qualsiasi evento ostativo che impedisca la prosecuzione del rapporto.

Esiste anche un'altra ipotesi di recesso, collegata al diritto del cessionario di variare le condizioni stabilite nel contratto di *factoring*.

Il T.U. in materia bancaria e creditizia prevede la facoltà dell'intermediario finanziario di apportare variazioni unilaterali alle condizioni generali indicate nel contratto (tassi, prezzi, ecc.), in senso sfavorevole al cliente, purché tale facoltà sia prevista nel contratto e la clausola sia stata espressamente approvata.

L'art. 118 del T.U.B. stabilisce che “qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: ‘Proposta di modifica unilaterale del contratto’, con preavviso minimo di due mesi, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente (..). La modifica si intende approvata ove il cliente non receda, senza spese, dal contratto entro la data prevista per la sua applicazione”⁸⁷.

È possibile che lo scioglimento operi anche con riferimento alle singole cessioni esecutive dell'accordo di *factoring*⁸⁸.

Ciò può verificarsi nel corso del normale svolgimento del rapporto e

⁸⁶ Secondo lo schema contrattuale della società Factorit, in G. De Nova, *I nuovi contratti*, Milano, 1994, p. 183, “il contratto a tempo determinato s'intende tacitamente rinnovato per un egual periodo se una delle parti non comunica all'altra disdetta con lettera raccomandata almeno tre mesi prima della scadenza”.

⁸⁷ Cfr. in proposito A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 67 ss.

⁸⁸ Anche in tal caso le condizioni generali di contratto non utilizzano una terminologia uniforme. E' necessario far riferimento in merito ai modelli contrattuali diffusi dopo l'entrata in vigore della legge n. 52 del 1991. Alla stregua del regolamento *Factorit*, ad esempio, il *factor* ha la facoltà di recedere dalle singole cessioni al verificarsi di determinati eventi. Cfr. in proposito G. De Nova, *I nuovi contratti*, cit., p. 183.

può essere determinato da una previsione convenzionale oppure da una fattispecie normativa. “Nel primo caso l’effetto di scioglimento consegue ad una clausola contrattuale che conferisca al *factor* la facoltà di recedere dal rapporto o comunque di invocarne lo scioglimento in presenza di determinati eventi espressamente previsti. Nel secondo caso ci troviamo di fronte all’operatività della garanzia per inesistenza del credito o per la solvenza del debitore ceduto”⁸⁹.

6. Profili operativi della cessione del credito

E’ necessario soffermarsi, seppure brevemente, su alcuni profili operativi della cessione del credito e sui rapporti intercorrenti tra le parti del contratto di *factoring*.

In primis occorre chiarire che il rapporto tra il fornitore - cedente e il *factor* - cessionario viene ad esistenza con la presentazione a quest’ultimo di una richiesta, normalmente redatta su modulo prestampato “che raccoglie i più significativi dati economici e patrimoniali del fornitore; il documento è solitamente completato con alcuni allegati, volti a fornire al *factor* una panoramica della situazione del richiedente e degli scopi che si intendono raggiungere con l’applicazione del *factoring* all’azienda”⁹⁰.

⁸⁹ Così F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 251, il quale sottolinea che la garanzia prevista dall’art. 4, che si oppone al regime previsto dall’art. 1267 c.c., è diventata un elemento naturale della cessione dei crediti. Egli precisa che “qualunque sia la tesi in ordine alla natura della garanzia per la solvenza del debitore ceduto, si può comunque sostenere che la sua operatività, nel caso concreto, comporta lo scioglimento degli effetti della cessione”.

⁹⁰ Così A. Spolverini, *Il factoring*, cit., p. 26. Come sarà precisato nel corso della trattazione, con riferimento al trasferimento della titolarità del credito dal cedente al *factor* si sono distinte due diverse correnti di pensiero. Secondo una prima impostazione, tale convenzione dovrebbe dar luogo ad un contratto preliminare di cessione di crediti futuri. In tal caso l’effetto traslativo si verificherebbe al

Si considerano accettate le proposte di trasferimento della titolarità dei crediti che il *factor* non abbia espressamente rifiutato, assegnando un valore positivo al silenzio dell'oblato⁹¹ che rappresenta una manifestazione di volontà con la quale egli esprime il suo *placet*.

Occorre, tuttavia, precisare che il *factor*, com'è stato già chiarito, potrà anche acquistare soltanto una parte dei crediti del fornitore, indicando preventivamente a quest'ultimo i nominativi dei debitori per i quali la cessione si riterrà perfezionata.

In tal modo si eviterà il sorgere di una situazione caotica in cui il cedente possa avanzare proposte inutili alle quali seguiranno atti di rifiuto

momento della conclusione dei singoli negozi di cessione. Tra gli altri A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 72 ss.; B. Cassandro Sulpasso, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: il factoring in Europa*, Milano, 1981, p. 37 ss. Secondo un'altra corrente di pensiero, il *factoring* configurerebbe un contratto atipico, di cessione di crediti, definitivo. La trasmissione delle titolarità si attuerebbe automaticamente al momento della stessa venuta a giuridica esistenza dei crediti. In tal senso U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, cit., p. 305 ss.; G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 151. In ogni caso, indipendentemente dalla soluzione accolta, il trasferimento dei crediti dipende soltanto dal consenso delle parti e prescinde dalla comunicazione dello stesso al debitore ceduto non solo relativamente alla sua validità, ma anche all'efficacia nei confronti di quest'ultimo. E' opportuno sottolineare che entrambe le costruzioni presentano aspetti positivi e negativi. In relazione alla prima teoria, ad esempio, si è sottolineato che sussisterebbero non poche difficoltà nel caso in cui il *factor* abbia indicato al fornitore dei nominativi, con riferimento ai quali è disposto ad accettare in ogni caso la cessione. In quest'ultima ipotesi, infatti, vi sarebbe un contratto bilaterale, rispetto ai crediti riguardanti i nominativi segnalati, e un contratto preliminare unilaterale in relazione alla rimanente massa di crediti non qualificati, per cui si verificherebbe uno sdoppiamento, quanto mai discutibile, del contratto. In tal senso U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, cit., p. 305 ss.

O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., pp. 37-38, ritengono che "accettare la concezione di un contratto unico permetterebbe di ottenere vantaggi, di non secondaria importanza, si pensi ad esempio al caso in cui il cliente, contravvenendo ai suoi obblighi negoziali, abbia ommesso di segnalare alcuni crediti al factor e quest'ultimo una volta venutone a conoscenza, ed essendo già titolare dei crediti in questione, sarebbe in grado di tutelare più efficacemente il suo diritto (in questo caso il factor agirebbe in giudizio per l'ottenimento di una sentenza dichiarativa, e non costitutiva come si renderebbe necessario nell'ipotesi in cui il contratto di factoring dovesse essere considerato alla stregua di un preliminare) e, inoltre, il factor si troverebbe in una situazione più favorevole rispetto ad un eventuale fallimento del cedente o del debitore ceduto". Ribadiscono però che anche tale costruzione presenta alcuni difetti. La clausola che attribuisce al *factor* la facoltà di accettare o meno i crediti ceduti potrebbe comportare la nullità del contratto per indeterminabilità dell'oggetto. Il *factor*, infatti, sulla scorta dell'assoluta discrezionalità riconosciutagli, potrebbe anche decidere di non acquistare alcun credito offerto.

⁹¹ "Che una circostanza negativa possa servire a rendere noto il consenso del soggetto è fuori discussione da tempo: qualunque atteggiamento del corpo umano, e persino un atteggiamento silenzioso, può, per convenzione, costituire dichiarazione in senso proprio". Così G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 220, il quale sottolinea che "il valore del silenzio dipende infatti non solo dalla sua espressività, ma anche dall'onere (o dal dovere) di parlare, e cioè da circostanze che sanciscono un rovesciamento degli effetti giuridici del silenzio medesimo".

del cessionario.

Una volta ottenuto l'assenso del *factor*, il fornitore provvederà a trasferire tutti i crediti oggetto dell'accordo, con riferimento ai nominativi concordati, nella maniera giuridicamente più valida ed idonea a garantire che il credito sia certo ed esigibile, nonché tutta la documentazione concernente le forniture eseguite (ad esempio note di credito e di debito).

Il *factor*, in base al potere conferito dal contratto di *factoring*, potrà anche decidere di revocare in qualsiasi momento il suo *placet*. Tale potere “si manifesta con atto unilaterale ricettizio che fa venir meno *ex nunc* non gli effetti già realizzati, che restano integri, ma il rapporto posto in essere, al fine di impedire che possa produrre ulteriori effetti”⁹².

Nel caso di inadempimento del *pactum de contraendo*, sarà possibile ricorrere all'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Una volta che il contratto di *factoring* si è perfezionato, sarà possibile stabilire concretamente in cosa consiste la prestazione resa dal *factor*, ovvero se si occuperà esclusivamente della gestione, contabilizzazione e incasso dei crediti, se assumerà il rischio di insolvenza del debitore ceduto, se concederà finanziamenti.

L'assetto di interessi originario potrebbe, tuttavia, anche essere unilateralmente modificato, nel corso dell'esecuzione del rapporto obbligatorio, con una conseguente alterazione delle prestazioni da eseguire, che si riflette sul regolamento e sulla disciplina del rapporto.

Potrebbe, infatti, accadere che l'approvazione venga meno per decadenza (legata a fatti circostanziati tassativamente indicati nei formulari, quali ad esempio l'eccezione di compensazione sollevata dal debitore) o per revoca (in qualsiasi momento, sempre che il cliente non

⁹² Così G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 223-224, il quale ritiene che “il nomen iuris in uso nei formulari sia improprio e sia piuttosto corretto parlare di “recesso”, negozio essenzialmente estintivo che opera *ex nunc* facendo cessare il solo rapporto negoziale”.

abbia eseguito la prestazione).

Ai sensi dell'art. 1262 c.c. il fornitore – cedente è tenuto a consegnare al *factor*, come sopra precisato, tutti i documenti attestanti l'esistenza del credito ceduto (ovvero copia autenticata di essi in caso di cessione parziale)⁹³.

L'art. 1263, comma 1, c.c. stabilisce, altresì, che “per effetto della cessione, il credito è trasferito al cessionario con i privilegi, con le garanzie personali e reali e con gli altri accessori”. Gli accessori del credito si trasferiscano, pertanto, automaticamente, secondo il vecchio brocardo “*accessorium sequitur principale*”. Tale regola potrebbe essere derogata esclusivamente dalla contraria volontà delle parti⁹⁴.

Particolarmente controverso è, invece, il trasferimento delle azioni inerenti il credito ceduto, in assenza di regolamentazione sul punto.

Sulla scorta della considerazione secondo la quale oggetto della cessione è il credito e non il negozio che ha dato origine allo stesso, è stata operata una distinzione tra azioni dirette alla conservazione e realizzazione del credito ed azioni afferenti al sottostante rapporto contrattuale, dal quale si è originato il credito⁹⁵.

Le azioni conservative, tra le quali rientrano quelle revocatorie, surrogatorie, di cognizione e di esecuzione, nonché quelle dirette a far valere il credito nelle procedure concorsuali, si trasferiscono

⁹³ Infatti ai sensi dell'art. 1262 c.c. “*il cedente deve consegnare al factor i documenti probatori del credito in suo possesso. Se è stata ceduta solo una parte del credito il cedente è tenuto a dare al cessionario una copia autentica dei documenti*”.

⁹⁴ Appare doveroso rilevare che i formulari predisposti dalle principali società di *factoring*, non contengono alcuna specifica regolamentazione sul trasferimento della titolarità degli accessori, rinviando alla disciplina codicistica di cui all'art. 1263 c.c. Cfr. O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 39. Preme sottolineare che nessun problema sorgerà anche in caso di trasferimento di una cauzione riguardante il credito ceduto o il permanere di un privilegio a favore del *factor*, che si sia reso cessionario di un credito privilegiato. Tale principio non è applicabile, invece, nei casi di clausola penale, caparra penitenziale o confirmatoria, poiché queste ultime riguardano il contratto e conseguentemente non possono essere trasferite con la cessione del credito.

⁹⁵ In proposito A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 84.

automaticamente al *factor* – cessionario, che in caso contrario si vedrebbe privato ingiustificatamente di uno strumento di tutela del credito che gli è stato ceduto.

Fra le seconde azioni è possibile annoverare le azioni di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione. Tali azioni, essendo strettamente dipendenti dal rapporto contrattuale e non presentando alcun legame con il credito ceduto, non dovrebbero essere trasferite al *factor*.

Alcuni studiosi hanno, tuttavia, espresso una diversa opinione circa la risoluzione per inadempimento, ritenendo che il trasferimento automatico dell'azione in capo al *factor* si giustificerebbe con la possibilità di impossessarsi dei beni oggetto della vendita al fine di realizzare indirettamente il credito ecceduto⁹⁶.

Inoltre, non dovrebbe essere aprioristicamente esclusa l'esperibilità dell'azione di nullità del contratto ad opera del *factor* che manifesti uno specifico interesse, altrimenti il cessionario si troverebbe in una posizione svantaggiosa rispetto agli altri soggetti legittimati ad agire dall'art. 1421 c.c.⁹⁷

Da quanto sopra esposto emerge che le uniche azioni per le quali è necessario escludere il trasferimento al cessionario sono quelle di annullamento e di rescissione, dal momento che traggono la loro causa (vizi del consenso, stato di bisogno ecc.) in elementi che rappresentano stati personali del cedente dai quali non è possibile che il terzo cessionario tragga vantaggio.

⁹⁶ In proposito si veda G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 200; G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 239 ss.

⁹⁷ Cfr. A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 84.

6.1 I rapporti tra le parti dell'operazione economica

In assenza di una esplicita disciplina atta a chiarire i rapporti esistenti tra le parti del contratto, nonché i diritti e gli obblighi delle stesse, è possibile fare riferimento alle condizioni generali e alle clausole inserite nei contratti tipo utilizzati dalle maggiori società di *factoring* operanti nel nostro paese⁹⁸, ovvero far ricorso al procedimento analogico, applicando le disposizioni normative destinate a schemi legali da ritenersi affini, per la loro natura e funzione economico sociale. Soluzione quest'ultima che, come sarà chiarito successivamente, deve ritenersi più corretta e congeniale alle caratteristiche dell'operazione *de qua*.

Il cedente, com'è stato precisato, deve essere un imprenditore ai sensi dell'art. 1, comma 1 lett. a della legge n. 52 del 1991. Non rientrano nella previsione normativa, né i lavoratori autonomi, né i consumatori in generale⁹⁹. Tale peculiarità contraddistingue la disciplina in oggetto rispetto alla regolamentazione codicistica della cessione dei crediti¹⁰⁰.

Il fornitore deve agire con correttezza e diligenza, tenendo conto che il cessionario opererà una valutazione tanto più severa della sua condotta, quanto maggiore sarà la fiducia accordata con riferimento all'assunzione dei rischi¹⁰¹.

⁹⁸ Così O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 35.

⁹⁹ La possibilità di inquadrare in detta formula anche l'artigiano e il piccolo imprenditore non sarebbe controversa se non fosse per la previsione di cui all'art. 7 della legge fallimentare che non può riferirsi al piccolo imprenditore e all'artigiano. Evitando di mettere in stretto collegamento le due norme (art. 1 e art. 7 l. fall.) e quindi l'ambito di applicazione delle stesse, si può concludere che è possibile applicare l'art. 7 della legge "quando e se in concreto il cedente-imprenditore sia assoggettabile a procedura fallimentare". Così R. Clarizia, *Il factoring*, cit., p. 90.

¹⁰⁰ La peculiare natura del cedente determina, dal punto di vista contrattuale, la non applicazione degli artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c. in tema di clausole vessatorie. Tale conseguenza è particolarmente rilevante se si considera che nel *factoring* le condizioni generali sono predisposte dal *factor*-cessionario. Sul punto si veda G. Tucci, *Factoring*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 1405.

¹⁰¹ In proposito M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 376-377.

Egli è tenuto ad espletare tutte le formalità, atte a perfezionare la cessione del credito, ad ottenere l'accettazione o il rifiuto da parte del *factor*, dopo aver formulato la richiesta di approvazione preventiva del credito e sottoposto al cessionario tutti i contratti di fornitura con riferimento ai debitori ceduti.

Il cedente deve, altresì, impegnarsi a “far sì che i pagamenti dei creditori ceduti siano effettuati dai debitori esclusivamente e direttamente al *factor*, astenendosi da qualsiasi altra iniziativa tendente all'incasso dei crediti medesimi”¹⁰².

Tra gli obblighi rientra senz'altro quello, espressamente previsto nella clausola di esclusiva, di non rivolgersi ad altri *factors* dopo aver stipulato un contratto con una determinata società¹⁰³.

Il cedente è, inoltre, tenuto a non assumere atteggiamenti che possano in qualche modo pregiudicare gli interessi del *factor*, garantendo la corrispondenza della fornitura alle condizioni stipulate nel contratto di compravendita intervenuto con il debitore ceduto.

Oltre ad offrire in cessione al *factor* la massa complessiva dei crediti derivanti dall'esercizio dell'attività d'impresa, deve richiedere preventivamente l'approvazione per le cessioni *pro soluto*, senza

¹⁰² Così M. Barbetti, *Il contratto di factoring*, in G. Cassano (a cura di), *I singoli contratti. Applicazioni pratiche. Clausole specifiche. Giurisprudenza di riferimento*, cit., p. 1337, il quale ha precisato che nel caso in cui i debitori eseguano erroneamente il pagamento nei confronti del fornitore, quest'ultimo, fermo restando le responsabilità del debitore ceduto, dovrà trasferire immediatamente le somme e gli eventuali titoli girati al *factor*; “ove si tratti di titoli non trasferibili, il fornitore si asterrà dal negoziarli e sarà comunque obbligato ad adoperarsi, d'intesa con il *factor*, presso i debitori, per consentirne l'incasso”.

¹⁰³ Tale clausola è finalizzata ad evitare che possano insorgere situazioni di confusione ed interferenze in presenza di una pluralità di *factors*, evitando che vengano ad instaurarsi rapporti preferenziali, assegnando ad un determinato *factor* le partite migliori o meno rischiose. In proposito A. Spolverini, *Il factoring*, cit., p. 27, secondo cui “questa particolare accezione del contratto di esclusività non si ritrova nella ordinaria prassi bancaria, dove è usuale che un'azienda ricorra contemporaneamente a più istituti di credito diversi. Nel factoring, la prescrizione si può spiegare osservando che il volume di credito in teoria ottenibile da un solo *factor* dovrebbe essere tale da coprire l'intero fabbisogno finanziario”. La clausola in questione può anche essere derogata in seguito ad un preciso accordo con la controparte, concordando il trasferimento dei soli crediti che si riferiscono a ben determinate controparti acquirenti.

concedere ai debitori sconti o riduzioni del prezzo, né modificare, in assenza del preventivo *placet* del cessionario, le condizioni di fornitura, ad esempio i termini di pagamento indicati in contratto, convenuti con i debitori ceduti.

Il fornitore è tenuto, altresì, a restituire eventuali anticipazioni e corrispettivi ricevuti nel caso di mancato pagamento da parte del debitore (cessione *pro solvendo*), instaurare con il *factor* un rapporto di collaborazione, finalizzato anche a prevenire eventi negativi che possano pregiudicare la riscossione del credito¹⁰⁴, rendendolo edotto di eventuali cambiamenti nella situazione economica del debitore, nonché di qualsiasi tipo di causa ostativa che possa incidere negativamente sull'esazione del credito, al fine di garantire, in applicazione del principio di buona fede contrattuale, il celere incasso del *quantum debeatur*¹⁰⁵.

L'art. 1, comma 1, lett. c, della legge 52/91 prevede che “il cessionario è 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, e il cui capitale sociale o il fondo di dotazione sia non inferiore a dieci volte il capitale minimo previsto per le società per azioni”.

L'obiettivo della normativa in esame è quello di garantire che le imprese di *factoring* posseggano, nei rapporti con le altre parti dell'operazione economica, i requisiti della professionalità e affidabilità patrimoniale e finanziaria¹⁰⁶. Qualora, al momento della stipula della

¹⁰⁴ In proposito si veda G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, Napoli, 1983, pp. 214-215.

¹⁰⁵ “A semplice richiesta del *factor*, il fornitore inoltre dovrà fornire a proprie spese copie ed estratti autentici delle scritture contabili in qualsiasi modo attinenti al rapporto di *factoring* nonché sottoscrivere ogni documento che attesti la cessione dei crediti e delle eventuali garanzie che li assistono, utile per l'incasso, dei crediti stessi e delle somme accessorie, in via giudiziale o non”. Così M. Barbetti, *Il contratto di factoring*, cit., p. 1338.

¹⁰⁶ Controversa è la possibilità di estendere l'applicazione della normativa anche alle cessioni di credito realizzate da un libero professionista, tenuto conto che sempre più spesso gli esercenti professioni liberali si servono del *factoring* per smobilizzare il proprio portafogli crediti. In tal caso è necessario

convenzione di *factoring*, non ricorrano alcuni dei requisiti richiesti dalla normativa in esame, ne conseguirà l'inapplicabilità della disciplina in rassegna e non l'invalidità del contratto di cessione o di quello di *factoring*.

Al *factor* sono riconosciute alcune insindacabili prerogative.

Al solo fine di tutelare la sua posizione di cessionario del credito, egli può effettuare, qualora lo ritenga opportuno, ispezioni e controlli aventi ad oggetto la gestione contabile - amministrativa del fornitore, senza, tuttavia, poter utilizzare in modo improprio le notizie acquisite, atte esclusivamente a tutelare la sua posizione di cessionario del credito¹⁰⁷, nonché agire in giudizio contro il cedente ed il debitore ceduto.

Il cessionario può, peraltro, decidere liberamente di accettare le proposte di cessione di crediti, ridurre o revocare l'approvazione concessa¹⁰⁸, nonché concedere anticipazioni al fornitore, commisurando

stabilire se un professionista possa essere anche imprenditore, cioè l'esercizio della professione possa rappresentare elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa oppure se tali professioni, indipendentemente dal grado di organizzazione dei dipendenti e dei macchinari non possano essere esercitate in forma d'impresa. La questione è tuttora aperta. Cfr. O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione del fenomeno d'impresa*, cit., pp. 60-61.

¹⁰⁷ Alcuni hanno, però, dubitato della validità della clausola che abilita il *factor* ad esercitare il suddetto potere di ispezione, ritenendo che quest'ultimo potrebbe avere accesso a notizie ed informazioni commerciali riservate, suscettibili anche di usi impropri, ed eventualmente esercitare un'influenza dominante sull'impresa cliente. Cfr. in proposito tra gli altri R. Clarizia, *Il factoring*, cit., p. 24 ss. E' opportuno, tuttavia, sottolineare che nonostante il potere di ispezione conferito al *factor* appaia assai ampio, tale tesi non è apparsa convincente e sostenibile. Non è possibile ritenere invalida la clausola in questione, dal momento che, se è vero che il nostro ordinamento tutela, in varie forme, la riservatezza e la segretezza degli affari dell'impresa, in particolare delle scritture contabili, è altrettanto vero che il titolare del diritto può disporre a piacimento, anche a favore di terzi. Ciò naturalmente può avvenire nel quadro di un contesto basato appunto sulla fiducia e su un preciso rapporto di collaborazione. In tal senso O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., pp. 40-41; G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 230.

¹⁰⁸ Esistono diversi sistemi per l'approvazione dei crediti. In alcuni casi l'approvazione è relativa ad una specifica commessa e si parla allora di "approvazione singola" (in uso soprattutto presso i *factors* anglosassoni). In altri casi l'approvazione può essere settimanale o mensile e si parla in tal caso di approvazione a "limite periodico". Può essere anche stabilito per ogni debitore un ammontare massimo fino alla concorrenza del quale vale la garanzia prestata dal *factor* e si parla di "approvazione revolving" o "plafond". Quest'ultimo sistema anche se più rischioso, in quanto privo dei frequenti controlli presenti nelle altre forme, è più in linea con la realtà operativa, in quanto consente al cedente di conoscere la cifra massima che rappresenta il limite di responsabilità del *factor* in caso di mancato pagamento del debitore. Indipendentemente dal sistema utilizzato il *factor* può revocare o ridurre l'ammontare inizialmente concordato con il cedente ad esempio nel caso in cui sia necessario ridurre il

l'entità delle stesse alla disponibilità, alla qualità e alle caratteristiche dei crediti commerciali del cedente¹⁰⁹.

Quanto ai doveri del *factor*, egli è tenuto a stabilire all'atto della cessione la quota parte dei crediti che ritiene di approvare, dopo aver operato la valutazione dei singoli acquirenti e dei cumuli di rischio su di essi già eventualmente raggiunti, a comunicare i nominativi dei debitori dei quali intende acquistare i crediti, a svolgere tutte le operazioni necessarie alla contabilizzazione e all'incasso dei crediti, nonché eventuali attività di recupero degli stessi¹¹⁰, ad effettuare la chiusura mensile del conto corrente, ad accreditare al fornitore-cedente, in base agli accordi pattuiti, il controvalore, totale o parziale, dei crediti ceduti¹¹¹ e corrispondere quanto dovuto per le garanzie eventualmente prestate.

Il cessionario potrà anche assumere la garanzia dell'insolvenza

plafond per mancato utilizzo al fine di accogliere approvazioni richieste da altri fornitori o nel caso in cui il grado di solvibilità del debitore sia influenzato da giudizi peggiorativi. Cfr. G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 213 ss.

¹⁰⁹ Cfr. in proposito G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 111. Diversamente dagli affidamenti bancari, i finanziamenti erogati rappresentano "la somma delle capacità di credito che il *factor* ha riconosciuto ai debitori della propria clientela in relazione ai crediti oggetto del rapporto". Tutto ciò non esclude che il cessionario, utilizzando criteri di natura commerciale, debba comunque operare una valutazione congiunta delle parti coinvolte nel rapporto, ovvero del cedente e del debitore ceduto. Cfr. R. Ruozi – B. Rossignoli, *Mauale del factoring*, cit. pp. 52-53.

¹¹⁰ Il *factor* si occupa del servizio di contabilità dei crediti con riferimento alle fatture cedute, inviando con cadenza settimanale o mensile al proprio cliente un prospetto dal quale è possibile evincere l'andamento delle partite cedute. Il *factor* cura anche la riscossione dei crediti ceduti, comunicando periodicamente al fornitore cedente un resoconto con gli importi incassati, gli sconti, gli arrotondamenti effettuati in sede di pagamento e le valute di accredito. Con riferimento ai crediti non riscossi, totalmente o soltanto in parte, è opportuno distinguere a secondo che la cessione sia stata operata con rivalsa o con l'assunzione del rischio di insolvenza del debitore ceduto. Nella prima ipotesi il *factor* effettuerà un sollecito di pagamento, cercando di recuperare, attraverso le opportune procedure, gli importi non corrisposti alla scadenza della fattura. Nel caso in cui non riesca a recuperare quanto dovuto, trasferirà i crediti al fornitore, il quale, dopo aver restituito gli anticipi corrisposti, si occuperà direttamente dei rapporti con i clienti morosi. In tale ipotesi il *factor* potrà anche fornire un servizio di recupero crediti, intentando, dietro mandato del fornitore, azioni legali nei confronti dei debitori inadempienti. Qualora la cessione sia effettuata senza rivalsa il *factor* sarà tenuto a versare al fornitore l'importo delle fatture non saldate. Cfr. R. Ruozi – B. Rossignoli, *Il manuale del factoring*, cit. p.46.

¹¹¹ "Il finanziamento delle partite costituisce uno degli obblighi principali nel rapporto di factoring. L'accredito del controvalore può essere effettuato al momento dell'incasso dei crediti da parte del debitore, ovvero, in base a specifici accordi, a certo tempo data dalla scadenza media dei crediti, ovvero, infine, al momento della cessione degli stessi mediante smobilizzo anticipato". Così A. Spolverini, *Il factoring*, cit., p. 30.

commerciale del debitore ceduto, ovvero dell'impossibilità di quest'ultimo di poter corrispondere quanto dovuto per le forniture acquistate.

In tale ipotesi, il cedente, indipendentemente dal comportamento che terrà il debitore, “otterrà in ogni caso gli importi relativi ai crediti ceduti (salva però, secondo le previsioni delle condizioni generali di contratto, la possibilità per il *factor* di revocare l'approvazione e le numerose ipotesi di decadenza e sospensione dell'approvazione medesima)”¹¹².

L'assunzione del rischio potrà avvenire soltanto a condizione che il credito garantito si sia validamente formato, mantenendosi tale fino alla sua naturale scadenza. L'eventuale sopravvenienza di fatti o circostanze che pregiudicano la certezza e l'esistenza del credito (ad esempio contestazioni su merci, compensazioni, ecc.) non rientrano nella garanzia del *factoring*.

Ne consegue che la garanzia del *factor* si riferisce esclusivamente al rischio di insolvenza per dissesto dichiarato o di fatto del debitore, ma non all'ipotesi in cui il debitore ceduto, pur essendo nelle condizioni di onorare gli impegni assunti, non intenda o non sia tenuto a farlo¹¹³.

Il *factor* dovrà improntare la sua condotta alla normale diligenza nell'amministrazione dei crediti ceduti e, in ossequio al principio di collaborazione tra le parti, tesa anche ad evitare un reciproco aggravamento del rischio, è tenuto a comunicare tempestivamente al cedente i fatti e le circostanze maggiormente significativi, con riferimento alla gestione dei crediti, sempre che il cedente non ne sia già a conoscenza.

L'onere di informazione assumerà un particolare rilievo in particolar modo quando tali vicende possono influenzare i rapporti di affari

¹¹² Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 83-84.

¹¹³ Al riguardo si veda G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 214-215.

intercorrenti tra fornitore-cedente e debitore-ceduto, la correttezza dell'operazione commerciale, l'opinione sull'affidabilità della controparte.

Il debitore ceduto è “l'unico soggetto a non essere peculiarmente caratterizzato, sicché può essere chiunque abbia intrattenuto, intrattenga o intratterrà nell'arco di due anni rapporti contrattuali con il cedente. È difatti possibile cedere anche crediti futuri e in massa, purché si tratti ai sensi dell'art. 3, 3° comma della legge n. 52 del 1991 di crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi”¹¹⁴.

La cessione dei crediti deve essere notificata al debitore ceduto al fine di consentirgli di adempiere la sua obbligazione di pagamento nelle mani del nuovo soggetto titolato a riscuotere le somme, ovvero il cessionario.

In presenza di un contratto di *factoring*, è il fornitore cedente a dover comunicare al debitore ceduto l'intervenuta cessione del credito. “Il che non toglie, comunque, che tale facoltà sussista anche in capo al *factor*, il quale può in ogni momento rendere nota al debitore ceduto la propria qualità di nuovo titolare del credito”¹¹⁵.

Occorre, a tal proposito, evidenziare che ai sensi dell'art. 1260 c.c. “il creditore può trasferire a titolo oneroso o gratuito il suo credito, anche senza il consenso del debitore”.

¹¹⁴ Così R. Clarizia, *Il factoring*, cit., pp. 91-92.

¹¹⁵ Così A. Laudonio, *Il factoring*, cit. p. 266, il quale sottolinea, con riferimento alle dichiarazioni rese dal debitore ceduto attraverso moduli prestampati inviati dal *factor*, che è possibile operare una distinzione in base al loro contenuto: “a) il modulo reca esclusivamente l'attestazione dell'avvenuta notifica e la dichiarazione che il credito deriva da forniture regolarmente eseguite; b) oltre a quanto appena descritto, nel modulo è altresì presente la comunicazione in base alla quale il debitore ha preso atto dell'avvenuta cessione, implicante vera e propria accettazione (a seguito della quale si produce l'inopponibilità della compensazione ex art. 1248, 1 co., c.c.), accompagnata quasi sempre dall'impegno di pagare nei confronti del *factor*; c) in più rispetto ai precedenti, il modulo in questione contiene una confessione del *factor* concernente l'inesistenza di eccezioni al momento in cui è riservito il modulo sottoscritto (...); d) l'ultimo modulo, il più completo, presenta tutte le dichiarazioni sin qui riportate ed inoltre vincola il debitore a rinunciare anche ad ogni eccezione che potrebbe opporre in futuro al *factor*”.

Una volta che è venuto a conoscenza della cessione, il debitore ceduto, in osservanza del principio di buona fede, è tenuto a segnalare al *factor* le eccezioni che potrebbe sollevare con riferimento all'esistenza e all'esigibilità del credito ceduto.

Un interessante questione da affrontare riguarda il mancato assolvimento dell'obbligo di informazione del debitore ceduto nei confronti del *factor*, qualora non operi alcuna comunicazione circa l'inesistenza del credito o fornisca notizie inesatte¹¹⁶.

Una parte minoritaria della dottrina ritiene che sul debitore ceduto non incomba alcun obbligo informativo, essendo esclusivamente il *factor* onerato di accertare l'esistenza del credito, in particolar modo nel caso in cui vengano concesse anticipazioni. Ne consegue che anche in caso di inesistenza del rapporto obbligatorio non graverebbe alcuna responsabilità sul debitore ceduto¹¹⁷.

Secondo un'altra corrente di pensiero, il silenzio del debitore ceduto, con riferimento all'intervenuta cessione del credito che lo riguarda, potrebbe ingenerare legittime aspettative nel cessionario, che, pur non essendo disciplinate dall'ordinamento, assumerebbero rilevanza sul piano contrattuale, alla luce del disposto degli artt. 1175 e 1375 c.c.¹¹⁸ o sul

¹¹⁶ Al riguardo E. Gabrielli – L. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, cit., pp. 1707 ss; E. Briganti – D. Valentino, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, cit., pp. 186-191; F. Sangermano, *Il silenzio del debitore ceduto nel factoring tra unità funzionale del collegamento contrattuale e unicità del negozio*, in *I Contratti*, 2010, pp. 352-354; C. Costa, *La rilevanza del silenzio del debitore ceduto nel contratto di factoring*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2011, pp. 317-328.

¹¹⁷ Tra gli altri B. Cassandro Sulpasso, *L'abuso del contratto di factoring*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, II, p. 391.

¹¹⁸ In tal senso, *ex plurimis* R. Alessi – L. Modica, *La cessione dei crediti d'impresa e il factoring*, in L. Garofalo – M. Talamanca, (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2009, I, pp. 1166 ss.; A. Pandolfi, *Obblighi di informazione del debitore ceduto e tutela del factor*, in *I Contratti*, 2000, p. 49; R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing e factoring*, cit., pp. 535 ss.

piano extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c.¹¹⁹.

E' stato, tuttavia, rilevato in dottrina che non è possibile aderire integralmente a nessuno dei su esposti orientamenti, essendo necessario, di volta in volta, stabilire se la condotta del debitore ceduto rientri nell'ambito della responsabilità contrattuale o extracontrattuale¹²⁰.

Preme a tal proposito sottolineare che qualora il debitore si sia impegnato a comunicare qualsiasi informazione che possa in qualche modo influire sulle pretese creditorie, il silenzio, l'omessa, incompleta o tardiva informazione rappresenteranno evidentemente un inadempimento contrattuale¹²¹.

Differente è, invece, il caso in cui il debitore ceduto abbia agito con lo scopo di danneggiare il *factor*, accordandosi fraudolentemente con il fornitore-cedente o sia comunque a conoscenza dell'inesistenza o invalidità del credito del quale ha accettato la cessione. In entrambi i casi saremo in presenza di una responsabilità extracontrattuale¹²².

Diversamente dalla dottrina, la giurisprudenza ha assunto nel corso del tempo una posizione di tutela del debitore ceduto e non delle ragioni del *factor*, sostenendo che sul primo non grava alcun obbligo di fornire notizie al cessionario su eventuali circostanze che potrebbero

¹¹⁹ In tal senso tra gli altri G. Sapio, *Il silenzio del debitore ceduto nel factoring*, in *Giustizia Civile*, 2000, I, 2067; S. Piccinini, *Il comportamento del debitore ceduto nel contratto di factoring*, in *Giustizia civile*, 2001, pp 46 ss.; G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 245 ss.;

¹²⁰ In tal senso, in particolare, A. Frignani – G. Rossi, *Il Factoring*, cit., pp. 98 ss., che in passato avevano assunto posizioni più radicali. Cfr. in proposito F. Sangermano, *Il silenzio del debitore ceduto nel factoring tra unità funzionale del collegamento contrattuale e unicità del negozio*, cit., p. 351.

¹²¹ In proposito A. Laudonio, *Il factoring*, cit. p. 270, il quale sottolinea che il *factor* sarebbe molto più tutelato in presenza di una cessione globale di crediti presenti e futuri nei confronti di un certo debitore, nel caso in cui quest'ultimo si impegnasse all'inizio del rapporto a comunicare di volta in volta tutte le informazioni di maggiore rilievo, ovvero stabilendo che il suo silenzio debba essere considerato quale riscontro dell'esistenza dei crediti, nonché di assenza di eventuali eccezioni ed ostacoli nella riscossione dei crediti.

¹²² Tra gli altri S. Piccinini, *Il comportamento del debitore ceduto nel contratto di factoring*, cit., pp. 27-48; Cfr. A. Laudonio, *Il factoring*, cit. p. 270, il quale sottolinea che si configurerà un illecito extracontrattuale anche nell'ipotesi in cui il debitore resti inerte in presenza di situazioni che possano danneggiare il cessionario, pregiudicando le proprie pretese e non consentendo allo stesso di salvaguardarsi dalle ripercussioni negative.

compromettere o ridurre il diritto di credito, né alcuna responsabilità per omessa comunicazione¹²³. “Questa esclusione si basa sul presupposto che la cessione sia *res inter alios acta* ed il debitore pertanto rimanga estraneo al relativo rapporto contrattuale (intercorrente tra cedente e cessionario)”¹²⁴.

In particolare è stato sottolineato che non è possibile addebitare al debitore ceduto eventuali pregiudizi subiti dal *factor* per anticipazioni accordate al cedente; non esiste alcun nesso causale tra il silenzio del debitore ceduto ed eventuali pregiudizi subiti dal *factor*, in particolar modo quando venga pattuito che le anticipazioni sarebbero state corrisposte soltanto successivamente alla comunicazione da parte del *factor* dell’esistenza ed esigibilità del credito¹²⁵.

¹²³ In tal senso Cass. Civ., n. 4078 del 09.09.1978, in *Giustizia civile massimata*, 1978, p. 1987; Cass. Civ. n. 5947 del 15.06.1999, in *I Contratti*, 2000, p. 39, la quale precisa che “la buona fede nella condotta di segnalazione e la diligenza nella sua attuazione debbono riflettere un obbligo d’informazione precostituito e non possono contrastare con la tutela dei propri interessi (...) Il comportamento passivo o inerte del debitore ceduto, a fronte della mera comunicazione di cessione del credito, non viola il principio di correttezza e buona fede, non essendo lo stesso debitore ceduto obbligato a porre in essere un comportamento specifico nei confronti del cessionario che possa implicare un aggravamento della sua posizione”. La Suprema Corte sottolinea, altresì, che “nessuna responsabilità può derivare al debitore ceduto per il silenzio sull’esistenza dei crediti ceduti, perché, risolvendosi in un comportamento difforme da quello che l’altra parte avrebbe dovuto attendersi secondo la prassi, tale silenzio non può assumere il significato positivo di conferma dei crediti ceduti, ma semmai il significato contrario, alla stregua del generale principio secondo cui il silenzio, nei rapporti negoziali, può assumere il significato di implicita comunicazione di situazioni rilevanti solo quando sia in tal senso percepibile da entrambe le parti. Con la conseguenza che un silenzio che non dice nulla non può determinare alcuna situazione di apparente regolarità delle forniture e di esistenza dei crediti ceduti, cui possa ricollegarsi l’affidamento del cessionario”. In senso conforme Cass. Civ., n. 26664 del 18.12.2007, con nota di Marino, in *Notariato*, 2009, pp. 47 ss, App. Milano, 04.09.1992, in *Giurisprudenza Italiana*, I, p. 510.

¹²⁴ Così M. C. Macrì, *Il factoring*, cit., p. 164. In giurisprudenza Cass. Civ., n. 5947 del 15.06.1999, cit., p. 39, che conferma l’orientamento espresso in Cass. Civ., n. 8497 del 18.10.1994, in *Contratti*, 1995, p. 23.

¹²⁵ Cfr. in proposito Cass. Civ., n. 8497 del 18.10.1994, cit., p. 23, la quale specifica che “vertendosi in un’ipotesi di comunicazione di situazioni di fatto significative in relazione all’esecuzione di un negozio, non può escludersi che anche il silenzio assuma un significato di inequivoca comunicazione di situazioni rilevanti, quando esso sia in tale senso percepibile da entrambe le parti tra cui detta situazione si instaura, posto che il silenzio nella specie non è un vuoto non fare, ma non fare qualcosa che la controparte si attende per dare esecuzione ad un’operazione di finanziamento; esso è un non dare il benessere preventivo cui la volontà comune delle parti aveva conferito uno specifico significato in positivo, dal quale deriva un altrettanto inequivoco significato negativo della mancata prestazione di detto preventivo assenso”. Cfr. in dottrina F. Sangermano, *Il silenzio del debitore ceduto nel factoring tra unità funzionale del collegamento contrattuale e unicità del negozio*, cit., p. 350.

Ritengo, tuttavia, che la tutela accordata dalla giurisprudenza al debitore ceduto debba ritenersi eccessiva.

6.2 Cenni sul regime delle eccezioni opponibili al cessionario

La legge n. 52 del 1991 non contiene una disciplina delle eccezioni opponibili tra i soggetti dell'operazione di *factoring*, ma “rinvia alla disciplina convenzionale o a quella in generale prevista per la cessione di crediti”¹²⁶.

La cessione del credito e il conseguente mutamento di titolarità non devono comportare un peggioramento della posizione del debitore.

Il debitore, dunque, non deve essere pregiudicato dalla cessione e può far valere nei confronti del cessionario tutte le eccezioni che derivano da rapporti intercorrenti con lo stesso, nonché eccezioni inerenti il rapporto originario, che avrebbe potuto opporre al cedente¹²⁷, ovvero relative “a fatti estintivi o modificativi del rapporto obbligatorio anteriori al trasferimento del credito, o meglio anteriori al momento nel quale ha accettato la cessione, o questa gli è stata notificata o ne ha avuto

¹²⁶ Così R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 531. Cfr. anche G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 200, i quali ritengono che la questione delle eccezioni opponibili, non può essere risolta semplicisticamente richiamando in modo generico i principi contenuti negli artt. 1263 (effetti della cessione per gli accessori del credito) e 1248 c.c. (inopponibilità della compensazione dei crediti sorti posteriormente alla notificazione o comunicazione della cessione).

¹²⁷ Non sarà possibile opporre eccezioni che, pur incidendo sulla cessione del credito, traggono origine da altri rapporti obbligatori, intercorrenti tra cedente e debitore ceduto, diversi dal fatto che ha dato vita alla cessione del credito. Cfr. in proposito P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1982, pp. 148 ss..

conoscenza certa”¹²⁸.

Le eccezioni concernenti i fatti estintivi o modificativi del credito, venuti ad esistenza in un momento successivo rispetto alla comunicazione dalla cessione al debitore, quali ad esempio l’eccezione di compensazione ai sensi dell’art. 1248, comma 2, anche se opponibili validamente al fornitore, non possono, pertanto, essere fatte valere nei confronti del *factor*¹²⁹.

Tale principio distintivo trova applicazione anche con riferimento alle eccezioni che si fondano sull’esecuzione del contratto, fonte del credito.

E’ opportuno, tuttavia, sottolineare, così come evidenziato in giurisprudenza, che le eccezioni in tema di risoluzione per

¹²⁸ Così D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003, p. 95. Cfr. Cass. 17-1-2001, n. 575 con nota di V. Di Bona, *Le eccezioni del debitore ceduto al cessionario, le differenze nel factoring*, in *I Contratti*, 2002, p. 59, la quale ha precisato che, in seguito alla cessione del credito, assumendo il debitore ceduto nei confronti del cessionario gli stessi obblighi che aveva nei confronti del debitore ceduto, potrà opporre al *factor* – cessionario tutte le eccezioni opponibili al debitore cedente (eccezioni riguardanti la validità del titolo costitutivo del credito, fatti modificativi ed estintivi del rapporto, anteriori alla cessione o anche posteriori alla stessa, purché “*anteriori all’accettazione della cessione o alla sua notifica o alla sua conoscenza di fatto*”). In dottrina E. Calzolaio, *Il factoring in Europa*, Milano, 1997, p. 96, evidenzia come questo principio trovi applicazione anche nel diritto di *common law*. In giurisprudenza cfr. App. Milano, 19-2-1992, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1993, II, p. 562; Trib. Roma, 28-2-1994, in *Giustizia civile*, 1994, I, pp. 2029 ss.

¹²⁹ In proposito si veda C. Amato, *Annotazioni alla legge 21-2-1991 n. 52 sulla cessione dei crediti d’impresa*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 497; A. Frignani, *Il regime delle eccezioni opponibili al factoring*, in B. Cassandro Sulpasso (a cura di), *Il factoring per le piccole e medie imprese*, Milano, 1982, pp. 123 ss; R. Alessi – L. Modica, *La cessione dei crediti d’impresa e il factoring*, in R. Alessi – V. Mannino, *La circolazione del credito*, I, Padova, 2008, p. 1160-1163, i quali sottolineano che “*la conclusione è, del resto, coerente con la ricostruzione più accreditata che si fa dell’istituto della cessione del credito, la quale si perfeziona in virtù del solo consenso, ma diventa efficace nei confronti del debitore solo quando questi l’abbia accettata o comunque conosciuta; e ciò spiega perché il debitore ceduto potrà avvalersi delle eccezioni che si fondano su fatti verificatisi nell’intervallo di tempo tra la conclusione dell’accordo di cessione e la sua conoscenza*”. Tale soluzione è finalizzata ad evitare intese tra fornitore cedente e debitore ceduto che possano in qualche modo pregiudicare il cessionario. Se fosse possibile opporre al *factor* eccezioni fondate su fatti verificatisi successivamente al momento in cui il debitore è venuto a conoscenza della cessione, verrebbe in qualche modo offerto uno strumento per eludere le conseguenze della cessione ai danni del cessionario. Secondo tale impostazione non sarà, pertanto, possibile opporre al cessionario le eccezioni concernenti fatti successivi al sorgere del rapporto obbligatorio, finalizzati ad eliminare o comunque ridurre il debito ceduto, quali, ad esempio, la remissione, la novazione, la dilazione del pagamento, la modificazione delle modalità di pagamento, né tantomeno sarà possibile opporre la risoluzione consensuale del contratto da cui è sorto il credito ceduto, qualora questa intervenga successivamente alla notifica della cessione o dopo che ne abbia avuto notizia. Le eccezioni fondate su fatti modificativi o estintivi dell’obbligazione, quali la prescrizione, la decadenza, il recesso unilaterale del debitore, indipendenti dall’intervento del titolare del credito, saranno, invece, sempre opponibili al *factor*.

inadempimento, nelle ipotesi in cui si siano originate da gravi inadempimenti del fornitore-cedente, possono essere opposte al cessionario anche se il debitore ceduto ne è venuto a conoscenza in un momento successivo alla comunicazione o all'accettazione della cessione¹³⁰.

Le eccezioni che attengono all'annullabilità, nullità, simulazione e rescissione del contratto, fonte del credito, sono, invece, sempre opponibili al cessionario.

Esse, pertanto, “sono indifferenti rispetto alla conoscenza che il debitore abbia della cessione, nel senso che esse possono essere fatte valere anche se costui abbia saputo dei motivi che intaccano la tenuta dell'accordo in data successiva rispetto a quella in cui la cessione gli è divenuta opponibile”¹³¹.

Esistono anche eccezioni riguardanti la cessione in quanto tale. Rientra in quest'ambito l'incapibilità del credito, una forma di limitazione dell'autonomia del *factor*, derivante da divieti legali o convenzionali di cessione, nonché le eccezioni fondate sulla validità della cessione.

L'incapibilità legale si ha nei casi espressamente previsti dalla legge ed opera in tale ambito circoscritto che riguarda prevalentemente la pubblica amministrazione¹³². Quanto all'incapibilità convenzionale, la disciplina si

¹³⁰ In tal senso Cass. Civ., n. 5302 del 28.02.2008, in *Foro Italiano*, 2009, p. 1095; Cass. Civ., n. 11719 del 01.08.2003, in *Archivio civile*, 2004, p. 811; Cass. Civ., n. 15483 del 05.11.2002, in *Giustizia civile*, 2003, I, p. 2797.

¹³¹ Così M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 411, la quale ha sottolineato che “quando però il debitore abbia consapevolmente taciuto l'esistenza di quei motivi al cessionario, resta salva (...) la possibilità di considerare il primo (cor)responsabile (assieme al cedente) verso il cessionario delle perdite da quest'ultimo sofferte per aver fatto affidamento sulla inesistenza di ragioni che potessero ostacolare la realizzazione del credito”. In proposito cfr. G. De Nova, *I contratti nuovi*, cit., p. 142; L. Ferrigno, *Il Factoring*, in G. Alpa – M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 1991, p. 185.

¹³² L'incapibilità legale, prescindendo da quanto disposto all'art. 1261 c.c., “non sempre può essere nota quando trovi la sua fonte nel carattere strettamente personale del credito (art. 1260 comma 1), benché, trattandosi di crediti sorgenti dall'esercizio di attività d'impresa, è difficile che presentino tale carattere”. Così A. Frignani, *Il regime delle eccezioni opponibili al factor*, in A. Frignani (a cura di), *Factoring, Leasing, Franchising, venture capital*, Torino, 1996, p. 126.

ricava dall'art. 1260 comma 2, il quale dispone che il patto con cui creditore e debitore escludono la cedibilità del credito è opponibile al *factor* solo se il debitore prova che egli ne era a conoscenza al tempo della cessione.

Con riferimento alle eccezioni riguardanti la validità del negozio di cessione (nullità, annullabilità, ecc.), è stato rilevato che, data la posizione di estraneità del ceduto rispetto al rapporto obbligatorio costituitosi tra cedente e cessionario, non è possibile riconoscere al debitore un interesse azionabile, trovandosi in una posizione d'indifferenza¹³³.

Il rigore di tale impostazione è, tuttavia, attenuato da chi rileva come il debitore ceduto possa sollevare il difetto di titolarità del credito in capo al *factor* - cessionario, eccependo le cause originarie o sopravvenute di inefficacia del negozio di cessione¹³⁴.

E' opportuno sottolineare che in tali ipotesi (invalidità, inesistenza o inefficacia della cessione) il cessionario non è legittimato a ricevere il pagamento, con la conseguenza che l'adempimento a suo favore ad opera del debitore ceduto, che è a conoscenza di tali cause di inefficacia, non produce effetto liberatorio, potendo essere richiesto a quest'ultimo il pagamento anche da parte del fornitore cedente¹³⁵.

“Questo rilievo dovrebbe condurre alla soluzione che il debitore ceduto è legittimato a contestare la titolarità del credito in capo al

¹³³ Cfr. in dottrina, R. Franceschelli, *Appunti in tema di cessione dei crediti*, Napoli, 1957, p. 8; cfr in proposito M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 339 ss. In giurisprudenza *ex multis* Cass. Civ., n. 1257 del 05.02.1988, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1989, II, p. 1257; Cass. Civ., n. 949 del 27.04.1961, in *Foro Italiano*, 1961, I, p. 1345; App. Milano, 31.01.1995, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1996, II, p. 180.

¹³⁴ A.A. Dolmetta – G. B. Portale, *Cessione del credito e garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 99; G. Vicini, *Le eccezioni opponibili dal debitore ceduto al "factor"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, p. 584; C.M. Bianca, *Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione del credito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1969, P. 801.

¹³⁵ In proposito G. Vicini, *Le eccezioni opponibili dal debitore ceduto al "factor"*, cit., p. 589; C.M. Bianca, *Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione del credito*, cit., p. 801.

cessionario ed eccepire l'invalidità del contratto di cessione quando questo sia affetto da cause di nullità, annullabilità, di risoluzione, in quanto altrimenti impossibilitato a fornire la prova della propria buona fede, che sola potrebbe rendere liberatorio l'eventuale pagamento al *factor*-creditore apparente, ai sensi dell'art. 1189 c.c.”¹³⁶.

Deve, tuttavia, ritenersi condivisibile, a mio avviso, l'orientamento della Giurisprudenza, restia ad aprirsi a tale tesi¹³⁷. Secondo tale impostazione, il debitore ceduto che nutrisse dubbi sulla titolarità del credito in capo al presunto cessionario non avrà altra possibilità se non quella di promuovere un'azione di accertamento della titolarità del credito¹³⁸.

In conclusione, è possibile sostenere che il *factoring*, come del resto ogni contratto in generale, si basa essenzialmente sulla correttezza delle parti, nonché sul rispetto di alcuni fondamentali obblighi che favoriscono la fluidità del rapporto.

7. L'operazione di *factoring* e le norme in tema di trasparenza dei servizi bancari e finanziari

E' opportuno soffermare l'attenzione sulle disposizioni contenute nella legge n. 154 del 17-2-1992 e successive modifiche, in materia di

¹³⁶ Così M. Bussani – M. Infantino, *Il factoring*, cit., p. 407; sul punto cfr. C.M. Bianca, *Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione del credito*, cit., p. 801.

¹³⁷ Con riferimento alla cessione ordinaria cfr. Cass. Civ., n. 2001 dell'11.03.1996, in *Giustizia civile massimata*, 1996, p. 337; Cass. Civ., n. 2055 del 22.06.1972, in *Giustizia civile*, 1972, I, p. 1511. Con riferimento al *factoring*, cfr. Cass. Civ., n. 1510 del 02.02.2001, in *Foro Italiano*, 2001, p. 1157.

¹³⁸ In tal senso P. Perlinger, *Della cessione dei crediti*, in A. Scialoja – G. Branca (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 1982, p. 170. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ., n. 2782 del 13.02.2004, in *Fallimento*, 2004, p. 762.

trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari¹³⁹, avendo inciso sulla regolamentazione dell'operazione economica in esame.

L'art. 1 della suddetta legge faceva rientrare il *factor* fra i “soggetti che svolgono in modo professionale attività di prestito e di finanziamento”; in base a tale disposizione, la disciplina in tema di trasparenza poteva essere applicata a qualsiasi operazione di *factoring*, anche non rientrante nella sfera d'applicazione della legge n. 52/1991, purché sussistesse il requisito della professionalità nell'esercizio dell'attività¹⁴⁰.

L'operazione economica era, pertanto, sottoposta a controlli normativi anche prima dell'introduzione del nuovo testo unico delle leggi bancarie¹⁴¹.

Le norme in oggetto sono state in un secondo momento abrogate ma recepite, con alcune variazioni, nel titolo VI del decreto legislativo n. 385 del 1 settembre 1993, in materia bancaria e creditizia (T.U.B.)¹⁴², sottoposto successivamente ad ulteriori modifiche, le cui disposizioni

¹³⁹ Sul punto si veda G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, III, Torino, 2001 p. 107; F. Santi, *Il Factoring*, cit., p. 235.

¹⁴⁰ In tal senso G. Tucci, *Factoring*, cit., p. 1389, il quale, prima che la legge n. 154 del 1992 fosse abrogata, sottolineava che se il *factor* rientrava tra i soggetti che esercitavano professionalmente attività di prestito e di finanziamento, il relativo contratto doveva essere sottoposto “alla disciplina prevista nella legge medesima con conseguente integrazione del relativo contratto ex art. 1374 c.c.”.

¹⁴¹ L'esigenza dell'introduzione della legge n. 154/1992 derivava dalla volontà del legislatore italiano di adeguarsi ad una linea di tendenza che prendeva piede nei paesi occidentali, la cui economia era caratterizzata da una forte componente capitalistica. L'obiettivo che si intendeva perseguire era la tutela del risparmio. Direttive del Consiglio CEE particolarmente significative, in sintonia con le finalità di cui sopra, sono la n. 87/102 del 22 dicembre 1986, recepita in Italia dalla legge n. 142/1992 (disciplina del credito al consumo) e la n. 89/646 del 15 novembre 1989, espressamente richiamata dalla legge 154/1992. La prima direttiva, pur perseguendo l'obiettivo della tutela del credito al consumo, ricomprende nella categoria di consumatori gli operatori economici in genere, al fine di garantire a questi ultimi il rispetto del principio della parità di trattamento e di quello della trasparenza. La direttiva n. 89/646, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, sostiene il principio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi nel settore degli enti creditizi. La direttiva, inoltre, individua le attività che usufruiscono del mutuo riconoscimento CEE, in quanto enti creditizi. Sul punto si veda V. Farina, *La disciplina del Factoring e le norme in materia di trasparenza bancaria*, in *La cessione dei crediti d'impresa*, a cura di G. Tatarano, Napoli, 1995, pp. 186-187.

¹⁴² Il Testo Unico Bancario ha recepito al titolo VI i contenuti della legge n. 154/1992, ma anche della legge n. 142/1992, concernente il credito al consumo, nonché tutte le successive modifiche e integrazioni apportate dai vari decreti legislativi. Cfr. in proposito in dottrina A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 67.

normative, ai sensi dell'art. 115, 1° comma, si applicano “alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari” e di conseguenza anche ai *factors*, bancari o meno.

La disciplina in esame persegue l'obiettivo prioritario di rendere noti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le condizioni praticate (ad esempio i costi e le spese da sostenere), in modo da tutelare la clientela, svolgendo un'azione di promozione della concorrenza nei mercati bancari e finanziari¹⁴³ e rimuovendo lo squilibrio tra le prestazioni economiche, determinato dalla mancata osservanza da parte degli operatori del settore degli obblighi di trasparenza e chiarezza nelle condizioni contrattuali¹⁴⁴.

“Si tratta, dunque, di una disciplina legislativa e regolamentare che non entra nel merito, né valuta le condizioni economiche pratiche, ma esige il rispetto di determinate prescrizioni che hanno un contenuto sia formale che sostanziale”¹⁴⁵.

Il Ministero del Tesoro e la Banca d'Italia hanno emanato diversi regolamenti e istruzioni nei quali è stato sottolineato l'obbligo delle società di *factoring* di indicare nel contratto i tassi di interesse praticati e gli altri eventuali corrispettivi per il servizio prestato, al fine di rendere edotto il cliente sulle eventuali spese che avrebbe dovuto affrontare per

¹⁴³ La comunicazione della variazione delle condizioni contrattuali consente, infatti, al cliente di valutare l'opportunità di proseguire o meno il rapporto contrattuale. Cfr in proposito A. Nigro, *La tutela del risparmio e l'efficacia del sistema: il ruolo delle banche*, in *Le Società*, 2005, p. 321. È opportuno precisare che in dottrina è stata operata una distinzione tra “*gli obblighi generali di trasparenza (diretti ad assicurare una tendenziale parità di trattamento a parità di condizioni) dalle regole in tema conoscibilità delle condizioni praticate per il singolo contratto (volte a rendere possibile agli utenti dei prodotti bancari e finanziari una programmazione dei costi e dei vantaggi rinvenienti dall'instaurazione dei rapporti) dando ai primi il nome di trasparenza in senso stretto ed alle seconde il nome di trasparenza in senso lato. La trasparenza stretta sarebbe strumento per rendere edotti gli altri del proprio essere e del proprio divenire; quella lata, invece, mezzo di controllo a disposizione dei soggetti informati per la verifica del divenire – ossia del comportamento – del soggetto informatore*”. Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit. pp. 233-234.

¹⁴⁴ Sulla tutela del contraente debole cfr. F. Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede, del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1997, pp. 417 ss.

¹⁴⁵ Così R. Clarizia, *I contratti nuovi. Factoring. Locazione finanziaria*, cit., p. 37.

usufruire di un determinato servizio finanziario¹⁴⁶.

Attualmente il T.U.B. contiene al titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti) una serie di disposizioni normative (artt. 115-120 quater), finalizzate a rendere chiaro e trasparente il rapporto economico che si instaura con un operatore professionale, evitando, in tal modo, l'insorgere di asimmetrie informative.

Al fine di informare ed aggiornare il cliente, consentendo allo stesso di compiere scelte consapevoli, l'art. 116 prevede l'obbligo di rendere noti alla clientela i tassi di interesse, i prezzi, le spese sostenute e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti.

La delibera C.I.C.R. del 04.03.2003 ha previsto forme di pubblicità obbligatoria, mediante fogli informativi dettagliati messi a disposizione della clientela o avvisi sintetici, predisposti dalla Banca D'Italia¹⁴⁷, esposti nei locali aperti al pubblico.

Con il D.M. 117/2011 del Ministero dell'Economia e delle Finanze gli avvisi hanno assunto la nuova denominazione di "Documentazione sui diritti e sugli strumenti di tutela del cliente". I fogli informativi hanno, invece, sostituito gli avvisi sintetici e i fogli analitici. Essi devono contenere le informazioni essenziali riguardanti le caratteristiche e i conseguenti rischi dell'operazione economica, la banca, le altre condizioni contrattuali.

¹⁴⁶ La disciplina legislativa e anche quella regolamentare impongono il rispetto di determinate prescrizioni formali e sostanziali. In tal senso R. Clarizia, *Il factoring*, cit. p. 87.

¹⁴⁷ Lo schema di avviso sintetico è suddiviso in tre parti (anticipazioni e finanziamenti; altre condizioni praticate; spese di invio delle comunicazioni). La prima parte concerne la misura del tasso massimo applicabile, degli interessi di mora ecc.; la seconda parte contiene voci riguardanti le spese di istruttoria, di tenuta conto, le commissioni di gestione, le altre commissioni e spese. La terza parte riguarda le spese per invio di comunicazioni. Cfr. in proposito R. Clarizia, *Il factoring*, cit., p. 88, sottolinea che "è evidente da come è strutturato lo schema, che la Banca d'Italia ha voluto tenere distinti gli oneri e le spese che ottengono direttamente all'intervento finanziario del factor, dalle spese che attengono alla gestione ordinaria dell'operazione".

Tali fogli devono essere affissi nei locali della banca, anche attraverso strumenti tecnologici che consentano di accedervi con facilità; essi devono essere aggiornati al mutamento delle condizioni contrattuali e conservati per un periodo minimo di cinque anni.

Particolare rilievo assumono, anche con riferimento all'operazione di *factoring*, gli artt. 117 e 118. Essi impongono numerosi obblighi.

È prescritto che i contratti bancari siano redatti per iscritto a pena di nullità, che può essere fatta valere esclusivamente dal cliente (nullità relativa). E' demandata, dal comma 2, al C.I.C.R. l'individuazione delle fattispecie che, per ragioni tecniche, possono essere stipulate in altra forma.

Deve, inoltre, essere consegnato al cliente un esemplare del contratto in modo da renderlo edotto sulle condizioni che regolano il rapporto¹⁴⁸.

Nei contratti di durata è necessaria l'approvazione da parte del cliente della clausola che consente alla banca di modificare in senso a lui sfavorevole le condizioni economiche nel corso del rapporto. Tale previsione sembra un'equilibrata soluzione tra la garanzia dell'autonomia della società e la tutela dell'utenza di fronte a variazioni ingiustificate.

Sono nulle le clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e delle altre condizioni praticate¹⁴⁹; sono, altresì, nulle le clausole che prevedono per i clienti tassi, prezzi e condizioni economiche più sfavorevoli rispetto a quelle pubblicizzate.

Il divieto di rinvio agli usi normativi o negoziali in materia bancaria e creditizia ha la funzione di preservare i clienti dall'irruzione nel contratto di clausole vessatorie.

¹⁴⁸ Ai sensi dell'art. 117 4° comma del T.U. devono essere indicati "il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora", al fine di offrire al cliente un quadro chiaro delle condizioni economiche applicate dagli istituti di credito.

¹⁴⁹ Sul punto si veda V. Farina, *La disciplina del Factoring e le nuove norme in tema di trasparenza Bancaria*, cit., p. 190-191.

In caso di violazione delle sopra esposte prescrizioni normative, le clausole si considereranno come non apposte e interverrà il meccanismo di integrazione automatica del contratto con l'applicazione: a) del tasso nominale minimo e di quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli simili emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto; b) degli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente al momento in cui l'operazione è stata effettuata o il servizio reso. In mancanza di pubblicità nulla è dovuto al cliente.

Particolarmente rilevante è la limitazione dello *ius variandi*: sono previste specifiche forme di tutela in presenza di condizioni contrattuali sfavorevoli al cliente, in considerazione del fatto che il potere discrezionale di modificare le suddette condizioni è esercitato in modo unilaterale.

L'art. 118 del T.U.B. prevede, infatti, in presenza di contratti a tempo indeterminato, qualora sussista un giustificato motivo, la facoltà, mediante una clausola specificamente approvata dal cliente, di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le condizioni contrattuali. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può riguardare esclusivamente le clausole che non hanno ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.

Le variazioni sfavorevoli al cliente devono essere comunicate secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula "proposta di modifica unilaterale del contratto"; la comunicazione dovrà essere effettuata per iscritto o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal

cliente, con modalità stabilite dal CICR¹⁵⁰ e con un preavviso minimo di due mesi; il cliente ha il diritto di recedere, senza pagare penalità o spese di chiusura, entro il termine previsto per l'applicazione della modifica.

In caso di recesso, in sede di liquidazione del rapporto contrattuale, dovranno, peraltro, essere applicate le condizioni precedentemente praticate.

E' opportuno sottolineare che ai sensi dell'art. 118, comma 3, T.U.B., "Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente; il comma 4, stabilisce, altresì, che "le variazioni dei tassi di interesse adottate in previsione o in conseguenza di decisioni di politica monetaria riguardano contestualmente sia i tassi debitori che quelli creditori, e si applicano con modalità tali da non recare pregiudizio al cliente".

L'art. 119 T.U.B. prevede, in presenza di contratti di durata, l'obbligo della banca e degli altri intermediari finanziari di fornire, per iscritto o mediante un altro supporto durevole approvato dal cliente, alla scadenza del contratto o almeno una volta all'anno, una comunicazione completa riguardante il servizio prestato; essa può consistere in un rendiconto o in un documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali.

Il cliente può, inoltre, ottenere copia dei documenti riguardanti le singole operazioni che si sono svolte negli ultimi dieci anni, sostenendo i costi di produzione.

Le comunicazioni si intendono approvate, in assenza di opposizione scritta da parte del cliente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento.

È importante fare riferimento, altresì, all'art. 127 T.U.B., il quale

¹⁵⁰ In proposito F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 236, secondo il quale "La comunicazione di variazione delle condizioni praticate – va sottolineato – non è fine a se stessa, ma è finalizzata a porre il destinatario fruitore del servizio, in grado di valutare l'opportunità di mantenere o meno in vigore il rapporto contrattuale".

stabilisce che è possibile derogare alle disposizioni di cui al titolo VI “solo in senso più favorevole al cliente” e che “le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal Giudice”. Si tratta evidentemente di un’ipotesi di nullità relativa¹⁵¹.

Alla Banca d’Italia è demandata la funzione di vigilare sull’osservanza della disciplina in tema di trasparenza. L’art. 128 conferisce alla stessa il potere di acquisire informazioni, atti e documenti, al fine di verificare il rispetto delle disposizioni normative citate, eseguendo ispezioni presso le banche, gli istituti di pagamento, gli istituti di moneta elettronica e gli intermediari finanziari.

Nel caso in cui la Banca d’Italia riscontri irregolarità, può, ai sensi dell’art. 128 ter, inibire la continuazione dell’attività, anche di singole aree o sedi secondarie, ordinando la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti, inibire determinate forme di offerta, promozione o conclusione di contratti, nonché disporre, qualora sussistano particolari motivi di urgenza, la sospensione delle attività per un periodo non superiore a novanta giorni, dando pubblicità ai provvedimenti adottati, eventualmente anche a spese e cura degli intermediari.

Le norme in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali contenute nel titolo VI, ai sensi dell’art. 128 decies, si applicano, in quanto compatibili, anche agli agenti in attività finanziaria e ai mediatori creditizi.

Le disposizioni del T.U.B., applicabili alle operazioni di *factoring*, consentono, attraverso adeguate forme di pubblicità ed informazione, di rendere trasparenti gli elementi essenziali del rapporto finanziario

¹⁵¹ In tal senso F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 256. Sul punto si veda anche A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 68.

instauratosi tra i clienti e gli operatori professionali, agevolando in tal modo la condivisione integrale di informazioni fra i diversi agenti del processo economico e contrastando l'insorgere di asimmetrie informative.

L'osservanza di tali prescrizioni normative impedisce, peraltro, che nei contratti di credito, tra cui quello di *factoring*, il ricorso a metodi di calcolo di interessi e spese, non individuabili con facilità a priori, possa rendere il tasso effettivo dell'operazione nettamente superiore a quello nominale, rendendo conoscibili i costi delle operazioni finanziarie e riducendo gli abusi a danno dei clienti, derivanti dall'ampliamento dell'entità delle spese e delle commissioni¹⁵².

¹⁵² È opportuno, a tal proposito, sottolineare che nel momento in cui le parti concludono un contratto di *factoring* per realizzare un'attività di finanziamento, nel tasso di interesse effettivamente praticato andranno ricompresi compensi che non risultano nei corrispettivi per i crediti ceduti e che corrispondono al valore nominale dei crediti stessi. Soltanto in tal modo è possibile spiegare il termine "effettivamente" che presuppone uno scarto tra tasso nominale e tasso reale. Cfr. V. Farina, *La disciplina del Factoring e le nuove norme in tema di trasparenza bancaria*, cit., p. 188.

Capitolo II

Natura e qualificazione giuridica dell'operazione economica: una questione ancora aperta

1. L'originalità e duttilità dell'operazione economica e il soddisfacimento di esigenze aziendali complesse

Come vedremo nel corso della trattazione, la disciplina organica dell'operazione di *factoring* all'interno del nostro ordinamento non è stata affidata dal legislatore alla legge n. 52/1991 sulla cessione dei crediti d'impresa, che ha cercato esclusivamente di colmare alcune lacune presenti nel nostro sistema, garantendo la correlazione con le altre normative esistenti, senza “trapiantarvi un corpo estraneo”¹⁵³.

All'interno della suddetta legge non è presente, infatti, una definizione giuridica dell'operazione di *factoring*, né tantomeno una disciplina delle obbligazioni delle parti del contratto o delle “patologie” (originarie o sopravvenute) che possono colpire il rapporto in essere tra le parti del contratto di *factoring* (*factor* - cessionario, fornitore - cedente e debitore ceduto).

La normativa contiene alcune norme che integrano la disciplina del trasferimento del credito, sia sotto il profilo civilistico che fallimentare,

¹⁵³ Così R. Clarizia, *I contratti nuovi. Factoring. Locazione finanziaria*, cit., p. 71 il quale sottolinea che “la l. n. 52/1991 non ha fatto altro che disciplinare la realtà operativa italiana, piuttosto che descrivere e/o regolare l'operazione così come si presenta nel mercato angloamericano da cui deriva”.

senza regolamentare in modo organico il contratto di *factoring*¹⁵⁴.

Non è, pertanto, possibile parlare di “legge sul *factoring*”, ma di “legge per il *factoring*”¹⁵⁵. Adottare la prima definizione sarebbe errato e fuorviante¹⁵⁶.

Com'è stato già sottolineato, il contratto di *factoring* trova il suo fondamento giuridico nel principio di autonomia privata contenuto nell'art. 1322, comma 2, c.c., il quale statuisce che le parti possono “concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

L'inquadramento e la qualificazione giuridica dell'operazione economica ha animato la dottrina e la giurisprudenza che, compiendo in alcuni casi delle inevitabili forzature, hanno tentato di ricondurre tale contratto atipico, così complesso e cangiante, a negozi giuridici (tipici) affini¹⁵⁷, individuando ora un contratto di scambio con causa *vendendi*¹⁵⁸, ora un contratto di mandato di gestione dei crediti ceduti¹⁵⁹, ora un

¹⁵⁴ Cfr. R. Clarizia, *Contratti di factoring*, in Gabrielli E. - Lener R. (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2004, pp. 1671 ss.

¹⁵⁵ In proposito O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 55.

¹⁵⁶ Cfr. G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa* in Rivista di diritto civile, 1991, p. 709 ss. Com'è stato sottolineato da M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 387, considerare la legge n. 52/1991 “legge sul factoring” significherebbe “adottare una denominazione errata per eccesso ed insieme per difetto. Per eccesso, perché la legge n. 52 del 1991 non disciplina il factoring, bensì solo la cessione dei crediti d'impresa; per difetto, perché essa non disciplina soltanto l'acquisto dei crediti d'impresa da parte di un factor, bensì ogni acquisto di crediti di impresa che abbia i requisiti previsti dalla legge medesima”.

¹⁵⁷ Così V. Picci, *Il factoring ed il forfaiting (esternalizzazione flessibili di funzioni dell'impresa e contratti indiretti di finanziamento ed assicurazione)*, in A. Patroni Griffi – M. Ricolfi, *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997, p. 81; V. 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, 2008, 5, p. 10.

¹⁵⁸ G. De Nova, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, p. 126. In giurisprudenza, Cass. Civ., n. 4654 del 12 aprile 2000, in diritto Fallimentare, 2001, II, p. 767.

¹⁵⁹ In tal senso F. Dimundo, *Factoring e Fallimento*, in Giurisprudenza Commerciale, 1999, p. 567; G. Alpa, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in Diritto fallimentare, 1989, I, p. 190. In giurisprudenza, Tribunale di Genova, 10 agosto 2000, in Fallimenti, 2001, p. 517.

contratto di finanziamento, senza comprendere, tuttavia che l'originalità dell'operazione *de qua* risiede nella sua duttilità ad esprimere contenuti economici complessi.

Ed è proprio per tale motivazione che il contratto di *factoring*, in quanto atipico e dotato di una struttura causale multiforme, legittimata dall'art. 1322 c.c.¹⁶⁰, si differenzia dalle altre figure negoziali tipiche¹⁶¹.

Il contratto *de quo*, in quanto contratto atipico ed innominato, avente ad oggetto l'erogazione di una pluralità di servizi (contabili, amministrativi e creditizi) da parte di una società specializzata (*factor*), rappresenta indubbiamente uno “uno dei principali strumenti del mercato finanziario al servizio delle imprese”¹⁶², atto a soddisfare esigenze aziendali caratterizzate da una particolare complessità, consentendo alle imprese di liberare energie utilizzabili in diverse aree funzionali in cui sussiste una maggiore criticità gestionale e di creare strategie operative particolarmente efficaci¹⁶³.

Tale tecnica operativa permette di “razionalizzare e ottimizzare le

¹⁶⁰ Cfr. G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 161.

¹⁶¹ In proposito V. Piccini, *Il factoring ed il forfaiting (esternalizzazione flessibili di funzioni dell'impresa e contratti indiretti di finanziamento ed assicurazione)*, in A. Patroni Griffi – M. Ridolfi, *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, cit., p. 81, precisa che è “come se le parti abbiano a disposizione diversi moduli normativi, a volte incompatibili tra loro, che vengono “assemblati” durante la trattativa secondo le esigenze di entrambi i contraenti (e che, comunque, possono essere modificati, aggiunti o sostituiti in costanza del rapporto) e anche dopo il primo assetto normativo dato dalle parti, data la dinamicità del rapporto, questo può essere correttamente qualificato giuridicamente solo in relazione a singoli momenti di esecuzione e valutando sulla base della combinazione (di moduli) in vigore tra le parti in quel momento”.

¹⁶² Così G. Cannata, *Nuova cessione dei crediti d'impresa e prospettive di factoring*, in *Risparmio*, 1991, p. 401, il quale precisa che “il giro di affari del settore al termine dello scorso esercizio '90 ha oltrepassato i 75.000 miliardi di lire”.

¹⁶³ Cfr. V. Cantele-F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 94, secondo cui anche il debitore ceduto, pur incombendo sullo stesso soltanto l'obbligo di pagare prontamente al *factor*, può trarre benefici dall'operazione economica. “Talvolta le aziende acquirenti sono in grado di effettuare acquisti di notevole entità da un determinato fornitore unicamente perché il *factor* ha accettato di stabilire sul suo conto un congruo limite *pro soluto*. La dimostrazione che le imprese sono interessate al factoring anche nella loro posizione di debitori sta nel fatto che è spesso il debitore stesso a richiedere al *factor* di intervenire con smobilizzi su crediti vantati da uno o più suoi fornitori, nell'ambito di un accordo di factoring indiretto”. Sui vantaggi del factoring si veda anche O.V. Palumbo, *Aspetti finanziari ed economici del factoring, Breve analisi dei costi e dei vantaggi*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 295 ss.

strutture finanziarie per sostenere con mezzi adeguati le iniziative produttive e commerciali volte allo sviluppo dell'azienda”.

Il ricorso allo strumento in esame consente alle imprese di conseguire notevoli benefici in più comparti e per tale motivazione molte aziende hanno iniziato a servirsene anche con l'obiettivo di integrare, o in alcuni casi di decentrare, alcune funzioni a soggetti esterni all'impresa, conseguendo anche una semplificazione dell'organizzazione aziendale¹⁶⁴.

Nel corso del tempo è notevolmente aumentato in numero delle imprese che fanno ricorso al *factoring*, per i vantaggi conseguiti sia in relazione alla gestione aziendale, che alla riduzione dei costi fissi, nonché per la possibilità di poter disporre di un'anticipata liquidità, in modo analogo ai tradizionali strumenti bancari, con l'effetto di migliorare la redditività aziendale.

Preme, peraltro, ribadire che tale forma alternativa di credito, nonostante inizialmente considerata con diffidenza ed osteggiata, come è stato già chiarito, ha ricevuto un sostanziale riconoscimento anche da parte degli istituti bancari che hanno individuato nel *factoring* uno strumento complementare alle altre fonti di finanziamento a disposizione delle imprese, confermando un crescente interesse per l'operazione economica.

E' proprio per tutte le motivazioni sopra esposte che il contratto *de quo* non può essere imbrigliato nello schema di figure tipiche affini o in una legge *ad hoc*, se non correndo il rischio di vanificare la sua complessità ed originalità.

Per comprendere appieno le peculiarità e gli elementi distintivi dell'operazione economica in esame, è opportuno analizzare brevemente alcuni strumenti di ricorso al credito dai quali avrebbe tratto ispirazione,

¹⁶⁴ Così V. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 91.

cercando di cogliere le differenze ed affinità con l'istituto di *factoring*¹⁶⁵.

2. Il *factoring* e la cartolarizzazione dei crediti

Occorre preliminarmente sottolineare che la cessione dei crediti è lo strumento essenziale non solo dell'operazione di *factoring*, ma anche di quella di cartolarizzazione dei crediti, che, dopo un *iter* parlamentare durato circa un anno, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento con la legge n. 130 del 1999¹⁶⁶.

La diffusione in Italia di tale nuovo strumento di finanziamento di origine statunitense, diffusosi in un primo momento nel Regno Unito e soltanto successivamente negli ordinamenti di *civil law*, è il frutto della necessità degli operatori del settore, che dispongono nel proprio portafoglio di una pluralità di crediti, di autofinanziarsi, smobilizzando la massa di crediti e creando in tal modo nuova liquidità, senza ricorrere agli usuali canali di finanziamento, che a volte non permettono di far fronte

¹⁶⁵ In proposito G. Fossati - A. Porro, *Il Factoring*, Milano, 1994, p. 135.

¹⁶⁶ L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, Milano, 2005, p. 265, precisa che la normativa in esame ha eliminato tutta una serie di ostacoli, sia a livello giuridico che fiscale, che sino ad oggi, consentivano di ricorrere con evidenti limitazioni ad operazioni di cessione dei crediti d'impresa. "E ciò per due ragioni di ordine giuridico: per il divieto civilistico, disposto dall'originario art. 2410 c.c., di emettere obbligazioni oltre il limite di capitale sociale, che non consentiva di cartolarizzare crediti di importi rilevanti (nel nostro ordinamento, infatti, il patrimonio societario assume una funzione di garanzia nei confronti dei creditori e dei terzi); per il regime di tassazione degli interessi sulle obbligazioni, che avrebbe imposto una ritenuta fiscale alla fonte anche su quelli pagati da una società italiana agli investitori non residenti". In materia di cartolarizzazione cfr. L. Carota, *La cartolarizzazione dei crediti*, in E. Gabrielli - R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, pp. 1501 ss.; D. Valentino, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003, pp. 211 ss. Cfr in proposito D. Galletti, *La cartolarizzazione dei crediti*, in I. Demuro (a cura di), *Le operazioni di finanziamento delle imprese*, Torino, 2010, pp. 171 ss.

alle necessità dei mercati finanziari¹⁶⁷.

La cartolarizzazione consente “di cedere attività a liquidità differita (crediti o altre attività finanziarie non negoziabili, produttivi di flussi di cassa periodici) per trasformarli in titoli obbligazionari rivendibili sul mercato attraverso la loro cessione ad un soggetto specializzato”¹⁶⁸.

Ricorrendo a tale operazione, i flussi di cassa vengono, pertanto, ceduti ad una società specializzata che li ricolloca sul mercato finanziario, sotto forma di titoli negoziabili, utilizzando le somme corrisposte dai debitori ceduti sia per soddisfare i diritti incorporati nei suddetti titoli che per coprire le spese sostenute per l’operazione¹⁶⁹.

Attraverso la cartolarizzazione si rende, di conseguenza, possibile smobilizzare i crediti sofferenti con l’effetto di realizzare la pulitura dei bilanci, garantendo la crescita del mercato finanziario che si serve di molteplici strumenti di gestione del credito¹⁷⁰.

¹⁶⁷ La *securitacion* non costituisce una novità assoluta a livello di prassi finanziaria; tale tecnica era già stata oggetto di studio dal punto di vista economico e giuridico. In proposito M. Granieri, *La securitacion tra diritto ed economia, tra normativa nazionale e modelli stranieri*, in R. Pardolesi (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti, commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130*, Milano, 1999, p. 2. Sul punto si veda anche P. Gabriele, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, I, pp. 513-514, il quale sottolinea come il ricorso alla cartolarizzazione non implichi un necessario declino dei tradizionali intermediari finanziari. Infatti spesso sono proprio le banche a condurre importanti operazioni finanziarie.

¹⁶⁸ Così L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell’impresa*, cit., p. 263. E’ il caso di ricordare la definizione di *securitacion* fornita dall’ABI: “La *securitacion* è una tecnica finanziaria mediante la quale i flussi di cassa derivanti da impieghi creditizi, mutui o altre classi di attivo predeterminate, vengono selezionati ed aggregati al fine di costituire supporto finanziario e garanzia ai titoli, rappresentativi di tali classi di attivo, collocati nel mercato dei capitali”.

¹⁶⁹ Cfr. M. Venuti, *La rappresentazione in bilancio delle operazioni di factoring e di cartolarizzazione. Aspetti civilistici ed economici*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010, p. 848.

¹⁷⁰ Sul punto si veda C. Rucellai, *Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Rischi ed opportunità*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1998, p. 643. Com’è stato sottolineato in dottrina da D. Russo, *Brevi riflessioni su cartolarizzazioni dei crediti e factoring*, in *Vita Notarile*, 3, 2002, p. 1756, alle operazioni di *securitacion* partecipano una pluralità di soggetti. “L’iniziativa solitamente è presa dall’advisor (consulente) che contatta l’originator (creatore attivi), esegue uno studio di fattibilità dell’operazione ed una prima valutazione dei crediti. Per la concreta attuazione si coinvolge poi uno o più arrangers o banche d’affari. I servizi di cassa, riscossione e recupero crediti sono riservati ad un servicer che spesso è lo stesso originator, qualora beninteso rivesta la qualifica di intermediario finanziario come richiesto dall’art. 2, sesto comma. L’emissione dei titoli è curata direttamente dalla società cessionaria oppure è operata da una sub cessionaria o, ancora, affidata ad una società che non acquista il pacchetto crediti ma si occupa soltanto di questa fase (issuer)”. E’ opportuno sottolineare che solitamente intervengono nell’operazione dei garanti, i quali a volte associano a tale funzione

L'istituto *de quo*, non ha avuto, tuttavia, un particolare sviluppo nel nostro paese¹⁷¹. L'assenza di una definizione dell'operazione nel testo normativo, ha contribuito a rendere difficoltosa la ricostruzione dei caratteri essenziali dell'istituto, che risulta estremamente complesso, dal momento che s'intrecciano svariati profili di regolamentazione dei mercati finanziari¹⁷².

2.1 Elementi distintivi della cartolarizzazione dei crediti

Alla base dell'operazione *de qua* vi è il trasferimento in blocco di crediti omogenei operata, mediante la cessione *pro soluto*, da un cedente, chiamato *originator*, ad una società veicolo, detta *Special Purpose Vehicle* (S.P.V.), o ad un'altra società *ad hoc* (*special purpose company*), che si occupano di provvedere all'emissione di titoli ad esigibilità limitata (*limited recourse*) "per finanziare l'acquisto del portafoglio crediti"¹⁷³.

anche quella di *advisor*, di *arranger* o di *originator*. In questo ultimo caso è possibile parlare di *internal credit ananchement*.

¹⁷¹ Cfr. in proposito M. Granieri, *La disciplina della cartolarizzazione dei crediti. Appunti di analisi economica e comparata*, in *Rivista di diritto delle imprese*, 2000, p. 11; P. Gabriele, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, cit., p. 512.

¹⁷² P. Gabriele, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, cit., pp. 523-524, ha tentato di fornire una definizione, sostenendo che si tratta di "un procedimento grazie al quale i crediti pecuniari, preferibilmente omogenei, non necessariamente liquidi, né agevolmente cedibili, presenti e/o futuri, vengono accorpati (dall'*originator* che ne è titolare) e poi ceduti ad uno *Special Purpose Vehicle*) per essere espressi in strumenti finanziari dotati di intrinseca negoziabilità e destinati – una volta immessi nel mercato – a beneficiare, pro quota del flusso monetario che i crediti suddetti producono alle scadenze prestabilite". Non si tratta di un'affermazione tale da assurgere a ruolo di definizione, ma indubbiamente segna un passo avanti nella comprensione di una tecnica finanziaria tanto complessa.

¹⁷³ Così C. Rucellai, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1999, p. 412. In proposito si veda anche F. Seassaro, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti e ai terzi*, in R. Pardolesi (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti, commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130*, Milano, Giuffrè editore, 1999, pp. 121-122.

La società veicolo risulta, pertanto, intestataria del patrimonio al solo fine della gestione dello stesso, nell'interesse dei portatori dei titoli¹⁷⁴.

Attraverso tale operazione, nota come *securitization* o titolarizzazione, le società veicolo realizzano lo smobilizzo dei crediti, creando liquidità, determinano una maggiore redditività dell'azienda e, abbattendo i debiti preesistenti, un miglioramento dei rapporti di bilancio, in particolare degli indici patrimoniali. Viene, in tal modo, peraltro, operato "il trasferimento a terzi del rischio di credito, che costituisce una modalità gestionale innovativa dei rischi connessi al portafoglio crediti, attraverso la distribuzione degli stessi su un elevato numero di soggetti"¹⁷⁵.

Principio essenziale dell'operazione di cartolarizzazione è quello dell'esigibilità limitata (*limited recourse*), in base al quale la società veicolo, nella qualità di debitore, non risponderà nei confronti dei soggetti portatori dei titoli con il proprio patrimonio, bensì con il flusso finanziario derivante dal portafoglio crediti acquistato dalla società con il denaro ottenuto a seguito dell'emissione di quei titoli¹⁷⁶.

Il pacchetto crediti acquistato dalla *Special Purpose Vehicle* resta,

¹⁷⁴ "Allo scopo di rendere più appetibile la sottoscrizione di questi titoli, migliorando di conseguenza il loro rating, le operazioni vengono strutturate in modo da utilizzare varie modalità di valorizzazione del credito ceduto (c.d. *credit enhancement*). Si tratta di forme di supporto economico che possono essere prestate sia dall'*originator* (*internal credit enhancement*) sia da altri soggetti (*external credit enhancement*)". Così M. Venuti, *La rappresentazione in bilancio delle operazioni di factoring e di cartolarizzazione. Aspetti civilistici ed economici*, cit., p. 850. E' opportuno precisare che nel caso in cui il supporto economico sia fornito da soggetti terzi, quali ad esempio istituti di credito o imprese di assicurazione, il costo dell'operazione subirà una variazione in aumento; quando, invece, è fornito dall'*originator* i costi risulteranno più contenuti, sia per l'interesse diretto del cedente alla realizzazione dell'operazione di cartolarizzazione, sia perché attraverso tale supporto economico, l'*originator* è in grado, molto spesso, di beneficiare del profitto finale derivante dall'operazione.

¹⁷⁵ Così M. Lembo, *L'iter storico della nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Brevi considerazioni su profili civilistici e fallimentari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2000, II, p. 216. Sul punto si veda anche C. Rucellai, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, cit, p. 412.

¹⁷⁶ L'art. 3 della legge sulla cartolarizzazione dei crediti prevede espressamente che "*i crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni*". "*Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi*". Cfr. in proposito C. Rucellai, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, cit., pp. 414-415; id., *Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Rischi e opportunità*, cit., p. 645.

pertanto, separato dagli altri beni appartenenti alla società e soltanto tale portafoglio potrà essere utilizzato per il soddisfacimento dei diritti vantati dai portatori dei titoli.

Con riferimento all'inquadramento dei titoli emessi dalla società veicolo, la dottrina si è fortemente divisa sulla possibilità di assimilarli o meno ai titoli obbligazionari¹⁷⁷.

2.2 Differenze e punti di contatto tra le due operazioni economiche

E' necessario a questo punto approfondire la regolamentazione della cartolarizzazione dei crediti, soffermando l'attenzione sulle differenze e sui punti di contatto con l'operazione di *factoring*.

L'art. 1 della L. n. 130 del 1999 stabilisce che la cessione deve essere a titolo oneroso; essa può essere in denaro o può consistere nell'erogazione di un finanziamento.

¹⁷⁷ Cfr. C. Rucellai, *Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Rischi e opportunità*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, I, p. 645, il quale sottolinea come il principio del "limited recourse" faccia venir meno la garanzia patrimoniale dell'emittente; di conseguenza non è possibile classificare i titoli emessi nella categoria dei titoli obbligazionari, né individuare i diritti degli investitori, derivanti dalla sottoscrizione, e gli obblighi della società emittente in suddetta categoria; G. Guerrieri, *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 997, il quale sottolinea che non sembra corretto classificarli come obbligazioni in senso proprio, non essendo sottoponibili alla disciplina dettata per le obbligazioni delle S.p.A., dagli articoli 2410-2420 c.c. Contra, A. Frignani, *La "securitization come strumento di smobilizzo dei crediti di massa"*, in *Foro Italiano*, 1995, p. 295, il quale aderisce alla tesi secondo la quale i titoli emessi rientrerebbero nella categoria delle obbligazioni al portatore e dei titoli di partecipazione (certificati di investimento, polizze di credito commerciale). Dubbi esistono per le cambiali finanziarie di cui alla legge n. 43 del 1994, sia perché hanno scadenza breve, sia perché il C.I.C.R. ne ha limitato l'utilizzo alle società o agli enti con titoli negoziati in mercati regolamentati o a società non quotate, purché i bilanci degli ultimi tre anni e i titoli siano assistiti da garanzia; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, III, Torino, UTET, 2001, p. 156, il quale sottolinea che "i titoli emessi dalla società di cartolarizzazione sono di regola, titoli di massa che incorporano un diritto di credito e sono pertanto inquadrabili tra i titoli obbligazionari".

Quanto alla natura dei crediti che possono essere ceduti, deve trattarsi di crediti pecuniari, così come previsto nella legge 52/91, cedibili anche in blocco. Non rientrano in quest'ambito i crediti che si riferiscono a cespiti suscettibili di valutazione patrimoniale, ma non espressi in termini monetari¹⁷⁸.

Come sarà chiarito nel corso della trattazione, i crediti ceduti possono essere sia presenti che futuri, senza applicare alcuna limitazione temporale, con riferimento a quelli non ancora venuti ad esistenza, a differenza della legge n. 52 del 1991 che circoscrive le cessioni di crediti futuri ad un periodo di ventiquattro mesi dalla data dell'avvenuta cessione.

E' opportuno, peraltro, specificare che mentre nella legge n. 52 del 1991 è previsto un esclusivo riferimento ai crediti derivanti da contratti stipulati nell'esercizio dell'attività di impresa, la legge n. 130/99 non contiene alcuna limitazione con riferimento alla fonte dei crediti oggetto della cessione.

La normativa consente la cartolarizzazione di una pluralità di crediti, ma anche, implicitamente, di un credito unico, in quanto l'esistenza di una pluralità di crediti è considerata come eventuale¹⁷⁹.

Qualora si tratti di una pluralità di crediti, la legge prescrive che debbano essere individuati in un blocco, composto da entità omogenee,

¹⁷⁸ "Si è indotti a ritenere, in base alla prassi internazionale, che debba trattarsi in primo luogo di crediti che sorgono da contratti stipulati dal cedente nella sua attività normale d'impresa. La legge tuttavia non contiene tale limitazione e, in effetti, risulta che essa voleva applicarsi anche ai crediti dell'INPS". Così A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 138. E' opportuno specificare che è anche possibile operare la cessione di altri attivi da cartolarizzare. In tal caso non troverà, tuttavia, applicazione la legge sulla cartolarizzazione, essendo il carattere pecuniario del credito condizione di applicabilità della stessa. In proposito D. Russo, *Brevi riflessioni su cartolarizzazione dei crediti e factoring*, cit. p. 1762.

¹⁷⁹ In proposito M. Granieri, *La securitization tra diritto ed economia, tra normativa nazionale e modelli stranieri*, cit., p. 36, il quale richiama a titolo esemplificativo la cartolarizzazione di un credito per la restituzione di un mutuo da un'istituzione internazionale ad un paese in via di sviluppo; A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 138, il quale sottolinea l'intento del legislatore di garantire la cartolarizzazione anche di un unico credito ceduto.

considerate unitariamente¹⁸⁰.

Parte della dottrina ha, tuttavia, rilevato che l'operazione di cartolarizzazione dovrebbe richiedere sempre una pluralità di crediti, sia perché si fa riferimento a crediti che dovrebbero soddisfare i diritti incorporati nei titoli, sia perché la presenza di un credito unico non consentirebbe il frazionamento e la distribuzione del rischio¹⁸¹.

Quanto ai soggetti coinvolti nell'operazione, l'art. 1 richiama esclusivamente alcuni di essi: le società veicolo disciplinate nell'art. 3, il debitore o debitori ceduti, ma non vi è alcun cenno alle banche¹⁸², anche se “è sin troppo evidente che il soggetto che campeggia e pervade i vari aspetti dell'operazione è proprio la banca”¹⁸³.

Preme, peraltro, sottolineare che la normativa contiene un espresso riferimento anche ad un solo debitore ceduto, in presenza di molti debiti, o di un solo debito di valore cospicuo.

La legge n. 130 del 30 aprile 1999, richiamando le disposizioni contenute nel titolo V del Testo Unico Bancario n. 385/93, stabilisce che le società di cartolarizzazione debbano assumere la forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa. Esse devono essere iscritte in un

¹⁸⁰ E' opportuno sottolineare che se è pur vero che nell'art. 1 della legge n. 130/99 si fa espresso riferimento ai crediti in blocco di cui all'art. 58 del testo unico bancario (T.U.B.), è altrettanto vero che non è contenuto alcun espresso richiamo al comma 1 dell'art. 58. Non può che discenderne conseguentemente l'inutilizzabilità delle istruzioni della Banca d'Italia per l'individuazione dei crediti in blocco. In base all'art. 1, infatti, “*la presente legge si applica alle operazioni di cartolarizzazione dei crediti realizzate mediante cessione a titolo oneroso di crediti pecuniari sia esistenti, sia futuri, individuabili in blocco se si tratta di una pluralità di crediti*”.

¹⁸¹ È il portafoglio crediti a garantire il pagamento degli interessi o il rimborso dei titoli e dunque soltanto qualora il suddetto portafoglio contenga una pluralità di crediti, sarà possibile soddisfare i diritti connessi all'emissione dei titoli. Cfr. M. Granieri, *La securitization tra diritto ed economia, tra normativa nazionale e modelli stranieri*, cit., p. 40.

¹⁸² Cfr. in proposito F. Seassaro, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti e ai terzi*, cit., p. 36, il quale sottolinea che “*la disposizione di cui al comma 1 non parla mai di banca, salvo il riferimento del comma 2 al testo unico bancario*”.

¹⁸³ Così M. Granieri, *La disciplina della cartolarizzazione dei crediti. Appunti di analisi economica e comparata*, cit., p. 26.

apposito elenco tenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Nessuna limitazione è prevista con riferimento all'*originator* che può essere sia una persona fisica che una persona giuridica e, diversamente da quanto previsto dalla legge n. 52 del 1991, non necessariamente un imprenditore.

Ai sensi dell'art. 3 “La società cessionaria, o la società emittente titoli se diversa dalla società cessionaria, hanno per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti”. Tale previsione è determinata dalla necessità di evitare qualsiasi confusione del patrimonio della società con il pacchetto crediti acquistato in danno dei portatori dei titoli.

Ne consegue che la società di cartolarizzazione non potrà mai essere una società di *factoring*, considerando che la suddetta società dovrà svolgere esclusivamente operazioni di cartolarizzazione.

E' opportuno a tal proposito sottolineare che tale previsione normativa svolge una funzione di tutela dei portatori dei titoli, evitando conseguentemente che le somme riscosse possano essere utilizzate per l'adempimento di obbligazioni sorte in conseguenza dello svolgimento di altre attività di impresa.

Il comma 2 dell'art. 3 precisa, altresì, che “I crediti relativi a ciascuna operazione costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi”.

I portatori dei titoli non potranno, pertanto, rivalersi sulla parte del patrimonio sociale che spetta ad altri soggetti che siano titolari di diversi diritti di credito. Tale statuizione rappresenta un'evidente eccezione al principio espresso nell'art. 2740 c.c., secondo il quale il debitore risponde

con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Mentre nell'ambito dell'operazione di *factoring*, il *factor*-cessionario, acquirente dei crediti, agirà nel proprio interesse, utilizzando i diritti acquistati nell'esercizio dell'attività d'impresa, in un'operazione di cartolarizzazione il cessionario, dopo avere acquistato i crediti, destinerà il portafoglio di cui è titolare, "al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi dalla stessa o da altra società per finanziare l'acquisto di tali crediti, nonché al pagamento dei costi dell'operazione" (art. 1 comma 1 lett. b).

Si configura, pertanto, un'ipotesi di *trust*: l'*originator* trasferisce al cessionario i crediti affinché realizzi l'interesse dei portatori dei titoli (beneficiari) emessi dallo stesso o da altra società su delega del cessionario. Saremo peraltro in presenza, come sopra specificato, di un "patrimonio separato" (art. 3 comma 2)¹⁸⁴, in quanto il portafoglio crediti, "pur cadendo nella titolarità del cessionario, non viene a far parte del patrimonio di quest'ultimo"¹⁸⁵. Il cessionario, società veicolo, dopo aver emesso i titoli e finanziato il cedente o *originator*, provvederà alla separazione del patrimonio e alla gestione a favore dei beneficiari¹⁸⁶.

Elemento caratterizzante sia la cartolarizzazione che il *factoring* è la cessione dei crediti in blocco.

Occorre, tuttavia, sottolineare che, mentre nella prima operazione il trasferimento del credito rappresenta un momento prodromico rispetto

¹⁸⁴ L'art. 3 comma 2 della legge n. 130 del 1999 sottolinea che deve essere costituito un patrimonio separato sul quale "non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi".

¹⁸⁵ Così P. Schlesinger, *La cartolarizzazione dei crediti*, in Rivista di diritto civile., 2001, II, p. 267.

¹⁸⁶ Inoltre il cessionario deve prendere tutte le misure opportune, nell'interesse dei portatori dei titoli, al fine di garantire una corretta e proficua gestione del patrimonio. Egli deve gestire la massa dei crediti con diligenza, trattandosi di un'attività delicata e rischiosa. Cfr. P. Schlesinger, *La cartolarizzazione dei crediti*, cit., p. 267. Sul concetto di patrimonio separato si veda D. Messinetti, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti*, in Rivista di diritto civile, I, 2002, pp. 102 ss.

alla successiva sollecitazione all'investimento, nelle operazioni di *factoring* costituisce il nucleo centrale del contratto stesso.

Nella cartolarizzazione viene ad instaurarsi un rapporto iniziale tra creditore e debitore e successivamente un'ulteriore relazione di credito-debito, essendo i sottoscrittori dei titoli creditori della società veicolo, la quale sarà, a sua volta, debitore dell'*originator* cui deve il corrispettivo della cessione, e creditore dei debitori ceduti dai quali deve ricevere i pagamenti.

E' opportuno, altresì, far presente che nel *factoring*, è possibile effettuare la cessione del credito oltre che *pro soluto*, anche *pro solvendo*, garantendo, cioè, l'eventuale insolvenza del debitore ceduto; nella cartolarizzazione dei crediti, invece, la cessione può essere operata soltanto *pro soluto*, in quanto l'*originator* deve liberarsi da qualsiasi obbligazione relativa ai crediti ceduti che altrimenti continuerebbero a far parte dell'attivo di bilancio, non mantenendo alcun collegamento con gli stessi, in modo da migliorare "il proprio coefficiente di solvibilità e liberare così risorse per nuovi investimenti"¹⁸⁷.

Com'è stato evidenziato in dottrina, la cartolarizzazione dei crediti costituisce, pertanto, "una sorta di operazione di ingegneria finanziaria"¹⁸⁸.

Occorre, inoltre, rimarcare che la legge sulla cartolarizzazione non fornisce alcun tipo di indicazione con riferimento alla struttura dell'operazione e alla tipologia dei crediti cedibili, né tantomeno alla forma della cessione¹⁸⁹. Tale ultimo aspetto rappresenta un ulteriore

¹⁸⁷ Così F. Seassaro, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti e ai terzi*, cit., p. 146. Viene in tal modo realizzata la c.d. *off balance sheet* (riserva fuori bilancio), ovvero la fuoriuscita del credito dal bilancio dell'*originator*. Cfr. in proposito, D. Russo, *Brevi riflessioni su cartolarizzazione dei crediti e factoring*, cit., p. 1761.

¹⁸⁸ P. Gabriele, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, cit., p. 527.

¹⁸⁹ E' opportuno a tal proposito sottolineare che l'assenza di qualsivoglia prescrizione sulla forma della cessione dovrebbe portare a ritenere applicabile il principio della libertà delle forme. Cfr. in proposito,

elemento distintivo rispetto alla cessione dei crediti d'impresa, richiedendo la natura di intermediario dell'impresa di *factoring* l'osservanza, ai sensi dell'art. 117 T.U.B., della forma scritta affinché il contratto sia valido.

La legge sulla cartolarizzazione regola espressamente all'art. 4 la cessione dei crediti, richiamando le soluzioni elaborate dalla prassi prima dell'introduzione della disciplina.

Come statuito al comma 1, che richiama i commi 2 e 3 dell'art. 58 del T.U.B, al fine di garantire e tutelare i terzi, l'indicazione dei crediti ceduti in blocco deve essere effettuata nell'avviso pubblicato nella Gazzetta Ufficiale¹⁹⁰; i privilegi e le garanzie devono essere, pertanto, inseriti nella Gazzetta Ufficiale che riveste la funzione di pubblicità-notizia, conservando la validità e il grado che assistono i crediti ceduti anche in favore della società cessionaria e diventando conseguentemente opponibili ai terzi¹⁹¹.

Oltre ai sopra citati commi, l'art. 4 della legge sulla cartolarizzazione dei crediti richiama anche il comma 4 dell'art. 58 del T.U.B., il quale dispone che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale produce, nei confronti dei debitori ceduti, gli effetti di cui all'art. 1264 c.c.

La riscossione, nell'ambito della cartolarizzazione, è di solito effettuata dallo stesso *originator*, per due ordini di ragioni: *in primis*

in giurisprudenza, App. Firenze, 16 gennaio 1957, in *Giurisprudenza Italiana*, 1957, p. 224; Cass. Civ., n. 1396 del 15 maggio 1974, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1974, II, p. 205.

¹⁹⁰ Come affermato da F. Seassaro, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti ed ai terzi*, cit., p. 142, "l'individuazione dei crediti oggetto della cessione costituirà pertanto un aspetto critico di ogni operazione di securitization". La sua affermazione è giustificata dal fatto che in assenza di una specifica disciplina è necessario ricorrere all'attività di interpretazione del giudice per l'individuazione degli stessi. Sul punto in questione si veda G. Guerrieri, *Art. 1. Ambito di applicazione e definizioni*, in A. Maffei Alberti (a cura di), *Legge 30 aprile 1999 n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2000 p. 1012.

¹⁹¹ In proposito si veda C. Rucellai, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, cit., p. 418; M. Lembo, *L'iter storico della nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Brevi considerazioni su profili civilistici e fallimentari*, cit., p. 217.

perché l'*originator* conosce meglio la propria clientela e non vuole perdere i contatti con la stessa ed in aggiunta perché la società veicolo non dispone sempre delle strutture e dei mezzi per operare.

Il comma 2 dell'art. 4 trae ispirazione dall'art. 5 comma 1 della legge n. 52 del 1991¹⁹², prendendo, tuttavia, in considerazione non il pagamento avente data certa, ma la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, a partire dalla quale “la cessione dei crediti sarà opponibile sia agli altri aventi causa dell'*originator* (il cui titolo non sia stato reso efficace verso i terzi in data anteriore), sia ai creditori dell'*originator* (che non abbiano pignorato il credito prima della pubblicazione della cessione)”¹⁹³.

Il comma 2, non prevede, invece, a differenza dell'art. 5 comma 1 della legge n. 52 del 1991, la possibilità di opporre la cessione al fallimento dell'*originator*.

E' opportuno, tuttavia, tener presente che lo stesso art. 45 della legge fallimentare consente che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale renda opponibile l'avvenuta cessione al fallimento del cedente verificatosi in un momento successivo alla pubblicazione.

Il comma 3 dell'art. 4, in linea con quanto disposto dall'art. 6 della legge n. 52 del 1991, stabilisce che i pagamenti effettuati dai debitori ceduti alla società veicolo, non sono soggetti a revocatoria fallimentare¹⁹⁴.

Occorre, comunque, precisare che, diversamente dall'art. 6 della legge n. 52 del 1991, l'art. 4 comma 3 non consente neanche che l'azione revocatoria possa essere esperita nei confronti del cedente, che al momento della cessione fosse a conoscenza della situazione di insolvenza del debitore ceduto.

¹⁹² Cfr. F. Seassaro, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti e ai terzi*, cit., pp. 142-143.

¹⁹³ Così F. Seassaro, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti e ai terzi*, cit., pp. 144-145. Cfr. in proposito M. Lembo, *L'iter storico della nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Brevi considerazioni su profili civilistici e fallimentari*, cit., p. 218.

¹⁹⁴ Dunque i portatori dei titoli sono pienamente tutelati in caso di fallimento dei debitori ceduti. In tal senso G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., p. 157.

La legge n. 130 del 1999, prevede, invece, al comma 4 dell'art. 4, che in presenza di un fallimento del cedente o del cessionario, i termini per l'azione revocatoria fallimentare indicati nell'art. 67 della legge fallimentare di due anni e di un anno siano ridotti a sei mesi e tre mesi, in applicazione il principio di certezza nei rapporti finanziari e commerciali.

Tale riduzione è giustificata dal fatto che, producendo l'operazione di cartolarizzazione, al momento in cui è posta in essere, molteplici effetti nei confronti di più persone, sarebbe poco logico e produrrebbe effetti negativi l'applicazione dei termini più lunghi previsti dall'art. 67 della legge fallimentare¹⁹⁵.

Quanto alla cessione dei crediti futuri, diversamente dalla legge n. 52 del 1991, non esiste alcuna esplicita previsione in tal senso nella legge n. 130 del 1999. È lecito, pertanto, chiedersi quale disciplina debba essere applicata alla cessione.

È necessario, *in primis*, stabilire se possa essere operata soltanto la cessione di crediti che sorgano in futuro sulla base di contratti già esistenti al momento della cessione, oppure possano essere ceduti anche crediti che traggano origine da un contratto concluso successivamente alla cessione, stabilendo, in questo secondo caso, il limite temporale entro il quale i contratti devono essere stipulati¹⁹⁶.

In presenza di un'operazione di cartolarizzazione dei crediti, com'è stato già sottolineato, il legislatore non ha inteso applicare i parametri rigidi e predeterminati previsti dall'art. 3 comma 3 della legge n. 52 del

¹⁹⁵ Secondo C. Rucellai, *Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Rischi ed opportunità*, cit., p. 646, la società veicolo non può essere considerata un "autonomo soggetto imprenditoriale" e conseguentemente non dovrebbe trovare applicazione l'azione revocatoria. Nello stesso senso A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 140, secondo i quali sarebbe ancora più opportuno sottrarre completamente l'operazione di cartolarizzazione alla revocatoria. Tale richiesta era stata già avanzata durante i lavori parlamentari.

¹⁹⁶ Sul punto si veda F. Seassaro, *La cessione dei crediti. Opponibilità ai debitori ceduti e ai terzi*, cit., p. 150, il quale sottolinea che dovrà essere stabilito "quali altre condizioni debbano essere osservate perché l'oggetto della questione possa dirsi determinato o determinabile".

1991, che limita la cessione dei crediti futuri a quelli che sorgano nei due anni successivi alla cessione¹⁹⁷.

Nel silenzio del legislatore del 1999, a differenza del *factoring* è, pertanto, possibile porre in essere l'operazione di cartolarizzazione anche quando i contratti da cui sorgano i crediti ceduti, non siano stati conclusi al momento della cessione¹⁹⁸, avendo il legislatore voluto rifarsi alla disciplina dettata dalle disposizioni generali in materia di contratto, in particolare all'art. 1346 c.c., riconoscendo carattere generale al disposto dell'art. 3 comma 1 della legge n. 52 del 1991, secondo il quale "i crediti possono essere ceduti anche prima che siano stipulati i contratti dai quali sorgeranno"¹⁹⁹.

E' il caso, infine, di evidenziare che l'art. 7 della legge n. 130 del 1999 considera pienamente lecite le operazioni realizzate mediante un finanziamento o attraverso il ricorso a fondi comuni di investimento e quindi poste in essere anche da soggetti diversi dalle società veicolo²⁰⁰.

La mancata adozione della legge n. 130 del 1999 in materia di cartolarizzazione determina, tuttavia, chiaramente l'impossibilità di

¹⁹⁷ Cfr. in proposito A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit. p. 138; M. Granieri, *La securitization tra diritto ed economia. Tra normativa nazionale e modelli stranieri*, cit., p. 39.

¹⁹⁸ "Limitare la cessione del credito futuro al solo caso in cui lo stesso derivi da fattispecie già in essere significa negare la stessa ammissibilità della cessione di crediti futuri in senso stretto". Così D. Russo, *Brevi riflessioni su cartolarizzazione dei crediti e factoring*, cit. pp. 1763-1764. Cfr. in proposito S. Troiano, *La cessione dei crediti futuri*, Padova, 1999, p. pp. 34 ss.

¹⁹⁹ In tal senso G. Guerrieri, *Art. 1. Ambito di applicazione e definizioni*, cit., p. 1010-1011, che sottolinea come la presenza di una norma, che stabilisce la credibilità dei crediti futuri senza regolamentarla, sia la conferma della valida applicazione degli artt. 1346 e 1348 c.c. e della possibilità di attribuire portata generale all'art. 3 comma 1 della legge n. 52 del 1991. Egli arriva a siffatta conclusione partendo dalla constatazione che la determinabilità dell'oggetto ai sensi dell'art. 1346 c.c. vada compiuta caso per caso, non esistendo una regola generale e astratta. L'oggetto sarà determinabile quando dalle circostanze risulti quale sia quello dedotto in contratto, indipendentemente dal fatto che tale rapporto non sia esistente al momento del regolamento negoziale. La giurisprudenza prevalente (*ex plurimis* Cass. 5-6-1978 n. 2798, in *Giustizia civile*, 1978, I, p. 1782, App. Milano, 2-2-1996, in *Diritto fallimentare*, 1996, II, p. 1091) sostiene che la cessione dei crediti futuri, in base all'art. 1260 c.c., può essere ad oggetto determinabile nel caso in cui, al momento della stipula del contratto, sia sorto il rapporto giuridico che darà vita al credito ceduto. *Contra* Cass. 8-5-1990 n. 4040, in *Foro Italiano* 1991, I, 2489 ss.

²⁰⁰ Cfr. D. Russo, *Brevi riflessioni su cartolarizzazione dei crediti e factoring*, cit., p. 1754.

applicare gli istituti previsti e disciplinati dalla suddetta normativa speciale.

Dall'analisi svolta emergono chiaramente delle differenze strutturali e funzionali tra il *factoring* e la cartolarizzazione dei crediti che non consentono l'assimilazione delle due operazioni economiche.

3. L'operazione di *factoring*, il mutuo e i contratti di credito

Nonostante i diversi tentativi operati in dottrina di ricondurre il *factoring* al contratto di mutuo, sulla scorta della considerazione che con tale operazione si realizza una forma di garanzia di restituzione degli anticipi corrisposti dal *factor*-cessionario, l'operazione economica in esame non può, a mio avviso, essere assimilata allo schema del suddetto contratto²⁰¹.

Il *factoring* consente lo scambio di un bene presente con un bene futuro. Il fornitore cede al *factor* - cessionario i crediti vantati nei confronti dei debitori, ottenendo anticipazioni sull'ammontare del credito ceduto.

Nel contratto di mutuo, invece, il mutuante trasferisce (*traditio*) un bene presente (denaro o altre cose fungibili) al mutuatario, il quale assume l'obbligazione di consegnare il bene futuro (che non è nella disponibilità

²⁰¹ Si esprime in tal senso, la dottrina maggioritaria. Tra gli altri G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 198; F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 175; G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 137, il quale ritiene che l'accostamento tra i due negozi riguarda esclusivamente il substrato economico, ma non le loro cause, che sono del tutto diverse. In giurisprudenza contra Trib. Napoli, 4-7-1986, in Banca, borsa e titoli di credito, 1989, II, p. 111, il quale ha ricondotto il *factoring* al contratto di mutuo, sostenendo che il rapporto di *factoring* si concreta in anticipazioni di denaro su fatture commerciali con cessione del credito nascente dalle stesse, per cui le obbligazioni assunte dall'una e dall'altra parte "si ritiene integro da un lato una concessione di mutuo e dall'altra una cessione di credito".

del mutuatario al momento della conclusione del contratto di mutuo).

L'obiettivo di tale contratto consiste proprio nell'attribuzione temporanea della disponibilità di una somma di denaro o comunque di altre cose consumabili e fungibili e nel godimento delle stesse.

Il mutuatario non è, peraltro, tenuto a restituire al mutuante un'equivalente quantità di merci della stessa specie²⁰²: il contratto di mutuo si fonda, infatti, non solo sulla consegna del bene da parte del mutuante, ma anche del *tantundem eiusdem generis et qualitatis* da parte del mutuatario.

A differenza del mutuo, nel *factoring* non è previsto alcun obbligo di restituzione, eccetto nell'ipotesi in cui il debitore non corrisponda quanto dovuto²⁰³.

Parte della dottrina ha tentato di ricondurre l'istituto del *factoring* anche ai contratti di credito che, secondo la dottrina prevalente, traggono la loro origine dal mutuo²⁰⁴, sulla scorta del rilievo “della centralità, nell'economia del contratto, della funzione di godimento di somme di denaro, che è attuata mercé le anticipazioni del *factor*”²⁰⁵, del fatto che, a seguito dell'erogazione delle anticipazioni, il fornitore-cedente è tenuto a corrispondere al *factor* gli interessi, nonché in considerazione della funzione restitutoria del pagamento effettuato dal debitore ceduto o dal cedente alla scadenza pattuita.

Secondo tale orientamento, la concessione di anticipazioni sull'ammontare del credito ceduto, operata dal *factor*, determinerebbe lo

²⁰² Ai sensi dell'art. 1818 c.c., qualora siano mutate cose diverse dal denaro e la restituzione in natura sia divenuta impossibile o notevolmente difficile, è ammessa la restituzione di un'equivalente quantità di denaro.

²⁰³ In proposito G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 198-199.

²⁰⁴ In tal senso G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 171; G. De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 127.

²⁰⁵ Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit. p. 136. In proposito G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 137, secondo i quali “è innegabile l'accostamento del *factoring* ai negozi di credito, in quanto la dazione effettiva delle somme anticipate dal *factor* in funzione delle cessioni costituisce per il cliente una fonte di smobilizzo o di finanziamento dei crediti”.

smobilizzo dei crediti, rappresentando conseguentemente, sotto il profilo economico, un elemento di comunanza con i contratti di credito.

E' opportuno, tuttavia, sottolineare, che le anticipazioni e l'eventuale obbligo di restituzione costituiscono degli elementi eventuali e non essenziali del contratto di *factoring*. Ne discende che non è ipotizzabile un'assimilazione del *factoring* con i contratti di credito.

Secondo alcuni autori elementi di affinità tra le due operazioni potrebbero essere ravvisati soltanto in caso di cessione *pro solvendo*, ovvero nell'ipotesi in cui, a seguito dell'inadempimento del debitore ceduto, il cessionario possa rivalersi sul fornitore (cessione con rivalsa), ma non nell'ipotesi di cessione *pro soluto*, perché in tal caso l'operazione economica potrebbe, tutt'al più, essere accostata ad un contratto traslativo e non ad uno restitutorio²⁰⁶.

In presenza di cessione con rivalsa, sarebbe, peraltro, necessario fare riferimento più che ad un termine per la restituzione, alla condizione sospensiva dell'obbligo di restituzione, in conseguenza del mancato pagamento del debitore ceduto.

Al di là dei diversi orientamenti, è opportuno, ad ogni buon fine, sottolineare, che nel *factoring*, contrariamente ai contratti di credito, anche qualora vengano concessi anticipi, il fornitore non diventerà debitore del *factor* – cessionario. Gli anticipi non rappresentano, infatti, sotto il profilo economico, un prestito, bensì un pagamento anticipato, di solito parziale, della somma che dovrà essere corrisposta dal *factor* a seguito della

²⁰⁶ Sul punto si veda G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 138, i quali sottolineano che i contratti di credito possono essere ricondotti allo schema del mutuo e la stessa operazione di *factoring*, nel caso di cessione *pro solvendo*, può essere accostata al contratto di mutuo, in quanto si verifica il trasferimento di una determinata somma di denaro con l'obbligo di restituzione. Nel caso di cessione *pro soluto*, il *factor*, si soddisfa direttamente sul credito ceduto, contrariamente ai principi generali in tema di garanzie (in base ai quali la configurazione dell'obbligo di restituzione, richiederebbe che la cessione del credito rivestisse funzione di trasferimento a scopo di garanzia). Cfr. Trib. Milano, 13-10-1986, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, II, p. 82; App. Milano, 31-10-1989, in *Giustizia civile*, 1990, I, p. 643.

cessione dei crediti²⁰⁷.

Sofferriamo a questo punto la nostra attenzione sui singoli contratti di credito, cercando di cogliere le affinità e i tratti distintivi rispetto all'operazione di *factoring*.

3.1 *Factoring* e sconto bancario

Partendo dal presupposto che lo sconto è un contratto mediante il quale l'istituto di credito (scontante) anticipa al cliente (scontatario) moneta attuale (importo del credito diminuito della commissione) e riceve moneta futura (credito verso terzi), ottenendo un guadagno attraverso la restituzione di una maggiore quantità di moneta attuale, è stato sostenuto in dottrina che sussisterebbe una certa affinità tra tale operazione e l'istituto del *factoring* con cessione con rivalsa (*pro solvendo*)²⁰⁸.

L'obiettivo dell'operazione di sconto, frutto di un'economia non più fondiaria bensì commerciale, è quello di consentire al cliente di ottenere, grazie alla collaborazione dell'istituto di credito, un'immediata disponibilità del credito non ancora esigibile²⁰⁹. In questo modo “il

²⁰⁷ In tal senso N. Visalli, *I profili giuridici del factoring*, in Rivista di Diritto Civile, II, 2002, p. 210, il quale ha sottolineato che “il contratto di credito è un negozio traslativo della proprietà di mezzi finanziari o, per altri aspetti, è un contratto di restituzione. Ora nel factoring, sia che esso sia stipulato con rivalsa o senza, non si rinviene la messa a disposizione di mezzi finanziari: il factor accrediterà al fornitore il prezzo di acquisto dei crediti ceduti – fissato nel loro valore nominale – se e quando il debitore adempirà o entro il termine concordato”, precisando, altresì, che “in caso di cessione pro solvendo il fornitore deve restituire al factor le somme anticipategli, se il terzo debitore è inadempiente, per la semplice ragione che egli si è assunta la garanzia della solvenza di quest'ultimo”.

²⁰⁸ In tal senso R.A. Capotosti, *Assicurazione del credito e “factoring”*, in Assicurazioni, 1972, p. 511 ss.; P. Messina, *Sulla causa nel contratto di factoring*, in contratto e impresa, 1999, p. 1065.

²⁰⁹ “La cessione del credito, effettuata salvo buon fine Cfr. in proposito L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, Milano, 2005, pp. 299-300.

professionista (inteso *lato sensu*) può convertire in fonti di finanziamento (normalmente a breve termine) i crediti vantati verso i propri clienti”²¹⁰.

L’istituto di credito potrà, peraltro, procedere, a sua volta, allo sconto del credito rivolgendosi ad un’altra banca, attraverso l’operazione di risconto.

Nel caso in cui la banca effettui una cessione salvo buon fine, ovvero qualora il debitore non corrisponda quanto dovuto alla scadenza, il debitore potrà rivalersi sul cliente, ottenendo la restituzione delle anticipazioni concesse²¹¹.

Punti di contatto sembrerebbero ravvisarsi anche tra l’operazione di *factoring* con cessione *pro soluto* e lo “sconto a forfait”, con il quale alla banca, che rinuncia all’azione di rivalsa nei confronti del cedente, assumendo il rischio di insolvenza del debitore ceduto, viene corrisposta, in aggiunta al compenso dovuto, una provvigione di “star del credere”, similmente a quanto avviene nell’ipotesi di *factoring* con cessione *pro soluto*²¹².

L’operazione di *factoring* non può, tuttavia, a mio avviso, essere assimilata al contratto di sconto, sulla scorta della considerazione che le

²¹⁰ F. Di Fonzo, *Lo sconto bancario*, in G. Cassano (a cura di), I singoli contratti, Padova, 2010, p. 1194.

²¹¹ La dottrina si è divisa sull’inquadramento dell’istituto, riconducendolo ora ad una vendita di crediti o di titoli di credito (in tal senso E. Minervini, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949, p. 71), ora ad un contratto di prestito, affine al contratto di mutuo (in tal senso A. Galasso, *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971, p. 162). Vi è anche chi ha visto nello sconto un contratto misto di prestito e di vendita di crediti, considerando che “*in caso di buon fine del titolo scontato, il prestito si risolve e si perfeziona la vendita, mentre in caso di mancato pagamento la vendita si risolve e si perfeziona il prestito*”. Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 147. In tal senso P. Ferro Luzzi, *Lo sconto bancario*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1977, p. 143. E’ opportuno precisare che la giurisprudenza prevalente ha privilegiato la funzione di prestito. *Ex multis* Cass. Civ., n. 10689 dell’11 agosto 2000, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2002, p. 30; Cass. Civ., n. 5097 del 25 maggio 1994, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1994, II, p. 759.

²¹² Questo tipo di sconto, che è noto nella prassi bancaria come “sconto a tantum”, è assai raro nella prassi bancaria. Sul punto si veda R. Bianchi, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, cit., pp. 70-71. E’ opportuno precisare che tale strumento è utilizzato prevalentemente nel commercio all’esportazione e all’importazione, in particolar modo quando viene ceduto il portafoglio di aziende in liquidazione o in caso di concordato preventivo con i creditori. In proposito G. Terranova, *Sconto bancario*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989, p. 787.

due operazioni hanno quale punto di contatto l'anticipazione del credito²¹³.

E' opportuno, infatti, tenere presente che nel contratto di *factoring* l'anticipazione del credito, che potrebbe anche uguagliare il valore del credito oggetto della cessione, non è un elemento essenziale del contratto e spesso è rimessa alla discrezionalità del cessionario²¹⁴; il compenso che spetta al *factor*-cessionario non viene dedotto anticipatamente dal credito ceduto, bensì addebitato all'impresa finanziata e calcolato secondo criteri stabiliti nel contratto.

Occorre, inoltre, far presente che, in caso di inadempimento del debitore-ceduto, il *factor* potrà rivalersi sui finanziamenti corrisposti al fornitore-cedente, mentre nel contratto di sconto la banca dovrà rivalersi sull'importo sottoposto alla suddetta operazione bancaria e non sulla somma ricevuta dal soggetto (scontatario) che ha ceduto il credito o il titolo di credito²¹⁵.

E' il caso di rilevare, altresì, che mentre nell'operazione di *factoring*, il *factor*-cessionario valuterà la solvibilità del debitore ceduto, senza soffermarsi su quella del cedente, nello sconto il tasso di sconto sarà calcolato, facendo riferimento alla solvibilità del traente, nei cui confronti sarà possibile esperire un'azione di rivalsa, alla quale il *factor* può anche rinunciare.

L'operazione di *factoring* - si sottolinea infine - non si conclude nel momento in cui il debitore ceduto assolve alla sua obbligazione di pagamento, dovendo il *factor* corrispondere al fornitore la differenza tra

²¹³ In tal senso P. Messina, *Sulla causa nel contratto di factoring*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 1066; G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 144. Sul contratto di sconto, P. Ferro Luzzi, *Lezioni di Diritto Bancario*, Torino 2006, pp. 79 ss.

²¹⁴ Si tratta di un elemento strettamente connesso più ai rapporti di conto corrente esistenti tra le parti che ai requisiti strutturali del contratto. Sul punto P. Messina, *Sulla causa nel contratto di factoring*, cit., p. 1066.

²¹⁵ In tal senso U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, cit., pp. 309-310, il quale ha anche precisato che "l'interesse che il factor lucra per l'operazione di finanziamento non viene addebitato all'impresa finanziata, secondo criteri contrattualmente stabiliti".

l'ammontare del credito e le eventuali anticipazioni corrisposte al cedente, sottratta la commissione per l'attività prestata.

Nel caso in cui il debitore non paghi, il cedente dovrà restituire soltanto l'importo corrisposto quale anticipazione, e “non, come nello sconto, la somma resa a scontarsi”²¹⁶.

Per tutte le motivazioni sopra esposte, non appare possibile assimilare l'operazione di sconto²¹⁷ a quella di *factoring*, che presenta, peraltro, uno spettro funzionale più ampio²¹⁸ e una complessità maggiore rispetto alla prima operazione²¹⁹.

3.2 *Factoring* e anticipazione bancaria

Il contratto di *factoring* non può essere ricondotto neanche allo schema dell'anticipazione bancaria.

Quest'ultima è “un contratto dotato di una propria funzione ed autonomia, caratterizzato dalla concessione di un credito allo scopo di sovvenzionare un'operazione su titoli o merci”²²⁰.

²¹⁶ Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 148. Cfr in proposito G. Fossati – A. Porro, *Il Factoring*, cit. p. 146.

²¹⁷ Cfr. G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 145; P. Messina, *Sulla causa nel contratto di factoring*, cit., p. 1066.

²¹⁸ In proposito U. Belviso, *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Rivista di diritto delle imprese*, 1992, p. 7.

²¹⁹ In tal senso D. Valentino, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, Napoli, 2007, p. 135.

²²⁰ Così G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 142. Inizialmente si riteneva, in assenza di una definizione del legislatore, che l'anticipazione bancaria fosse un'operazione complessa derivante dalla combinazione di un negozio di garanzia e di uno di credito (mutuo o apertura di credito), sulla base di un rapporto di proporzionalità tra l'ammontare massimo delle somme finanziate e il valore delle merci e dei titoli dati in pegno. Recentemente tale impostazione è stata respinta, conferendo al contratto una propria autonomia.

Caratteristica essenziale del contratto *de quo* è la costituzione di una garanzia - pegno su titoli, merci o documenti rappresentativi di merci - su beni che hanno un valore corrente di mercato o di borsa, ovvero agevolmente liquidabili, in modo da consentire all'istituto di credito un pronto recupero, in caso di mancata restituzione della somma anticipata o qualora non venga fornita un'ulteriore garanzia²²¹.

Il pegno verrà in essere, con riferimento alle merci, mediante consegna delle stesse all'istituto di credito o ad un soggetto indicato dalle parti; con riferimento ai titoli di credito, consegnando il titolo di credito se è al portatore, mediante girata per garanzia se è all'ordine o annotazione della garanzia sullo stesso o sul registro dell'emittente se è nominativo.

L'art. 1846 c.c. prevede che contestualmente alla costituzione del pegno, l'istituto di credito possa consegnare un documento nel quale vengano menzionati gli estremi dell'operazione e le condizioni generali indicate nel contratto²²².

E' opportuno sottolineare che sull'anticipato o sovvenuto gravano alcuni obblighi: quello di consegnare le merci o i titoli su cui è stato costituito il pegno, di integrare la garanzia qualora sia necessario, nonché di restituire alla scadenza prevista l'importo che è stato concesso in anticipo, corrispondendo gli interessi compensativi e la provvigione

²²¹ "La causa del contratto è, dunque, quella di consentire al soggetto che abbia acquistato titoli, valori o merci, di ottenere un finanziamento per pagarne il relativo prezzo, senza, per tale ragione, privarsi della facoltà di disporre dei medesimi qualora si presenti un'occasione favorevole di mercato (c.d. <svincolo>, previo rimborso alla banca della somma anticipata e di ogni altra spettanza)". Così L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, cit., p. 302.

²²² L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, cit., p. 303, il quale sottolinea che "ai sensi dell'art. 1846 c.c., qualora le cose date in pegno siano individuate (c.d. anticipazione propria, nella quale le cose restano di proprietà del debitore), la banca non può disporne, deve provvedere alla loro custodia con l'ordinaria diligenza (art. 1176 c.c.), e restituirle in natura alla fine del rapporto. Nell'anticipazione c.d. impropria (ovvero quando le cose concesse in garanzia non siano state individuate, ovvero pur se individuate è stato convenuto che la banca possa liberamente disporne), l'obbligo della custodia viene meno e alla fine del rapporto, la banca ha l'obbligo di restituire il tandundem eiusdem generis et qualitatis".

dovuta per l'operazione²²³.

Orbene, sebbene l'operazione di *factoring* preveda la possibilità di concedere anticipazioni al fornitore-cedente²²⁴, non è possibile rinvenire in tale operazione il requisito fondamentale della proporzionalità tra negozio di credito e negozio di garanzia, tipico, invece, dell'anticipazione bancaria.

Mentre nell'anticipazione bancaria l'anticipato può sempre rientrare in possesso delle merci e dei titoli, totalmente o parzialmente, rimborsando in modo proporzionale l'anticipazione concessa, la stessa cosa non è consentita al fornitore-cedente con riferimento ai crediti ceduti, nell'ambito dell'operazione di *factoring*.

E' concesso esclusivamente al *factor* di disporre dei crediti ceduti (*pro solvendo* o *pro soluto*), che, in senso lato e da un punto di vista economico, servono anche a garantire le anticipazioni effettuate²²⁵.

Occorre far presente, a tal proposito, che il contratto di *factoring*, dal punto di vista giuridico, ha natura traslativa e non di garanzia. Ciò non toglie che possano, in ogni caso, essere stipulati contratti di garanzia (ad esempio pegno di merci o titoli), collegati a quello di *factoring*.

3.3 *Factoring* e apertura del credito

L'operazione di *factoring* non può essere assimilata, a mio avviso,

²²³ Cfr. F. Di Fonzo, *L'anticipazione bancaria*, in G. Cassano (a cura di), *I singoli contratti*, Padova, 2010, p. 1197.

²²⁴ Sul punto si veda F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 166, secondo il quale è proprio la funzione finanziaria rivestita dal *factor* – cessionario, che sovente provvede ad anticipare al fornitore – cedente l'importo dei crediti ceduti, ad avere indotto parte della dottrina ad accostare l'operazione di *factoring* all'anticipazione bancaria.

²²⁵ Cfr. G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit. p. 142, i quali sottolineano che il *factor*-cessionario non ha la possibilità di aumentare il volume dei crediti cedutigli.

nemmeno all'apertura del credito (detta anche fido o affidamento), dal momento che, anche se il *factor* effettua anticipazioni sull'ammontare di credito ceduto, dopo aver valutato la solvibilità del fornitore e la situazione economica del cedente, le differenze riscontrabili tra i due istituti risultano rilevanti²²⁶.

L'art. 1842 c.c. stabilisce che l'apertura del credito è il contratto mediante il quale l'istituto di credito si obbliga a mettere a disposizione di un determinato cliente una somma di denaro, consentendo il godimento della stessa per un periodo di tempo determinato o a tempo indeterminato, dietro pagamento di una provvigione²²⁷.

L'istituto di credito effettua una preventiva valutazione del rischio-cliente, stabilendo l'importo massimo del fido che può concedere al soggetto accreditato.

Ai sensi dell'art. 1845 c.c., è consentito alle parti di recedere unilateralmente dal contratto, mediante un preavviso, nel caso in cui l'apertura sia a tempo indeterminato, nel termine indicato nel contratto, dagli usi, o, in mancanza, nel termine di quindici giorni. In caso contrario è possibile operare il recesso esclusivamente per giusta causa²²⁸.

In primis, è opportuno specificare che nel contratto di apertura del credito, a differenza del contratto di *factoring* non si ha il trasferimento di proprietà della somma. La concessione di denaro a favore del cliente è, peraltro, indipendente dall'utilizzo che verrà fatto dell'importo corrisposto.

²²⁶ Le differenze tra i due istituti sono profonde sia sul piano economico che su quello giuridico. In tal senso G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 139.

²²⁷ "La concessione di credito può anche essere subordinata al rilascio di garanzie reali e personali da parte dell'accreditato o di terzi graditi dalla banca. In ogni caso, la concessione di credito è preceduta da un'istruttoria compiuta dalla banca, basata sulla compilazione di un questionario ad opera del richiedente – beneficiario". Così L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, cit., p. 298.

²²⁸ La Suprema Corte ha considerato legittimo il recesso della banca anche in assenza di giusta causa, purchè venga effettuata una comunicazione a verbale. In tal senso Cass. Civ., n. 8409 del 24 settembre 1996, in *Giustizia civile Massimario*, 1996, p. 1304.

Il contratto in esame ha ad oggetto esclusivamente il godimento della somma, che ha valore autonomo rispetto agli eventuali atti di utilizzazione, dietro versamento di un corrispettivo alla banca. Nel contratto di *factoring*, invece, trattandosi di un contratto di scambio, la corresponsione di anticipazioni è strettamente collegata, in un rapporto di prestazione-controprestazione, alle singole cessioni di crediti²²⁹.

E' evidente che nel contratto di *factoring*, a differenza dell'apertura del credito, assume rilievo esclusivamente il godimento degli anticipi concessi al cedente e non il rapporto tra la messa a disposizione di somme, il godimento delle stesse e la loro utilizzazione. Non assume, peraltro, alcun rilievo la disponibilità economica di cui può usufruire il fornitore, né sussiste alcun legame particolare con la commissione richiesta dal *factor*.

4. *Factoring* e assicurazione del credito

L'impegno che il *factor* può assumere di garantire l'eventuale inadempimento del debitore ceduto impone un'analisi comparativa tra il *factoring* e l'assicurazione del credito, soffermando l'attenzione sui tratti distintivi dei due istituti²³⁰.

Parte della dottrina, ravvisando nel *factoring* una "funzione di assicurazione", ha ritenuto che potesse operarsi una sussunzione del suddetto contratto nello schema dell'assicurazione del credito²³¹.

²²⁹ In proposito G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 140.

²³⁰ In tal senso G. Fossati-A. Porro, *Il Factoring*, cit., p. 135.

²³¹ Difatti si riteneva tradizionalmente che il *factoring* fosse un sottotipo del contratto di assicurazione del credito. Sul punto si veda F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 163. Cfr anche F. Galgano, *Diritto Privato*, Padova, 2004, p. 545; M. Fragali, *Assicurazione del credito*, in *Enciclopedia del Diritto*, III, Milano, 1961, p. 528; R. Morera, *Brevi note sul contratto di factoring*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, pp.

L'esigenza di operare una delimitazione del campo di applicazione delle due operazioni deriva dalla necessità di evitare sovrapposizioni di competenze ed effetti che renderebbero estremamente gravoso l'individuazione di ciascun negozio.

E' opportuno specificare che l'assicurazione del credito è "quel contratto che viene concluso dall'assicuratore con il creditore e dunque con il soggetto che sopporta il rischio del sinistro ravvisabile nel fatto futuro e incerto di un terzo (nel caso di specie l'inadempimento del debitore) e che mira a coprire il danno che da tale inadempimento deriva"²³².

È indubbia l'esistenza di un'analogia tra i vantaggi che il fornitore trae dalla sottoscrizione del contratto di *factoring* e quelli che derivano dalla sottoscrizione di una polizza assicurativa: infatti in entrambi i casi il rischio del mancato incasso è coperto, potendo il *factor* assumere la garanzia del buon fine delle operazioni²³³.

Non è possibile, tuttavia, ravvisare ulteriori affinità. *In primis* il contratto di *factoring* contempla oltre la cessione *pro soluto*, ovvero la garanzia del buon fine delle operazioni creditizie, anche quella *pro solvendo*, incompatibile con le finalità di un contratto assicurativo.

E' opportuno considerare, inoltre, che nel contratto di assicurazione lo

897 ss; G. Bollino, *Questioni in tema di assicurazione del credito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, 1, pp. 1318 ss. La Corte di legittimità ha in varie occasioni operato un generico richiamo alla funzione assicurativa del *factoring*. In tal senso Cass. Civ., n. 10004 del 24 giugno 2003, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2004, I, p. 158; Cass. Civ., n. 684 del 18 gennaio 2001, in *I Contratti*, 2001, p. 564; Cass. Civ. n. 11809 del 7 settembre 2000, in *Informazione Previdenziale*, 2000, p. 1634.

²³² Così F. Santi, *Il factoring*, Milano, cit., p. 164; Cass. Civ., n. 2142 del 7-4-1982, in *Giurisprudenza Italiana*, 1983, I, p. 1318. M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 148 sottolineano che l'assicurazione del credito è "quella figura in cui l'assicuratore si impegna ad indennizzare l'assicurato della perdita definitiva, totale o parziale del valore del credito".

²³³ È possibile riscontrare nel contratto di *factoring* alcune caratteristiche tecniche dell'assicurazione del credito, quali ad esempio la firma di un contratto di adesione e il premio sottoforma di percentuale commisurata all'ammontare del credito. Sul punto si veda R. Bianchi, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, cit., p. 74.

stato di insolvenza, che descrive un particolare *status* del debitore inadempiente, rappresenta un momento prodromico rispetto alla definitiva diminuzione patrimoniale, dalla quale deriva la corresponsione della susseguente indennità.

Nel *factoring*, invece, a differenza dell'assicurazione del credito, la garanzia dell'inadempimento del debitore ceduto ricomprende qualsiasi manifestazione riconducibile al comportamento di quest'ultimo, tra cui rientra senza dubbio l'insolvenza²³⁴, che rappresenta esclusivamente un ostacolo ad un rapido e largo smobilizzo dei crediti.

Preme, inoltre, evidenziare che l'assicurazione del credito si fonda sul trasferimento del rischio, la cui entità incide sull'ammontare del premio e il cui avverarsi determina la corresponsione dell'indennizzo. Dopo aver soddisfatto l'assicurato per i danni subiti a causa dello stato di insolvenza, l'assicuratore non assume la titolarità del credito assicurato.

L'istituto del *factoring* si basa, invece sul trasferimento della titolarità del credito, al quale può anche corrispondere il pagamento anticipato dell'ammontare del credito stesso, indipendentemente dall'inadempimento del debitore ceduto.

E' proprio il trasferimento della titolarità del credito che rappresenta l'elemento discriminante tra le due tipologie di operazioni²³⁵.

Occorre, peraltro, precisare che le peculiarità dell'istituto di *factoring* non consentono di incardinare tale operazione in semplici schemi

²³⁴ Cfr. R.A. Capotosti, *Assicurazione del credito e "factoring"*, in *Assicurazioni*, 1972, p. 520, il quale precisa che uno stato di illiquidità, prefigurando un'ipotesi di insolvenza, potrebbe giustificare la corresponsione dell'indennità; uno stato di temporanea difficoltà economica potrebbe, invece, determinare l'intervento del *factor* volto a rimuovere qualsiasi impedimento al rapido smobilizzo dei crediti.

²³⁵ In tal senso D. Valentino – E. Briganti, *Le vicende delle obbligazioni e la circolazione del credito*, cit., p. 133, i quali sottolineano che "è pur vero che l'art. 1916 c.c. surroga l'assicuratore nei diritti spettanti all'assicurato risarcito, ma, di norma, non si ritiene che ciò comporti trasferimento della titolarità in senso tecnico". In tal senso R. Ippolito, *Il diritto di surroga nell'assicurazione del credito all'esportazione*, in *Assicurazioni*, 1990, I, p. 481; A. Donati – G. Volpe, *Manuale di diritto delle Assicurazioni*, Milano, 2000, pp. 181 ss.

assicurativi: è, infatti, necessario tener presente che si tratta di una operazione complessa nella quale rientrano diversi servizi, quali la gestione dei crediti, la contabilizzazione e l'incasso delle fatture emesse dal fornitore e trasmesse al *factor*, il finanziamento del fornitore che può ottenere anticipi sul prezzo della cessione e la garanzia per la solvenza del debitore (*non recourse factoring*)²³⁶.

Con la cessione del credito, il fornitore – cedente può, pertanto, trasferire al *factor* – cessionario il rischio dell'inadempimento del debitore ceduto, sempre che non preferisca assumere personalmente il rischio dell'eventuale insolvenza di quest'ultimo (*with recourse factoring*)²³⁷.

Con l'assicurazione del credito, invece, si trasferisce l'alea economica²³⁸, perseguendo la finalità, attraverso la corresponsione di un'indennità assicurativa, di coprire il danno consistente nella definitiva diminuzione patrimoniale derivante dall'insolvenza del debitore.

Ne consegue che il rischio di insolvenza del debitore ceduto rappresenta soltanto una delle tante componenti del *factoring* e si trasferisce al nuovo titolare del diritto contestualmente alla cessione del credito. La causa della suddetta operazione economica è evidentemente ben più ampia di quella del contratto di assicurazione²³⁹.

E' possibile riscontrare anche altre fondamentali differenze tra i due istituti. Con il contratto di *factoring*, il *factor* può anche concedere anticipazioni sull'ammontare del credito ceduto; con l'assicurazione del

²³⁶ Com'è stato specificato, per la validità della funzione di garanzia è necessario che il fornitore trasferisca al *factor* tutti i rapporti creditizi derivanti dall'esercizio dell'attività imprenditoriale e che sottoponga all'approvazione del *factor* i suddetti crediti. Cfr. R.A. Capotosti, *Assicurazione del credito e factoring*, cit., p. 521; cfr. in proposito G. Fossati – A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 136.

²³⁷ Com'è stato già precisato, il *factoring With Recourse* esclude dalle prestazioni del *factor* l'assunzione del rischio di inadempimento del debitore ceduto, privilegiando la concessione dei finanziamenti.

²³⁸ Cfr. M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., 149; G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 137.

²³⁹ Cfr. G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 136.

credito l'assicuratore, invece, si impegna, dietro corresponsione di un premio, al pagamento del credito soltanto in caso di insolvenza del debitore²⁴⁰.

E' opportuno considerare, inoltre, che mentre il *factor* può assumere il rischio di insolvenza del debitore anche con riferimento all'intero credito, l'assicuratore lo assume limitatamente ad una quota dello stesso.

La commissione che il *factor* – cessionario riceve per le prestazioni rese non presenta, inoltre, alcun elemento in comune con il premio versato all'assicuratore, proporzionale al rischio che assume.

L'operazione di *factoring* è, peraltro, contraddistinta da particolari servizi concentrati nelle mani del *factor-cessionario*, il quale provvede alla gestione, incasso ed anticipazione dei crediti, nonché all'erogazione dei servizi contabili ed amministrativi. Egli è, inoltre, in grado di fornire informazioni sul mercato e sulla clientela, che consentono alle imprese di operare una compiuta valutazione dei rischi.

Da quanto esposto è possibile desumere che non sussiste alcun rapporto di subordinazione tra l'assicurazione del credito e l'operazione di *factoring*. Né è ravvisabile un'incompatibilità giuridica tra i due istituti che possono tranquillamente coesistere²⁴¹.

E' opportuno sottolineare che a volte, infatti, è proprio l'impresa commerciale che ha stipulato un contratto di assicurazione del credito a ricorre all'operazione di *factoring* al fine di cedere i crediti commerciali ad una società specializzata, garantendone lo smobilizzo e trasferendo al *factor* l'amministrazione finanziaria degli stessi, in modo da concentrare l'attività esclusivamente sulle finalità produttive.

²⁴⁰ Dunque il contratto di *factoring*, a differenza dell'assicurazione del credito, non presenta un legame inscindibile con il mancato pagamento di una massa creditoria, essendo anche possibile concedere anticipazioni sull'ammontare del credito ceduto. Sul punto si veda G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 137.

²⁴¹ Cfr. R.A. Capotosti, *Assicurazione del credito e "factoring"*, cit., p. 528.

Occorre, tuttavia, considerare che, qualora l'imprenditore stipuli un contratto di *non recourse factoring*, assumendo il cessionario la garanzia per la solvenza del debitore, non avrà più la necessità di ricorrere al servizio di assicurazione del credito.

Esigenza che potrebbe, invece, avere il *factor* che, si trovi esposto al rischio di insolvenza dei debitori ceduti.

Il contratto di *factoring*, al quale non può essere riconosciuta natura aleatoria, si differenzia, pertanto, dai negozi creditizi, in quanto dotato di una struttura causale complessa, che non gli consente di essere assorbito dal contratto di assicurazione del credito²⁴².

5. *Factoring* e pegno di crediti

E' opportuno operare una distinzione anche tra il *factoring* e il pegno di crediti, nel caso in cui la prima operazione abbia funzione di garanzia²⁴³.

Con il pegno di crediti il creditore pignoratizio sarà legittimato a riscuotere il credito nei confronti del debitore nel caso in cui il soggetto titolare del credito non adempia alla sua obbligazione di pagamento, oggetto di garanzia.

Nell'operazione sono, pertanto, coinvolti tre soggetti: il creditore pignoratizio, il datore di pegno e il debitore del credito che è stato dato in pegno.

²⁴² Sul punto si veda R. Riccardi, *Factoring, assicurazione crediti e confirming*, in B. Cassandro Sulpasso, *Il factoring per le piccole e medie imprese*, Milano, 1982, p. 56, la quale sottolinea che non è possibile parlare di aleatorietà neanche in presenza della clausola "*without recourse*".

²⁴³ In tal senso G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 143.

La cessione del credito, con la contestuale assunzione del rischio di insolvenza del debitore ceduto, comporta un immediato trasferimento del credito, nel caso in cui sia già maturato, o in via differita, ovvero al momento della maturazione, se si tratta di crediti futuri²⁴⁴.

Il pegno di crediti, invece, non determina alcun trasferimento della titolarità del credito al creditore pignoratizio, dando vita esclusivamente ad un diritto di prelazione.

Secondo quanto statuito dall'art. 2800 c.c. la prelazione avrà luogo soltanto quando la costituzione del pegno risulti da atto scritto e sia stata notificata al debitore del credito dato in pegno oppure sia stata accettata dallo stesso con scrittura privata avente data certa.

Il diritto di prelazione sul credito verrà ad esistenza con la notificazione del titolo costitutivo al terzo debitore, finalizzata a rendere socialmente conoscibile il vincolo della prelazione e non con il semplice scambio dei consensi.

Nell'ipotesi di inadempimento del rapporto obbligatorio, il creditore pignoratizio, alla scadenza prevista, potrà riscuotere il credito, trattenendo l'importo che è a lui dovuto e restituendo al debitore la somma residua²⁴⁵.

In particolare l'art. 2803 c.c. stabilisce che “se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere il denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente”.

In presenza di beni non fungibili, il creditore potrà anche richiedere al giudice l'autorizzazione alla vendita o l'assegnazione in pagamento del bene che è stato dato in pegno, diventandone proprietario e versando la differenza, nel caso in cui il valore del bene sia superiore all'importo del

²⁴⁴ Cfr. App. Firenze, 20-12-1988, in *Diritto fallimentare*, 1989, II, p. 831, la quale afferma che lo scopo di garanzia “non esclude l'effetto traslativo della titolarità del credito e della legittimazione ad esigerlo, tipico di ogni specie di cessione”.

²⁴⁵ In proposito F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 1999, p. 400; G. Tucci, *Responsabilità patrimoniali e cause di prelazione*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1999, pp. 1200-1201; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998, p. 628.

credito.

Tale istituto potrà trovare applicazione soltanto se il rapporto garantito è inadempito; è in quella circostanza che il creditore pignoratizio sarà legittimato ad acquisire il bene, diventandone proprietario²⁴⁶.

L'acquisizione non dovrà, tuttavia, determinare un ingiustificato arricchimento del creditore, in danno del patrimonio del debitore e degli altri creditori.

Alla luce di quanto sopra esposto risulta evidente che non sussiste alcuna identità tra le due figure giuridiche, essendo il *factoring* caratterizzato dal trasferimento della titolarità del credito e il pegno di crediti da un vincolo di indisponibilità e un contestuale diritto di prelazione²⁴⁷.

E' possibile, pertanto, affermare che il contratto di *factoring*, "appaga interessi che non trovano tutela sufficiente nei contratti tipici"²⁴⁸; l'originalità dell'operazione *de qua* risiede proprio nella sua struttura causale multiforme, legittimata dall'art. 1322 c.c., finalizzata a soddisfare le differenti della realtà socio-economica in continua trasformazione.

²⁴⁶ In proposito D. Valentino, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., p. 19, la quale sottolinea che "l'art. 2083 c.c. prevede che il meccanismo acquisitivo prescindendo da qualsiasi accordo iniziale o successivo tra le parti, sancendo un vero e proprio potere unilaterale di acquisizione del credito. Il creditore riscuoterebbe come semplice legittimato, ma può trattenere la prestazione, diventandone il proprietario. Presupposti per l'operazione sono l'inadempimento del debitore, la riscossione del credito pignorato e la corrispondenza economica tra debito inadempito e valore della prestazione riscossa ed acquisita".

²⁴⁷ Cfr. App. Palermo, 8-3-1991, in *Giurisprudenza commerciale*, 1992, II, p. 471.

²⁴⁸ Così G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 135.

6. L'atipicità: elemento caratterizzante questo nuovo strumento del mercato finanziario al servizio delle imprese

Dall'analisi svolta discende chiaramente che operare una sussunzione del contratto in esame nello schema di figure tipiche affini, significherebbe vanificare la complessità dell'operazione economica, con il rischio di focalizzare l'attenzione esclusivamente su alcuni aspetti funzionali (finanziamento, anticipazione del credito, funzione di scambio, ecc.), compromettendo in tal modo le finalità e l'utilizzazione di tale strumento nella pratica corrente. L'originalità dell'operazione *de qua* risiede, infatti, nella sua struttura causale multiforme e nella duttilità ad esprimere contenuti economici complessi²⁴⁹.

Sotto il profilo economico-finanziario, il ricorso a tale tecnica operativa è dettato proprio da una valutazione in termini di *costo-opportunità* che ciascuna impresa opera al momento dell'allocazione delle proprie risorse.

Le aziende tendono, infatti, ad orientare le proprie scelte verso strumenti di finanziamento che possano soddisfare al meglio le necessità gestionali, al minor costo possibile, garantendo il raggiungimento di una efficienza produttiva e di un equilibrio aziendale.

E' opportuno, peraltro, sottolineare che il contratto di *factoring*, oltre ad essere un contratto atipico, presenta i requisiti dell'uniformità e dell'uso costante e diffuso, che caratterizzano il *tipo sociale*, frutto, cioè, delle esigenze dei privati operatori economici, i quali possono, infatti, ben

²⁴⁹ P. Messina, *Il factoring*, in G. Alpa - M. Bessone (a cura di), *I contratti atipici*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1999, p. 941, ha sottolineato che "non si può delineare astrattamente una causa giuridica ma, in considerazione della peculiarità dell'accordo atipico, occorre valutare le caratteristiche del negozio ovvero l'attività che svolge l'impresa (factor) in base al contratto, rilevando che svariate sono le forme che il contratto di factoring può assumere tutte unificate da un contenuto economico globale di contratto di servizio".

desumere dall'osservazione concreta della realtà economica quali siano i modelli più adatti alla composizione del contrasto di interessi e a soddisfare le esigenze del commercio.

E' indubbio che lo schema contrattuale atipico in esame, astrattamente considerato, abbia ad oggetto, ai sensi dell'art. 1322 c.c., interessi meritevoli di tutela, assolutamente conformi ai principi dell'equilibrio economico delle prestazioni, nonché caratterizzati dalla presenza di elementi uniformi e costanti nel contesto internazionale.

E' opportuno, a tal proposito, sottolineare che il giudizio di meritevolezza, avendo ad oggetto modelli contrattuali uniformi a livello sovranazionale, è sottoposto all'influenza delle esigenze del commercio internazionale in continua evoluzione. Il vaglio degli interessi, tenendo conto dell'evolversi della regolamentazione a livello sovranazionale, deve essere, pertanto, operato proprio alla luce del carattere internazionale dei mercati.

Ne discende che interessi caratterizzati da uniformità internazionale, che abbiano superato il giudizio di meritevolezza in altri paesi, con cultura affine alla nostra, non possono essere ritenuti confliggenti con il nostro ordinamento. Approdare ad una diversa soluzione, determinerebbe un ingiustificato isolamento del nostro paese.

Quanto alla *regula iuris* da adottare nel caso di specie, non è possibile, a mio avviso, ricondurre il *factoring* ad un contratto complesso o misto, individuando la disciplina applicabile attraverso il principio della prevalenza o dell'assorbimento.

In caso contrario, il contratto innominato in senso proprio perderebbe i suoi caratteri distintivi, incorrendo conseguentemente in una riduttiva e mortificante tipizzazione del *factoring*.

Sotto il profilo causale, peraltro, non è possibile considerare il

factoring frutto della fusione di più contratti tipici. Sebbene il contratto sia caratterizzato dalla complessità e multiformità delle prestazioni che tendono al raggiungimento di differenti obiettivi giuridico - economici, non è ipotizzabile ritenere sussistente una pluralità di cause: i diversi elementi si combinano tra loro, in funzione dell'assetto di interessi perseguiti dalle parti, in modo da dare vita ad una causa unica.

L'operazione economica in esame è caratterizzata, pertanto, da una propria identità causale e presenta una propria individualità, unitarietà ed autonomia, che non consentono di ricondurre lo schema in esame ad un contratto complesso o misto, se non a rischio di minare la sua essenza e le sue potenzialità evolutive²⁵⁰.

Anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 52/1991 avente ad oggetto la cessione dei crediti d'impresa il contratto di *factoring* non ha ricevuto alcuna tipizzazione legale e continua ad essere inquadrato nell'ambito dei contratti atipici disciplinati dall'art. 1322, comma 2, c.c.²⁵¹

Com'è stato sottolineato in dottrina, non è possibile identificare il *factoring* con la disciplina contenuta nella legge n. 52/1991. Non si tratta "di una disciplina del *factoring* (nonostante il richiamo che viene fatto nell'intestazione del disegno di legge), quanto piuttosto della disciplina della cessione di crediti d'impresa tra particolari soggetti"²⁵².

²⁵⁰ Tale atipica operazione economica è, infatti, caratterizzata da tutta una serie di clausole che non permettono di ricondurla a schemi preesistenti, operando una tipizzazione che mal si concilierebbe con la "elasticità" dell'istituto di *factoring*, elemento caratterizzante tale strumento operativo sottoposto ad una continua revisione, finalizzata a soddisfare le diversificate esigenze del mercato e dei contraenti. Cfr. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 386.

²⁵¹ In proposito G. Tucci, *Factoring*, cit., p. 1391.

²⁵² Così G. De Nova, voce *Factoring*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. V, Torino, 1987, p. 351. Cfr in proposito G. C. M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 711, il quale, con riferimento alla presunta tipizzazione del contratto di *factoring* con l'entrata in vigore della legge n. 52/1991, ha precisato che "l'equivoco per la verità è giustificato dai lavori preparatori della nuova legge. Infatti il disegno di legge n. 383, da cui questa deriva, fa ampio riferimento nella sua presentazione, al *factoring* e lo menziona financo nel titolo (dal quale la parola inglese è felicemente caduta solo nell'approvazione definitiva)". F. Massa Felsani, *Il contratto di*

In diverse pronunce, la Suprema Corte di Cassazione ha cercato, infatti, di chiarire, con riferimento alla qualificazione giuridica, che il contratto di *factoring*, anche successivamente all'entrata in vigore della legge n. 52/1991 rappresenta comunque una "convenzione atipica"²⁵³, non avendo la suddetta legge regolamentato l'istituto *de quo* in modo compiuto, tanto da consentirne la tipizzazione²⁵⁴.

Il *factoring* deve essere considerato, pertanto, un contratto atipico o innominato, la cui causa è unitaria, autonoma ed anche variabile, non potendo essere individuata in modo definitivo ed astratto, bensì analizzando gli scopi effettivamente perseguiti dalle parti²⁵⁵.

Resta da individuare la disciplina applicabile al contratto in esame.

Nonostante per la regolamentazione dell'operazione sia possibile avvalersi di modelli contrattuali uniformi (contratti tipo) predisposti dalle società di *factoring*²⁵⁶, la soluzione preferibile è quella di far ricorso al procedimento analogico (*analogia legis*), applicando le disposizioni

factoring e la nuova disciplina della cessione dei crediti d'impresa, in Rivista di diritto commerciale, 1991, p. 731 sostiene che "le conclusioni che scaturiscono sia dall'analisi di tipo empirico sui contratti di *factoring* che dall'esame della disciplina della cessione dei crediti d'impresa inducono a tenere su piani distinti il contratto di *factoring* e la cessione dei crediti (..)".

²⁵³ La Corte di Cassazione ha cercato in più occasioni di soffermarsi sulla qualificazione giuridica dell'operazione di *factoring*, sottolineando che l'operazione *de qua* è caratterizzata da una pluralità di funzioni economiche, tra le quali rientrano la cessione di crediti e la gestione degli stessi. Soltanto analizzando il concreto intento negoziale perseguito dalle parti è possibile stabilire la finalità perseguita. In proposito Cass. Civ., n. 17116 del 27 agosto 2004, in *Giustizia civile – Massimario*, 2004, pp. 7-8; in senso conforme Cass. Civ., n. 10833 del 11 maggio 2007, in *Foro Italiano*, 2008, I, p. 1220; Cass. Civ., n. 10004 del 24 giugno 2003, in *Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2004, I, p. 158.

²⁵⁴ Cfr. W. Finelli, *La cessione dei crediti d'impresa come schema di contratto atipico a prestazioni corrispettive*, in *Nuova Giurisprudenza civile Commentata*, 2004, I, p. 163.

²⁵⁵ Ed è proprio l'ampio contenuto nonché la struttura complessa dell'operazione di *factoring*, che consentono di individuare diverse possibili funzioni economiche perseguite: oltre alla cessione dei crediti, l'assunzione del rischio di insolvenza del debitore ceduto, la concessione di anticipazioni, la gestione dei crediti, ecc. In proposito, S. D'Oro, *Il discrimen tra il factoring e il mandato*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, p. 1296. Cfr. anche L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa, Leasing e Factoring*, cit., p. 96, il quale ha sottolineato che le parti possono decidere liberamente quali clausole e condizioni inserire nel contratto, a seconda dello scopo che intendono perseguire. Ne consegue che non è possibile "ricondurre la natura giuridica del factoring ad uno schema causale predeterminato ed unico per la variabilità che la sua struttura assume nell'economia del contratto".

²⁵⁶ Particolarmente innovativo è, ad esempio, il modello contrattuale predisposto dall'Assifact (Associazione tra le società di *factoring* italiane), "che può considerarsi paradigmatico di quanto avviene nella prassi e diretto a recepire le novità legislative". Così A. - G. Rossi, *Il factoring*, cit. p. 68.

normative destinate a schemi legali da ritenersi affini al contratto atipico, per la loro natura e funzione economico sociale.

Tale soluzione, sebbene non condivisa da parte della dottrina, in quanto considerata riduttiva²⁵⁷, è senz'altro quella più corretta ed adeguata alle caratteristiche dell'operazione in esame.

L'applicazione analogica è senza ombra di dubbio lo strumento che, consentendo l'individuazione della disciplina applicabile ad istituti non regolamentati nel nostro ordinamento, favorisce un processo di integrazione normativa, colmando le lacune dello schema atipico anche nel suo processo evolutivo, conseguente alla trasformazione dell'assetto del mercato internazionale.

Tale tecnica deve ritenersi quella maggiormente rispondente al continuo processo di cambiamento cui è sottoposta l'operazione in esame, che deve essere in grado di rispondere alle esigenze di una realtà in continua trasformazione, sia sotto il profilo economico che commerciale.

E' il caso, infine, di sottolineare che parte della dottrina, spingendosi oltre, ha sostenuto che focalizzarsi sulla categoria operazione economica²⁵⁸, nella quale rientra anche l'istituto del *factoring*, alla quale può essere attribuita una valenza non meramente descrittiva, bensì qualificante, potrebbe anche rappresentare un rimedio, rendendo di secondaria importanza la problematica della riconduzione al tipo²⁵⁹.

²⁵⁷ Tra gli altri G. Sbisà, *Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, p. 120; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, pp. 123 ss.

²⁵⁸ E. Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno – E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 707, ha precisato che la categoria "operazione economica" deve essere intesa quale "sintesi delle determinazioni precettive, dei comportamenti e della compresenza, in un medesimo regolamento, di più funzioni, ciascuna corrispondente ad una peculiare prospettiva attraverso la quale l'ordinamento osserva e valuta la conformità dell'assetto degli interessi ai principi e ai valori ordinanti del sistema normativo".

²⁵⁹ Così E. Gabrielli, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2003, I, p. 93; R. Alessi – L. Modica, *La cessione dei crediti d'impresa e il factoring*, cit., pp. 1150-1151, hanno a tal proposito sottolineato che "un approccio tradizionale al negozio atipico in grado di svolgere una pluralità di funzioni valorizza il tipo in esso prevalente, onde applicarne la relativa disciplina, con

Si eviterebbe, in tal modo, di applicare soluzioni che possano in qualche modo distorcere e mortificare la natura del negozio e gli elementi in esso contenuti, riconducendolo a un determinato tipo legale²⁶⁰.

La giurisprudenza di legittimità ha fatto ricorso in diverse occasioni a tale criterio, discostandosi da schemi contrattuali noti, focalizzando l'attenzione sulla complessità dell'operazione economica²⁶¹.

Secondo tale impostazione, l'attribuzione di rilevanza giuridica all'operazione economica, consente che, nel caso in cui si debba procedere alla risoluzione di un conflitto di interessi, al quale le clausole negoziali non facciano alcun espresso riferimento, sarà possibile utilizzare criteri che possono essere desunti dalla stessa operazione, ricorrendo a regole legali, purchè venga preventivamente operata una valutazione di compatibilità con l'economia del rapporto.

Tale approccio, secondo parte della dottrina, potrebbe rappresentare un interessante criterio guida per la risoluzione di situazioni di conflitto²⁶², in quanto "l'operazione economica costituisce essa stessa fonte di regolamentazione del rapporto, sprigiona regole ulteriori rispetto a quelle direttamente espresse nella dichiarazione negoziale delle parti"²⁶³.

conseguente frustrazione dello stesso principio di atipicità; al contrario, un criterio ermeneutico che guardi all'operazione tenderà a valorizzarne la complessità, nella consapevolezza che il singolo negozio di per sé non è l'autoregolamento: nel senso che non contiene tutto l'affare". In tal senso G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 215.

²⁶⁰ Così R. Alessi – L. Modica, *La cessione dei crediti d'impresa e il factoring*, cit., pp. 1143 ss., i quali hanno, altresì, sottolineato che è necessario prescindere "da un procedimento di sussunzione in tipi e dalla conseguente integrale applicazione della disciplina relativa al tipo individuato, e di accedere, invece, all'adozione di una disciplina composita fatta di regole attinte da diversi tipi, applicate ai diversi profili dell'operazione, eventualmente in via analogica, in armonia con gli interessi che essa esprime, nella ricerca di una soluzione coerente con l'assetto negoziale voluto dalle parti".

²⁶¹ In proposito Cass. Civ., n. 2885 del 3 aprile 1997, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, p. 673; Cass. Civ., n. 10685 del 27 settembre 1999, in *Rivista di diritto commerciale*, 2000, II, p. 255.

²⁶² Cfr. R. Alessi – L. Modica, *La cessione dei crediti d'impresa e il factoring*, cit. pp. 1152-1156.

²⁶³ Così A. D'angelo, *Il contratto in generale. La buona fede*, in M. Bessone (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2004, p. 62

Capitolo III

*La cessione dei crediti d'impresa: strumento essenziale per il
perseguimento degli interessi giuridico – economici del contratto
di factoring*

1. Gli effetti dell'introduzione della legge n. 52 del 1991 sull'organizzazione aziendale

E' opportuno sottolineare *in primis* che il perseguimento degli interessi giuridico – economici dedotti nel contratto di *factoring* è affidato all'istituto della cessione del credito.

Le norme che regolamentano tale istituto non costituiscono la disciplina completa e organica dello schema contrattuale in questione, bensì lo strumento per l'attuazione del negozio²⁶⁴, fungendo esclusivamente da supporto giuridico all'attività oggetto del contratto di *factoring*²⁶⁵.

²⁶⁴ Cfr. in dottrina L. Ragazzini, *La cessione dei crediti d'impresa* (legge 21 febbraio 1991 n. 2) in Rivista del notariato 1993, pp. 317-318, la quale sostiene che “il factoring esprime un concetto più ampio della cessione dei crediti, in esso potendo rientrare la previsione di specifici servizi di gestione commerciale da parte del cessionario (factor) in favore del cedente, come ad esempio l'effettuazione di ricerche di mercato e la comunicazione dei risultati, l'organizzazione delle vendite, la selezione della clientela”. In giurisprudenza, Cass. Civ. 18-10-1994, n. 8497, in *I contratti*, 1995, p. 23.

²⁶⁵ Sul punto si veda G. Tucci, *Factoring*, cit., p. 1394, F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., pp. 731-732, secondo la quale la disciplina dei crediti d'impresa ha il solo fine di consentire “la pratica attuazione delle operazioni di Factoring”; A. Frignani, voce *Factoring*, cit., p. 1. In giurisprudenza si veda Cass. 18/1/2001, n. 684, in *Contratti* 2001, p. 564, con nota di E. Vaglio, *Causa vendendi del factoring e fallimento del fornitore*, p. 567 ss., il quale sottolinea che il contratto di *factoring* non si risolve in una semplice cessione, ma comporta per il factor l'assunzione di molteplici obbligazioni di essenziale importanza nel regolamento degli interessi dedotti nel contratto.

Le norme sulla cessione dei crediti (artt.1260-1267 c.c.) hanno rappresentato una prima forma di disciplina da applicarsi al contratto di *factoring*, che, tuttavia, non poteva essere considerata esaustiva, non contenendo alcun riferimento a tutta una serie di profili operativi da ritenersi essenziali nell'ambito del contratto di *factoring* (pensiamo ad esempio alla globalità dei crediti presenti e futuri).

Si rese, pertanto, necessario l'intervento del legislatore e dopo un lungo iter parlamentare, si approdò alla legge n. 52 del 25 febbraio 1991, che ha avuto il merito di riuscire a risolvere dubbi interpretativi su alcune peculiarità dello strumento in esame, tipizzando esclusivamente il nucleo fondamentale dell'operazione, ovvero quello della cessione dei crediti, ma non il negozio di *factoring*, il quale, essendo caratterizzato da una complessità giuridico – economica, continua a trovare la sua regolamentazione nell'autonomia negoziale delle parti²⁶⁶.

Non è stata creata, pertanto, una legge speciale sul *factoring*, ma una peculiare disciplina che innova le norme del codice civile²⁶⁷, integrando e completando²⁶⁸ le prescrizioni normative già esistenti.

Ne discende che il *factoring*, com'è stato già sottolineato, continua ad essere inquadrato tra i contratti atipici e trova il suo fondamento nell'art.

²⁶⁶ In tal senso App. Bari, 13 luglio 1990, in *Giurisprudenza italiana*, 1991. I, 317. Potremmo anzi sostenere che l'entrata in vigore della legge n. 52/1991 è la più evidente conferma della maggiore ampiezza contenutistica del contratto di *factoring*. Sul punto si veda G. Fossati - A. Porro, *Il Factoring*, cit., p. 121, i quali sottolineano come la mancanza di identità tra il *factoring* e la cessione dei crediti è confermata dalla molteplicità di funzioni cui può assurgere il negozio di *factoring*. Secondo gli autori il nostro legislatore ha deciso "di regolamentare non la convenzione di *factoring* nelle sue diversificate e complesse finalità, ma la cessione dei crediti d'impresa, dettando una peculiare disciplina in aggiunta o che specifica ed innova quella generale di cui agli artt. 1260 ss. c.c.". In proposito si veda anche R. Clarizia, *Il factoring*, cit., p. 9. Cfr in proposito anche M. Rota, *Osservazioni a Trib. Milano, 17 agosto 2011, sul rapporto tra la disciplina del factoring e quella della cessione del credito*, in *Rivista delle società*, 2014, II, p. 451.

²⁶⁷ Sul punto si veda G. Fossati - A. Porro, *Il Factoring*, cit., p. 117; O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 54; R. Clarizia, *Il factoring*, cit., p. 13; A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 59.

²⁶⁸ In tal senso C. Amato, *Annotazioni alla legge 21 febbraio 1991 n. 52, sulla cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 485; L. Ragazzini, *La cessione dei crediti di impresa*, cit., p. 318.

1322 c.c.²⁶⁹.

La disciplina della cessione dei crediti, pertanto, pur rappresentando l'elemento centrale dell'operazione economica, non coincide con quella del suddetto contratto²⁷⁰.

In sede di approvazione definitiva vennero apportate modifiche all'originario progetto di legge, la più rilevante delle quali fu l'introduzione dell'art. 2, riguardante l'istituzione presso la Banca d'Italia di uno speciale albo delle imprese abilitate ad esercitare l'attività di *factoring* sotto la vigilanza della stessa.

Il testo definitivo della legge n. 52/1991, approvato nella seduta del 9 gennaio 1991 dalla seconda commissione permanente (giustizia), era rubricato "disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa". Nel testo era totalmente assente qualsiasi riferimento al "*factoring*" utilizzato nel D.D.L. n. 383, terza ed ultima bozza (n. 383), approvata dalla seconda commissione permanente (giustizia) del Senato in data 17 dicembre 1987, composta da sei articoli ed intitolata "disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa (*factoring*)".²⁷¹

²⁶⁹ In tal senso G. Semino, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring, anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991 n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1995, p. 708; F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa"*, cit., p. 732; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 710. Contra L. Ragazzini, *Le cessioni dei crediti d'impresa (legge 21 febbraio 1991 n. 52)*, cit., p. 318, la quale ritiene che la causa del contratto di *factoring* come disciplinato dalla legge n. 52 del 1991, sarebbe la vendita di crediti al fine del reperimento dei mezzi finanziari. In posizione mediana si collocano G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 120 ss., i quali sostengono che la nuova legge abbia tipizzato soltanto l'aspetto prevalente del *factoring*, quello della cessione *causa vendendi*. In giurisprudenza, App. Lecce-Taranto, 17-9-2001, in *Archivio civile*, 2002, p. 581.

²⁷⁰ In proposito G. Semino, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring, anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991 n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, cit., p. 713. In giurisprudenza si veda Cass. 12-4-2000, n. 4654, in *Fallimento*, 2001, p. 515, la quale sottolinea la complessità della convenzione di *factoring*.

²⁷¹ Il primo progetto di legge, in cui si faceva riferimento al termine *facturing* anziché *factoring*, fu presentato alla Camera dei Deputati l'11 dicembre 1975. Esso fu fortemente criticato in quanto assimilava il *factoring* allo sconto, non faceva riferimento alle grandi imprese e permetteva l'emissione delle tratte una volta che fosse stato effettuato il collaudo dei prodotti finiti, le cui modalità e termini di esecuzione non erano disciplinati nella proposta di legge. Il *factor* non aveva alcun ruolo nella determinazione del tetto massimo di liquidità da accordare all'impresa cedente; era, infatti,

La finalità della normativa era quella di integrare la disciplina del codice civile in tema di cessione dei crediti, adattandola anche alle esigenze di sviluppo del *factoring* in Italia, senza imbrigliare l'operazione in uno schema tipico²⁷².

Sotto il profilo economico, l'obiettivo era quello di consentire alle imprese che ricorrevano al *factoring* di operare una pianificazione strategica della politica aziendale, concentrandosi sul perseguimento di obiettivi di efficienza produttiva e gestionale.

La legge n. 52/1991 prevede espressamente che la cessione dei crediti

prestabilito che l'autorizzazione alla cessione delle tratte riguardasse somme il cui importo non poteva oltrepassare un quarto del prezzo dovuto dal debitore per i servizi di cui aveva usufruito e per i prodotti acquistati. Inoltre, la proposta di legge, non faceva alcun riferimento ai servizi accessori e ai rapporti tra il cedente e il *factor*-cessionario, elementi essenziali in un contratto di *factoring*.

Successivamente venne presentato un secondo progetto, preambolo della legge n. 52/1991, su iniziativa di una commissione di studi nominata da alcune società di *factoring* (Ifitalia, Factorit, Credit *factoring*). Alla fine del 1982, la commissione presentò inizialmente un testo che comprendeva 19 articoli, diviso in due titoli, che potesse soddisfare le esigenze delle società e dei loro clienti. Il primo titolo, riguardante il contratto di fattorizzazione obbligatorio, faceva riferimento al contratto che obbligava il fornitore a cedere i propri crediti. Il secondo era dedicato al contratto di fattorizzazione traslativo, "*intendendosi con tale nome iuris, quel contratto che trasferisce i crediti anche futuri, con effetto dal loro venire ad esistenza*". Così O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 51, i quali ribadiscono che "*quest'ultima tipologia contrattuale era uno degli aspetti più rilevanti della bozza, assieme all'introduzione di un sistema di pubblicità al fine dell'opponibilità nei confronti dei terzi, che prevedeva, in sostituzione della notificazione, il deposito in un ufficio da istituirsi presso la Camera di Commercio*". La proposta di legge, il cui fine era quello di soddisfare le esigenze di cui risultavano portatrici le società e i loro clienti, fu oggetto di aspre critiche incentrate sulla complicazione della disciplina proposta e sulla farraginosità degli istituti introdotti, in occasione di un convegno svoltosi a Roma presso l'ABI (Associazione Bancaria Italiana); di conseguenza, la commissione, dopo aver esteso la partecipazione ad altre due società, Barclays Factoring e Heller Factor, modificò il testo di legge, riducendo a sei il numero degli articoli. Non si trattava più di una disciplina riguardante specificamente il contratto di *factoring*, ma di una più generica regolamentazione della cessione dei crediti. Cfr. in proposito F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa"*, cit., pp. 731-732.

La finalità del disegno di legge era quella di fornire una chiara qualificazione del contratto di *factoring* e di eliminare le difficoltà esistenti sul piano operativo in caso di cessione dei crediti futuri. Il progetto fu sottoposto ad alcuni lievi ritocchi ed integrazioni, introdotti ad opera di un ristretto numero di esperti, recepiti in una terza ed ultima bozza (n. 383). Tale bozza redatta dalla commissione di studio venne trasformata nel disegno di legge n. 882, il quale fu comunicato alla Presidenza del Consiglio il 26 giugno 1984 e fu approvato in sede legislativa dalla commissione giustizia del Senato in data 23 gennaio 1986. Esso cadde al termine della legislatura, per poi essere ripresentato al senato il 5 agosto 1987 come disegno di legge n. 383. Cfr. O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 52.

²⁷² Un obiettivo del genere sarebbe assolutamente fuorviante in quanto è necessario considerare che, come già detto, la cessione dei crediti non esaurisce il rapporto di *factoring*. In tal senso Trib. Genova, 10/8/2000, in *Fallimento*, 2001, p. 517, il quale sottolinea che il *factoring* è un contratto atipico con oggetto più ampio di quello previsto dalla legge n. 52/1991.

debba essere posta in essere da un soggetto che rivesta la qualità di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. Rientrano in questa definizione anche l'imprenditore agricolo, il piccolo imprenditore²⁷³ e l'artigiano²⁷⁴ che spesso fanno ricorso al *factoring* per soddisfare esigenze di finanziamento che altrimenti non riuscirebbero ad appagare a causa della minore possibilità di accesso al credito bancario rispetto alle imprese di grandi dimensioni²⁷⁵.

Oggetto della cessione devono essere crediti pecuniari relativi a contratti stipulati dal cedente nell'esercizio dell'impresa²⁷⁶. Secondo parte della dottrina non sono sottoposti alla nuova disciplina i crediti IVA, i crediti per risarcimento danni, i crediti dei professionisti²⁷⁷.

²⁷³ In tal senso A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit. p. 63, G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 118. Ai sensi dell'art. 2083 c.c. "sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia".

²⁷⁴ In tal senso R. Clarizia, *I contratti di factoring*, cit., p. 393; G. De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 134.

²⁷⁵ In proposito M. Bussani - M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit. pp. 211 ss. Per quanto concerne l'applicazione della normativa speciale alle cessioni dei crediti vantati dai professionisti si propende per la soluzione negativa, considerando che il professionista non rientra per tradizione del nostro ordinamento, nell'ambito di applicazione dell'art. 2082. In tal senso A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit. p. 64. È necessario inoltre precisare che non è possibile applicare la disciplina di diritto speciale quando l'impresa sia in fase di liquidazione o l'attività sia comunque cessata. Cfr. sul punto in giurisprudenza Cass. Civ., 28 dicembre 1988 n. 6953, in *Fallimento*, 1989, p. 510; in dottrina U. Belviso, *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 8.

²⁷⁶ Non sono soggetti alla disciplina di cui alla legge n. 52/1991 "i negozi che determinano il trasferimento, da parte del cedente, di posizioni giuridiche attive diverse dai crediti, o che prevedono la cessione di crediti il cui oggetto, al momento della conclusione del contratto, non sia rappresentato da una somma di denaro". Così G. Guerrieri, *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, Milano, 2002, p. 28.

²⁷⁷ In tal senso V. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti di impresa*, cit., p. 13; contra A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., pp. 62-63, i quali ritengono che i crediti acquistati a titolo di risarcimento danni per inadempimento di terzi rientrino nella previsione dell'art. 1, sia perché nel testo normativo non c'è alcun riferimento specifico ai soli rapporti con la clientela, sia perché il credito risarcitorio da inadempimento sarebbe di origine contrattuale. Anche all'IVA, secondo questa impostazione, sarebbe applicabile la legge n. 52/1991. La soluzione positiva deriverebbe dal fatto che l'art. 1, comma 2°, lett. b, si riferirebbe non soltanto ai crediti specificamente dedotti in contratto, ma a qualsiasi credito che derivi all'imprenditore dal contratto, anche se, come nel caso del rimborso IVA, debitore non sia la controparte contrattuale, ma un altro soggetto (nello specifico il Ministero delle Finanze). Il dubbio sarebbe, inoltre, superato dall'art. 5, comma 4 ter, L. 13-5-1998, che, dal momento che disciplina le conseguenze della cessione del credito da rimborso IVA, considera implicitamente possibile la stessa. Sull'oggetto della cessione del credito cfr. Cass. Civ., 15-9-1999, n. 9823, in *Giustizia civile*, 2000, p. 3273, la quale afferma che il credito è trasferito al cessionario, oltre che con i privilegi e le garanzie, anche con gli altri accessori. Nell'oggetto della cessione rientra cioè ogni situazione

Ai sensi della legge n. 52/1991 il cessionario deve essere una società o un ente pubblico o privato, avente personalità giuridica, che fornisce garanzie di solidità patrimoniale: a tal proposito l'art. 1 prescrive che la consistenza del capitale sociale o del fondo di dotazione non deve essere inferiore a dieci volte il capitale minimo previsto per le società per azioni. Successivamente l'art. 156, comma 2, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d. lg. 1-9-1993 n. 385) ha modificato l'art. 1, comma 1, lett. c, della legge n. 52 del 1991 stabilendo che "il cessionario è 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". L'inclusione delle banche tra i soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di *factoring* rappresenta indubbiamente un'importante novità²⁷⁸.

Inoltre, il nuovo testo, stabilendo che il cessionario è o una banca o un intermediario finanziario, esclude, a differenza del testo originario, dall'attività di *factoring*, i soggetti che non abbiano come oggetto esclusivo l'esercizio di attività finanziarie²⁷⁹.

L'obiettivo della nuova normativa era quello di accrescere la professionalità dei *factors*, impedendo che l'attività di *factoring* fosse meramente collaterale ad altre e che fosse esercitata da soggetti privi di competenza nell'ambito economico-finanziario²⁸⁰.

giuridica collegata con il diritto stesso che integri il suo contenuto economico e la sua funzione (incluso il diritto al risarcimento del maggior danno derivante dal ritardo nel pagamento del credito stesso).

²⁷⁸ Viene superata in tal modo la posizione della Banca d'Italia che era contraria all'esercizio dell'attività di *factoring* da parte degli istituti di credito. Cfr. De Nova, *Novità della disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in I contratti, 1994, I, p. 119.

²⁷⁹ Cfr. A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 65. Il testo originario riteneva sufficiente l'inclusione nell'oggetto sociale dell'acquisto dei crediti d'impresa.

²⁸⁰ "Il cessionario dei crediti d'impresa può vestire i panni della banca, dell'intermediario finanziario iscritto nel (solo) elenco generale di cui all'art. 106 T.U.B. dell'intermediario finanziario iscritto (anche) nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 T.U.B., dell'intermediario iscritto nell'apposita sezione dell'elenco generale di cui all'art. 113 T.U.B., della società finanziaria avente sede legale in uno stato

L'art. 1 precisa al comma 2 che alle cessioni di crediti che non presentano i suddetti requisiti si applicano le norme del codice civile (artt. 1260-1267).

E' opportuno, altresì, evidenziare che l'art. 161 T.U.B ha abrogato l'art. 2 della legge n. 52 del 1991 che prevedeva l'iscrizione delle imprese, che esercitavano attività di cessione dei crediti, all'albo istituito presso la Banca d'Italia e l'esercizio dell'attività di vigilanza da parte di quest'ultimo ente per controllare il regolare svolgimento dell'attività²⁸¹.

In ogni caso l'art. 2, sottoponendo per la prima volta a vigilanza un'istituzione finanziaria, indipendentemente dall'esistenza di rapporti di partecipazione ad una banca, perseguiva l'obiettivo di eliminare disparità di trattamento tra soggetti esercenti attività di intermediazione finanziaria²⁸². Cancellato l'albo speciale delle imprese che esercitano attività di *factoring*, per le società ivi iscritte è stato previsto il passaggio nell'elenco di cui all'art. 106 T.U.B., al ricorrere delle condizioni indicate nell'art. 107 T.U.B²⁸³.

E' opportuno operare un cenno agli aspetti innovativi della nuova disciplina rispetto alla preesistente.

Innanzitutto la legge n. 52/1991 prevede che i crediti futuri e i crediti in massa siano oggetto di trasferimento, purché il contratto sia stipulato in

comunitario e controllata dalla banca avente sede legale nello stesso stato di cui all'art. 18, 2° comma T.U.B. A ciascuna di queste classi, il testo unico impone una disciplina differenziata: anche l'attività di cessione dei crediti d'impresa, a seconda che il cessionario rientri in un gruppo o in un altro, sarà sottoposta a regole diverse". Così M. Bussani - M. Infantino, Cessione del credito e factoring, cit., p. 227.

²⁸¹ In proposito si veda U. Belviso, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 12, secondo il quale l'istituzione dell'albo aveva il fine di "combattere la penetrazione in atto con intento di riciclaggio del danaro "sporco" e della delinquenza organizzata nelle attività finanziarie".

²⁸² Difatti, prima della legge n. 52/1991, le società finanziarie, molte delle quali esercitavano attività di *factoring*, non erano sottoposte né all'iscrizione all'albo né ad alcuna forma di vigilanza, alla quale erano invece soggetti gli enti creditizi esercenti la stessa attività. Sul punto si veda A. Frignani - G. Rossi, *Il Factoring*, cit., p. 66.

²⁸³ Gli artt. 106 e 107 T.U.B. sono stati modificati di recente dal D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

24 mesi e sia indicato il debitore ceduto (art. 3)²⁸⁴.

L'art. 4 prevede, inoltre, la garanzia da parte del cedente della solvibilità del debitore ceduto, nei limiti del corrispettivo pattuito, salvo che il cessionario non rinunci a tale garanzia.

L'art. 5 individua nel pagamento del corrispettivo per la cessione con data certa un nuovo criterio per rendere opponibile il trasferimento dei crediti ai terzi. È prevista, inoltre, una nuova disciplina in caso di fallimento del debitore ceduto e del cedente (artt. 6-7).

È evidente che l'introduzione della legge n. 52 del 1991, che ha regolamentato tutta una serie di profili operativi essenziali nell'ambito dell'operazione di *factoring*, ha favorito lo sviluppo e la diffusione del contratto in esame, consentendo alle imprese che ricorrono allo strumento *de quo* di conseguire una semplificazione dell'organizzazione aziendale, con numerosi vantaggi nel campo delle politiche economiche, commerciali e finanziarie.

Sofferriamo ora l'attenzione sulla trasferibilità dei crediti futuri, sulla garanzia di solvenza del debitore ceduto e sulla disciplina del fallimento, anche sotto il profilo economico-finanziario.

²⁸⁴ La validità della cessione dei crediti futuri è condizionata all'esistenza del rapporto dal quale i crediti dovranno nascere. Cfr. sul punto App. Milano, 2/2/1996, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1996, II, p. 1095, con nota di A. D'Attilio, *su alcune questioni vecchie e nuove in tema di cessione del credito*, p. 1091.

2. Il trasferimento della titolarità del credito dal fornitore - cedente al *factor* - cessionario e i benefici per lo svolgimento dell'attività d'impresa

E' opportuno *in primis* soffermare l'attenzione sul trasferimento della titolarità del credito dal fornitore-cedente al *factor* cessionario, proprio per la rilevanza, anche sotto il profilo economico-finanziario, del momento in cui la cessione si perfeziona.

Ed, infatti, è proprio nel momento in cui la cessione diventa operativa che l'impresa trasmette l'amministrazione finanziaria al *factor*, il quale provvede a monitorare tutti i rapporti di credito esistenti nei confronti della clientela.

Per analizzare compiutamente l'effetto traslativo, occorre brevemente soffermarsi sulla struttura del contratto di *factoring*, sulla quale non esiste in dottrina un'unanimità di vedute. E' opportuno, a tal proposito, richiamare due differenti orientamenti.

Secondo parte della dottrina, l'operazione sarebbe strutturata su un contratto di base e su successivi autonomi contratti esecutivi²⁸⁵.

²⁸⁵ E' opportuno specificare, com'è stato sottolineato in dottrina, che il contratto base potrebbe essere un contratto normativo, preliminare, o normativo e preliminare allo stesso tempo.

Il contratto normativo conterrebbe regole riguardanti le future cessioni dei crediti, qualora le parti decidessero di porle in essere. In tal senso A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 75, il quale sottolinea che "la prassi italiana sembra orientata verso l'esclusione di un vero e proprio obbligo a stipulare le cessioni di credito in base al contratto di factoring". Tale formulazione è stata, tuttavia, ritenuta "inadatta a qualificare un accordo in sé idoneo a produrre effetti immediati nei rapporti tra le parti", tenendo conto che l'effetto più rilevante del *factoring* è l'obbligo dell'impresa di cedere al *factor* i crediti verso i debitori ceduti. Così M. Torsello, *I rapporti tra le parti del contratto di factoring, tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 557. Il contratto normativo predisporrebbe le regole che le parti dovrebbero adottare nei futuri contratti, se e in quanto decidessero di stipularli, ma non obbligherebbe le stesse a stipulare negozi di cessioni. Tuttavia, è necessario precisare che predisporre il contenuto del futuro contratto, vuol dire non solo stabilire regole relative agli obblighi di correttezza e buona fede da osservarsi nella fase preparatoria e nell'esecuzione del contratto, ma anche le conseguenze derivanti da un inadempimento contrattuale. Tale precisazione contraddice le premesse alla base dello schema contrattuale in esame, in quanto se il

Tale convenzione darebbe luogo, pertanto, ad un contratto preliminare di cessione. In tal caso il trasferimento avrebbe luogo al momento della conclusione dei singoli negozi di cessione²⁸⁶.

Secondo un diverso orientamento, a mio parere condivisibile, il *factoring* configurerebbe un contratto atipico di cessione immediata e

contratto di *factoring* ha carattere normativo, non dovrebbe sorgere alcun obbligo a stipulare il contratto definitivo.

Altra configurazione è quella del contratto come preliminare. Tale contratto, il quale contiene sempre una parte della disciplina del futuro contratto definitivo, sarebbe equivalente ad una promessa di trasferimento dei crediti futuri, in base alla quale l'impresa cedente e quella cessionaria assumerebbero l'obbligo di non allontanarsi dalla disciplina tra loro concordata e di concludere futuri contratti di cessione. Cfr. in questo senso Trib. Firenze, 2-6-1995, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, I, p. 272. In dottrina I.A. Santangelo, *Il factoring*, in diritto fallimentare, 1975, I, pp. 197 ss. E' opportuno, tuttavia, sottolineare che l'identificazione con un contratto preliminare, seguito da tanti contratti definitivi, renderebbe frammentaria un'operazione concepita "*sistematicamente e unitariamente da un punto di vista economico*". Così P. Messina, *Sulla causa nel contratto di factoring*, cit., p. 1070. Ulteriore elemento a sfavore di tale inquadramento è la considerazione che se a volte è agevole qualificare il contratto preliminare come unilaterale, allorché il *factor* si riserva la facoltà di accettare o meno i crediti ceduti dall'impresa, notevoli difficoltà si presentano qualora il cessionario s'impegni ad accettare soltanto i crediti verso determinati clienti. In tal caso il contratto di *factoring* dovrebbe essere sdoppiato in due preliminari: uno bilaterale (per i crediti accettati in anticipo) e l'altro unilaterale. Inoltre, ridurre il contratto di *factoring* ad una promessa di trasferimento dei crediti, vuol dire non tener conto delle altre clausole del contratto e della prassi delle imprese cedenti di comunicare ai debitori ceduti che la conclusione del contratto di *factoring* comporta l'obbligo di versare al *factor* quanto dovuto per la prestazione di beni e servizi e che il pagamento avrà efficacia liberatoria soltanto se effettuato nei suoi confronti. Sul punto si veda F. Santi, *Il factoring*, cit., pp. 60 ss., il quale precisa che la configurazione di un contratto preliminare che comporta l'obbligo di stipulare un futuro contratto definitivo, dovrebbe condurre, in caso di inadempimento, all'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., cosa che difficilmente si verifica nell'attuale giurisprudenza del nostro ordinamento. La convenzione di *factoring* sarà, tuttavia, fonte di responsabilità in capo al *factor* o al cliente che decideranno di non perfezionare la cessione dei crediti. È anche necessario tener presente che la mancata indicazione, al momento della stipulazione, dell'identità del debitore ceduto, dell'ammontare delle cessioni, o della fonte del credito, potrebbe determinare la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto. Sul punto si veda G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 126, i quali sottolineano che, per non incorrere nella sanzione dell'art. 1418, il contratto preliminare dovrà contenere gli elementi essenziali del futuro contratto definitivo. Si arriverebbe, seguendo tale schema, a tipizzare i contratti definitivi di cessione, fornendo loro una rilevanza economica e giuridica che nella realtà non hanno, in quanto è nel contratto di *factoring* che è possibile rinvenire la loro qualificazione giuridica di pro-soluto o pro-solvendo o la diversa funzione di semplici strumenti per l'incasso, la contabilizzazione e la gestione amministrativa e contenziosa.

È anche possibile, infine, che il contratto preliminare si innesti su un contratto normativo: in tal caso le parti saranno tenute a concludere le future cessioni del credito, secondo lo schema quadro appositamente stabilito. In proposito A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 75; A. Frignani, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture capital*, Torino, 1991, p. 64. In giurisprudenza Tribunale di Torino, 21 novembre 1994, in *Diritto fallimentare*, 1995, II, p. 881. Sul trasferimento della titolarità del credito cfr. M. C. Macri, *Il factoring*, cit. p. 156-157.

²⁸⁶ Tra gli altri G. Semino, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991, n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, cit., p. 715; B. Cassandro Sulpasso, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: il factoring in Europa*, cit., p. 37 ss..

globale di crediti presenti e futuri, definitivo ed unitario²⁸⁷.

L'effetto traslativo si attuerebbe automaticamente al momento della stessa venuta a giuridica esistenza dei crediti²⁸⁸.

Tale impostazione sembra, peraltro, in linea con l'obiettivo perseguito nella legge 21 febbraio 1991 n. 52 sulla cessione dei crediti d'impresa di facilitare la cessione globale dei crediti, anche futuri, adeguando la struttura negoziale della cessione a dinamiche di massa²⁸⁹.

In ogni caso, indipendentemente dal momento di realizzazione dell'effetto traslativo, il trasferimento dei crediti dipende soltanto dal consenso delle parti, senza che sia necessaria alcun'altra formalità; non sarà, pertanto, indispensabile la comunicazione dell'avvenuta cessione al debitore ceduto, non solo con riferimento alla sua validità, ma anche

²⁸⁷ Secondo la teoria dell'unitarietà la convenzione di *factoring* darebbe luogo ad un contratto definitivo di cessione dei crediti futuri. Nell'ambito di tale teoria, in particolare in relazione al problema della qualificazione della causa dell'operazione, esistono due alternative. (Sul punto si veda M. Torsello, *I rapporti tra le parti del contratto di factoring tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*, cit., p. 557). Il contratto può prevedere espressamente il trasferimento automatico dei crediti al momento in cui si originano, senza necessità di un successivo negozio di trasferimento; in questo caso l'unitarietà dell'operazione è intrinseca e l'unico problema sarà l'individuazione della causa. (Cfr. Trib. Milano, 16-10-1989, in *Giurisprudenza Italiana*, 1990, I, p. 468). Nella prassi italiana, tuttavia, prevale l'impostazione in base alla quale ogni credito può essere trasferito al momento in cui viene ad esistenza. Anche con riferimento a tale struttura è possibile parlare di unitarietà del contratto, considerando le cessioni atti esecutivi dello stesso. (Cfr. in dottrina B. Cassandro Sulpasso, *Il factoring per le piccole e medie imprese*, cit., pp. 112 ss.. In giurisprudenza App. Bari, 13-7-1990, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, II, p. 317 ss., secondo la quale "il contratto di factoring è un contratto tipico ad effetti reali, aventi ad oggetto la cessione globale dei crediti d'impresa, in cui le singole cessioni trovano la loro causa nell'accordo intercorso e si qualificano come semplici atti esecutivi del contratto di factoring stesso"). Nel caso in esame la facoltà di accettazione del *factor* è considerata come condizione sospensiva potestativa, determinante per la produzione degli effetti del contratto.

²⁸⁸ In tal senso F. Nappi, *Sulla responsabilità derivante da una promessa di pagamento priva di causa*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1998, II, pp. 288 ss.; U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, cit., p. 305 ss.; G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 151. In giurisprudenza Tribunale di Napoli, 4 ottobre 1986, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1989, II, p. 111. Cfr. G. Tucci, *Factoring*, cit., pp. 542-543.

²⁸⁹ Preme sottolineare che anche la concezione unitaria del contratto, come cessione globale o non di crediti futuri è stata considerata riduttiva, in quanto il contratto di *factoring* consente la cessione di crediti futuri, anche di massa, ma non si esaurisce in essa. Prima dell'emanazione della legge n. 52 del 1991 era, inoltre, necessario adottare con prudenza tale forma di cessione, in quanto, per la validità della stessa, si richiedeva, a pena di nullità, la determinatezza in relazione ad uno specifico rapporto o alla sussistenza del rapporto giuridico di base da cui traevano origine i crediti futuri, rendendoli determinati o determinabili. In proposito B. Cassandro Sulpasso, *Il factoring per le piccole e medie imprese*, cit., pp. 112 ss

all'efficacia nei confronti di quest'ultimo²⁹⁰.

Al cessionario è, ad ogni buon fine, riconosciuta, dopo aver operato una valutazione della convenienza economico-finanziaria dell'operazione, un'assoluta discrezionalità nel decidere se acquistare o meno. La sua preferenza in un senso o nell'altro rappresenta il momento fondamentale dell'operazione.

La nuova normativa consente all'art. 3 la cessione globale di crediti presenti e futuri, alla sola condizione che il contratto, anche se non ancora stipulato, venga concluso entro ventiquattro mesi e sia indicato il debitore ceduto²⁹¹. Ma, in ogni caso la legge, pur attribuendo particolare rilievo alla cessione dei crediti futuri, non identifica assolutamente il *factoring* con tale sottotipo di cessione²⁹². Inoltre, l'operatività della stessa, è subordinata alla facoltà riservata al *factor* di accettare o meno la massa dei crediti²⁹³.

²⁹⁰ La dottrina si è fortemente divisa sul momento in cui la titolarità del credito passa dal cedente al *factor*. In questa sede è soltanto possibile ribadire che entrambe le costruzioni presentano aspetti negativi e positivi. Cfr in proposito U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, cit., p. 305 ss.; O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., pp. 37-38.

²⁹¹ Il contratto di *factoring* "sembra assumere la qualificazione di accordo unitario per la cessione di crediti futuri e/o di massa, avente efficacia obbligatoria: l'effetto traslativo si produce al momento della nascita dei singoli crediti, o al momento dell'approvazione delle fatture da parte del *factor* (se così prevedono i formulari contrattuali), non essendo necessario un secondo negozio di trasferimento". C. Amato, *Annotazioni alla legge 21 febbraio 1991 n. 52 sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Quadrimestre*, 1992, pp. 490-491.

²⁹² In proposito G. Fossati - A. Porro, *Il Factoring*, cit., p. 127; G. Alessi, *La legge 21 febbraio 1991, sulla disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1991, p. 379, il quale sostiene che la legge n. 52 del 1991 ha tra i principali obiettivi quello di adeguare la cessione dei crediti futuri a dinamiche di massa.

²⁹³ Il *factor*, infatti, potrebbe decidere, servendosi della sua discrezionalità, di non accettare alcun credito. In proposito O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 38.

2.1 La trasferibilità dei crediti futuri e in massa

Una particolare forma di cessione è quella dei crediti futuri e in massa. E' opportuno sottolineare che, già prima dell'entrata in vigore della legge n. 52 del 1991, il Codice civile prevedeva all'art. 1348 c.c. la possibilità di dedurre in contratto la prestazione di cose future, ponendo come unica condizione la determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.)²⁹⁴.

Il legislatore con la nuova normativa ha allargato il raggio delle ipotesi di cedibilità, apportando una deroga sostanziale alla disciplina codicistica della cessione dei crediti, con l'obiettivo di semplificare l'operatività del *factoring*.

L'art. 3 della legge speciale, eliminando qualsiasi dubbio sulla trasferibilità dei crediti futuri e in massa²⁹⁵, ha *in primis* stabilito che “i

²⁹⁴ La Suprema Corte aveva precisato che tale condizione viene soddisfatta quando al momento della cessione esiste il rapporto giuridico di base dal quale i crediti futuri trarranno origine Cfr. Cass. Civ., n. 3421 del 2-8-1977, in *Giurisprudenza Italiana*, 1978, I, 1572; Cass. Civ., n. 4040 dell'11-5-1990, in *Foro Italiano*, 1991, p. 2489.

Quanto al momento traslativo della cessione, si riteneva, applicando quanto statuito dall'art. 1472 in tema di vendita di cose future, che il trasferimento del credito al *factor*-cessionario si verificasse quando il credito veniva ad esistenza. Prima di tale momento, la cessione aveva un'efficacia esclusivamente obbligatoria. Sul punto si veda in dottrina G. Tucci, *Factoring*, cit., p. 1404. In giurisprudenza Cass., n. 3519 del 24-10-1975, in *Foro Italiano*, 1976, I, p. 1947. È necessario, inoltre, ricordare che prima dell'entrata in vigore della legge in esame, la dottrina e la giurisprudenza avevano disquisito sulla possibilità di riconoscere alla cessione dei crediti efficacia reale a favore del *factor*. Il problema era stabilire se le singole cessioni potessero essere considerate atti esecutivi della cessione globale contenuta nell'accordo di *factoring*, che trovano in essa la loro causa specifica e il cui trasferimento pur essendo assoggettato al gradimento del *factor*, avviene automaticamente. Sul punto si veda G. Tucci, *Factoring*, cit., p. 1405; B. Cassandro Sulpasso, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il factoring in Europa*, cit., p. 41. In giurisprudenza si veda Cass. Civ., n. 8333 del 23-6-2001, in *Rivista del notariato*, 2002, II, p. 3435; App. Bari, 13-7-1990, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, II, p. 317 ss.; App. Milano, 23-6-1998, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2000, II, p. 309.

²⁹⁵ Cfr. O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 65. Sul punto si veda A. Frignani - E. Bella, *Il factoring: la nuova legge italiana (con riferimenti alle convenzioni di diritto uniforme)*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1991, IV, pp. 481 ss. In passato, il problema della ammissibilità per il nostro ordinamento della cessione dei crediti futuri è stato a lungo dibattuto e, proprio con riferimento al contratto di *factoring*, la giurisprudenza aveva aperto una breccia,

crediti possono essere ceduti anche prima che siano stipulati i contratti dai quali sorgeranno” (comma 1), precisando, altresì, che “i crediti esistenti o futuri possono essere ceduti anche in massa” (comma 2).

Con riferimento a tale ultima ipotesi, la disposizione normativa ha previsto che “può avere ad oggetto solo crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a 24 mesi” (comma 3), precisando, altresì, che “la cessione dei crediti in massa si considera con oggetto determinato anche con riferimento a crediti futuri se è indicato il debitore ceduto, salvo quanto prescritto nel comma 3” (comma 4).

E’ evidente che la legge speciale consente di risolvere il problema della determinatezza o determinabilità della cessione dei crediti futuri, consentendo il trasferimento prima che si siano perfezionati i contratti dai quali dovranno nascere.

La nuova previsione introdotta dalla legge n. 52 del 1991 ha permesso di disciplinare ulteriori ipotesi a parte quella fuori discussione della cessione (come unico negozio) di una pluralità di crediti singoli, già sorti da contratti stipulati, e quindi individualmente determinati in ordine alle fonti contrattuali e di conseguenza ai debitori.

E’ possibile, infatti, cedere crediti futuri singoli, derivanti da particolari contratti già stipulati o ancora da stipulare, nonché essere in presenza di una cessione globale di crediti futuri derivanti da contratti già

ammettendo la cessione dei crediti futuri, purché le reciproche posizioni debitorie e creditorie non apparissero generiche, ma determinate e determinabili in funzione dei rapporti giuridici già in essere. Cfr. in proposito Cass. Civ. n. 2798 del 5-6-1978, in *Giustizia civile*, 1978, I, p. 1782; Cass. Civ., n. 3421 del 2-8-1977, in *Giurisprudenza italiana*, 1978, I, p. 1572; Trib. Milano, 16-10-1979, in *Rivista italiana leasing*, 1990, p. 182. E’ opportuno, peraltro, precisare che prima dell’entrata in vigore della legge n. 52 del 1991, l’esigenza di conferire certezza alla convenzione di *factoring* si poneva diversamente in caso di cessione monocredito e di caso di cessione in massa di crediti futuri inerenti ad un’attività d’impresa. Relativamente a quest’ultima ipotesi, erano stati elaborati precisi criteri per la determinatezza e/o determinabilità dell’oggetto: si faceva riferimento all’abitudine della clientela (regola soggettiva), alla connessione con la vendita di alcuni beni e/o servizi (regola oggettiva) e al fatturato previsto o prevedibile (regola quantitativa).

stipulati o ancora da stipulare²⁹⁶.

A differenza delle prime tre ipotesi in cui, al momento della cessione, è possibile individuare i (futuri) debitori, “non altrettanto è a dirsi nell’ultima ipotesi, che viene presa in considerazione dalla nuova legge sul duplice presupposto della limitazione temporale dei contratti da stipulare e della indicazione del futuro debitore all’atto della cessione”²⁹⁷.

Quanto alla mancata indicazione del debitore o dei debitori ceduti, essa non comporta la nullità del contratto per indeterminabilità dell’oggetto (artt. 1325, 1346 e 1418 c.c.)²⁹⁸.

Con riferimento alle modalità di informativa del debitore ceduto dell’avvenuta cessione, è stato sottolineato in giurisprudenza che la notifica è svincolata da formalità²⁹⁹.

Il *factor*, non dovendo procedere più alla comunicazione al debitore di ogni singolo credito venuto ad esistenza, potrà procedere alla notifica una sola volta, a mezzo ufficiale giudiziario.

Quanto alla struttura giuridica dell’operazione, che, com’è stato già

²⁹⁶ Sul punto si veda R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell’impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 508. È necessario sottolineare che la terza ipotesi “non è espressamente contemplata, ma si argomenta a fortiori dalla previsione del comma 3”. Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d’impresa*, cit., p. 65.

²⁹⁷ Così G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d’impresa*, cit. p. 716.

²⁹⁸ Il progetto originario stabiliva che i crediti, esistenti o futuri, potevano essere ceduti anche in massa, purché fosse determinato il debitore e i crediti sorgessero da contratti stipulati entro 24 mesi. Il testo approvato dal Senato il 23 gennaio 1986 da un lato anticipava la formulazione definitiva dei primi tre commi, dall’altro stabiliva testualmente al comma 4 che “la cessione dei crediti in massa si considera con oggetto determinato, ai fini di quanto è previsto nell’art. 1346 c.c. se è indicato il debitore ceduto”. Nella stesura definitiva del comma 4 è caduto l’inciso “ai fini di quanto è previsto nell’art. 1346 c.c.” e ne è comparso un altro, “salvo quanto prescritto nel comma 3”, che ha determinato qualche incertezza interpretativa. Cfr. V. Cantele, *Finalmente una legge per il factoring*, cit., p. 396.

²⁹⁹ Sul punto si veda Cass. Civ., n. 1510 del 2-2-2001, in *Foro Italiano* 2001, I, p. 1157, la quale ha ribadito che “posto che l’effetto traslativo del factoring si produce sulla base del solo consenso di contraenti (cedente fornitore e cessionario factor) indipendentemente dalla volontà del debitore, la relativa notifica è svincolata da ogni formalità essendo sufficiente qualsiasi mezzo idoneo a porre il debitore in grado di conoscere la mutata titolarità del rapporto obbligatorio”. In verità, prima di tale sentenza, la giurisprudenza di merito, in particolare Trib. Genova, 16-5-1994, in *Giurisprudenza commerciale*, 1995, II, p. 109, ha rilevato che “non alla notificazione in senso tecnico giuridico la norma abbia voluto far riferimento, bensì ad ogni comunicazione che abbia data certa, giacché diversamente opinando, l’istituto verrebbe ad essere svuotato di utilità, comportando oneri economici gravosi e la certa paralisi degli uffici preposti all’attività di notificazione”.

sottolineato, parte della dottrina considerava scomposta in due momenti distinti (il contratto da cui nasce il rapporto, preliminare o normativo, ed i negozi giuridici di attuazione), l'intervento legislativo sembra però aver stabilito in via definitiva che la cessione dei crediti d'impresa, attuata con il *factoring*, ha struttura di contratto definitivo ad effetti reali, differiti per i crediti futuri, al momento in cui verranno ad esistenza³⁰⁰.

Tale impostazione è, a mio parere, assolutamente condivisibile per una serie di motivazioni.

Qualificando, infatti, il contratto di *factoring* come preliminare, si consentirebbe l'introduzione di clausole che “avrebbero l'effetto di configurare il preliminare come unilaterale senza porre alcun problema di validità³⁰¹. In presenza, invece, di un contratto definitivo la nullità conseguente all'approvazione di una clausola, ad esempio meramente potestativa, determina l'obbligo per il *factor* di inserire la clausola tenendo conto di parametri oggettivi³⁰², non perdendo di vista la politica commerciale, la gestione finanziaria e l'organizzazione aziendale.

Preme, peraltro, sottolineare che inquadrare il contratto come definitivo, determina importanti conseguenze anche in relazione all'opponibilità della cessione al debitore ceduto.

In una prospettiva che tenga conto unitariamente dei crediti ceduti sia

³⁰⁰ Così F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa"*, 1991, I, p. 739. Parte della dottrina, tra cui B. Cassandro Sulpasso, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il factoring in Europa*, p. 41, parla di “*efficacia reale della cessione che produce effetti verso gli abituali debitori del fornitore al momento della comunicazione del contratto di factoring*”. In tale prospettiva le singole cessioni diventano atti esecutivi della cessione globale di cui al contratto di *factoring*, che trovano in essa la loro causa specifica. Dunque il trasferimento avviene automaticamente, nonostante sia necessario il consenso del *factor* cessionario. In giurisprudenza cfr. App. Bari 13-7-1990, cit., p. 317. Contra G. Panzarini, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984, p. 634.

³⁰¹ Così F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa"*, cit., p. 740.

³⁰² U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, in *Rivista di diritto civile*, 1978, p. 306 ss., precisa che è possibile che tali clausole possano essere interpretate, in base al principio di conservazione del contratto “*come riferite ad una discrezionalità tecnica che tenga cioè conto dei crediti in una considerazione comunque oggettiva*”.

presenti che futuri e della cessione anche in massa di questi ultimi, sarà possibile ritenere sufficiente un'unica notificazione del contratto di cessione o anche un'unica accettazione da parte del debitore ceduto, attenuando, com'è stato già precisato, l'applicazione di criteri formalistici³⁰³.

Sotto il profilo economico, la soluzione adottata consente di apprestare una maggiore tutela all'impresa cliente, con conseguenti effetti positivi sulla politica commerciale, la gestione finanziaria e l'organizzazione aziendale, salvaguardandola dall'inserimento di clausole contrattuali che possano conferire al *factor* la facoltà di acquistare, in base al mero arbitrio, i crediti offerti in cessione, perseguendo i propri interessi a spese della controparte, in aperto contrasto con le finalità perseguite dal fornitore - cedente con la stipula del contratto di *factoring*.

2.1.1 La cessione in massa dei crediti futuri e le limitazioni imposte dal legislatore

Com'è stato argomentato in precedenza, prima dell'entrata in vigore della legge n. 52 del 1991 la giurisprudenza “pur avendo innovato rispetto ai preesistenti modelli, ispirati ad una rigida interpretazione degli artt. 1260 ss. del codice civile, si è comunque mostrata molto cauta nell'ammettere con riferimento al contratto di *factoring* la validità di cessioni di crediti futuri (singoli e/o in massa)”³⁰⁴.

³⁰³ Cfr. V. Amendolagine, *Factoring e cessione di crediti futuri*, in I Contratti, , 2014, 10, pp. 941-945.

³⁰⁴ Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 66. Si potrebbe pensare che la legge n. 52 del 1991 abbia determinato anche una modifica del

E' opportuno preliminarmente sottolineare che sul significato di crediti in massa sono sorti non pochi dubbi. La formulazione del comma 2 dell'art. 3, affermando genericamente che "i crediti esistenti o futuri possono essere ceduti anche in massa", non fornisce alcun chiarimento.

E' possibile, infatti, ricondurre l'espressione tanto alla cessione di tutti i crediti dell'impresa nei confronti di un determinato debitore³⁰⁵, quanto alla cessione degli stessi nei confronti di tutti i clienti³⁰⁶.

A mio parere è preferibile ritenere che il comma 4, operando un

precedente regime, con riguardo alle cessioni ordinarie, eliminando ogni differenza tra le cessioni di crediti qualificati ai sensi dell'art. 1 della suddetta legge e cessione di credito diverse; oppure all'opposto che abbia comportato una differenziazione tra le une e le altre cessioni, concedendo la possibilità di trasferire i crediti futuri, derivanti da contratti ancora da stipulare, soltanto in presenza di un rapporto di *factoring* che rispetti i requisiti di cui all'art. 1 della citata legge. Sul punto si veda G.C.M. Rivolta, *La disciplina delle cessioni dei crediti d'impresa*, cit., p. 717. Tuttavia, nessuna delle due conclusioni sembra corretta. La prima non tiene conto del fatto che l'obiettivo del legislatore non era quello di modificare le cessioni di credito ordinarie, come specificato nell'art. 1, comma 2. Difatti le valutazioni che hanno indotto il legislatore all'emanazione della normativa in commento sono ricollegabili non alle cessioni *tout court*, ma alla categoria delle cessioni dei crediti d'impresa. Rivolta sottolinea che "quando si tratta di crediti d'impresa, le strutture aziendali e i precedenti gestionali consentono una ragionevole previsione, sia pure in termini approssimativi e soltanto nel breve periodo, dei contratti d'impresa che potranno stipularsi e dei crediti che ne scaturiranno; per altro verso, strutture e dimensioni del cessionario, come previste dalla nuova legge, possono consentire una ragionevole distribuzione del rischio su diverse operazioni e quindi un ragionevole assorbimento delle conseguenze dell'errore nel caso singolo". Neanche la seconda impostazione sembra cogliere nel segno, in quanto è possibile addurre la considerazione dell'arbitrarietà del diverso trattamento, qualora inteso con assoluta rigidità. L'assenza anche di un solo presupposto di cui all'art. 1 determinerebbe l'invalidità di una cessione di crediti futuri che altrimenti sarebbe valida. La soluzione migliore, prospettata da alcuni autori (tra gli altri O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., pp. 67-68; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 717) è quella di mediare tra le due ipotesi, sostenendo che in presenza di tutti i presupposti di cui all'art. 1, "l'art. 3 pone una presunzione assoluta di determinatezza dell'oggetto. Quando invece si riscontra la mancanza di alcune delle condizioni per l'applicazione della normativa in esame, quella presunzione non scatta più e la determinabilità dell'oggetto nelle cessioni di crediti futuri o di crediti in massa andrà verificata, caso per caso, tenuto conto della parti, della loro qualifica professionale, della natura dei crediti e delle altre peculiarità del contratto". Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 68.

³⁰⁵ Ha fornito in proposito argomentazioni convincenti L. Ragazzini, *La cessione dei crediti d'impresa*. (legge 21 febbraio 1991 n. 52), cit., p. 323, la quale sottolinea che "cessione in massa sembra essere concetto più limitato di cessione della globalità dei crediti, la quale pure si verifica nella pratica del factoring; e la differenza pare doversi porre in questo: che "globalità" esprime la totalità dei suoi debitori; mentre la "massa" indica piuttosto i crediti vantati dall'impresa (cedente) verso un suo debitore determinato. Va da sé che i due concetti coincidono se l'impresa ha un solo debitore (acquirente esclusivo dei suoi prodotti)". Nello stesso senso G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 185, i quali sottolineano che "l'espressione al singolare usata dal legislatore (debitore ceduto) non lascia adito a dubbi sulla validità di una interpretazione letterale del quarto comma, che fra l'altro soddisfa esigenze pratiche e di certezza".

³⁰⁶ Cfr. R. Clarizia, *Il factoring*, cit, p. 93 ss.

richiamo al debitore ceduto al singolare, faccia riferimento alla cessione di tutti i crediti nei confronti di un determinato cliente-debitore³⁰⁷.

La limitazione temporale dei ventiquattro mesi e la precisa individuazione del debitore ceduto costituiscono gli elementi imprescindibili, attraverso i quali è possibile superare il problema della determinazione dell'oggetto del contratto.

Analizzando la limitazione temporale introdotta dall'art. 3 sotto un profilo economico - finanziario, è possibile dedurre che la stessa è finalizzata a ridimensionare i rischi, determinati dalla circolazione dei crediti in un arco temporale troppo ampio, che potrebbero ricadere sia sull'impresa cliente, che si vedrebbe costretta a ricorrere all'utilizzazione dei crediti futuri per lunghi periodi soltanto in caso di crisi di liquidità, che sul *factor*, che si troverebbe ad assumere un particolare rischio in relazione alla gestione successiva dell'impresa cedente³⁰⁸.

La dottrina ritiene oramai concordemente che il limite temporale dei ventiquattro mesi, riguardi il momento della stipula dei contratti e non la venuta ad esistenza dei crediti. La cessione, pertanto, potrà avere ad oggetto anche crediti non ancora venuti ad esistenza, purché i rapporti contrattuali siano già esistenti o siano comunque perfezionati nell'arco temporale dei ventiquattro mesi³⁰⁹.

Quanto al momento iniziale dal quale far decorrere il termine di

³⁰⁷ Parte della dottrina si è opposta a tale interpretazione, sostenendo che ciò che si è voluto dire è che *"l'imprenditore può cedere tutti i propri crediti verso tutti i propri clienti/debitori (..)"*. Così G. De Nova, *I Nuovi contratti*, cit., p. 136. Nello stesso senso A. Luminoso, *I contratti tipici ed atipici*, in G. Iudica - P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, p. 317.

³⁰⁸ In proposito D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., p. 174.

³⁰⁹ Si vedano tra gli altri, G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 716; R. Clarizia, *I contratti nuovi. Factoring, Locazione finanziaria*, cit., p. 49 il quale sostiene che *"per le cessioni singole si ripropone il problema dell'indeterminatezza dell'oggetto che, invece, l'art. 3 l. n. 52 del 1991, ha inteso risolvere"*. A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 86 osservano che sebbene *"dalla norma sembra escludersi l'operatività del limite per le cessioni singole, tuttavia non può trascurarsi che la ratio legis della disposizione è quella di limitare, comunque, l'efficacia temporale delle cessioni di crediti futuri"*.

ventiquattro mesi previsto dall'art. 3, in linea con l'orientamento prevalente, ritengo che occorra far riferimento al momento in cui si è conclusa la cessione³¹⁰.

Un ulteriore profilo, non disciplinato dalla legge speciale, riguarda le conseguenze derivanti dall'inserimento di un termine convenzionale più lungo rispetto a quello previsto dall'art. 3.

Secondo alcuni autori, il superamento del limite di ventiquattro mesi dalla conclusione della cessione determinerebbe, *ipso iure*, l'invalidità della clausola e, ai sensi dell'art. 1419, comma 2 c.c., la conseguente sostituzione con il periodo massimo legale.³¹¹

A mio avviso, deve essere, tuttavia, privilegiata l'opinione della parte della dottrina, meno propensa ad apporre limiti all'autonomia delle parti, secondo la quale la tardività non determinerebbe come conseguenza l'invalidità delle cessioni, ma, sulla scorta della considerazione che l'art. 3 deve ritenersi strettamente legato all'art. 5, inciderebbe esclusivamente sull'opponibilità ai terzi³¹².

Secondo quanto disposto dall'art. 3, comma 4, l'indicazione del debitore ceduto è un requisito essenziale ai fini della determinabilità dell'oggetto del trasferimento³¹³.

Parte della dottrina ha, tuttavia, ritenuto che tale indicazione non può

³¹⁰ In tal senso G. De Nova, *I nuovi contratti*, cit., p. 135; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 716. La dottrina si è, invece, divisa sul decorso del termine nel caso in cui il contratto sia sottoposto a termine o a condizione sospensiva. Secondo alcuni autori il termine decorre dalla data di efficacia del contratto (In tal senso tra gli altri P. Perlingieri, *La cessione dei crediti ordinari e d'impresa: nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*, Napoli, 1993, p. 117); secondo un diverso orientamento dal momento della conclusione dell'accordo. (in tal senso G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 716).

³¹¹ In tal senso G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit. p. 717; S. Troiano, *La cessione di crediti futuri*, cit., p. 333. Cfr. in proposito Trib. Milano, 16-10-1989, in *Rivista italiana leasing*, 1990, p. 182.

³¹² In tal senso G. Cian, *Legge 21 febbraio 1991, n. 52. Disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1994, p. 252

³¹³ Anche il comma 4 dell'art. 3 deve ritenersi strettamente legato al meccanismo di cui all'art. 5, con riferimento all'indicazione del debitore ceduto, Cfr. M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., pp. 394-396

ritenersi efficace in particolar modo in presenza di crediti all'ordine, per i quali non è possibile individuare il debitore, e ai sensi dell'art. 1346 c.c. sarebbe indubbiamente più adeguato il riferimento all'oggetto dell'obbligazione³¹⁴.

E' opportuno, tuttavia, far presente, come osservato da altra parte della dottrina, che il legislatore, nella stesura della norma, ha considerato proprio l'aspetto pratico della negoziazione, dovendo il *factor* operare una valutazione dell'affidabilità dei debitori futuri, stabilendo conseguentemente se cedere il credito *pro solvendo* o *pro soluto*, potendo anche operare per uno stesso debitore cessioni di entrambi i tipi, ovvero decidere di non trasferire la titolarità del credito, limitandosi allo svolgimento di un'attività gestoria, qualora ritenuta, sotto il profilo economico, più conveniente e vantaggiosa.

E' stato, altresì, rilevato che "il fatto che il debito sia all'ordine non esclude la possibilità di individuare il debitore, poiché questo avverrà attraverso i criteri di identificazione previsti nel titolo (possono così essere ceduti i crediti che si vanteranno nei confronti del legittimo debitore del titolo)"³¹⁵.

³¹⁴ In tal senso A. Frignani - E. Bella, *Il factoring: la nuova legge italiana (con riferimenti alle convenzioni di diritto uniforme)*, cit., p. 484.

³¹⁵ Così D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring, la cartolarizzazione*, cit., p. 173. In proposito si veda anche C. Amato, *Annotazioni alla legge 21 febbraio 1991 n. 52, sulla cessione dei crediti d'impresa*, cit., pp. 481 ss. E' stato precisato in dottrina che il requisito della determinabilità attraverso il debitore ceduto, non riguarda anche i crediti esistenti. È indubbio che tale requisito possa essere soddisfatto anche attraverso l'individuazione della persona del debitore ceduto, ma non in via esclusiva poiché il rapporto-fonte potrà fornire tutti gli elementi atti ad individuare contenuto, natura, ed affidabilità degli impegni assunti, senza prendere in considerazione il soggetto tenuto all'adempimento. Cfr. D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., p. 173, la quale ha, tuttavia, sottolineato che "il requisito della determinabilità dei crediti futuri si può riscontrare anche in assenza di tale elemento, poiché il legislatore ha voluto individuare un requisito sufficiente ma non indispensabile; diversamente l'intervento legislativo richiede di aver focalizzato, più che un'agevolazione, un limite. È più che ragionevole sostenere che con l'art. 3, ed in particolare con l'indicazione della persona del debitore ceduto, sia delineata una presunzione assoluta di determinatezza dell'oggetto in queste operazioni. In sua mancanza, o in cessioni non di crediti d'impresa o in quelle di crediti d'impresa effettuate con operazioni diverse dal factoring, la determinabilità è egualmente raggiungibile con indici diversi che andranno verificati, caso per caso, ed in considerazione della natura e delle condizioni contrattuali intercorse effettivamente tra i soggetti".

Secondo alcuni autori, la formulazione dell'art. 3 sembrerebbe sottolineare la riferibilità dei requisiti di cedibilità solo alla cessione dei crediti in massa³¹⁶. La limitazione dei 24 mesi non troverebbe applicazione, pertanto, in presenza di cessioni di un singolo credito o di una pluralità di crediti non in massa.

Tuttavia, partendo dal presupposto che il debitore ceduto dovrà essere in ogni caso indicato al fine di soddisfare il requisito di determinatezza dell'oggetto contrattuale previsto dall'art. 1346 c.c., deve essere ritenuta necessaria, in base ad un'interpretazione logico-sistematica, la presenza di ambedue i requisiti (indicazione del debitore e limite temporale dei ventiquattro mesi) anche per la validità delle cessioni singole di crediti futuri³¹⁷.

Dunque dall'analisi condotta è possibile dedurre che, laddove la normativa codicistica si rivelava inadeguata a soddisfare gli interessi

Sul punto si veda anche G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 716 ss.; M. Torsello, *I rapporti tra le parti del contratto di factoring tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*, cit., p. 579.

³¹⁶ L'originario disegno di legge non dava adito a dubbi sul fatto che "la condizione comune richiesta per la cedibilità di tutti i crediti esistenti e futuri e di massa era la determinazione del debitore, mentre per quella dei crediti futuri in massa veniva aggiunta una ulteriore condizione costituita dal fatto che la cessione poteva avere per oggetto solo crediti nascenti da contratti da stipulare nei 24 mesi". Così G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 184; G. De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 207.

³¹⁷ In tal senso R. Clarizia, *Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 9. Cfr. L. Ragazzini, *La cessione dei crediti d'impresa (legge 21 febbraio 1991, n. 52)*, cit., p. 324. Particolarmente rilevante è stabilire se la norma di cui all'art. 3 vada riferita all'accordo di factoring, inteso come contratto obbligatorio di durata, o alle singole cessioni che nell'ambito dello stesso sono effettuate. Secondo G. Cian, *Legge 21 febbraio 1991, n. 52. Disciplina dei crediti d'impresa*, cit., p. 247, il riferimento è a queste ultime e di conseguenza nel caso in cui una cessione superi il limite temporale dei ventiquattro mesi, se ricadente nell'ambito di tale legge, è da considerarsi nulla". Secondo questo autore non devono essere ricompresi nella previsione normativa "soltanto i crediti da contratto in senso stretto", ma i "crediti che sorgeranno a qualsiasi titolo, purché sempre riconducibili all'attività d'impresa, entro i ventiquattro mesi successivi all'attuazione della cessione". In tal modo l'origine contrattuale dei crediti cedibili serve a caratterizzare il factoring rispetto alla cessione dei crediti codicistica. Cian ritiene, altresì, che la stessa indicazione del nome del debitore sia richiesta, così come avviene per la limitazione temporale prevista dalla norma, più che ai fini della validità della cessione, per poter attivare quel particolare meccanismo di opponibilità di cui all'art. 5. Infatti, secondo l'autore, la menzione del nome del debitore, nel caso in cui la determinazione dell'oggetto del contratto sia ottenibile per altra via, "significherebbe fare di tale menzione più un requisito di forma nella manifestazione della volontà negoziale che uno per la determinazione del suo oggetto: nel senso – va precisato – antico dei requisiti formali, vale a dire della necessità dell'impiego di determinate espressioni o verba solemnia per manifestare tali volontà".

perseguiti dalle parti, così come a dare certezza al rapporto di *factoring*, la legge n. 52 del 1991 introduce, invece, una particolare disciplina del *factoring*, apprestando una tutela anche in termini economici del *factor*, così come dell'impresa cedente, cercando di salvaguardare l'equilibrio in termini di prestazioni rese, nonché tutelando i terzi ai quali potrebbe derivare un pregiudizio³¹⁸.

3. La garanzia di solvenza del debitore ceduto e il rischio assunto dall'impresa cedente: analisi critica

La legge n. 52 del 1991 introduce all'art. 4 la garanzia della solvenza tra gli effetti naturali dell'accordo, derogando alla previsione di cui all'art. 1267 c.c.³¹⁹ il quale, traendo ispirazione dallo schema tipico della cessione *pro soluto*, stabilisce al comma 1 che “il cedente non risponde della solvenza del debitore, salvo che ne abbia assunto la garanzia. In questo caso egli risponde nei limiti di quanto ha ricevuto”³²⁰.

La norma contenuta nella legge speciale, più scarna rispetto a quella

³¹⁸ Com'è stato sottolineato in dottrina, “con la disciplina sopra indicata il nostro legislatore prende atto ormai di una generale tendenza verso il trasferimento di crediti futuri al factor, senza necessità di una specifica cessione nel momento in cui i crediti vengono ad esistenza; tendenza già legittimata sia nell'art. 9 dello Uniform Commercial Code statunitense, sia nell'art. 5 della Convenzione sul factoring internazionale del 28 maggio 1988”. Così G. Tucci, *Factoring*, cit., p. 1406.

³¹⁹ Cfr. in proposito in dottrina F. Massa Felsani, *Il contratto di Factoring e la nuova “disciplina della cessione dei crediti d'impresa”*, cit., p. 741; D. Valentino, *La cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., p. 177; in giurisprudenza Trib. Milano, 21-1-2002, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, 2003, II, p. 472.

³²⁰ In tal caso con il trasferimento del credito il cessionario si intende soddisfatto a prescindere dall'adempimento o meno del debitore. Cfr. in proposito G. Tucci, *Factoring*, cit., p. 1406; M. Lupi, *La cessione dei crediti d'impresa*, in *Le società*, 1991, p. 608; L. Ragazzini, *La cessione dei crediti d'impresa (legge 21 febbraio 1991 n. 52)*, cit., p. 317; M.C. Lupacchino, *Osservazioni in tema di cessio solutionis gratia e garanzia per la solvenza*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2003, II, p. 475.

codicistica, stabilisce, invece, che “il cedente garantisce, nei limiti del corrispettivo pattuito, la solvenza del debitore, salvo che il cessionario rinunci in tutto o in parte alla garanzia”³²¹.

E' evidente la diversa portata sotto il profilo giuridico-economico della nuova norma rispetto alla previsione codicistica che trae ispirazione, come sopra specificato, dalla cessione *pro soluto*.

E' lecito, pertanto, chiedersi se le due norme condividano la stessa *ratio* e lo stesso contenuto³²².

Occorre evidenziare *in primis* che in entrambi i casi la garanzia prestata rappresenta un “accollo *ex lege* di un rischio al cedente”³²³, non riguarda l'intero credito, bensì sono posti dei limiti alla stessa, ed infine opera come risoluzione della cessione³²⁴.

Operando un confronto tra le due disposizioni normative, emergono, tuttavia, non poche differenze. Infatti, mentre la legge 52/1991 parla di corrispettivo pattuito, il codice civile fa riferimento al corrispettivo ricevuto.

Secondo parte della dottrina, l'espressione corrispettivo pattuito deve intendersi quale sinonimo di corrispettivo ricevuto³²⁵. Altra parte della

³²¹ La previsione normativa è coerente con la qualifica imprenditoriale dei soggetti tra i quali interviene la cessione ed ha come finalità di rendere spedite le operazioni di cessione dei crediti d'impresa anche in massa. In proposito D. Valentino, *La cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., p. 277.

³²² La clausola di garanzia della solvenza del debitore si atteggia a *naturale negotii*, in ragione della peculiare caratterizzazione soggettiva del cessionario e del cedente, allineandosi in tal modo con le clausole “salvo incasso” del conto corrente e “salvo buon fine” dello sconto. In tal senso G. De Nova, *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, II, p. 299; R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 517.

³²³ Così G. De Nova, *I nuovi contratti*, cit. p. 137.

³²⁴ In proposito M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 309

³²⁵ In tal senso G. De Nova, *I nuovi contratti*, cit., p. 137, il quale sottolinea che “*sul piano pratico, l'adozione della formula “corrispettivo pattuito” non porta significative innovazioni rispetto all'art. 1267 c.c.; si limita a svincolare la garanzia dall'esistenza in anticipo ed a rendere esplicita la liberazione del cessionario dall'obbligo di pagare il corrispettivo residuo rispetto all'anticipo. Rimane, come si è detto, l'idea del limite della garanzia.*”

dottrina sostiene, invece, il contrario³²⁶.

Tale differenza terminologica non sembra in ogni caso aver determinato un cambiamento sostanziale della *ratio* della disposizione³²⁷. Tuttavia, a mio parere, è da ritenersi maggiormente appropriato il riferimento al corrispettivo pattuito, in ragione “dell’influenza delle anticipazioni concesse dal *factor* nella considerazione complessiva dell’oggetto della garanzia”³²⁸.

Un ulteriore problema di coordinamento tra le due norme consiste nello stabilire se il cedente, il quale garantisca la solvenza del debitore, debba corrispondere, oltre al corrispettivo pattuito, anche gli interessi, rimborsare le spese e risarcire il danno. L’art. 4 non contiene alcuna previsione al riguardo.

Deve ritenersi condivisibile l’orientamento secondo il quale si tratterebbe di un silenzio eloquente: l’art. 4 della nuova legge esaurirebbe la disciplina legale della garanzia, escludendo che il suddetto articolo abbia voluto includere altre poste quale conseguenza della garanzia prestata, determinando un ulteriore aggravio sotto il profilo economico³²⁹.

³²⁶ In tal senso P. Perlingieri, *La cessione dei crediti ordinari e “d’impresa”*. Nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti, cit., p. 124, il quale precisa che “il corrispettivo pattuito si allontana più decisamente da ogni funzione restitutoria e si aggancia vieppiù alla funzione della cessione (...)”.

³²⁷ In tal senso F. Massa-Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova “disciplina della cessione dei crediti d’impresa”*, cit., p. 742, G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d’impresa*, cit., p. 719.

³²⁸ Così F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova “disciplina della cessione dei crediti d’impresa”*, cit., p. 741.

³²⁹ Cfr. in tal senso F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova “disciplina della cessione dei crediti d’impresa”*, cit., p. 741 ss.; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d’impresa*, cit., 719, per il quale l’art. 4., non contenendo alcun espresso richiamo alla più estesa garanzia prevista dall’art. 1267, esaurisce la disciplina della garanzia. Tanto si evince dal suo testo letterale, dove è assente qualsiasi richiamo, nonché dalla *ratio* della nuova norma, tesa esclusivamente a disciplinare un rapporto contrattuale “nel quale l’incidenza delle spese, considerata anche la veste professionale della parti, non può considerarsi una conseguenza necessaria della garanzia. L’effetto legale dell’assunzione convenzionale della garanzia ex art. 1267, non può quindi trasferirsi sulla garanzia legale ex art. 4”. In proposito cfr anche O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d’impresa*, cit., p. 70, i quali affermano che “il ribaltamento della regola codicistica che concerne la garanzia di solvenza, non dovrebbe tradursi in una modifica di quello che è il contenuto della garanzia medesima”. Tuttavia, nonostante tale precisazione, essi hanno sottolineato che “la limitazione della garanzia al corrispettivo pattuito sembra recare con se l’idea del limite”. Difatti, secondo gli autori, le clausole contrattuali maggiormente in uso non solo non prevedono a carico del cedente obbligazioni ulteriori rispetto a

Diversamente alcuni autori condividono la tesi contraria, ritenendo che l'art. 4, in assenza di una specifica disciplina, non altererebbe le ulteriori prescrizioni di cui all'art. 1267 c.c.³³⁰.

Non esiste un'opinione unanime in dottrina neanche sull'esclusione dell'applicazione dell'ultima parte del comma 1 dell'art. 1267, il quale dispone che "ogni patto diretto ad aggravare la responsabilità del cedente è senza effetto". La soluzione preferibile è quella di ritenere che le parti siano libere di rendere più gravosa la garanzia³³¹.

Anche in assenza di un espresso richiamo, trova applicazione in presenza di un contratto di *factoring* il comma 2 dell'art. 1267 c.c., secondo il quale la garanzia assunta dal cedente cesserà se la mancata realizzazione del credito per insolvenza del debitore ceduto è dipesa da

quelle collegate alla restituzione delle somme ricevute, ma prevedono il rimborso da parte dell'impresa cliente "degli importi anticipati, non appena ricevuta l'informazione del factor che il debitore non ha effettuato il relativo pagamento o si presume che non intenda o possa effettuarlo, precisando che in caso di rimborso, la cessione si intenderà risolta ad ogni effetto e l'impresa cliente riacquisterà la disponibilità del credito".

³³⁰ R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 518, ritiene che "l'art. 4 intende esclusivamente normativizzare la prassi italiana di un factoring che ordinariamente prevede una cessione pro solvendo, ma non incidere sulle altre prescrizioni di cui all'art. 1267". In tal senso G. De Nova, *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Rivista di diritto civile*, 1987, p. 291; D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., pp. 178-179, la quale sottolinea che non è possibile escludere a priori che il factor non abbia diritto anche agli interessi, spese o danni ricevuti nel caso di insolvenza del debitore ceduto. A parere dell'autrice, non è possibile che tale eventualità venga esclusa in assenza di un'esplicita previsione contrattuale. Cfr in proposito L. Ragazzini, *La cessione dei crediti d'impresa (legge 21 febbraio 1991 n. 52)*, cit., p. 324

³³¹ Alcuni autori sostengono l'inapplicabilità dell'ultima parte dell'art. 1267, comma 1°, all'art. 4 della legge n. 52 del 1992. In tal senso R. Clarizia, *I contratti nuovi. Factoring, Locazione finanziaria*, cit., p. 52, il quale ritiene che "la natura imprenditoriale del cedente e del cessionario può giustificare la previsione convenzionale di un aggravio di responsabilità in capo al cedente, che, invece nella genericità della regolamentazione del rapporto instaurato ai sensi degli artt. 1260 ss. c.c. non troverebbe giustificazioni"; A.A. Dolmetta - G.B. Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1999, I, p. 76. Altri propendono per l'applicabilità dell'ultima parte del 1° comma dell'art. 1267 al trasferimento del credito effettuato nelle operazioni di *factoring*. In tal senso D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., p. 178, la quale ritiene che "la normativa dell'art. 1267, non richiamata esplicitamente nell'art. 4 rispetto ai patti tesi ad aggravare la responsabilità o la decadenza per inattività del cessionario nel proporre istanze contro il ceduto, è ugualmente applicabile anche al trasferimento del credito effettuato nelle operazioni di factoring come principio generale in tema di circolazione". In tal senso G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 719; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 318.

negligenza del cessionario, nella sua veste di intermediario finanziario specializzato³³².

Com'è stato sottolineato in dottrina, il *factor* ha, infatti, l'obbligo di vigilare sull'andamento della situazione patrimoniale del debitore e su eventuali mutamenti; in caso contrario ne conseguirà l'estinzione della garanzia³³³.

Sotto il profilo economico-finanziario, tale previsione normativa è finalizzata a non far ricadere gli effetti negativi derivanti dalla condotta del cessionario sull'impresa cedente. In caso contrario il fornitore-cedente si troverebbe nell'assurda situazione di dover rispondere della negligenza del cessionario, con inevitabili conseguenze sull'equilibrio e stabilità aziendale.

E' opportuno specificare che l'ultima parte dell'art. 4 prevede la possibilità che il *factor*-cessionario rinunci in tutto o in parte alla

³³² Cfr. in proposito R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 521; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 721; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, cit., p. 318; in giurisprudenza, Trib. Milano, 21-1-2002, in *Banca, borse e titoli di credito*, 2003, II, p. 472 ss. R. Clarizia, *Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza*, cit., p. 851, ha precisato che "la disciplina del 2 comma dell'art. 1267 c.c. deve trovare viepiù applicazione nei confronti del factor, che, in quanto intermediario specializzato, è tenuto ad una diligenza professionale specifica nell'esercizio della propria attività: non sarà dunque sufficiente provare l'inadempimento del debitore ma si dovrà anche dimostrare di aver agito in giudizio infruttuosamente". La previsione di cui al comma 2 dell'art. 1267 è espressione dell'obbligo di correttezza che dovrebbe caratterizzare ogni rapporto obbligatorio. In tal senso P. Perlingieri, *Le cessioni dei crediti ordinari e d'impresa: Nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*, cit., p. 125.

³³³ In tal senso P. Perlingieri, *Della cessione dei crediti*, in Scialoja A. – Branca G. (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1982 p. 289. E' opportuno sottolineare che non vi sono dubbi circa l'applicazione del comma 2 dell'art. 1267 anche al contratto di *factoring*; sussistono, invece, incertezze con riferimento all'eventuale applicazione da parte del cessionario dei rimedi cautelari a tutela del credito, alla previsione del beneficio di escussione in favore del fornitore cedente, al momento in cui deve ritenersi operativa la garanzia, ovvero non appena si verifica l'insolvenza del debitore, o se occorre necessariamente attendere la scadenza del debito e l'inadempimento del debitore ceduto. Cfr. in proposito M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 402. E' opportuno, peraltro, chiedersi, con riferimento alla decadenza dalla garanzia, se il factor debba necessariamente provare "l'inadempimento alla scadenza del debito, ed anche di aver agito giudizialmente per conseguire il proprio credito" (così R. Clarizia, *Contratti di factoring*, cit., p. 408) o se, almeno in determinate ipotesi, sia sufficiente che il factor, agendo "nel proprio esclusivo interesse, normalmente compulsi il debitore ceduto" (così A. Bassi, *Factoring e cessione dei crediti d'impresa*, Milano, 1993, p. 44).

garanzia, senza soffermarsi sulle modalità e sulla forma di tale rinuncia. In tale ipotesi troverà applicazione l'art. 117 comma 1° T.U.B.³³⁴ che prescrive la forma scritta dei contratti.

In base ad una prassi consolidata nell'ambito del *factoring*, il cedente trasmetterà al *factor*, per ogni debitore ceduto, una richiesta in tal senso, redatta su modulo predisposto dallo stesso cessionario³³⁵.

Ulteriori difficoltà interpretative sorgono nell'ipotesi di cessione dei crediti in massa dietro un corrispettivo unitario, riguardante indistintamente i crediti ceduti.

In ipotesi di questo genere sarebbe necessario procedere ad un'apposita regolamentazione contrattuale dell'applicazione della garanzia. In caso di silenzio delle parti è certamente da scartare la soluzione in base alla quale il cedente dovrebbe assumere la garanzia dell'insolvenza di ciascun debitore entro i limiti del corrispettivo globale, dal momento che, cumulandosi le insolvenze, si troverebbe nella condizione di corrispondere una somma di gran lunga superiore rispetto a quella precedentemente pattuita, con inevitabili ripercussioni a livello economico³³⁶.

Due sono le strade percorribili: o il cedente risponde delle insolvenze che si manifestano, coprendo l'intero importo del debito insoluto, tuttavia fino al limite massimo del corrispettivo globalmente pattuito, oppure può stabilirsi che "quel globale corrispettivo vada idealmente suddiviso tra tutti i crediti ceduti in massa, in ragione dell'importo nominale di

³³⁴ L'art. 117 del t.u. sul credito richiama quanto precedentemente espresso nell'art. 3 della legge n. 154 del 1992 in tema di trasparenza bancaria.

³³⁵ È necessario precisare che la rinuncia alla garanzia è valida sino a revoca; l'ammontare della stessa ha, inoltre, carattere di rotatività, sicché il pagamento effettuato dai debitori determina la disponibilità di un importo pari al pagamento ricevuto. Sul punto si veda G. Tucci, *Factoring*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 1407.

³³⁶ Sul punto si veda O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 69; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Rivista diritto civile*, 1991, II, p. 719.

ciascuno di essi, ed il cedente risponda allora dell'insolvenza di ogni debitore nei limiti della frazione corrispondente"³³⁷.

Entrambe le soluzioni esposte, tuttavia, presentano contraddizioni e motivi di perplessità³³⁸.

La prima sarebbe estremamente gravosa per il cedente, specialmente nella fase iniziale dell'esecuzione del contratto, determinando, altresì, il venir meno della corrispondenza tra garanzia e corrispettivo del credito ceduto, principio fondamentale cui si ispira l'art. 4 della legge speciale.

La seconda soluzione desta perplessità in particolar modo nel caso di cessione in massa di crediti futuri derivanti da contratti ancora da stipulare, dal momento che sarebbe necessario attendere la conclusione del rapporto, prima di calcolare la reale incidenza della garanzia per le insolvenze manifestatesi³³⁹.

Ritengo condivisibile l'orientamento di quella parte della dottrina che, considerando che la legge n. 52 del 1991 tratta la cessione dei crediti in massa, anche futuri, unitariamente, ha ritenuto preferibile la prima soluzione, in quanto rispettosa di tale indivisibilità³⁴⁰.

E' opportuno rilevare, al termine della nostra analisi, che la garanzia fornita dal cedente nei limiti del corrispettivo pattuito, intesa quale effetto naturale del contratto, in deroga a quanto previsto dall'art. 1267 c.c. che,

³³⁷ G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 718.

³³⁸ Così O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 69, secondo i quali "è auspicabile l'adozione di una soluzione mediata, idonea a contemperare gli oneri a carico delle parti".

³³⁹ In proposito G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 718. E' opportuno sottolineare come la prassi giudiziale non abbia trattato le questioni derivanti dall'interpretazione dell'art. 4 della legge n. 52/1991. "In tema di factoring, la giurisprudenza ha piuttosto avuto modo di applicare l'art. 1267 c.c., a proposito del quale ha osservato che la norma facoltizza il factor ad agire tanto verso il cedente quanto verso i debitori ceduti". Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 315. In giurisprudenza Tribunale di Perugia, sent. del 21 febbraio 1995, in *Rassegna Umbra*, 1995, p. 439; Tribunale di Milano, sent. del 12 maggio 1988, in *Rivista Italiana Leasing*, 1989, p. 643. Il Tribunale di Genova, sent. del 11 aprile 2000, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001, II, p. 484, ha precisato come "alla scelta del cessionario di agire nei confronti del cedente (...) non può non essere riconosciuto un effetto risolutivo della cessione del credito".

³⁴⁰ In tal senso R. Clarizia, *I contratti nuovi, Factoring, Locazione finanziaria*, cit., p. 52.

invece, ne prevede l'espressa pattuizione, presenta degli evidenti profili di criticità.

Ed invero, il ricorso alla cessione *pro soluto* dei crediti, prevista dall'art. 1267 c.c., rappresenta, sotto il profilo economico, uno strumento particolarmente importante per le imprese che non sono in grado di selezionare in modo efficace i crediti e non hanno una conoscenza approfondita della clientela.

Le imprese sono, infatti, poste nelle condizioni di trasferire il rischio di credito a compratori di "buona qualità", programmando più agevolmente le attività e gli investimenti, razionalizzando e ottimizzando l'uso delle risorse, concentrandosi sulla crescita dell'azienda e la massimizzazione del profitto. Risultati che, invece, appaiono difficilmente conseguibili in presenza di una cessione *pro solvendo*.

4. La disciplina del fallimento: profili giuridico - economici ed aspetti problematici

La legge n. 52 del 1991 affronta soltanto parzialmente le problematiche concernenti la disciplina del fallimento. Anche in tal caso è necessario ricorrere alle norme di diritto comune ad integrazione delle disposizioni in esame.

L'art. 6 della legge n. 52 del 1991 regola l'azione revocatoria fallimentare dei pagamenti effettuati dal debitore ceduto in favore del

cessionario³⁴¹, mentre l'art. 7 disciplina il fallimento del cedente.

Soffermiamo la nostra attenzione su tali disposizioni normative, analizzando anche i profili economico-finanziari³⁴².

³⁴¹ In proposito, cfr. A. Patti, *Factoring e procedure concorsuali: un nodo da sciogliere*, in *Il fallimento*, 2004, p. 676 ss.; U. Apice, *Il contratto di factoring, la legge n. 52/1991 e il fallimento*, in *Bancaria*, 2000, pp. 28-30; V. Cantele, *Finalmente una legge per il factoring*, cit., pp. 397-398; D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., pp. 197-200. L'art. 6 rappresenta una norma speciale rispetto all'art. 67 comma 1 n. 2 l. fall. Rimane in vigore la disciplina di diritto comune per ciò che riguarda sia la revocatoria ordinaria che la revocatoria ex art. 67, comma 1, nn. 1-3-4 e comma 2 l. fall. Dunque nulla viene innovato in ordine alle altre revocatorie. Per quanto riguarda l'azione revocatoria ordinaria, il curatore fallimentare può domandare che siano dichiarati inefficaci, nei confronti della massa, gli atti di disposizione del patrimonio con cui il debitore abbia recato pregiudizio ai creditori, purché il debitore fosse consapevole del pregiudizio o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento e soprattutto, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio o, rispettivamente, fosse partecipe della dolosa preordinazione. Questa è la disciplina di cui all'art. 2901 c.c., in cui però si sottolinea che non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto. E mancando una norma parallela a quella di cui all'art. 6 l. fall., le azioni revocatorie ordinarie dovranno essere promosse nei confronti del cessionario, se a suo favore sono stati compiuti atti da revocare. Vi è, dunque, una disparità di trattamento tra la revocatoria ordinaria, che deve essere proposta nei confronti del cessionario, e quella fallimentare di pagamenti, da proporsi nei confronti del cedente. E' necessario a tal proposito sottolineare che *"la revocatoria ordinaria, promossa dal curatore del fallimento del ceduto, è generalmente estranea all'ambito del factoring"*. Così V. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 37. Infatti, non essendo soggetto a revocatoria ordinaria il pagamento di un debito scaduto, l'ambito di quest'ultima è limitato al pagamento che il debitore in stato di decozione effettui prima della scadenza e agli altri atti di disposizione del patrimonio. Anche se è opportuno precisare che si tratta di un'ipotesi più che altro teorica e, qualora si verifichi, l'azione dovrà essere promossa contro quel soggetto nei confronti del quale saranno eseguite le prestazioni (che sono normalmente atti estintivi del debito).

Quanto al comma 1 dell'art. 67, è difficile individuare nel *factoring* ipotesi contemplate nella previsione normativa citata, dal momento che i crediti ceduti derivano normalmente da forniture di merci, a prezzi di mercato corrente. Dunque è prettamente teorico che il debitore abbia pagato somme superiori al valore della fornitura. Per quanto riguarda le ipotesi di cui all'art. 67 comma 1, nn. 3 e 4 l. fall la revoca dei pegni, delle anticresi e delle ipoteche volontarie, costituite nei termini indicati dalla norma, a garanzia dei debiti scaduti e non, dovrà essere promossa nei confronti del cessionario, analogamente alla revocatoria ordinaria. La costituzione di tali garanzie non è frequente per i crediti ceduti in base ad un contratto di *factoring*. La disciplina di cui all'art. 67 comma 2, tenuto conto di quanto stabilito dalla nuova normativa, resterà in vigore per gli altri atti ai quali si fa riferimento nella norma in esame, revocabili a condizione che il curatore provi che l'altra parte (sia del rapporto processuale e cioè il soggetto contro il quale si agisce, che del rapporto sostanziale, e cioè colui che ha compiuto l'atto da revocare) era a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore. In proposito cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, III, Utet, Torino, 2001, p. 365 ss.

³⁴² Cfr. A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 115. *"L'ipotesi del fallimento del factor è assai remota, dal momento che la maggior parte delle società di factoring sono collegate e controllate da importanti istituti bancari e da gruppi industriale e finanziari aventi solide basi patrimoniali ed economiche. Nel caso in cui si verificasse tale eventualità non è possibile ritenere che le anticipazioni fatta al cliente siano dichiarate inefficaci ai sensi dell'art. 65 l. fall. Infatti tali azioni sono previste contrattualmente; dunque non è lecito parlare di anticipi volontari fatti dal factor con l'intenzione di danneggiare la massa dei creditori fallimentari, per cui deve negarsi l'esperibilità dell'azione revocatoria"*. Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d'impresa*, cit., p. 44. Cfr. in proposito S. Locorotolo, *Factoring e revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento*, 2013, 6, pp. 738-747.

4.1 Il fallimento del debitore ceduto

Ai sensi dell'art. 6, comma 1, della legge n. 52 del 1991, “il pagamento compiuto dal debitore ceduto al cessionario non è soggetto alla revocatoria prevista dall'art. 67 (l. fall.). Tuttavia, tale azione può essere proposta nei confronti del cedente qualora il curatore provi che egli conosceva lo stato di insolvenza del debitore ceduto alla data del pagamento al cessionario”.

Il comma 2 dispone che “è fatta salva la rivalsa del cedente verso il cessionario che abbia rinunciato alla garanzia prevista dall'art. 4”³⁴³.

Tale disposizione, che si limita a regolamentare alcuni profili, senza intaccare la restante disciplina comune, è stata oggetto di aspre critiche³⁴⁴.

La norma non introduce alcuna nuova ipotesi di esenzione soggettiva, ma finisce con l'averne un contenuto puramente processuale³⁴⁵, sancendo esclusivamente l'esistenza della legittimazione passiva in capo al cedente e la carenza della stessa in capo al *factor*.

L'azione revocatoria andrà, pertanto, a colpire il cedente, che di fatto non ha ricevuto alcun pagamento, derogando alla disciplina generale di cui all'art. 67 l. fall.³⁴⁶.

³⁴³ Prima dell'entrata in vigore di tale disciplina l'azione revocatoria veniva esercitata a carico del cessionario o dal cedente a seconda di chi avesse ricevuto il pagamento. In ogni caso l'esenzione dalla revocatoria fallimentare garantita dall'art. 6 alle società di *factoring* non è dissimile da quelle di cui al comma 3 dell'art. 67 l. fall., il quale garantisce l'esenzione dall'azione revocatoria “*all'istituto di emissione, agli istituti autorizzati a compiere operazioni di credito su pegno, limitatamente a queste operazioni, e agli istituti di credito fondiario*”. In giurisprudenza, Cass., n. 523 del 15-1-2003, in *Il fallimento*, 2003, p. 541, la quale sottolinea che presupposto dell'azione revocatoria esperita è l'esistenza del credito, non potendo essere il credito trasferito, estinto prima ancora della sua cessione.

³⁴⁴ Cfr. G. Guerrieri, *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, Milano, 2002, p. 62; in giurisprudenza Cass. Civ., n. 12539 del 12.11.1999, in *Foro Italiano*, 2000, p. 102.

³⁴⁵ In questo senso V. Cantele, *Il contratto di factoring: profili civilistici e fallimentari*, in *Le società*, 1985, p. 929.

³⁴⁶ Il primo progetto di legge presentato al Senato motivava l'esistenza di una siffatta norma, sostenendo che i pagamenti effettuati dal debitore ceduto fossero in ogni caso a vantaggio del cedente e ritenendo, inoltre, che tale scelta era finalizzata a porre ordine e chiarezza nei rapporti tra le parti, in

E' opportuno sottolineare, a tal proposito, che la scelta operata dal legislatore di scoraggiare le cessioni da parte del cedente, nel caso di conoscenza dello stato di insolvenza del debitore ceduto, trova una giustificazione esclusivamente in presenza di una cessione *pro solvendo*, finalizzata ad una semplificazione dell'*iter* processuale, ma non nel caso di cessione *pro soluto*, dal momento che, gravando il rischio di inadempimento del debitore sul cessionario, i pagamenti ricevuti da quest'ultimo risultano del tutto irrilevanti per il fornitore - cedente³⁴⁷.

Parte della dottrina ritiene che il favore nei confronti del cessionario affonda le proprie radici in ragioni di ordine economico-finanziario.

E' stato, infatti, rilevato che la scelta operata dal legislatore è giustificata proprio dalle caratteristiche del rapporto di intermediazione finanziaria³⁴⁸: se l'azione revocatoria venisse esperita nei confronti di coloro che si interpongono nei pagamenti, tutti i rischi derivanti dallo stato di dissesto di determinati settori ricadrebbero esclusivamente su pochi operatori.

L'obiettivo perseguito dalla normativa è, pertanto, proprio "la tutela

quanto, senza la previsione dell'art. 6, l'azione revocatoria sarebbe stata esercitata nei confronti del cessionario, il quale avrebbe dovuto rivalersi automaticamente nei confronti del cedente (naturalmente nel caso di cessione *pro solvendo*), complicando enormemente i rapporti tra le parti. In proposito O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 74; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 724, il quale sottolinea che il rilievo, contenuto nella relazione al disegno di legge n. 383, secondo cui, in base agli accordi intervenuti tra cedente e cessionario, i pagamenti effettuati dal debitore ceduto sono comunque a vantaggio del cedente, è "pretestuoso e inesatto, perché nell'economia generale del rapporto quei pagamenti avvantaggiano in ogni caso anche il cessionario, quanto meno sotto il profilo delle commissioni legate al loro incasso o della differenza tra l'anticipato e il riscosso; è comunque smentito dalla statuizione dell'art. 6, comma 2°, riferita all'ipotesi della cessione *pro soluto*".

³⁴⁷ La motivazione fornita non chiarisce neanche perché la conoscenza dello stato di insolvenza del debitore ceduto debba necessariamente riguardare il cedente. Cfr. V. Cantele, "Finalmente, una legge per il factoring", cit., p. 398, il quale sostiene che un'ulteriore perplessità riguarda lo stesso uso del termine "revocatoria nella rubrica dell'art. 6". Infatti, secondo l'autore, "se è vero che revocare un pagamento significa richiamarlo (*re-vocare*), fargli percorrere, a ritroso, il cammino percorso, non si vede come possa definirsi revocatoria un'azione promossa contro un soggetto per ottenere la restituzione di un pagamento ricevuto da un altro a nome e per conto proprio".

³⁴⁸ In tal senso G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 185; M. Lupi, *La cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 608.

del cessionario quale soggetto primario del *factoring*” e la conseguente “espansione della pratica del *factoring*, in vista dello sviluppo dell’economia che esso produce attraverso il (più agevole) finanziamento delle imprese”³⁴⁹.

Secondo un diverso orientamento, tale impostazione deve ritenersi discutibile sotto il profilo sia economico che giuridico.

Ed invero, il disposto di cui all’art. 6 determina un ingiustificato privilegio delle società di *factoring*³⁵⁰, a svantaggio del cedente che, pur avendo perso la titolarità del credito soddisfatto, viene considerato legittimato passivo all’azione revocatoria.

Dal punto di vista economico, qualora abbia ceduto il credito *pro soluto*, il cedente sarà del tutto indifferente rispetto al pagamento del debitore ceduto o ad un suo eventuale inadempimento. Egli, infatti, al momento dell’esercizio dell’azione revocatoria, ha ottenuto o dovrà ricevere dal *factor* il corrispettivo della cessione, senza che abbia per lui alcuna rilevanza il corretto adempimento del credito a favore del cessionario³⁵¹.

Dal punto di vista giuridico la disposizione normativa in esame determina una duplice presunzione assoluta, considerando il cedente

³⁴⁹ Così L. Ragazzini, *La cessione dei crediti d’impresa (legge 21 febbraio 1991 n. 52)*, cit., p. 326, la quale ha sottolineato che la norma è in linea con la disposizione contenuta nell’art. 4 che, come si è visto, pone a carico del cedente il rischio dell’insolvenza del debitore; anche in tal caso con salvezza dell’eccezione costituita dalla rinuncia del cessionario alla garanzia di solvenza: in tale ipotesi il cedente ha diritto di rivalsa verso lo stesso cessionario per quanto restituito dal cedente alla massa fallimentare in conseguenza della revocatoria. Cfr. G. Terranova, *Disciplina del factoring nel fallimento*, in *Il fallimento*, 1994, p. 608.

³⁵⁰ G. Alessi, *Cessione dei crediti d’impresa e fallimento*, in *Il fallimento*, 1991, p. 547 ss. parla di sconvolgimento dell’azione revocatoria.

³⁵¹ Secondo tale impostazione, l’azione revocatoria esperita contro il cedente complica sia la posizione del fornitore stesso, facendo ricadere su quest’ultimo il rischio dell’inadempimento del debitore-ceduto, creando i presupposti per una rivalsa dello stesso nei confronti del cessionario, sia quella del curatore che non sempre è in grado di individuare con esattezza il legittimato passivo all’azione revocatoria. Il curatore, infatti, deve provare che il fallito ha eseguito pagamenti a favore del *factor* e dimostrare qual è l’effettivo destinatario delle singole dazioni, al fine di poter stabilire contro chi esercitare l’azione revocatoria. Cfr. O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento della finanza d’impresa*, cit., p. 75.

ancora titolare del diritto di credito, nonché destinatario del pagamento, e riferendo allo stesso la conoscenza della condizione d'insolvenza del debitore ceduto, al tempo del pagamento, facendo gravare sul curatore il conseguente onere probatorio.

Deve, tuttavia, ritenersi contrario a “principi di giustizia sostanziale” porre la conoscenza dello stato di insolvenza in capo al cedente, quale condizione per operare la revoca³⁵². E' opportuno sottolineare, a tal proposito, che, qualora il credito venga ceduto *pro soluto*, sarà il cessionario ad essere a conoscenza, prima o addirittura al posto del cedente, di tutte le circostanze concernenti l'insolvenza del debitore ceduto (ad esempio ritardi nei pagamenti, richieste di dilazioni, ecc.) e ad occuparsi della riscossione dei crediti, gestendo anche il contenzioso.

E' del tutto evidente che il cedente, in tale ipotesi, deve ritenersi estraneo alle sorti del credito trasferito³⁵³.

Non è stato, peraltro, chiarito se l'azione revocatoria debba essere esperita con riferimento all'intero importo corrisposto dal debitore ceduto al cessionario, ovvero al minor importo corrisposto o da corrispondere al cedente in base agli accordi di cessione, come imporrebbe la tutela del fornitore – cedente nella qualità di legittimato passivo³⁵⁴.

³⁵² Così V. Cantele, *Disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 395.

³⁵³ Può dunque accadere che “il cessionario riceva pagamenti di crediti ceduti *pro soluto* o *pro solvendo* nella piena consapevolezza delle difficoltà finanziarie del debitore o magari a seguito della presentazione di un'istanza di fallimento, ma il cedente non sia chiamato a restituire il riscosso, perché non si può provare che esso fosse a conoscenza dello stato d'insolvenza alla data dei pagamenti. D'altra parte, può accadere che vengano revocati pagamenti, ricevuti dal cessionario a fronte di cessioni *pro soluto*, solo perché il curatore è in grado di provare che il cedente era a conoscenza delle difficoltà finanziarie del debitore, mentre il cessionario le ignorava”. Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 76.

³⁵⁴ Uno dei dubbi posti dalla norma è, infatti, se l'azione revocatoria colpisca l'intero importo pagato dal debitore ceduto al cessionario, tutelando i creditori e salvaguardando, in tal modo, la *par condicio*, oppure la minore somma pervenuta al cedente in virtù dei patti di cessione, come imporrebbe la tutela di quest'ultimo e l'azione recuperatoria nell'ottica del legittimato passivo. Sul punto si veda G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 725. Si tenga, infatti, presente che il cedente, che riceva una somma inferiore al valore nominale del credito ceduto, a causa del computo degli interessi sugli anticipi e della commissione, potrebbe comunque essere sottoposto a revocatoria dal curatore per l'intero importo del credito. Tenendo conto che non è possibile opporre ad un

La normativa avrebbe, pertanto, dovuto prevedere che il curatore agisse contro chi ha effettivamente ricevuto il pagamento, consentendo al cessionario, in caso di cessione *pro solvendo*, di esperire un'azione di rivalsa nei confronti del cedente.

Non si comprende, pertanto, la scelta del legislatore di consentire l'esercizio dell'azione revocatoria esclusivamente nei confronti del cedente, il quale potrebbe anche non aver ricevuto alcun pagamento. Tale determinazione è ancora più discutibile alla luce del comma 2 dell'art. 6, considerando che il legislatore ha collegato la possibilità di esperire l'azione revocatoria alla prova fornita della conoscenza dello stato di insolvenza del debitore ceduto da parte del cedente “alla data del pagamento al cessionario”. Evento che, dal punto di vista temporale, non presenta alcun elemento di collegamento con l'attività svolta dal cedente sottoposto a revocatoria, di cui quest'ultimo può venire a conoscenza soltanto in un secondo momento³⁵⁵.

Quanto alla previsione del sopra citato comma 2 dell'art. 6, considerato che il curatore ha il diritto di richiedere al cedente sottoposto a revocatoria un importo pari a quello corrisposto dal debitore - fallito al cessionario, con l'aggiunta degli interessi e delle spese, è opportuno interrogarsi sulla portata economica della rivalsa che il fornitore - cedente può esercitare nei confronti del cessionario.

Nel caso di cessione *pro soluto* il cedente potrà evidentemente rivalersi nei confronti del cessionario e in tal caso “il contenuto economico della rivalsa deve comprendere sia l'importo del pagamento revocato, sia le altre somme versate dal cliente al curatore per interessi, rivalutazione

soggetto terzo, qual è il curatore, gli accordi intercorsi tra *factor* e cedente, è possibile che quest'ultimo eserciti il diritto di rivalsa nei confronti del cessionario per le eventuali eccedenze versate. In proposito G. Guerrieri, *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, cit., pp. 76-77; G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 725.

³⁵⁵ M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 420; G. Guerrieri, *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, cit., p. 81.

monetaria e spese giudiziali”³⁵⁶.

Nel caso di cessioni operate *pro solvendo*, invece, è da ritenersi condivisibile l’orientamento maggioritario secondo il quale il cedente possa operare la rivalsa nei confronti del *factor*-cessionario per un importo corrispondente alla differenza tra il corrispettivo ricevuto e l’importo più elevato versato al curatore fallimentare³⁵⁷.

Ciò in quanto il cedente, escusso in revocatoria, corrisponde al curatore somme di regola superiori al corrispettivo pattuito, essendo inclusi gli interessi legali, le spese giudiziali, nonché la rivalutazione monetaria sul pagamento revocato.

Sarà possibile recuperare tale differenza, anche se il cessionario non abbia rinunciato alla garanzia di solvenza. Eventuali clausole inserite nel contratto volte ad estendere la garanzia di solvenza del cedente anche agli interessi legali, alle spese giudiziali ed alla rivalutazione monetaria, devono ritenersi inefficaci, in quanto contrarie al divieto di cui all’art. 1267 c.c., che sancisce l’inefficacia di accordi tesi ad aggravare la responsabilità del cedente³⁵⁸.

Operando un’interpretazione analogica del comma 2 dell’art. 6 è

³⁵⁶ Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d’impresa*, cit., pp. 80-81.

³⁵⁷ In tal senso G. Guerrieri, *Cessione dei crediti di impresa e fallimento*, cit., p. 81; V. De Sensi, *Il contratto di factoring nelle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare*, I, 1996, p. 41; A. Bassi, *Factoring e cessione dei crediti d’impresa*, cit., p. 48. Secondo un orientamento minoritario, invece, “se esiste garanzia di solvenza (..) al cedente soccombente in revocatoria non viene concessa azione di rivalsa verso il cessionario”. Così G. Alessi, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti del debitore ceduto e garanzia di solvenza nella cessione dei crediti d’impresa*, in *Diritto fallimentare*, 1992, I, pp. 615-618. D. Plenteda, *La cessione dei crediti d’impresa e fallimento del debitore ceduto*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione dei crediti di impresa*, Napoli, 1995, p. 105, il quale ritiene la rivalsa nella cessione *pro solvendo* irragionevole, “essendo una normativa che, dopo aver tacitamente accomunato nella stessa cattiva sorte l’una e l’altra cessione ed essersi esplicitamente preoccupata di discriminarle, nella buona, cioè per la rivalsa, finisca poi per assoggettarle allo stesso regime, attraverso l’impiego della norma codicistica”.

³⁵⁸ G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d’impresa*, cit., p. 709, a differenza della dottrina maggioritaria, mostra perplessità riguardo all’applicabilità dell’ultimo comma dell’art. 1267 c.c. alle cessioni dei crediti d’impresa.

possibile applicare la su citata disposizione anche alle cessioni *pro solvendo*³⁵⁹.

Alla luce di quanto sopra esposto, è possibile affermare che il legislatore, tutelando il *factor* - cessionario, ha perseguito la finalità di favorire lo sviluppo del *factoring*, quale potenziale strumento di finanziamento, alternativo al credito bancario, ritenendolo, per le sue caratteristiche, maggiormente rispondente alle esigenze delle imprese, favorendo il raggiungimento dell'efficienza produttiva e della stabilità aziendale.

Sofferriamo a questo punto la nostra attenzione su alcuni profili problematici.

Un primo aspetto da analizzare riguarda l'applicazione dell'art. 71 l. fall., secondo il quale il cedente che abbia restituito l'importo ricevuto, in quanto escusso in revocatoria, può insinuarsi al passivo fallimentare per il suo eventuale credito.

E' opportuno, a tal proposito, precisare che in presenza di una cessione *pro soluto*, il cedente potrà insinuarsi al passivo fallimentare³⁶⁰ o rivalersi nei confronti del cessionario. Quest'ultimo, nel caso in cui sia obbligato al pagamento del credito nei confronti del cedente, avendo assunto il rischio di inadempimento del debitore ceduto, non potrà, invece, insinuarsi nel fallimento con gli altri creditori, al fine di soddisfare le proprie pretese³⁶¹.

³⁵⁹ Infatti il cedente, ai sensi dell'art. 4 legge 52/91, garantisce la solvenza del debitore nei limiti del corrispettivo pattuito. Se, peraltro, si dovesse ritenere che la garanzia si limiti all'esatto adempimento del debitore e non all'efficacia del pagamento ai sensi dell'art. 67 l. fall., si dovrebbe applicare l'art. 1267 c.c., che limita la garanzia del cedente al corrispettivo ricevuto. Sul punto si veda G. Alessi, *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, cit., p. 548. F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa"*, cit., p. 741, precisa che la formula "corrispettivo pattuito" non comporta significative innovazioni rispetto all'art. 1267 c.c. nonostante la diversità terminologica. Il legislatore ha svincolato la garanzia dalla presenza di anticipazioni connesse al *factor*, liberando il cessionario dall'obbligo di pagare il corrispettivo residuo rispetto all'anticipo

³⁶⁰ L'ammissione al passivo, con riferimento al credito derivante dalla restituzione della somma dovuta in seguito a revocatoria fallimentare, avviene, in base all'art. 101 l. fall., mediante insinuazione tardiva.

³⁶¹ In dottrina si ritiene che nel caso di cessione *pro soluto* il cedente ha l'obbligo di esercitare la rivalsa sulle somme restituite al curatore fallimentare per non intaccare il diritto del cessionario. In tal senso

Nel caso di cessione *pro solvendo* il cedente escusso in revocatoria potrà soltanto insinuarsi al passivo fallimentare, limitatamente alle somme restituite³⁶².

Un ulteriore profilo da analizzare concerne la rivalsa operata, ai sensi dell'art. 6, comma 2, dal cedente, escusso in revocatoria, nei confronti del *factor-cessionario* che abbia assunto la garanzia dell'eventuale insolvenza del debitore ceduto³⁶³. L'esperimento dell'azione di rivalsa presuppone che il cessionario abbia effettuato il pagamento al cedente.

L'interpretazione della sopra menzionata disposizione, con la quale si è inteso far ricadere l'onere economico sul soggetto che ha assunto il rischio dell'eventuale inadempimento del debitore ceduto, ha creato non pochi problemi.

Un primo profilo da affrontare riguarda il significato da attribuire al termine *rivalsa*, che è possibile rinvenire nel Codice Civile esclusivamente all'art. 754, in tema di pagamento dei debiti ereditari³⁶⁴.

G. Alessi, *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, cit., p. 78. Qualora il cessionario rimborsi al cedente, in seguito ad un'azione di rivalsa, le somme conferite al curatore "si surroga al cedente stesso nel credito insinuato, in forma volontaria o legale, ex art. 1203 c.c." Così O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 78.

³⁶² C. Amato, *Annotazioni alla legge 21-2-1991 n. 52, sulla cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 502, pone un quesito. Se il cedente è soggetto a revocatoria fallimentare ai sensi dell'art. 6 comma 1 e quindi s'insinua al passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 71 l. fall., può nel frattempo esercitare rivalsa verso il *factor*, ex art. 6? Alla domanda bisogna rispondere negativamente, "perché semmai il cedente dovesse ricevere qualcosa dal fallimento, dovrà a sua volta restituire quelle somme al *factor* che lo aveva garantito, il quale a sua volta ha azione di ingiustificato arricchimento".

³⁶³ Cfr. R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 539. Tale previsione legislativa può essere estesa, anche se solo limitatamente alla parte di credito ceduto *pro soluto*, anche alle cessioni nelle quali l'assunzione del rischio da parte del *factor* è solo parziale. Sul punto si veda V. Cantele, *Disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., pp. 397-398, il quale precisa che "esistono, poi, cessioni nelle quali l'assunzione del rischio da parte del cessionario è solo parziale, ma il cessionario che riceve pagamenti dal debitore, è contrattualmente autorizzato ad imputarli preventivamente alla parte del credito "approvato", e, solo in un secondo tempo, ad avvenuta estinzione di quella parte di credito, alla parte non approvata. Nel primo caso (integrale assunzione del rischio da parte del cessionario) e in numerose ipotesi di assunzione parziale del rischio di insolvenza, il cedente non trae il benché minimo vantaggio dai pagamenti effettuati dal debitore. Negli altri casi di assunzione parziale del rischio di insolvenza, il cedente trarrà beneficio dai pagamenti, ma mai nella stessa misura dei pagamenti, bensì in misura ridotta".

³⁶⁴ "Viceversa l'espressione è d'uso corrente nei vari formulari dei contratti di factoring per indicare il diritto del cessionario, di chiedere al cedente la restituzione del corrispettivo versato se il debitore non

Differentemente dalla rivalsa contrattuale, che ha ad oggetto il corrispettivo versato, quella prevista dall'art. 6 comma 2 è di natura processuale ed ha per oggetto il pagamento revocato.

Parte della dottrina ha individuato nel diritto di rivalsa una forma di surrogazione legale, ex art. 1203, n. 5 c.c., in quanto il cedente, sebbene sia soggetto estraneo rispetto al pagamento effettuato dal debitore ceduto nei confronti del cessionario, viene ugualmente escusso in via revocatoria al posto del cessionario, con la conseguenza di potersi rivalere su quest'ultimo, acquisendo i diritti derivanti dal fallimento, a seguito del pagamento del debito di restituzione³⁶⁵.

Ne consegue che il *factor*-cessionario sarà interessato al risultato della revocatoria fallimentare in quanto, esercitando il cedente l'azione di rivalsa, gli effetti economici prodotti dalla sentenza di revoca ricadranno in tutto (cessione *pro soluto*) o in parte (cessione *pro solvendo*) su di lui.

Dovranno, pertanto, essere inserite nel contratto di *factoring* clausole tese a prevedere l'obbligo del cedente di notificare il cessionario dell'intrapresa azione revocatoria, al fine di consentire a quest'ultimo di intervenire volontariamente nel giudizio, in modo da contrastare la pretesa del curatore³⁶⁶.

onora il credito ceduto nell'ipotesi di garanzia di solvenza (cessione *pro solvendo*)". Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 79.

³⁶⁵ In presenza del fallimento del debitore ceduto, pertanto, il credito di restituzione del pagamento inefficace grava sul *factor*. In proposito G. Alessi, *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, cit., p. 548.

³⁶⁶ Quanto alle eccezioni opponibili dal *factor* al cedente in sede di rivalsa è possibile sostenere che, in base al principio della surrogazione legale, il cessionario può opporre al cedente le eccezioni che avrebbe potuto opporre al fallimento del debitore ceduto. Tra queste ad esempio il difetto di uno dei presupposti dell'azione revocatoria, la prescrizione della stessa, sempre che il cedente non abbia sollevato tali eccezioni in giudizio. Cfr. O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 81.

4.2 L'efficacia della cessione e la disciplina del recesso in caso di fallimento del cedente

Quanto al fallimento del creditore cedente, è opportuno sottolineare che la legge n. 52 del 1991 non ha stravolto la disciplina dettata dalla legge fallimentare, intervenendo esclusivamente su alcuni profili, sui quali ci soffermeremo brevemente.

Occorre evidenziare *in primis* che secondo l'art. 5 il pagamento anche parziale effettuato dal cessionario, oltre che secondo le modalità disciplinate nell'art. 2914, n. 2, c.c., costituisce un mezzo idoneo a rendere la cessione opponibile al fallimento, purché sia stato operato anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento.

La disciplina speciale, con l'obiettivo di evitare accordi tra cedente e cessionario in danno degli altri creditori del primo, ha previsto, tuttavia, che l'opponibilità non è illimitata, sacrificando la posizione del cessionario, al verificarsi di determinate condizioni, soggettive e temporali³⁶⁷.

L'art. 7 stabilisce, infatti, al comma 1 che “l'efficacia della cessione verso terzi non è opponibile al fallimento del cedente, se il curatore prova che il cessionario conosceva lo stato di insolvenza del cedente quando ha realizzato la prestazione e sempre che il pagamento del cessionario al cedente sia stato eseguito nell'anno anteriore alla sentenza dichiarativa di fallimento e prima della scadenza del credito ceduto”³⁶⁸.

³⁶⁷ C.G.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 726, si è chiesto, nel caso di cessione con pagamento di data certa infrannuale di crediti già scaduti, “cosa accada se il pagamento (unico) del cessionario riguarda crediti in parte scaduti e in parte non”. Secondo l'autore “sembra infatti difficile concepire che la cessione unitariamente stipulata e regolata nei suoi effetti possa scindersi in due negozi, uno dei quali opponibile e l'altro no”.

³⁶⁸ La puntuale applicazione di quanto disposto dall'art. 5, coordinato con in principi generali in tema di fallimento, avrebbe determinato l'opponibilità ai creditori del pagamento effettuato dal *factor*-

Dalla disposizione in esame, si desume chiaramente che sarà opponibile al fallimento del cedente il pagamento che ha una data certa anteriore di oltre un anno dalla dichiarazione di fallimento, nonché quello di crediti già scaduti, effettuato entro l'anno dal fallimento³⁶⁹.

Viene in tal modo posto un limite all'operatività dell'art. 5, al fine di evitare che il cessionario si precostituisca troppo facilmente "la condizione di opponibilità della cessione"³⁷⁰, con l'intenzione di sottrarre, a seguito di un accordo con il cedente, i crediti al fallimento³⁷¹.

L'art. 7 non prevede un'ipotesi particolare di revocatoria fallimentare,

cessionario, prima della dichiarazione di fallimento. Sul punto si veda F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa"*, cit., pp. 744-745; R. Clarizia, *I contratti di finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 540; A. Luminoso, *I contratti tipici ed atipici*, cit., p. 319, il quale precisa che l'art. 7 introduce un'inopponibilità *ex lege* della cessione, del tipo di quella regolata dagli artt. 64-65 l. fall.

³⁶⁹ In questo ultimo caso sorge un dubbio sulla sorte di "un pagamento globale e indistinto, da parte del cessionario, per una massa di crediti solo in parte scaduti". Così M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 425. In proposito D. Plenteda, *Cessione dei crediti d'impresa, fallimento del cedente e recesso del curatore*, cit., p. 160.

³⁷⁰ Così V. Cantele, *Il contratto di factoring*, cit., p. 935; id., *Finalmente una legge per il factoring*, cit., p. 398. È necessario, ad ogni buon fine, precisare che qualora il factor "sia nel contempo creditore (ad esempio per commissioni o interessi) e debitore (per somme incassate in seguito alla cessione) nei confronti del fallito, è altresì ammissibile la compensazione, sempre che i reciproci crediti e debiti fossero già attuali prima della dichiarazione di fallimento". Così G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 254. Ci si è chiesti se è possibile considerare debito quello che scade posteriormente alla dichiarazione di fallimento. Nel caso di risposta negativa si tratterebbe di un debito verso la massa e la compensazione non avrebbe luogo non essendoci reciprocità tra crediti e debiti. È da preferire, però, l'orientamento che dà rilievo non alla scadenza del debito, ma all'antioriorità dell'attività negoziale posta in essere dal cliente del factor poi fallito. Il credito per rimborso di anticipazioni versate al fallito è da considerarsi condizionale, essendo subordinato al mancato pagamento da parte del debitore ceduto, anche se tale circostanza non dovrebbe impedire l'operare della compensazione. In conclusione è possibile dire che la compensazione tra debiti del factor verso il fallito e crediti verso il medesimo è sempre possibile, anche esaurito il rapporto di factoring, in quanto il cessionario se è creditore si insinua al passivo del fallimento, qualora risulti debitore paga al fallimento. Cfr. in proposito Cass., n. 10861 del 10-7-2003, in *I contratti*, 2004, p. 262.

³⁷¹ V. Cantele, *Il contratto di factoring*, cit., p. 935, ha sottolineato che la portata della norma, sul piano pratico, è apparsa molto discutibile, in quanto il cessionario, che è a conoscenza dello stato di insolvenza del cedente, per rendere la cessione opponibile "non ha bisogno di pagare il corrispettivo: può limitarsi a notificare la cessione, il che gli costa evidentemente meno". È opportuno, inoltre, evidenziare che l'art. 7 al comma 1 non contempla deroghe alla disciplina prevista dall'art. 1265 c.c. in tema di efficacia della notifica e accettazione di data certa (fatte salve espressamente dall'art. 5 al comma 2). Dunque "dobbiamo ritenere che tale efficacia operi sempre nei confronti del fallimento del cedente, ancorché la notifica o l'accettazione siano cadute nell'anno anteriore alla dichiarazione: in tal caso al curatore resterà aperta solo la strada della revocatoria". Così G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 726.

limitandosi a richiamare quanto disposto nell'art. 67, comma 2, l. fall.³⁷². La legge speciale, pertanto, “non impedisce al curatore del fallimento del cedente di avvalersi di tutte le altre azioni poste a sua disposizione dall'ordinamento, ad esempio le azioni revocatorie di cui alla legge fallimentare, in tutti i casi in cui risultino integrati i presupposti di queste ultime, pur in assenza delle condizioni di cui alla legge speciale”³⁷³.

Qualora la cessione sia inopponibile, il curatore potrà, pertanto, agire contro il cessionario per ottenere la revoca della stessa.

Grava sul curatore l'onere di provare l'esistenza di tre condizioni, al verificarsi delle quali il credito ceduto rientrerà nel patrimonio del fallito: il pagamento del corrispettivo effettuato dal cessionario, entro l'anno dall'apertura del fallimento; la conoscenza da parte del cessionario dello stato di insolvenza del cedente alla data in cui è stato effettuato il pagamento (*scientia decoctionis*)³⁷⁴; l'esecuzione del pagamento anteriormente alla scadenza del credito ceduto.

Il mancato rispetto anche di una sola di tali condizioni determina l'insuccesso dell'azione revocatoria³⁷⁵.

³⁷² Non è stato ancora chiarito se la revoca della cessione rientri, nell'ambito dell'art. 67 l. fall., tra gli atti a titolo oneroso di cui al comma 1 n. 1, tra quelli di cui al comma 1 n. 2, oppure tra gli atti di cui al comma 2. Cfr. sul punto in questione B. Cassandro Sulpasso, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il factoring in Europa*, cit., p. 37 ss.

³⁷³ Così M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 424. Cfr. in proposito M. Costanza, *Cessione dei crediti d'impresa e opponibilità al fallimento*, in *Fallimento*, 2004, pp. 763 ss.; U. Belviso, *Inopponibilità della cessione del credito al fallimento del cedente e revocatoria fallimentare nella legge 21 febbraio 1991*, in G. Tatarano (a cura di), *La cessione dei crediti d'impresa*, Napoli, 1995, pp. 77 ss.

³⁷⁴ La prova della *scientia decoctionis*, cioè della conoscenza dello stato di insolvenza del cedente, non può essere fornita che in giudizio. “E il thema della domanda introdotta dal curatore coinciderà sostanzialmente con l'oggetto della revocatoria, mirando ad una pronuncia di merito che dichiari l'inefficacia della cessione nei confronti del fallimento”. Così O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 82. Cfr. M. Dal Zilio, *Profili ricostruttivi in tema di revocatoria fallimentare delle cessioni di credito nel factoring*, in *Il fallimento*, 2004, pp. 394-396.

³⁷⁵ E' opportuno sottolineare che particolare interesse ha destato, in passato, in materia di fallimento del cedente, la possibilità da parte del curatore di esperire l'azione revocatoria ai sensi degli artt. 66-67 l. fall. Alcuni autori hanno negato la legittimità dell'esercizio di tale azione, ritenendo che il *factor* diventi cessionario di crediti, non per estinguere precedenti ragioni creditorie ma in seguito ad un negozio il cui elemento costitutivo è la cessione, antecedente logico che giustifica la controprestazione. Pertanto, dal momento che tale cessione non ha natura di mezzo di pagamento e non altera l'efficienza patrimoniale sulla quale possono contare i creditori, non essendo idonea a ledere *la par*

L'art. 7, comma 1, ha, pertanto, integrato con la previsione del pagamento del corrispettivo effettuato dal cessionario quanto già statuito in tema di opponibilità.

Il comma 2 del su citato articolo prevede che “il curatore del fallimento può recedere dalle cessioni stipulate dal cedente, limitatamente ai crediti non ancora sorti alla data della sentenza dichiarativa”.

Secondo tale previsione normativa non è dunque possibile considerare lo scioglimento del contratto di *factoring* un effetto automatico del fallimento, bensì una facoltà esercitata dal curatore, determinata da circostanze sopravvenute in seguito alla stipulazione³⁷⁶. Il curatore potrà decidere se optare per la continuazione o lo scioglimento anticipato del rapporto, limitatamente agli eventuali crediti non ancora venuti ad esistenza alla data della declaratoria di fallimento

È precluso al curatore di esercitare il recesso nel caso in cui la

condicio creditorum, non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 67 l. fall. In tal senso G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 185 ss. Contra U. Carnevali, *I problemi giuridici del factoring*, secondo cui in base al disposto dell'art. 67 2° comma, sono soggetti a revocatoria tutti gli atti a titolo oneroso e quindi anche il *factoring*. Sarà possibile esperire l'azione revocatoria purché il curatore provi che il *factor* era a conoscenza dello stato di insolvenza del cedente. La revocatoria, in questa prospettiva avrà ad oggetto non le singole cessioni, ma il contratto di cessione globale di crediti futuri. In tal senso G. Zuddas, *Il contratto di factoring*, cit., p. 252 ss. La possibilità di esperire con successo l'azione revocatoria è remota nell'ipotesi di cui all'art. 67 1° comma l. fall., in quanto i crediti, nel *factoring*, sono sempre ceduti al loro valore nominale; più verosimile nell'ipotesi dell'art. 67 2° comma l. fall. In tal caso il contratto deve essere concluso nell'anno anteriore al fallimento e il curatore deve dimostrare che il *factor* era a conoscenza dello stato di insolvenza del cedente. In caso di accoglimento dell'azione, la dichiarazione di inefficacia della cessione globale determinerà la restituzione da parte del *factor* di quanto ha incassato e la sua ammissione al passivo fallimentare per gli anticipi forniti al cedente. Il debitore dovrà effettuare i pagamenti dei crediti scaduti successivamente alla sentenza di revoca al curatore, essendo di pertinenza del fallito. Per rendere la sentenza di revoca efficace nei suoi confronti, il curatore dovrà disporre la chiamata in causa del debitore ceduto in qualità di litisconsorte necessario. Il curatore potrà anche esperire l'azione revocatoria nei confronti dei singoli contratti dai quali erano sorti i crediti successivamente ceduti al *factor*. L'acquirente, in tal caso, dovrà restituire, ai sensi dell'art. 71 l. fall., i beni acquistati o il loro valore, presentando, per le somme già conferite al *factor* in seguito a cessioni di credito a lui notificate o accettate con atto avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, istanza di ammissione al passivo fallimentare. Non è inoltre consentita la compensazione tra i crediti del *factor* anteriori al fallimento del cedente e il debito derivante dalla revocatoria fallimentare utilmente esperita nei suoi confronti.

³⁷⁶ G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., pp. 726-727; D. Plenteda, *Cessione dei crediti d'impresa, fallimento del cedente e recesso del curatore*, cit., o. 160 ss.; M. Dal Zilio, *Profili ricostruttivi in tema di revocatoria fallimentare delle cessioni di credito nel factoring*, cit., pp. 393-394.

cessione, anche in massa, abbia ad oggetto crediti già esistenti, anche se di lontana scadenza, oppure crediti futuri, già esistenti al momento del fallimento³⁷⁷.

Il curatore può anche decidere di operare un recesso parziale, con continuazione relativamente ai crediti esistenti e scioglimento rispetto ai crediti *in fieri*³⁷⁸.

In ogni caso, sotto il profilo economico, l'obiettivo della normativa in esame, ispirata all'art. 72 della legge fallimentare ante riforma, "è di dare al curatore la possibilità di disimpegnarsi da un contratto di durata che potrebbe, altrimenti, rivelarsi estremamente oneroso"³⁷⁹, evitando il prodursi di effetti negativi per la massa fallimentare, determinato da un contratto non interamente eseguito³⁸⁰.

³⁷⁷ E' opportuno precisare che il limite temporale entro il quale il curatore potrà esercitare il recesso, con riferimento ai crediti futuri, è di due anni meno un giorno tenendo presente che in base all'art. 3 "la cessione in massa dei crediti futuri può avere ad oggetto solo crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a ventiquattro mesi", mentre ai sensi dell'art. 7 i crediti non devono essere ancora venuti ad esistenza al momento del fallimento. Cfr. V. Cantele, *Finalmente una legge per il factoring*, cit., p. 398, il quale sottolinea che "la portata pratica della norma sembra molto modesta, in quanto, al di fuori dei rari casi di esercizio provvisorio dell'impresa, non potranno più sorgere crediti d'impresa, dopo le dichiarazioni di fallimento". Egli si sofferma, inoltre, sull'ipotesi in cui il pagamento del credito ceduto sia subordinato al collaudo di una macchina o un impianto. In presenza di tale condizione sospensiva, ammettendo che quest'ultima si verifichi dopo la data del fallimento del cedente, il credito verrà ad esistenza, ma con effetto retroattivo (art. 1360 c.c.). Tenendo conto che la *ratio* della norma è quella di consentire il recesso del curatore dai rapporti in corso, il curatore potrà recedere dalla cessione anche se sarebbe stata preferibile un'esplicita previsione dell'esistenza di crediti sottoposta a condizione sospensiva.

³⁷⁸ In tal senso G.C.M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 727, il quale evidenzia le difficoltà applicative derivanti da tale prospettiva specialmente rispetto ai "crediti derivanti da contratti a prestazioni continuative o periodiche"; G. Cian, *Legge 21 febbraio 1991, n. 52. Disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 263, il quale precisa che il potere di scioglimento riguarda i crediti non ancora sorti, considerati crediti non ancora trasferiti; O. Pace - D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 83, i quali sottolineano come il recesso ad effetti parziali costituisca una deviazione o addirittura un'anomalia dal momento che consente una scissione del rapporto.

³⁷⁹ Così R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 541, il quale cerca di esaltare la facoltà di scelta discrezionale del curatore nell'interesse della massa. Ciò si riscontra, ad esempio, nella previsione di una vendita dell'azienda ad un compratore che non rinuncerà alla titolarità dei crediti, ma attuerà una rinnovata gestione. Non è del tutto vero che la rilevanza pratica della previsione sia smorzata dal fatto che la dichiarazione di fallimento determinerebbe la cessazione dell'attività d'impresa, impedendo la nascita di nuovi crediti, salvo il caso in cui sia stato autorizzato soltanto l'esercizio provvisorio dell'attività d'impresa.

³⁸⁰ Cfr. M. Ferro, *Il fallimento del cedente*, in rivista Italiana Leasing, 1994, p. 29.

L'art. 7, comma 3, precisa che “in caso di recesso il curatore deve restituire al cessionario il corrispettivo pagato al cedente per le cessioni previste nel comma 2”. Dal punto di vista economico-finanziario, si tratta evidentemente di una disposizione di favore nei confronti del *factor* che evita l'assoggettamento al regime concorsuale, avvantaggiando le imprese di *factoring* che si vedono restituite moneta buona, anziché moneta fallimentare.

Quanto alle modalità di manifestazione del recesso, troverà applicazione l'art. 1264 c.c., secondo il quale il recesso sarà efficace nei confronti del debitore ceduto se gli è stato notificato o è stato da lui accettato³⁸¹. Una volta operato il recesso, la cessione dei crediti sarà dichiarata inefficace e la dichiarazione di fallimento retroagirà alla data della cessione³⁸².

Considerando che l'art. 7 non contiene alcuna indicazione del termine entro il quale deve essere espressa la volontà di recedere, si è ritenuto applicabile per analogia il disposto dell'art. 72 l. fall., affidando ad un giudice delegato l'incarico di fissare un termine entro il quale manifestare la volontà³⁸³.

E' opportuno, tuttavia, rilevare che se tale disciplina, nella vigenza

³⁸¹ Per quanto riguarda l'efficacia del recesso nei confronti del debitore ceduto si applicano le stesse regole riguardanti l'efficacia della cessione nei confronti del debitore, dal momento che il recesso ha “*le medesime conseguenze di una retrocessione del credito*”. Così O. Pace-D. Cherubini, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, cit., p. 83.

³⁸² “*Se la cessione era pro soluto, il factor dovrà versare al fallimento l'importo del credito riscosso (o il rimanente, se i pagamenti erano a titolo di anticipazione), oltre agli interessi maturati alla data della cessione. Se invece, la cessione era pro solvendo, una volta restituito l'importo del credito al fallimento, il factor potrà insinuarsi al passivo e il suo credito sarà ammesso con riserva, poiché è sottoposto alla condizione sospensiva del mancato adempimento del debitore ceduto*”. Così R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 541. Alle condizioni indicate nell'art. 7 “*le cessioni sono colpite da inefficacia, analogamente agli atti previsti dagli artt. 64-65 l. fall., ma entro un limite temporale più ristretto (un anno, anziché due) e senza alcuna presunzione di conoscenza dello stato di decozione*”. Così V. Cantele, *Finalmente una legge per il factoring*, cit., p. 398. Sul punto si veda anche G. Piazza, *Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1996, II, p. 113 ss.

³⁸³ Tra gli altri si veda R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 542.

della previgente normativa fallimentare, svolgeva la funzione di derogare alle disposizioni generali applicabili in presenza del fallimento del cedente, consentendo al curatore, com'è stato precisato, di evitare effetti negativi per la massa fallimentare e favorendo le imprese di *factoring*, in seguito alle modifiche apportate all'art. 72 l. fall., dal D.lgs 5/2006 e successivamente dal D.lgs 169/2007, sono sorti non pochi dubbi sulla portata della facoltà di recesso del curatore, assorbita dalla nuova formulazione del sopra citato articolo, che prevede la possibilità che il curatore si liberi dai rapporti contrattuali ancora in corso alla data di dichiarazione del fallimento.

I contraenti, infatti, ai sensi del comma 4 del novellato articolo, potranno insinuarsi nel passivo fallimentare al fine di far valere il credito conseguente al mancato adempimento³⁸⁴.

Dall'analisi operata, è possibile chiaramente desumere che la legislazione speciale si distacca dall'ordinaria normativa fallimentare, assumendo una portata innovativa³⁸⁵, con la finalità di adeguarsi alle caratteristiche soggettive ed oggettive dell'operazione di *factoring* nel suo complesso, tutelando il *factor* - cessionario, in quanto intermediario creditizio che finanzia l'attività imprenditoriale, ed agevolando la diffusione dell'operazione economica.

³⁸⁴ Cfr sul punto M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 461 ss., i quali sostengono che *“a voler cucire le fila del sistema, la trama di quest'ultimo potrebbe ad esempio ordinarsi, vuoi ritenendo i commi 2 e 3 dell'art. 7, l. n. 1991/52 abrogati a seguito dell'introduzione delle nuove regole fallimentari, vuoi sostenendo l'incapacità di queste ultime di modificare la lex specialis. Ma è certo che, allo stato, appare arduo divinare gli orientamenti di corpi applicativi (ed interpretativi) che fin qui hanno sostenuto tesi collidenti con quelle fatte proprie dal legislatore della riforma”*.

³⁸⁵ Com'è stato sostenuto in dottrina, *“è inutile perciò attardarsi ancora a interpretare la normativa recata dalla legge n. 52/1991, avvalendosi di una chiave di lettura che può andare bene per la regolamentazione codicistica della cessione di crediti: si rischia così di vanificare proprio l'innovatività della legge speciale”*. Così R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 542. E' opportuno sottolineare che anche la giurisprudenza ha mostrato grande diffidenza nei confronti della legge n. 52/91 e della sua portata innovativa. Difatti sono scarse le sentenze in materia fallimentare che richiamano la nuova normativa.

Capitolo IV

L'operazione economica nel contesto internazionale e alcuni strumenti di finanziamento all'esportazione affini

1. Disciplina e caratteristiche del *factoring* internazionale

Com'è stato già precisato, nello svolgimento dell'attività imprenditoriale si verifica spesso che il fornitore conceda ai propri clienti dilazioni di pagamento, diventando titolare nei loro confronti di un diritto di credito. Sotto il profilo economico, tale condizione incide negativamente sulla produttività dell'impresa, rendendo indisponibili gli importi dovuti e determinando una situazione di instabilità ed incertezza con riferimento al futuro adempimento del debitore.

Attraverso il ricorso al *factoring*, il fornitore è in grado di affidare i propri crediti commerciali, anche internazionali, a società specializzate, con notevoli vantaggi dal punto di vista economico - finanziario³⁸⁶.

Anche nel contesto internazionale, gli imprenditori, entrando in contatto con operatori economici dei quali è conosciuta in modo solo approssimativo la solvibilità, avvertono l'esigenza di affidare l'amministrazione dei crediti derivanti dallo svolgimento dell'attività commerciale ad organismi specializzati, ricorrendo a strumenti di natura

³⁸⁶ M. Infantino, *Note comparatistiche sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra Convenzioni e Principi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, pp. 232 ss.; con riferimento ai caratteri di internazionalità di un contratto, cfr. tra gli altri S. Ferreri, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000, pp. 9 ss.

finanziaria e gestionale tra i quali rientra il *factoring*³⁸⁷.

Nel caso in cui il debitore ceduto risieda in uno stato diverso da quello del fornitore, il contratto concluso tra il cedente e la società di *factoring* è denominato di *factoring internazionale*.

Proprio all'interno del settore esportazione è possibile apprezzare con particolare interesse le prestazioni tecniche rese dai *factors*. Essi sono, infatti, in grado di offrire alle imprese un supporto qualificato, provvedendo alla selezione della clientela, grazie anche alla collaborazione dell'*import factor* con l'*export factor*, alla gestione ed incasso dei crediti con denominazione plurivalutaria, alla concessione di anticipazioni sui crediti ceduti, garantendo anche l'eventuale inadempimento commerciale del debitore o comunque fornendo un servizio di recupero credito in caso di cessioni *pro solvendo*, affrontando tutte le problematiche commerciali all'esportatore (ad esempio eventuali controversie con i debitori).

L'intervento del *factor* consente, inoltre, all'esportatore di ricevere informazioni sul grado di solvibilità dei compratori stranieri, sulle consuetudini dei paesi esteri, nonché, sotto il profilo economico, di “muoversi sui mercati internazionali con la stessa agilità operativa di cui dispone nel territorio nazionale e di affrontare la concorrenza locale con maggiori possibilità di successo”³⁸⁸.

Prima di soffermare l'attenzione sulla disciplina dell'operazione economica nel contesto internazionale, è opportuno evidenziare che la necessità di una regolamentazione uniforme dei rapporti internazionali si è fatta sentire in particolar modo nel secondo dopoguerra, in quanto la

³⁸⁷ “L'amministrazione del credito straniero involge così costi elevati; le azioni giudiziarie tese al recupero del dovuto si rivelano dispendiose e complesse: le alee circa il futuro adempimento del debitore sono moltiplicate”. Così M. Infantino, *Note comparatistiche sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra Convenzioni e Principi*, cit., p. 235.

³⁸⁸ Così V. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, Napoli, 1995, p. 81.

eterogeneità normativa dei sistemi giuridici nazionali rappresentava senza ombra di dubbio un ostacolo al pieno sviluppo del commercio internazionale³⁸⁹.

Nel corso degli anni ottanta del secolo scorso sono stati compiuti notevoli sforzi in questa direzione, facilitando i rapporti tra gli operatori di paesi diversi, riducendo l'autonomia negoziale con riferimento agli elementi essenziali dell'accordo e concentrando l'attenzione sugli interessi meritevoli di tutela.

1.1 La complessità strutturale dell'istituto e i vari rapporti che legano i soggetti dell'operazione economica

E' opportuno *in primis* sottolineare che esistono diverse forme di *factoring* che trovano applicazione al di là dei confini nazionali.

La forma più diffusa è il *two factor system*, la cui peculiarità consiste nel numero dei soggetti coinvolti nell'operazione: quattro soggetti, di cui due *factors*³⁹⁰. Anche nel nostro continente, tale strumento operativo sta assumendo una portata sempre più rilevante nell'ambito dei rapporti commerciali con l'estero.

A differenza del *factoring* domestico, nel quale i soggetti coinvolti nell'operazione sono tre (fornitore, debitore, *factor*), il *factoring* internazionale prevede la presenza del fornitore esportatore, della società

³⁸⁹ Cfr. F. Ferrari, *Il factoring internazionale*, Padova, 1991, p. 3, il quale precisa che occorre, in altre parole, ridurre l'impatto delle frontiere nazionali che impedivano l'espandersi del commercio internazionale.

³⁹⁰ Cfr. in proposito R. Alessi – L. Modica, *La cessione dei crediti di impresa e il factoring*, cit., p. 1172 ss.

di *factoring* del suo stesso paese (*export factor*), del debitore importatore e della società di *factoring* del paese del debitore importatore (*import factor*).

Nell'*import – export factoring* il fornitore nazionale, che vanta un credito per la fornitura di beni e servizi, nei confronti di un debitore estero, stipula un contratto con un *factor*-cessionario (*export-factor*). Quest'ultimo cede a sua volta i crediti ad un *factor* residente nella stessa nazione del debitore (*import-factor*) che si occupa della riscossione.

L'operazione per la complessità strutturale e per la pluralità di soggetti si presenta dal punto di vista giuridico segmentata in diversi rapporti contrattuali.

Un primo rapporto è quello intercorrente tra fornitore - cedente ed *export-factor*, i quali concludono un contratto, che non si discosta particolarmente dal *factoring* domestico.

A tale rapporto è collegato l'accordo tra *import-factor* ed *export-factor* (*interfactor agreement*), regolato da un contratto di *refactoring*, stipulato da società di *factoring* di differenti paesi.

Tale contratto di organizzazione vincola le parti al rispetto degli accordi elaborati da associazioni di categoria, con l'obiettivo di disciplinare i rapporti tra le società di *factoring* o anche le relazioni tra le varie filiali dello stesso gruppo. In particolare, le clausole più importanti concernenti l'attività dei *factors* riguardano l'obbligo “alla trasmissione reciproca dei crediti, fissando le condizioni di validità della cessione, le modalità di pagamento dei compensi, i criteri di ripartizione delle spese, nonché il collegio arbitrale cui sono rimesse le eventuali controversie”³⁹¹.

Un ulteriore accordo viene ad instaurarsi tra *import-factor* ed

³⁹¹ Così M. Infantino, *Note comparatistiche sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra Convenzioni e Principi*, cit., p. 239.

importatore estero (debitore del fornitore)³⁹².

Sofferriamo a questo punto l'attenzione sulle differenti funzioni dei *factors*.

L'*export-factor* conclude un contratto di *factoring* con il fornitore esportatore, il quale provvederà a cedere i crediti d'impresa, vantati nei confronti del debitore-importatore. Sotto il profilo economico, all'*export-factor* spetterà l'amministrazione finanziaria del credito, la contabilizzazione, nonché la concessione di anticipi al fornitore sui crediti ceduti³⁹³.

L'*import-factor* è, invece, il soggetto che intrattiene i rapporti con l'importatore debitore. Una volta che ha assunto informazioni e valutato l'opportunità delle cessioni, deciderà se approvare i crediti, stabilendo se la cessione, nel commercio internazionale, avverrà *pro solvendo* o *pro soluto*³⁹⁴, occupandosi della gestione e riscossione del credito³⁹⁵.

L'incasso, una volta riscosso, verrà inoltrato all'*export-factor* affinché

³⁹² In proposito si veda G. De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 150, il quale sfruttando un'immagine efficace ha precisato che "se volessimo rappresentare graficamente le due operazioni, il *factoring* interno potrebbe atteggiarsi come una L (dall'alto i debitori ceduti, il fornitore, il *factor*); il *factoring* internazionale come una U squadrata (dall'alto a sinistra: i debitori ceduti, il fornitore, il *factor* interno, il *factor* estero). Una U tagliata orizzontalmente dalla linea di confine tra il nostro paese e l'estero. In sintesi al *factoring* si aggiunge un contratto "interfactors". L'operazione funziona in questo modo: il *factor* interno (o *export-factor*) si fa cedere dal fornitore (esportatore) i crediti che questi vantano nei confronti dei clienti stranieri (importatori); poi li cede a sua volta la *factor* estero (o *import-factor*)".

³⁹³ Così F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 439.

³⁹⁴ Di norma viene operata una cessione dei crediti *pro soluto*, ovvero garantendo il buon fine dell'operazione. In particolare viene fornita una garanzia a catena: l'*import factor* garantisce l'eventuale inadempimento del debitore ceduto nei confronti dell'*export factor*, ovvero del *factor* nazionale, e quest'ultimo nei confronti dell'esportatore; la garanzia è prestata nel caso di incapacità finanziaria del debitore ceduto. Cfr. P. Messina, *Il factoring*, in W. Bigiavi (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1999, p. 947.

³⁹⁵ Viene in tal modo notevolmente semplificato l'ambito del commercio internazionale. L'esportatore, infatti, una volta che il contratto di vendita sarà approvato dall'*export factor* (dopo aver ricevuto le informazioni fornite dall'*import-factor* sulla situazione patrimoniale degli acquirenti), potrà richiederli la somma dovuta senza dover tener conto della solvibilità del debitore ceduto. "Quest'ultimo, d'altra parte, potrà evitare l'anticipo alla banca della somma dovuta come corrispettivo della merce acquistata: potrà, invece, pagare alla scadenza e potrà farlo in moneta nazionale". Così B. Cassandro Sulpasso, *Il factoring internazionale ed il progetto Unidroit*, in A. Munari (a cura di), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988, p. 23.

quest'ultimo provveda a disciplinare i propri rapporti con il fornitore³⁹⁶.

Preme rilevare che l'utilizzo del suddetto modello consente che il fornitore possa ricevere notevoli benefici, strettamente collegati all'internazionalità dell'operazione. Egli potrà, infatti, godere di una maggiore competitività sui mercati stranieri, presentando offerte in linea con quelle degli imprenditori locali.

Numerosi sono, peraltro, i vantaggi derivanti sia dalla garanzia del buon fine dell'operazione, normalmente assunta dall'*import-factor* nei confronti dell'*export-factor* e da quest'ultimo nei confronti del fornitore - esportatore, sia dalla presenza di due distinti contratti, uno di *factoring*, intercorrente tra l'esportatore e l'*export-factor*, ed uno di *refactoring* intercorrente tra *import-factor* ed *export-factor*, con riferimento al pagamento del corrispettivo³⁹⁷.

Oltre al *two factors system*, appena analizzato, esistono anche altre forme di *factoring*. Particolarmente diffuso è il *direct import factoring* o *full factoring*, che si configura nel caso in cui il fornitore-cedente trasferisca i crediti ad una società di *factoring* che risiede nello stesso paese del debitore ceduto. Saremo, invece, in presenza del *direct export factoring*, modello meno diffuso, nel caso in cui il fornitore ceda i crediti ad un *factor* domestico, affidandogli le funzioni deputate nel *two factors system* all'*export-factor*. Un'ultima forma è il *Non-notified factoring*. In tale modello il fornitore-cedente continuerà ad occuparsi della contabilità e sulla società di *factoring* graverà il compito di proteggere il credito, non essendo il debitore informato della cessione, avendo il fornitore ceduto i propri crediti senza menzionare nelle fatture l'avvenuto trasferimento

³⁹⁶ Cfr. M. Bussani, *I contratti moderni*, Torino, 2004, p. 142; G. De Nova, *I nuovi contratti*, cit., p. 150.

³⁹⁷ Il debitore importatore potrà, infatti, adempiere alla propria obbligazione di pagamento nel proprio paese, utilizzando la moneta nazionale. Cfr. M. Bussani - M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., pp. 506-507.

nelle mani del *factor*.³⁹⁸

Dall'analisi sopra esposta si evince chiaramente che esistono rilevanti differenze tra il contratto di *factoring* domestico e quello di *factoring* internazionale.

Il primo contratto, sottoposto alle norme del sistema giuridico italiano, ha ad oggetto i crediti che il fornitore-cedente italiano vanta nei confronti del cliente interno. Nel secondo caso, il contratto avrà ad oggetto i crediti all'esportazione.

E' opportuno, peraltro, tener presente, sotto il profilo economico, che le imprese di piccole e medie dimensioni che intrattengono rapporti commerciali con l'estero, in particolar modo di esportazione di beni e servizi, sono esposte a pericoli e difficoltà che non si troverebbero, invece, a fronteggiare nel mercato interno.

Ed invero, entrando in contatto con sistemi giuridici differenti e mercati lontani geograficamente risulta estremamente difficoltoso reperire informazioni commerciali sugli sconosciuti acquirenti esteri, con possibili ripercussioni sull'assetto finanziario e sulla stabilità aziendale.

Non essendo le informazioni condivise integralmente da tutti gli agenti del processo economico (asimmetrie informative), una parte degli operatori, in particolare quelli nazionali, disporrà di un maggiore potere contrattuale rispetto a quelli esteri, con inevitabili ripercussioni sul buon funzionamento del commercio internazionale.

Proprio al fine di attenuare tali conseguenze negative e di agevolare il fornitore nello svolgimento delle sue funzioni, risulta indispensabile il ricorso alle società di *factoring* le quali, oltre ad assumere la garanzia del

³⁹⁸ E' opportuno sottolineare che non è raro che sia nel *direct export factoring* che nel *Non-notified factoring* la società di *factoring* collabori informalmente con l'*import factor*. Nel primo caso, ottenendo da quest'ultimo soggetto informazioni circa la solvibilità del debitore ceduto; nel secondo caso, affidando all'*import factor* la riscossione del credito. In proposito M. Infantino, *Note comparative sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra Convenzioni e Principi*, cit., p. 240.

buon fine dell'operazione, a riscuotere i crediti e concedere anticipi, forniscono all'esportatore informazioni sulle caratteristiche del mercato estero, consentendo a quest'ultimo di svolgere un'azione efficace³⁹⁹.

Il *factoring* internazionale si differenzia, peraltro, dal *factoring* domestico, oltre che per ragioni di ordine territoriale, anche per la complessità dell'operazione, determinata dal numero di soggetti coinvolti e dall'appartenenza del *factor* ad uno stato differente da quello del fornitore o del debitore ceduto, e per i molteplici servizi prestati (finanziamento, contabilità, garanzia del rischio di insolvenza, gestione dei crediti, esazione, selezione della clientela, comunicazione di informazioni sul mercato estero)⁴⁰⁰.

1.2 La normativa in materia di *factoring* internazionale: la Convenzione Unidroit

Allorquando il *factoring* internazionale, nel corso degli anni ottanta, ha iniziato a prendere piede nel nostro paese, è stata immediatamente percepita la difficoltà che incontrava la sua diffusione.

Le eterogenee soluzioni offerte dai diversi ordinamenti con riferimento al trasferimento dei crediti e l'applicazione di una diversa legislazione ad ogni soggetto coinvolto nell'operazione rendevano sempre più forte ed

³⁹⁹ In tal modo si consente all'esportatore di agire nel mercato estero senza essere sottoposti all'oppressiva concorrenza delle imprese locali. Cfr. in proposito E. Poggi, *Modelli operativi del contratto di factoring internazionale e disciplina convenzionale*, in *Economia e diritto del terziario*, 1997, pp. 45-46.

⁴⁰⁰ M. Paoletti, *Il factoring all'esportazione*, in *Il factoring per le piccole e medie imprese* a cura di B. Cassandro Sulpasso, cit., p. 64, sostiene che i servizi prestati sono considerati essenziali in qualsiasi rapporto di *factoring*.

attuale l'esigenza di stabilire quale fosse la normativa applicabile, apprestando in tal modo una tutela non solo alla posizione dei *factors*, ma anche dei debitori ceduti⁴⁰¹.

Per fronteggiare tale situazione di incertezza era necessario un intervento legislativo a livello internazionale, finalizzato ad introdurre una regolamentazione uniforme, avente ad oggetto i profili maggiormente rilevanti dell'operazione.

Nel corso della Conferenza diplomatica del 1988 venne approvata ad Ottawa la convenzione *Unidroit* sul *factoring internazionale*, entrata in vigore in Italia il 1 maggio 1996.

Tale convenzione si limita, tuttavia, a regolamentare soltanto alcuni aspetti dell'operazione economica, in particolare la cessione dei crediti, rimanendo silente su altri particolarmente importanti, tra i quali le condizioni di validità del contratto di *factoring*, il conflitto tra il *factor* e i terzi che vantino diritti sui crediti ceduti, l'opponibilità della cessione al fallimento del fornitore. questione

Né, è il caso di sottolineare, ha trovato attuazione l'idea di inserire all'interno della Convenzione una disciplina uniforme sul conflitto di leggi, con la conseguenza che, con riferimento a tutti i profili non regolamentati dalla Convenzione, occorrerà far ricorso alla disciplina scelta dai contraenti o individuata, in base ai criteri di diritto internazionale privato, quale normativa applicabile al contratto⁴⁰².

Il testo della Convenzione è composto da 23 articoli, suddivisi in

⁴⁰¹ Cfr. in proposito B. Cassandro Sulpasso, *Il factoring internazionale ed il progetto Unidroit*, cit. p. 24, la quale sottolinea che "anche se il trasferimento dei crediti d'impresa al factor si realizza tramite la cessione di diritto civile, l'utilizzazione di questo strumento giuridico non è di per sé sufficiente a facilitare le operazioni di factoring internazionale, a causa appunto dell'indicata diversità di regolamentazione".

⁴⁰² In tal modo, è stato sottolineato in dottrina, che le lacune presenti nella Convenzione hanno consentito l'applicazione di pratiche di *forum shopping*. In tal senso E. Calzolaio, *Il factoring in Europa*, cit., p. 144.

quattro capitoli relativi alla sfera applicativa della stessa, ai diritti ed obbligazioni delle parti contraenti, alla disciplina delle cessioni successive alla conclusione del contratto ed alle disposizioni finali.

All'interno del testo normativo è contenuta una definizione del *factoring* internazionale molto ampia ed elastica, al fine di consentire di includere tutte le configurazioni dell'operazione economica, diffuse nei diversi paesi.

Ai sensi dell'art. 1 il *factoring* è il contratto concluso tra il fornitore e l'impresa di *factoring*, in base al quale il primo può cedere o cederà i crediti che derivano da contratti di vendita di merci, non acquistate “essenzialmente per uso personale, familiare o domestico, al cessionario che deve svolgere almeno due delle seguenti funzioni: il finanziamento del fornitore, in particolare attraverso prestiti o pagamenti anticipati, la contabilità, l'incasso dei crediti, la protezione in caso di mancato pagamento dei debitori”⁴⁰³.

Risultano, pertanto, esclusi dal testo della convenzione tutti i contratti in cui il *factor* si impegni a fornire esclusivamente uno dei servizi sopra indicati.

La normativa, peraltro, prevedendo che “la cessione dei crediti deve essere comunicata ai debitori”, esclude espressamente l'ipotesi del *Non notified factoring*, ovvero l'ipotesi in cui il fornitore non informi il debitore ceduto dell'avvenuta cessione.

⁴⁰³ Cfr. Santi, *Il factoring*, cit., pp. 414-415. Secondo R. Clarizia, *Il factoring*, cit., pp. 129-130, sia la struttura sostanziale dell'operazione che la funzione del *factoring*, sono chiaro indice di una preferenza del legislatore internazionale verso il modello di *common law*. La normativa si sofferma, infatti, in particolare sulla figura del *factor* – cessionario, il quale svolge sia un'attività di finanziamento che di gestione del credito. “È dunque il *factor* di stampo anglosassone, non certo italiano, che si caratterizza per l'organizzazione in grado di fornire una pluralità di servizi finanziari e non. E difatti l'allineamento di almeno due delle quattro funzioni elencate nell'art. 1.2, lett. b) rende evidente che il *factor* deve organizzarsi in modo da poter rispondere ad una pluralità di richieste da parte della clientela, non soltanto mirate ad ottenere un finanziamento, non soltanto mirate ad ottenere una collaborazione nella gestione dei crediti dell'impresa”.

Quanto ai crediti che possono essere sottoposti alla fattorizzazione, non dovrà trattarsi, specifica la Convenzione, di quelli derivanti da “contratti concernenti merci acquistate essenzialmente per uso personale, familiare o domestico”.

Sul piano soggettivo, a differenza della legge n. 52 del 1991, non viene precisato quali debbano essere le caratteristiche strutturali e funzionali dell'impresa di *factoring*.

Il carattere internazionale dell'operazione in esame discende dal fatto che i crediti ceduti al *factor* devono derivare, ai sensi dell'art. 2, “da un contratto di vendita di merci tra un fornitore ed un debitore che abbiano la loro sede d'affari in stati diversi”.

È evidente che l'internazionalità è strettamente legata alle parti del contratto dal quale derivano i crediti oggetto dell'operazione di *factoring* e non alle parti del contratto di *factoring*⁴⁰⁴.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), la convenzione troverà applicazione soltanto se sia stata ratificata dagli stati d'appartenenza del debitore ceduto, del fornitore e del *factor*⁴⁰⁵ e purché il contratto dal quale ha tratto origine il credito ed il contratto di *factoring* siano regolamentati

⁴⁰⁴ Pertanto è l'internazionalità del credito a rilevare e non del contratto di *factoring*. Cfr in proposito E. Ferrari, “*Forum shopping*” e diritto contrattuale uniforme, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2002, p. 587. E' opportuno, a tal proposito, sottolineare che nella convenzione *Uncitral* sono ricomprese anche le cessioni intercorrenti tra cedente e cessionario residenti in stati diversi. Come sopra specificato, l'internazionalità è collegata non alle parti che hanno stipulato il contratto di *factoring*, ma alle parti del contratto di credito. La Convenzione sarà, pertanto, applicabile anche nel caso in cui il *factor* e il fornitore cedente risiedano nel medesimo stato, purché il debitore non risieda nello stesso luogo. Cfr. in proposito A. Frignani – G. Rossi, *Il factoring*, cit., p. 49

⁴⁰⁵ Quanto al significato da attribuire all'espressione “sede d'affari” è necessario far riferimento alla nozione di stabile organizzazione dell'imprenditore cui è possibile ricondurre gli effetti giuridico-economici del contratto in questione. Qualora sussista una diversità tra la sede del rappresentante e quella del rappresentato, bisognerà far riferimento a quest'ultima sede. Con riferimento, invece, al concetto di “stato contraente” ai sensi della convenzione di Ottawa, è possibile affermare che si tratta dello stato nel quale la convenzione è entrata in vigore in seguito al deposito dello strumento di ratifica ed una volta decorso un certo periodo di tempo. Cfr. F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 416 secondo il quale lo stato contraente in cui è situata la sede del *factor* può essere lo stesso in cui hanno la propria sede il fornitore o il debitore ceduto. È soltanto necessario che il debitore ceduto, nel rispetto del criterio di internazionalità abbia la sede degli affari in uno stato contraente diverso da quello del fornitore.

dalla legge di uno stato contraente.

E' opportuno, altresì, sottolineare che, in base all'art. 3, è riconosciuta alle parti del contratto di *factoring*, o del contratto da cui trae origine il credito, la facoltà di escludere pattiziamente l'applicazione della normativa uniforme, nella sua globalità e non parzialmente con riferimento a singole disposizioni⁴⁰⁶.

In tal caso troverà applicazione, secondo quanto previsto dalla convenzione di Roma⁴⁰⁷, la disciplina individuata in base al diritto internazionale privato. Alla Convenzione non può essere, pertanto, riconosciuta natura obbligatoria: la stessa troverà applicazione soltanto in assenza di esclusione.

L'art. 4, in modo conforme a quanto statuito in altri testi normativi, stabilisce alcuni criteri per l'interpretazione della Convenzione.

Tale articolo prevede che nell'interpretazione delle norme sia necessario aver riguardo all'oggetto, agli obiettivi, al carattere internazionale del contratto, nonché all'esigenza di promuovere l'uniformità di applicazione, nonché di assicurare il rispetto della buona fede nel commercio internazionale.

Il preambolo, in particolare, sottolinea, in modo molto stringato, il ruolo del *factoring* nello sviluppo del commercio internazionale e la possibilità di pervenire ad un equo bilanciamento degli interessi delle parti del contratto.

Il secondo comma precisa, invece, che le questioni non espressamente regolate dalla convenzione siano disciplinate in modo conforme ai principi generali sui quali la stessa si basa e, in mancanza di tali principi,

⁴⁰⁶ "L'art. 3 lascia libere le parti del contratto di *factoring* o, eventualmente, del contratto di vendita internazionale, fonte del credito ceduto, di regolare diversamente i loro rapporti; a tale scopo, nondimeno, esse debbono escludere l'applicazione dell'intera convenzione, giacché le norme in essa contenute formano un'unità coerente". Così E. Calzolaio, *Il factoring in Europa*, cit., p. 134.

⁴⁰⁷ Ai sensi dell'art. 4 della Convenzione di Roma bisognerà far riferimento alla legge del paese con il quale il contratto "presenta il collegamento più stretto".

dalle norme di diritto internazionale privato⁴⁰⁸.

E' opportuno, a questo punto, soffermare l'attenzione sui diritti ed obblighi delle parti del contratto di *factoring*.

L'art. 5 lett. a) sancisce la validità dell'accordo che preveda la cessione di crediti presenti o futuri, anche in mancanza di una loro specifica individuazione, purché al momento della loro venuta ad esistenza siano riferibili al contratto⁴⁰⁹.

Dal punto di vista dell'efficacia, l'art. 5 lett. b) stabilisce che il credito, venuto ad esistenza, si trasferirà automaticamente al *factor*, senza ricorrere ad alcun ulteriore atto di cessione, respingendo implicitamente l'impostazione che configura il contratto di *factoring* come contratto preliminare o contratto quadro⁴¹⁰.

Tale disposizione normativa ha l'effetto di rimuovere qualsiasi tipo di ostacolo al trasferimento immediato del credito, a meno che le parti del contratto di *factoring* non decidano di operare diversamente.

Con riferimento all'opponibilità del *pactum de non cedendo*, l'art. 6

⁴⁰⁸ Sul punto si veda R. Clarizia, *Il factoring*, cit., pp. 127-130, il quale precisa che non rientra tra i principi generali della convenzione l'autonomia delle parti, risultando fortemente limitata dalle statuizioni dell'art. 3, secondo il quale è soltanto possibile operare una esclusione totale della disciplina convenzionale, "laddove nel leasing internazionale (art. 6) le parti possono sia escluderne solo parzialmente l'applicazione, sia derogare a singole disposizioni".

⁴⁰⁹ L'espressione "riferibili al contratto" di cui all'art. 5 lett. a) rappresenta una traduzione poco felice dei testi inglesi e francesi che ai sensi dell'art. 23 della convenzione costituiscono versioni "ugualmente autentiche". In tal senso F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 420. Sul punto, E. Calzolaio, *Il factoring in Europa*, 1997, cit., p. 135, il quale precisa che "l'intelligenza di questa non felice formulazione può essere aiutata esaminando le espressioni utilizzate nelle versioni ufficiali della convenzione: in quella francese si parla di crediti "determinables" e, in quella inglese, di crediti che possono essere "identified toltre contract". La norma va dunque intesa nel senso che i crediti debbano essere "determinabili", ciò significa che dal contratto di factoring devono potersi desumere con certezza o le categorie di beni o di servizi da esse contemplati, o i paesi in cui risiedono i fornitori, o l'elenco di debitori abituali". Spetterà all'interprete "ricercare nelle clausole contrattuali e nelle legislazioni nazionali i criteri più adeguati per la determinabilità dei crediti". Così R. Clarizia, *Il factoring*, cit., p. 131, il quale evidenzia che "ad esempio l'interprete italiano avrà come criterio quello dell'art. 3 della legge n. 52/1991". Come sottolineato da S. Troiano, *La cessione dei crediti futuri*, Padova, 1999, p. 356, le parti potranno adoperare criteri soggettivi, tra i quali la redazione di una lista dei clienti per cui si opererà il trasferimento dei crediti, ovvero criteri oggettivi, facendo riferimento a crediti di importo superiore ad un certo valore, ovvero derivanti dalla vendita di un bene determinato.

⁴¹⁰ Su tale problematica G. Fossati-A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 162 ss; G. De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 90 ss.

della Convenzione di Ottawa, seguendo l'impostazione dell'*Uniform Commercial Code*⁴¹¹, prevede che il divieto di cessione sia inopponibile al cessionario e la cessione non avrà effetti nei confronti del debitore che, al momento della conclusione del contratto dal quale trae origine il debito, abbia la propria sede di affari in uno stato contraente che abbia formulato, ai sensi dell'art. 18 della convenzione, in sede di ratifica, una dichiarazione di riserva sulla suddetta norma⁴¹².

L'art. 6 precisa, altresì, al comma 3, che la previsione del comma 1 non esclude l'obbligo di buona fede (*good faith*) e di responsabilità (*liability*) che ricade sul fornitore nei confronti del debitore, qualora la cessione venga effettuata contravvenendo al contratto di vendita di merci⁴¹³.

Ritengo condivisibile, a tal proposito, l'opinione della dottrina, secondo la quale tale disposizione normativa, tuttavia, rappresenta un ostacolo all'unificazione della legislazione sul punto⁴¹⁴.

La disposizione successiva (art. 7) statuisce che le parti del contratto di *factoring* possono operare, oltre al trasferimento del credito, anche quello di tutti i diritti del fornitore che derivano dal contratto di vendita, inclusa la riserva di proprietà ed ogni forma di garanzia. Sarà, pertanto, possibile trasferire non soltanto i privilegi, le garanzie personali e reali ai sensi

⁴¹¹ L'*Uniform Commercial Code* statuisce l'invalidità della clausola mediante la quale l'acquirente limita il diritto del fornitore di cedere le posizioni creditizie che scaturiscono dalla cessione di beni o dalla prestazione di servizi. Al riguardo M. Talamona, *Factoring ed attività bancaria*, in B. Cassandro Sulpasso (a cura di), *Il factoring per le piccole e medie imprese*, Milano, 1982, p. 31.

⁴¹² Cfr. E. Calzolaio, *Il factoring in Europa*, cit., p. 137, il quale precisa che si è avvalsa di tale possibilità la Francia, escludendo in sede di ratifica, l'applicabilità del principio dell'inopponibilità del divieto di cessione. "Quindi un debitore che abbia la propria sede d'affari in Francia potrà sempre opporre l'esistenza del patto di incedibilità alla società di factoring".

⁴¹³ In proposito G. De Nova, *Le convenzioni Unidroit sul leasing e sul factoring internazionali*, in I Contratti, 1995, p. 427.

⁴¹⁴ In tal senso E. Calzolaio, *Il factoring in Europa*, cit., p. 137, il quale ha precisato che un profilo utile, rinvenibile nell'art. 6, può essere rintracciato nel fatto che tale norma "rende più agevole per il factor la possibilità di conoscere in quali ordinamenti non è operante la regola dell'inopponibilità del pactum de non cedendo e di adottare le conseguenti cautele".

dell'art. 1263, ma anche la proprietà del bene qualora si tratti di vendita con riserva di proprietà.

L'art. 8 dispone che il debitore è obbligato ad effettuare il pagamento nei confronti del *factor*, per le forniture effettuate, a meno che venga a conoscenza della circostanza che un altro soggetto abbia un diritto prioritario e gli sia stata notificata per iscritto la cessione, direttamente dal fornitore o dal *factor*, in virtù del potere conferito da quest'ultimo, indicando il cessionario e i crediti ceduti derivanti “da un contratto di vendita di merci concluso prima o al momento in cui la comunicazione è stata fatta”⁴¹⁵.

Il secondo comma della sopra citata disposizione prevede che il debitore è liberato se effettua il pagamento conformemente alle disposizioni di cui al comma 1, ovvero attraverso qualsiasi altra forma di pagamento ugualmente liberatoria, alla luce della legge applicabile.

Il regime delle eccezioni opponibili al *factor* è disciplinato dall'art. 9, ai sensi del quale il debitore può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre al fornitore. Tale previsione normativa è finalizzata a non pregiudicare la posizione giuridica del debitore ceduto, privandolo della possibilità, anche sotto il profilo economico, di azionare tutti gli strumenti di difesa che avrebbe potuto utilizzare nei confronti del fornitore⁴¹⁶.

L'art. 10, operando una deroga alla disciplina della ripetibilità

⁴¹⁵ Si veda in proposito G. De Nova, *Nuovi contratti*, cit., p. 153, secondo il quale “come si deduce dal tenore letterale dell'art. 8.1 (“if, and only if”) questa disposizione è esaustiva, e sostituisce, per i paesi contraenti, la disciplina prevista dal diritto applicabile, sia quest'ultima più o meno rigorosa dell'art. 8.1”.

⁴¹⁶ Il comma 2 riguarda, in particolare, l'eccezione di compensazione. Essa può essere esercitata purché vengano rispettate due condizioni: la compensazione venga fatta valere nei confronti del fornitore in favore del quale il credito è sorto; i crediti siano esistenti nel momento in cui venga effettuata la comunicazione scritta della cessione. Cfr. R. Clarizia, *Il factoring*, cit., p. 133, il quale sottolinea che il comma 2 dell'art. 9 si contrappone all'art. 1248 c.c. Infatti la norma convenzionale permette al debitore di opporre al cessionario anche la compensazione vantabile nei confronti del fornitore, mentre l'art. 1248 c.c. esclude tale possibilità.

dell'indebitito, di cui all'art. 2033 c.c., statuisce che il debitore, nel caso di inadempimento o di inesatto adempimento del contratto, dovrà agire nei confronti del fornitore e non del *factor*, salvo che quest'ultimo non abbia corrisposto le somme incassate al cedente, oppure abbia effettuato il pagamento nonostante sia a conoscenza della mancata esecuzione del contratto di fornitura.

E' opportuno, inoltre, rimarcare che nell'ambito del *factoring* internazionale è possibile che alla cessione originaria seguano una serie di cessioni successive delle posizioni creditorie fattorizzate⁴¹⁷. L'art. 11 prevede l'applicabilità alle cessioni successive degli artt. da 5 a 7 e per quanto concerne gli obblighi del debitore verso il *factor* e le eccezioni opponibili, gli artt. da 8 a 10, purché l'*import-factor* sia trattato come se fosse l'impresa di *factoring*⁴¹⁸.

L'art. 12 statuisce, infine, che la Convenzione di Ottawa non si applica alle cessioni successive, qualora siano proibite dal contratto di *factoring*.

Dopo aver analizzato il testo della Convenzione, è opportuno analizzare la portata economica dell'operazione di *refactoring*, alla base delle disposizioni in esame.

Tale operazione ha come obiettivo di agevolare quanto più possibile il ricorso a negozi di circolazione del credito, attraverso l'intervento di intermediari finanziari che favoriscano la diffusione e circolazione internazionale dei crediti, consentendo il coinvolgimento e il contatto tra

⁴¹⁷ Infatti, qualora venga utilizzato uno schema che prevede l'intervento di due *factors* (*two factor system*) "alla prima cessione, che vede come parti il fornitore cedente e il *factor* cessionario, possono seguire una o più cessioni concatenate ad un successivo fattorizzante all'importazione (*import-factor*). Il problema regolamentare affrontato dalla convenzione è quello di assicurare a quest'ultimo la stessa posizione che spetta all'*export-factor*". Così F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 423.

⁴¹⁸ E' il caso di rilevare l'anomala collocazione all'interno della Convenzione del suddetto articolo, facendo riferimento ad elementi essenziali in un'operazione di *factoring* internazionale. A. Panzera, *Brevi note in tema di factoring internazionale*, in G. Tatarano (a cura di), *La Cessione dei crediti d'impresa*, Napoli, 1995, p. 477, sottolinea che tale lapidaria età, che non è possibile giustificare, è determinata dalla volontà alla base della Convenzione di incidere il meno possibile sui rapporti *interfactors*.

realità imprenditoriali operanti in contesti tra loro anche molto diversi⁴¹⁹, al fine di agevolare lo sviluppo del commercio internazionale, nonché la crescita e il consolidamento delle imprese.

Com'è stato già sottolineato il contratto di *refactoring*, consente, attraverso la suddivisione dell'operazione in due rapporti nazionali, uno sussistente tra il fornitore e l'*export-factor* e l'altro tra l'*import-factor* ed il debitore ceduto⁴²⁰, che i *factors* si ripartiscano i compiti, raggiungendo un elevato grado di specializzazione, facilitando e semplificando i rapporti commerciali con l'estero, eliminando gli ostacoli rappresentati dalle varie legislazioni statali e favorendo l'impresa cedente nel perseguimento degli obiettivi di efficienza produttiva e nel raggiungimento dell'equilibrio aziendale.

Alla luce di quanto sopra esposto, è possibile affermare che la convenzione di Ottawa rappresenta “uno strumento normativo importante per lo sviluppo del *factoring* internazionale”⁴²¹.

Sotto il profilo economico, applicando una disciplina uniforme, evitando di ricorrere alle norme di diritto internazionale privato e riducendo conseguentemente qualsiasi fonte di incertezza, viene, a mio parere, indubbiamente favorito lo sviluppo del commercio internazionale, con notevoli benefici per le imprese che intrattengono rapporti di

⁴¹⁹ In proposito F. Ferrari, *Il factoring internazionale*, cit., p. 347.

⁴²⁰ In proposito B. Sirgiovanni, *Il contratto di refactoring*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 1573, la quale tratta in materia esaustiva il tema. Essa sottolinea che il contratto in esame consente di superare gli ostacoli che contrastano lo sviluppo del commercio internazionale, rappresentati in prevalenza dalla vigenza di numerose normative profondamente differenti. L'autrice spiega meglio quanto affermato con un esempio: “*si pensi all'ipotesi di un esportatore italiano, che stipuli con un importatore francese un contratto di vendita in cui si pattuisce che quest'ultimo è obbligato a pagare il corrispettivo entro un anno. L'esportatore cede dunque il suo credito ad un factor italiano, il quale gli concede un'anticipazione. Qualora l'importatore francese, trascorso un anno, non adempie la propria obbligazione, certamente il factor italiano non potrà utilizzare il decreto ingiuntivo per ottenere l'adempimento dell'obbligazione de quo. Tuttavia, se il factor italiano trasferisse il credito ad un factor francese, questi sarebbe in grado di utilizzare uno strumento giuridico del proprio ordinamento, corrispondente al nostro decreto ingiuntivo, per ottenere la soddisfazione del credito*”.

⁴²¹ Così G. De Nova, *Le convenzioni Unidroit sul leasing e sul factoring internazionali*. *Commento*, cit., p. 428.

scambio sia sotto il profilo amministrativo - contabile, che con riferimento alla politica commerciale, alla gestione finanziaria e all'organizzazione aziendale.

E' opportuno, tuttavia, considerare che spesso l'introduzione di una fonte internazionale del diritto determina problemi di coordinamento con il diritto interno, rendendo difficoltosa la delimitazione dell'ambito di applicazione delle rispettive disposizioni normative⁴²².

Così come sottolineato all'art. 4 della Convenzione⁴²³ l'obiettivo da perseguire è, pertanto, la creazione di un diritto uniforme, non soltanto attraverso la creazione di testi normativi uniformi, bensì anche attraverso l'applicazione ed interpretazione delle disposizioni normative in modo uniforme.

Soltanto in tal modo sarà possibile, a mio avviso, agevolare i rapporti di scambio tra le imprese e lo sviluppo del commercio internazionale.

1.3 La Convenzione *Uncitral*

E' opportuno soffermarsi anche su un'altra importante fonte normativa sovra-nazionale: la Convenzione *Uncitral*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con la risoluzione n. 56/81 del 12 dicembre 2011.

La convenzione, composta da 47 articoli e da un allegato, ha

⁴²² In Italia le fonti in tema di cessione del credito, presa in considerazione anche della Convenzione in una determinata forma sono numerose. Infatti, oltre alla disciplina codicistica è presente anche la legge 21 febbraio 1991, n. 52. In proposito V. Cantele, *Finalmente una legge per il factoring*, cit., p. 394 ss.; G. Cian, *Disciplina della cessione dei crediti d'impresa. Commento*, cit., p. 245 ss.

⁴²³ L'art. 4 statuisce al comma 1° che "nell'interpretazione della presente convenzione si deve aver riguardo al suo oggetto, ai suoi obiettivi così come sanciti nel preambolo, al suo carattere internazionale ed all'esigenza di promuovere l'uniformità della sua applicazione così come di assicurare l'osservanza della buona fede nel commercio internazionale".

L'obiettivo di disciplinare la cessione dei crediti pecuniari nell'ambito dei rapporti di finanziamento che utilizzano lo strumento della cessione, tra i quali rientrano oltre all'operazione di *factoring*, la cartolarizzazione, il *forfaiting* e il *project financing*.

Sotto il profilo economico- finanziario, può essere riconosciuta alla Convenzione la funzione di favorire la circolazione dei capitali, nonché dei beni e servizi, al di là dei confini nazionali, agevolando lo sviluppo del commercio internazionale e l'espansione delle imprese, cercando di tutelare adeguatamente anche gli interessi del debitore ceduto. “*The convention removes legal obstacles to receivables financing practices (e.g. statutory limitations, and contractual limitations), and enhances certainty with respect to some key substantive law issues (e.g. effects of the assignment on the debtor) and private international law issues (e.g. law applicable to conflicts of priority)*”⁴²⁴.

L'art. 3 del testo normativo prevede che la stessa trovi applicazione nel caso in cui venga operata la cessione di crediti internazionali, ovvero nel caso in cui il fornitore cedente ed il debitore ceduto risiedano in stati diversi, e in presenza di cessione internazionale dei crediti, ovvero qualora cedente e cessionario siano situati in stati diversi⁴²⁵.

L'ampiezza del campo di applicazione della Convenzione è, a mio avviso, facilmente desumibile dalla formulazione dell'art. 4, il quale non indica i requisiti per l'applicabilità della stessa, prevedendo soltanto le

⁴²⁴ S.V. Bazinas, *Contribution de la CNUDCI a la unification del dercho que rige la financiacion mediante cesion de credito: Convencion de las Naciones Unidas sobre la cesion de creditos en el ecomercio internacional*, in *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*, 21, n. 88, 2002, p. 49.

⁴²⁵ E' opportuno, inoltre, sottolineare che la cessione di un credito nazionale alla quale non è applicabile la Convenzione *Uncitral*, in base all'art. 1.2, può essere assoggettata alla disciplina convenzionale a seguito di una successiva cessione che presenti i requisiti richiesti per l'applicazione della stessa. E' anche possibile che una transazione nazionale venga regolata dalla Convenzione in base all'art. 1.1 (b), in ragione del fatto che una precedente cessione era assoggettata alla sua disciplina. Cfr. S. Casamassima, *Factoring e project financing dopo la Convenzione Uncitral del 12 dicembre 2001*, in *Contratti*, 2004, p. 304.

ipotesi di esclusione, ovvero principalmente le cessioni a favore di privati, finalizzate a soddisfare bisogni personali e familiari, e quelle derivanti da una cessione d'azienda.

Ai sensi dell'art. 2 viene considerato credito un diritto al pagamento di un importo di denaro determinato in un contratto. La cessione può avere ad oggetto crediti presenti o futuri, singolarmente o in massa.

Per la loro natura o origine sono, pertanto, esclusi i crediti derivanti da depositi bancari, da transazioni di borsa, da lettere di credito o garanzie autonome, così come anche i crediti spettanti *ex lege* o in base ad una sentenza, quali ad esempio i crediti fiscali o quelli per il risarcimento dei danni derivanti da atto illecito⁴²⁶.

E' opportuno sottolineare che, ai sensi dell'art. 6, il fornitore cedente, il debitore ceduto e il cessionario hanno la facoltà di apportare modifiche alle norme della convenzione, a patto che l'accordo raggiunto tra due di essi non leda i diritti della parte che non lo abbia concluso.

Quanto alla forma della cessione, il testo normativo opera un riferimento alla legge del paese ove risiede il cedente o a quella applicabile in base alle norme di Diritto internazionale privato⁴²⁷.

Nella Convenzione non sono contenute previsioni sull'efficacia delle limitazioni legali alla cessione dei crediti; l'art. 9 sancisce, tuttavia, espressamente l'inefficacia del *pactum de non cedendo*, a condizione che

⁴²⁶ "Alcuni di essi (e.g. i crediti ceduti ad un consumatore) non sono compresi nell'ambito di applicazione della Convenzione perché nella prassi statisticamente insignificanti; altri (come nel caso delle lettere di credito o dei depositi bancari) perché la cessione che li ha per oggetto è disciplinata da altri strumenti redatti dall'Uncitral, ragione per la quale si è ritenuta inutile un'ulteriore previsione". Così M. Infantino, *Note comparatistiche sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra Convenzioni e Principi*, cit. p. 251.

⁴²⁷ "Al riguardo, l'art. 5, let. C) precisa che per scritto (ecrit, writing) deve intendersi qualsiasi forma mercé la quale l'informazione ivi contenuta sia leggibile da un terzo (includendo perciò i messaggi elettronici). E' evidente, anche qui, come il criterio guida sia quello della maggior deformalizzazione possibile". Così M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 534; in proposito A. Malatesta, *Codificazione del diritto del commercio internazionale e nuovi strumenti giuridici per l'impresa: i recenti lavori dell'Uncitral*, in *Liuc Papers* n. 43, Serie Impresa ed Istituzioni, 1997, 11, p. 8.

il credito abbia origine da contratti di appalto, di locazione di immobili urbani, di vendita o di prestazione di servizi finanziari.

Sebbene le ragioni di tale limitazione non appaiano di facile comprensione, considerando che anche una società di assicurazioni potrebbe avere la necessità di cedere ad un *factor* i crediti vantati, è possibile affermare, senza timore di smentita, che “il raggio di cedibilità dei crediti nella Convenzione è molto più ampio rispetto a quello della convenzione di Ottawa, la quale prevedeva la possibilità di una dichiarazione in senso contrario degli Stati”⁴²⁸.

Occorre, peraltro, evidenziare che numerose disposizioni riguardano il debitore, in particolare la tutela della sua situazione giuridica ed economica, che non può subire alcuna modificazione peggiorativa per effetto della cessione. Ad esempio il debitore potrà opporre al cessionario ogni tipo di difesa che avrebbe potuto opporre al cedente (artt. 18 e 19); le modalità di pagamento inserite nella comunicazione della cessione, potranno subire variazioni con riferimento alla persona, all'indirizzo o al conto corrente sul quale dovrà essere effettuato il pagamento, ma non con riferimento alla moneta di pagamento, né tantomeno allo stato nel quale dovrà essere effettuato il pagamento, salvo che si tratti di quello in cui risiede il debitore, potendo tale cambiamento rivelarsi vantaggioso per quest'ultimo (art. 13).

Attraverso la cessione del credito viene, inoltre, operato anche il trasferimento delle garanzie, senza che sia necessario compiere alcun altro specifico atto.

Un ulteriore profilo non contemplato dalla Convenzione di Ottawa è la garanzia dell'esistenza e libertà del credito: il cedente è tenuto a garantire il proprio diritto a cedere il credito, ovvero che lo stesso non sia stato già

⁴²⁸ Così A. Frignani, *Il factoring nella prospettiva europea ed internazionale*, in G. Burchi – A. Carretta (a cura di), *Il factoring a dieci anni dalla legge 52*, Roma, 2002, p. 33.

ceduto a terzi, ma non la solvenza del debitore ceduto⁴²⁹.

Quanto all'opponibilità della cessione ai terzi, la notifica della stessa al debitore ceduto non produce un effetto liberatorio nei suoi confronti qualora, successivamente alla comunicazione, abbia effettuato il pagamento nelle mani del cedente.

La notifica potrà essere effettuata dal fornitore, dal *factor* o da entrambi, purché vengano indicati i crediti ceduti, il cessionario e il soggetto nelle cui mani dovrà essere effettuato il pagamento.

Con riferimento all'efficacia della cessione, seguendo un canone internazional privatistico, ai sensi dell'art. 22, nel caso in cui il cessionario e i terzi vantino diritti sul medesimo credito, il conflitto potrà essere risolto applicando la legge del luogo in cui risiede il cedente⁴³⁰.

Nel titolo V della Convenzione sono contenute delle norme di diritto internazionale privato applicabili a tutte le cessioni effettuate a livello internazionale, comprese quelle che non presentino i requisiti richiesti dalla Convenzione per la sua applicazione.

Operando un confronto tra la Convenzione Unidroit sul *factoring* internazionale e la Convenzione *Uncitral* è possibile cogliere, a mio avviso, un rapporto di *species a genus*, nonostante i principi fondamentali siano speculari: mentre la prima disciplina esclusivamente il *factoring*, la seconda fa riferimento a tutti i modelli di cessione del credito, indipendentemente dal modello contrattuale attraverso il quale ricevono attuazione. Quest'ultima Convenzione, a differenza di quella di Ottawa, trova, inoltre, applicazione non solo in presenza di crediti internazionali,

⁴²⁹ Sul punto A. Malatesta, *Codificazione del diritto del commercio internazionale e nuovi strumenti giuridici per l'impresa: i recenti lavori dell'Uncitral*, cit., p. 43.

⁴³⁰ E' opportuno specificare che nell'allegato alla Convenzione sono inserite tre regole di priorità alternative (anteriorità dell'iscrizione in un pubblico registro istituito con successivo regolamento, anteriorità del contratto di cessione e anteriorità della notificazione al debitore) che possono essere oggetto di scelta degli Stati contraenti, finalizzate a risolvere i conflitti tra cessionario e terzi. In proposito M. Bussani – M. Infantino, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 536.

ma anche qualora i crediti ceduti siano nazionali.

Preme, tuttavia, rilevare che, sotto un altro punto di vista, anche la Convenzione *Uncitral* presenta il carattere della specialità. Ed invero, le disposizioni normative contenute nella Convenzione sono particolarmente dettagliate ed affrontano alcuni profili non disciplinati nella Convenzione *Unidroit*, tra i quali l'opponibilità della cessione del credito a terzi estranei alla stessa.

Ritengo opportuno, infine, mettere in evidenza che mentre le norme della convenzione di Ottawa, come statuito nell'art. 15, non prevalgono sulle norme di nessun trattato, l'art. 38 della convenzione *Uncitral* prevede che "*this convention prevails over the Unidroit Convention on International Factoring*".

Tuttavia, è il caso di sottolineare, proprio il carattere particolarmente innovativo della disciplina in esame ha rappresentato spesso un ostacolo alla sua diffusione.

2. Il *factoring* internazionale e alcune operazioni economiche affini, diffuse nel commercio internazionale

Dopo aver esaminato i profili operativi del *factoring* internazionale, occorre operare un richiamo ad alcune tecniche di finanziamento all'esportazione affini, diffuse nel commercio internazionale, analizzando le analogie e le differenze con l'operazione economica in esame.

2.1. *Factoring e forfaiting*

Il *forfaiting* è un contratto, particolarmente diffuso a livello internazionale, che trae origine da una tipologia contrattuale affine, *l'escompte a forfait*⁴³¹.

Attraverso tale tecnica di finanziamento dei crediti all'esportazione, utilizzata in presenza di dilazioni di pagamento a medio termine, un esportatore cede ad un istituto finanziario, detto *forfaiteur*, senza possibilità di rivalsa nei confronti del cedente, effetti cambiari non ancora scaduti, derivanti dalla fornitura di beni o servizi all'estero, ottenendo in cambio l'anticipazione in contanti del valore dei titoli stessi, previa deduzione di un tasso di interesse fisso⁴³².

I titoli cambiari che derivano da esportazioni di impianti, macchinari o beni strumentali, sono, di solito, espressi in monete forti quali il dollaro, il marco tedesco e quello svizzero. Essi devono avere una scadenza che, di norma, non è inferiore ai sei mesi e non supera i cinque anni.

Tale istituto venne utilizzato in modo particolare nel secondo dopoguerra dagli istituti di credito di Zurigo con l'obiettivo di finanziare le forniture di grano da parte degli Stati Uniti ai paesi dell'Europa

⁴³¹ Cfr. in proposito L. Vigone, *Contratti atipici: nuovi strumenti commerciali e finanziari*, Milano, 1993, p. 103; V. Piccini, *Il factoring ed il forfaiting (esternalizzazione flessibile di funzioni dell'impresa e contratti indiretti di finanziamento e assicurazione)*, in A. Patroni Griffi e M. Ridolfi (a cura di), *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997; M. Tupponi, *Il finanziamento export attraverso lo smobilizzo dei crediti: il factoring e il forfaiting*, in M. Tupponi (a cura di), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Torino, 2012, pp. 361 ss.; M. Pittalis, *Forfaiting*, in F. Galgano (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1998, p. 555 ss.

⁴³² Sul punto si veda F. Santi, *Factoring*, cit., p. 410; A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici: contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., p. 745, il quale precisa che "i titoli di credito utilizzati per incorporare le singole rate di debito dell'importatore sono, di regola, cambiali tratte dall'esportazione sull'importatore e da questi accettate a favore del forfaiteur ovvero, più frequentemente, pagherò cambiari emessi dall'importatore a favore dell'esportatore e da questi girati al forfaiteur".

dell'Est. Con la diffusione del commercio internazionale, venne anche impiegato per finanziare forniture di merci e prestazioni di servizi nei paesi in via di sviluppo⁴³³.

Tale contratto internazionale trova applicazione in presenza di esportazioni di importi particolarmente elevati, di norma superiori al milione di dollari⁴³⁴.

Ricorrendo all'operazione di *forfaiting* è possibile soddisfare gli interessi di più parti contrattuali: dell'importatore, dell'esportatore e del *forfaiter*.

L'importatore estero, a seguito della stipula del contratto di fornitura, riesce a disporre di beni e servizi anche per cifre particolarmente elevate, benché non sia in grado di pagarli, rilasciando effetti (di norma pagherò cambiari) garantiti o avallati da una banca estera⁴³⁵.

L'esportatore ha il vantaggio di vendere i propri prodotti, riscuotendo il prezzo che gli consente di poter effettuare altre operazioni.

Sotto il profilo economico –finanziario, egli potrà, pertanto, godere di un'immediata disponibilità del credito, di un'aumentata capacità di indebitamento, a seguito del miglioramento della sua posizione finanziaria, nonché dell'eliminazione del rischio derivante dall'eventuale mancato pagamento e dalle oscillazioni di cambi e di tassi d'interesse, variabili in funzione della moneta in cui sono espresse le cambiali,

⁴³³ Cfr. M. Pittalis, *Forfaiting*, cit., p. 555 ss.. la quale ha sottolineato che “dalla fine degli anni cinquanta, con l'espansione del commercio internazionale nei paesi in via di sviluppo dell'Africa, dell'Asia e dell'America Latina, il *forfaiting* ha avuto un crescente incremento ed è stato sempre più utilizzato per il finanziamento di forniture di beni strumentali o di consumo durevole e l'esecuzione di opere e servizi (e, meno, di derrate alimentari)”.

⁴³⁴ D. De Palma - R. Razzante, *Il contratto di forfaiting*, in G. Cassano (a cura di), *I singoli contratti*, Padova, 2010, pp. 1343 ss.

⁴³⁵ Com'è stato già sottolineato gli importatori sono situati di solito in paesi “con situazione politica ed economica particolarmente instabile, in cui l'inadempimento dell'operatore commerciale può derivare non solo dal normale rischio economico ma altresì da fattori esogeni (si parla a tal proposito di rischio – Paese); tale instabilità rende difficile per questo tipo di operatori reperire in altro modo finanziamenti sul mercato internazionale”. Così D. De Palma – R. Razzante, *Il contratto di forfaiting*, cit. p. 1344.

essendo definiti nel momento in cui avviene l'operazione di sconto.

Dunque, con il *forfaiting* l'operatore è sgravato da rischi politici e monetari; tutto ciò non si verifica, invece, automaticamente in presenza di un contratto di *factoring*⁴³⁶.

In seguito alla cessione, il *forfaiter* s'impegna a scontare gli effetti, con la fissazione del tasso di sconto tramite l'intermediario creditizio, ad accreditare il corrispettivo presso l'istituto di credito nazionale e a presentare alla scadenza tali effetti all'incasso presso la banca avallante.

L'operazione si conclude con il pagamento dei titoli cambiari alla banca garante, la quale, a sua volta trasferisce gli importi dovuti al *forfaiter*. Il vantaggio che trae quest'ultimo dall'operazione in esame deriva dalla differenza tra il valore dei titoli corrisposto e le somme effettivamente versate all'esportatore.

L'operazione comporta, tuttavia, anche l'assunzione di rischi molto elevati, garantendo il *forfaiter* l'insolvenza dell'importatore, anche se molto spesso l'intermediario finanziario può pretendere da un istituto bancario del paese dell'importatore l'assunzione della garanzia contro il rischio di inadempimento.

Sotto il profilo economico, il costo dell'operazione risulta dall'applicazione di un tasso di sconto determinato "à forfait", nella cui quantificazione ricorrono quattro fattori: un tasso base interbancario (*libor*), una commissione detta di impegno⁴³⁷, una commissione di intermediazione (di solito pari all'1%) e una commissione di rischio, variabile a seconda del rischio-paese (cioè della stabilità delle varie nazioni), del rischio-valuta, dell'affidabilità dell'importatore e del suo avallante e della durata.

⁴³⁶ Sul punto si veda G. Bausilio, *I contratti atipici: disciplina civilistica e trattamento fiscale*, cit., p. 82; cfr. in proposito anche D. Valentino, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, cit., p. 28.

⁴³⁷ In proposito L. Vigone, *Contratti atipici: nuovi strumenti commerciali e finanziari*, cit., pp. 103 ss..

Esistono alcune differenze fra l'operazione economica *de qua* ed il contratto di *factoring*.

Un primo elemento distintivo è rappresentato dalla natura “continuata” del contratto di *factoring* rispetto a quello di *forfaiting*.

Nell'operazione di *factoring*, infatti, “è essenziale la pluralità di cessioni continuativamente programmate in un lasso di tempo e quindi anche per il futuro, mentre il *forfaiting* si esaurisce in un rapporto di cessione del tutto isolato”⁴³⁸.

Un'ulteriore differenza è costituita dalla concessione di anticipazioni pecuniarie. Nel *factoring* rappresentano un elemento soltanto eventuale e meramente discrezionale. Sia in presenza del *factoring* domestico che internazionale, le anticipazioni sull'importo dei crediti ceduti, qualora concesse, rappresentano il 70-80% del valore nominale del credito, venendo la parte residua corrisposta alla scadenza.

Nell'operazione di *forfaiting* le anticipazioni rivestono, invece, un ruolo fondamentale: i titoli cambiari sono ceduti al loro valore reale, rimanendo in secondo piano il valore nominale e la scadenza degli stessi, elementi estremamente rilevanti nel *factoring*.

Inoltre, mentre nel *forfaiting* sull'importo anticipato decorrono interessi a tasso fisso, o verosimilmente calcolato a *forfait*, nel *factoring* il regime del tasso è convenuto.

L'operazione di *forfaiting* è di solito volta a finanziare scambi con l'estero, normalmente di rilevante importo, in cui l'esportatore concede dilazioni di pagamento che variano in genere dai cinque ai sette anni. Nel *factoring*, invece, i termini di pagamento non superano mediamente i 180 giorni o in ogni caso qualche mese.

Preme, peraltro, sottolineare che mentre oggetto del *forfaiting* possono

⁴³⁸ Così F. Santi, *Factoring*, cit., p. 411.

essere esclusivamente crediti attuali, in presenza di un contratto di *factoring* è possibile operare la cessione anche di crediti futuri, non ancora sorti.

E' opportuno, peraltro, sottolineare che nel contratto di *forfaiting*, una clausola essenziale apposta sul titolo è quella senza garanzia (*without recourse*), con la quale viene esclusa la responsabilità del cedente nell'ipotesi in cui i titoli cambiari risultino impagati alla scadenza⁴³⁹.

Sotto il profilo economico, è necessario sottolineare che nell'operazione in esame l'assunzione della garanzia si estende a tutte le ipotesi di mancata esazione del credito⁴⁴⁰, mentre nel *factoring* è limitata alle ipotesi di inadempimento ricollegabile ad incapacità finanziaria del debitore ceduto.

Inoltre, mentre "col *factoring* nel paese importatore è necessario che sia presente un istituto di *factoring* corrispondente che valuti la solvibilità dell'acquirente ed assuma il rischio commerciale per conto del *factor* del paese esportatore, curando altresì l'incasso dei crediti alla scadenza, col *forfaiting* non esistono questi limiti"⁴⁴¹.

Occorre, infine, a mio avviso, rimarcare che l'operazione economica di *factoring* risulta molto più complessa rispetto a quella di *forfaiting* per gli innumerevoli servizi forniti, tra i quali rientrano anche notizie sulle

⁴³⁹ Com'è stato già sottolineato, a fronte dell'assunzione del rischio di mancata realizzazione dei crediti, "il *forfaiteer* pretende di regola che i titoli siano garantiti da un istituto bancario, mediante garanzia cartolare in forma di avallo dell'obbligazione cambiaria dall'importatore, ovvero con lettera di garanzia a prima richiesta". Così V. Piccini, *Il factoring e il forfaiting (esternalizzazione flessibile di funzioni dell'impresa e contratti indiretti di finanziamento e assicurazione)*, cit., p. 81, il quale precisa che "trattasi comunque di garanzie che, come i crediti acquistati, debbono rivestire le caratteristiche dell'astrattezza e dell'autonomia rispetto all'obbligazione cambiaria garantita". Sul punto si veda anche G. Bausilio, *I contratti atipici: disciplina civilistica e trattamento fiscale*, cit., p. 82, il quale sottolinea che tali titoli, provvisti di idonea garanzia da una banca estera, a cura dell'esportatore saranno girati con la clausola "senza regresso" alla banca italiana o nazionale la quale apporrà analoga girata nei confronti del *forfaiteer*.

⁴⁴⁰ Cfr. in proposito F. Santi, *Il factoring*, cit., p. 411, il quale sottolinea che tra le ipotesi di mancata esazione del credito rientrano anche quelle riconducibili alla forza maggiore del c.d. rischio-paese.

⁴⁴¹ Così G. Fossati-A. Porro, *Il factoring. Aspetti economici, finanziari e giuridici*, Milano, 1994, p. 26.

condizioni di mercato, nonché informazioni valutarie sulle caratteristiche del paese esportatore⁴⁴². Il *factor*, peraltro, a differenza del *forfaiter*, prima che la cessione del credito si perfezioni, svolge un accurato controllo dell'attività e condizioni dell'impresa cedente, decidendo conseguentemente se effettuare o meno determinate operazioni commerciali.

Quanto alla qualificazione giuridica, il contratto in esame rientra tra i contratti atipici, non essendo specificamente disciplinato nel nostro ordinamento⁴⁴³.

Infatti, nella legge 24 maggio 1977 n. 277 (c.d. legge Ossola) e relativi decreti di attuazione, successivamente modificata dal d.lgs. n. 143 del 1998, è soltanto prevista per gli esportatori italiani di merce (e per il *forfaiter*) “che ottengono anticipazioni da un istituto finanziario estero a fronte della cessione di titoli rivenienti da una fornitura internazionale”⁴⁴⁴ la possibile erogazione di un contributo purché siano rispettati le prescrizioni del *Gentlemen's Agreement* sui crediti all'*export* (comunemente conosciuto come *Consensus*), accordo stipulato nell'aprile

⁴⁴² D. De Palma – R. Razzante, *Il contratto di forfaiting*, cit. pp. 1352-1353.

⁴⁴³ Considerando che obiettivo fondamentale del contratto *de quo* è la monetizzazione dei crediti d'impresa, potrebbe essere individuata una causa di finanziamento o di scambio di un bene con denaro. Potrebbe anche individuarsi una causa assicurativa, ricadendo il rischio di mancato incasso del credito sul *forfaiter* e non più sull'esportatore cedente. Parte della dottrina ha, tuttavia inquadrato il contratto nel paradigma della vendita, identificandolo ad ogni effetto con una compravendita di titoli di credito. In tal senso M. Pittalis, *Forfaiting*, cit., p. 567 ss., la quale ha precisato e dimostrato che, pur in assenza di precedenti giurisprudenziali, le tesi dello sconto bancario, del mutuo e del contratto aleatorio, appaiono insostenibili. L. Vigone, *Contratti atipici, nuovi strumenti commerciali e finanziari*, cit., p. 106, sottolinea che l'operazione non è del tutto assimilabile alla vendita di crediti, “in quanto nel *forfaiting* la clausola “without recourse”, la fissazione del prezzo, secondo una particolare proporzionalità tra il valore nominale dei titoli e la somma versata sono elementi tali da configurare una certa atipicità del contratto e della causa rispetto alla generica cessione dei crediti”.

⁴⁴⁴ Così V. Picci, *Il factoring ed il forfaiting (esternalizzazione flessibile di funzioni dell'impresa e contratti indiretti di finanziamento e assicurazione)*, cit., p. 80. Il contributo corrisponde alla differenza fra il tasso di interesse di cui si serve il *forfaiter* estero e il tasso stabilito nel contratto a carico dell'importatore per il pagamento dilazionato delle forniture di beni o di servizi. Cfr. D. De Palma – R. Razzante, *Il contratto di forfaiting*, cit. p. 1350.

del 1978 fra i paesi aderenti all'OCSE⁴⁴⁵.

Anche il d.lgs n. 385 del 1993, facendo riferimento all'art. 1, n. 2, al contratto di *forfaiting*, ha esclusivamente inserito il suddetto contratto, in quanto operazione di prestito, tra le attività ammesse al mutuo riconoscimento.

E' opportuno far presente che gli istituti di credito del nostro paese hanno utilizzato il contratto in esame senza, tuttavia, esercitare direttamente la forfettizzazione, sopportandone i relativi rischi.

Alla luce di quanto esposto, ritengo che il *forfaiting* rappresenti, sotto il profilo economico - aziendale, uno strumento rapido ed efficace per sviluppare le esportazioni e per migliorare la liquidità dell'impresa esportatrice, incentivando lo sviluppo del commercio internazionale.

2.2. Il *confirming*: differenze e affinità con il *factoring*

Il *confirming* è una tecnica finanziaria di origine anglosassone, “con finalità finanziarie e assicurative che permette agli esportatori di concedere con sicurezza credito agli acquirenti esteri”⁴⁴⁶.

Tale operazione è praticata dalle *Confirming houses*, che possono distinguersi in *Commercial-confirming-houses* e *Financial-confirming-*

⁴⁴⁵ In base a quanto stabilito nel *Consensus*, si pattuisce che l'importatore versi contestualmente alla stipula del contratto o prima della consegna delle merci una quota pari al 15% del corrispettivo dei servizi e delle forniture, mentre la rateizzazione copre il residuo 85% del prezzo. La dilazione di pagamento si attua attraverso l'incorporazione dei crediti relativi alle singole rate nei titoli di credito, di solito cambiari, con scadenza semestrale e di importo decrescente. Cfr. M. Pittalis, *Forfaiting*, cit., p. 555 ss.

⁴⁴⁶ Così L. Vigone, *Contratti atipici: nuovi strumenti commerciali e finanziari*, cit., p. 111. Cfr. G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit, p. 20; R. Riccardi, *Factoring, assicurazione crediti e confirming*, in B. Cassandro Sulpasso (a cura di), *Il factoring per le piccole e medie imprese*, Milano, 1982, p. 61.

houses, a seconda della prevalenza di un'organizzazione dell'attività commerciale o di quella finanziaria.

In Italia l'operazione *de qua* è svolta principalmente da società di *factoring* che consentono l'instaurazione del rapporto tra le “*confirming house*” straniere e gli esportatori italiani, garantendo, inoltre il buon fine dell'operazione.

Il *confirming* prevede la conclusione di due contratti. L'esportatore stipula con l'acquirente estero un contratto di fornitura il cui importo verrà corrisposto dalla *confirming house*, avendo stipulato a sua volta un contratto di *confirmation* con l'esportatore.

E' opportuno precisare che, a seconda che la *confirming house* agisca soltanto come ordinante (*principals*), garantendo cioè al fornitore l'irrevocabilità dell'ordine, o garantisca anche il buon fine del pagamento in un contratto precedentemente concluso fra un fornitore nazionale ed un compratore estero⁴⁴⁷, saremo in presenza di una conferma d'ordine puro e semplice o conferma d'ordine e di pagamento⁴⁴⁸.

Occorre, inoltre, far presente che, mentre nel *factoring* il *factor*-cessionario può anche non effettuare alcuna anticipazione sino alla scadenza, nel *confirming* l'aspetto finanziario rappresenta un elemento essenziale⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ Cfr. R. Bianchi, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, cit., p. 53, secondo il quale le *confirming houses* “possono agire, apertamente o meno, come agente d'un compratore straniero o limitare semplicemente la loro attività ad un finanziamento assimilabile a quello di una banca. Le cose sono ancora più complicate per il fatto che una stessa *Confirming house* può operare in più di questi ruoli o addirittura in tutti, facendo la sua scelta in funzione delle relazioni particolari intrattenute con il fornitore britannico o l'importatore straniero”.

⁴⁴⁸ E' opportuno precisare che è proprio l'intervento finanziario che giustifica la denominazione di queste istituzioni e ne rappresenta l'originalità. Dunque la *confirming house* fornisce al produttore nazionale la sua garanzia solidale di pagamento e “si impegna a regolare anticipatamente per cassa, l'importo totale fatturato contro rimessa dei documenti di spedizioni e degli effetti previsti in contratto”. Così R. Bianchi, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, cit., pp. 53-54.

⁴⁴⁹ Il rapporto tra “*confirming house*” ed esportatore assume la veste giuridica di una lettera irrevocabile di credito, con la quale viene concessa una garanzia di pagamento. In caso di inadempienza dell'acquirente, la *confirming house* non può, pertanto, richiedere il pagamento al fornitore, avendo assicurato quest'ultimo contro ogni rivalsa, salvo il caso in cui fosse in discussione

Ad entrambe le tecniche operative può essere riconosciuto l'indiscusso vantaggio, rispetto agli strumenti tradizionali di finanziamento all'esportazione, di non interferire sulle proprie linee di crediti.

Il *confirming* ha, inoltre, la caratteristica essenziale di garantire l'esportatore non solo contro i rischi commerciali, ma anche contro le difficoltà nei trasferimenti valutari ed i rischi politici.

Nel *factoring* la garanzia non è, tuttavia, automatica ma è solitamente richiesta dal fornitore, su cui gravano i costi ed inizia ad esplicare i suoi effetti nel momento in cui si ha il passaggio del bene da una sfera giuridica ad un'altra. Nel *confirming* è, invece, l'acquirente ad assumere generalmente la garanzia, sopportando i relativi costi e affinché la stessa diventi operativa non è necessario che si verifichi il passaggio previsto per il *factoring*.

Così come il *factoring*, il *confirming* ha, sia la funzione di garantire il fornitore dall'eventuale inadempimento del cedente, che quella di rendere meno difficoltoso l'accesso al credito, anche durante la fase di esecuzione del contratto⁴⁵⁰.

Sia nel *factoring* che nel *confirming* è fornito agli esportatori un

l'esecuzione commerciale o tecnica dell'ordine (*technical recourse*). In proposito L. Vigone, *Contratti atipici: nuovi strumenti commerciali e finanziari*, cit., p. 112, la quale precisa che "l'esportatore può anche smobilizzare il suo credito concedendolo a terzi, senza altra responsabilità che quella derivante dagli obblighi connessi alla fornitura".

⁴⁵⁰ Sul punto si veda R. Riccardi, *Factoring, assicurazione crediti e confirming*, cit., p. 61, il quale sottolinea che il *confirming* può essere considerato "una particolare applicazione della garanzia *factoring* che estende il suo raggio d'azione dalla fase preliminare alla nascita di un credito di natura commerciale". È opportuno precisare che la *confirming house* stipula, inoltre, con il compratore un contratto detto "*confirming house contract*" in forza del quale l'acquirente pattuisce che il pagamento avvenga sotto forma di titoli cambiari che l'intermediario sconterà o negozierà presso le banche acquirenti, le quali a loro volta otterranno da un istituto di copertura assicurativa una garanzia di pagamento per il rimborso, facendo ricadere sulla *confirming house* una franchigia di rischio dell'operazione, variabile complessivamente dal 10% al 15%. La conseguenza di quest'ultima previsione è la possibilità per le *confirming house* di richiedere una commissione di garanzia molto più elevata rispetto ad altre figure analoghe quali il *forfaiting* e l'*export factoring*. È necessario però precisare che le *confirming house* non si rivolgono ad un corrispondente estero per l'assunzione della contro-garanzia e per il servizio d'incasso. I *factor*, invece, provvedono ad assicurare i servizi delle società che esercitano, all'estero, la loro stessa attività.

servizio di gestione dei crediti (tenuta dei conti, incassi, cambio, ecc.).

Mentre il *factoring* è praticato sul mercato nazionale, il *confirming* opera sia sul mercato interno che estero e trova applicazione esclusivamente nel caso di vendite all'esportazione.

L'operazione economica *de qua*, salvo eccezioni, ha ad oggetto l'esportazione di attrezzature industriali ad ampia scadenza (tra i cinque e i dieci anni), mentre il campo di applicazione del *factoring* riguarda quasi sempre le vendite di beni di consumo (anche di beni di consumo durevoli) e soltanto più recentemente le attrezzature industriali.

Il *confirming*, peraltro, può trovare applicazione soltanto qualora le vendite raggiungano un ammontare minimo. Nel *factoring* non esistono regole simili⁴⁵¹.

Un ulteriore elemento distintivo è la durata dei crediti concessi dai fornitori. Nell'operazione di *factoring* di solito non supera i sei mesi; nel *confirming* di rado è inferiore ai sei mesi e molto spesso arriva ai 5 e 10 anni.

Nell'operazione in esame, inoltre, è assente la clausola di esclusività caratteristica del contratto di *factoring*: per ogni ordine, infatti, viene stipulato un contratto ed il fornitore può decidere autonomamente quali ordini affidare alla *confirming house*.

Sono evidenti, a mio parere, le notevoli differenze intercorrenti tra le due operazioni economiche, che non consentono di applicare alla tecnica finanziaria in esame la disciplina contenuta nella Convenzione *Unidroit* sul *factoring* internazionale.

Sotto il profilo economico, "anche il *confirming* come il *factoring*, muove da quella realtà inconfutabile della concorrenza internazionale che

⁴⁵¹ In proposito G. Fossati - A. Porro, *Il factoring. Aspetti economici, finanziari e giuridici*, cit., p. 412, i quali sottolineano che nella politica esiste la tendenza a ritenere che "le operazioni divengono troppo pesanti per il *factor* qualora l'ammontare delle fatture scenda al di sotto di un dato importo.

vuole ormai l'elemento credito sullo stesso piano, nelle determinazioni contrattuali, del prezzo, della tecnica o della qualità". Mentre nel *factoring*, tuttavia, l'iniziativa è esclusivamente del produttore, spinto dalla necessità di mobilitare il proprio portafoglio crediti, nel *confirming* è l'acquirente a promuovere l'intervento finanziario, con la conseguenza che "gli elementi di costo delle due tecniche possono assumere attribuzioni differenti"⁴⁵².

E' opportuno, infine, sottolineare che tale strumento del commercio internazionale, nonostante gli sforzi compiuti, non è riuscito ad imporsi ed espandersi come il *factoring*, in assenza di un mercato secondario che consenta lo smobilizzo dei crediti all'esportazione e la negoziazione dei titoli cambiari emessi dal compratore.

⁴⁵² Così F. Santi, *Factoring*, cit., pp. 411-415, il quale sottolinea che "mentre nel *confirming* gli interessi di scoperto sono a carico dell'importatore estero, beneficiario del credito, e la commissione di conferma è spesso assolta dall'esportatore, per il quale in fondo non rappresenta che una componente del prezzo di vendita, nel *factoring* gli oneri sono, almeno in via diretta, tutti a debito del fornitore".

Conclusioni

Dall'analisi operata, si evince chiaramente che il *factoring* rappresenta uno dei principali strumenti del mercato finanziario.

Sebbene le imprese ricorrano largamente a tale operazione economica, sarebbe, tuttavia, auspicabile, a mio parere, che il *factoring* diventasse un elemento "strutturale" della vita aziendale.

Le imprese italiane, prevalentemente di piccole e medie dimensioni, trarrebbero, sia sotto il profilo amministrativo - contabile, che con riferimento alla politica commerciale, alla gestione finanziaria ed organizzativa, innegabili benefici da un utilizzo continuo e costante dell'operazione *de qua*, conseguendo un miglioramento della redditività, instaurando con i fornitori rapporti fondati su termini e modalità di negoziazione più favorevoli, attenuando il ricorso al capitale di rischio, nonché programmando più agevolmente le attività e gli investimenti⁴⁵³.

In un mercato in continua trasformazione come quello italiano, il perseguimento di una corretta politica di gestione dell'impresa richiede competenze specialistiche, solitamente riconducibili alla funzione di *credit management*.

A mio avviso, trasferendo stabilmente al *factor* l'amministrazione finanziaria e concentrando l'attività esclusivamente sulle finalità produttive, verrebbe indubbiamente agevolata l'espansione e la crescita delle piccole e medie aziende, consentendo alle stesse di beneficiare di servizi diversi, ma complementari, favorendo una riduzione dei costi e una allocazione ottimale delle risorse disponibili.

⁴⁵³ Il *factoring* è "in grado di offrire benefici in più comparti aziendali e molte imprese hanno cominciato ad avvalersene anche con intento sostitutivo ed integrativo delle funzioni e strutture interne". Così V. Cantele - F. Ebbene, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 91.

Il *factor*, infatti, reperendo, attraverso accurate indagini di mercato, informazioni sulla solvibilità delle aziende, utilizzando procedure operative oculate ed efficaci e un'organizzazione flessibile, in grado di soddisfare le diversificate esigenze dei clienti, consente alle imprese di operare una corretta valutazione dei rischi, di attuare un'incisiva politica del credito, di consolidarsi, programmando più agevolmente le attività e gli investimenti e adottando decisioni di *capital budgeting* che permettano di incrementare il valore dell'impresa⁴⁵⁴.

Il rischio di credito viene in tal modo trasferito a compratori di “buona qualità”, razionalizzando e ottimizzando le strutture finanziarie per sostenere con mezzi adeguati le iniziative produttive e commerciali.

Quanto all'aspetto squisitamente economico - finanziario, è opportuno, a mio avviso, tener presente che le anticipazioni del credito effettuate dal *factor* consegnano nelle mani delle imprese una liquidità immediata con una conseguente riduzione dell'indebitamento, un miglioramento della struttura aziendale ed un innalzamento del tasso di rotazione del capitale circolante, tale da consentire il finanziamento dello sviluppo dell'impresa.

Grazie ad un bilancio più equilibrato e alla capacità di assolvere alle proprie obbligazioni, le imprese sono in grado, peraltro, di conseguire maggiore credito agli occhi dei terzi.

L'operazione rende, infatti, meno incerti i flussi di cassa futuri, incoraggiando la crescita delle aziende, “permette all'impresa di finanziare i propri crediti in proporzione al volume d'affari svolto e non in base alla sola propria diretta capacità di rimborso (*asset based transaction*)”, “aumenta il grado di affidamento ed il potere contrattuale

⁴⁵⁴ Al *factor* sono, infatti, affidate molteplici funzioni economiche, in particolare il compito di monitorare tutti i rapporti di credito esistenti nei confronti della clientela, provvedendo alla tenuta della contabilità, nonché all'amministrazione dei crediti, fornendo alle imprese informazioni e supporti statistici, che consentano di svolgere in modo più funzionale la propria attività commerciale, svolgendo, qualora richiesto, anche attività di consulenza e di collaborazione aziendale. Cfr M. Bussani – M. Infantino, *Il contratto di factoring*, cit., p. 378.

dell'impresa nei confronti dei propri fornitori”⁴⁵⁵.

E' opportuno tener conto del fatto che tale operazione economica, sebbene inizialmente guardata con sospetto ed avversata, nel corso del tempo ha trovato il pieno appoggio anche degli istituti di credito, diventati addirittura promotori di tale strumento operativo, attraverso la costituzione di società di *factoring*, avendo compreso i notevoli benefici che apporta.

Ed invero, ricorrendo al *factoring* le imprese, oltre a poter disporre di anticipazioni sui crediti che incidono in maniera determinante sul *rating* aziendale, riequilibrando la struttura patrimoniale (stato patrimoniale e conto economico) e condizionando le dinamiche finanziarie aziendali, assumono anche maggiore stabilità e credibilità agli occhi degli istituti di credito, con la conseguenza di poter accedere con maggiore facilità all'erogazione dei finanziamenti, accrescendo negli intermediari finanziari l'aspettativa di recupero del credito concesso.

Le banche, infatti, spinte dalla maggiore solidità delle realtà aziendali e da un *rating* maggiormente elevato, sono disposte a concedere alle imprese con più facilità finanziamenti, permettendo alle stesse anche di beneficiare di un'eventuale riduzione dei costi.

Risulta, pertanto, a mio avviso, di palese evidenza la convenienza dell'utilizzo di tale tecnica operativa, che offre alle imprese la possibilità di investire le proprie risorse nelle attività essenziali per la vita aziendale e di acquisire una struttura più flessibile maggiormente competitiva nel contesto economico.

E' in ogni caso necessario, al fine di poter incentivare lo sviluppo e la stabile diffusione dell'operazione *de qua*, identificare e definire le

⁴⁵⁵ AA.VV. (G. Cremona – M. Faenza – Monarca – N. Tarantino), *Il manuale del factoring*, cit., p. 92, i quali hanno anche precisato che “l'operazione di *factoring*, limitatamente all'ipotesi di cessione pro-soluto, consente il miglioramento degli indicatori di bilancio”.

complesse compatibilità della tecnica operativa in esame con il contesto economico e l'ordinamento giuridico italiano. Sotto tale profilo, lo sviluppo dell'operazione di *factoring* è innegabilmente condizionato dal contributo che forniranno le aziende e dal loro impegno nel predisporre e definire il futuro modo di fare impresa.

Quanto alla qualificazione del contratto, com'è già stato ampiamente evidenziato, considerando la complessità della tecnica operativa in esame e la molteplicità dei profili giuridico - economici che la caratterizzano, non è possibile operare una semplice quanto riduttiva identificazione con un tipo contrattuale. Verrebbe altrimenti compromessa la portata innovativa ed originale del contratto in esame.

La tendenza diffusa di ricondurre questa nuova operazione economica alla disciplina e alla forma di un tipo preesistente deve ritenersi, a mio parere, assolutamente censurabile, non conciliandosi con uno schema contrattuale particolarmente flessibile ed elastico, variabile a seconda delle esigenze e necessità dei soggetti contraenti, che non consente di essere imbrigliato in figure contrattuali già esistenti⁴⁵⁶.

Verrebbe, in caso contrario, compromessa l'essenza dinamica del contratto, mettendo anche a repentaglio l'esigenza di continua revisione critica, determinata dagli incessanti cambiamenti cui è sottoposta l'economia e il mercato.

Il *factoring* presenta nella pratica una varietà di clausole che incidono sull'individuazione della causa del contratto e non permettono di inquadrare in modo statico l'operazione *de qua*⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Cfr in proposito G. C. M. Rivolta, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 711, il quale con riferimento alla presunta tipizzazione del contratto di *factoring* con l'entrata in vigore della legge n. 52/1991, ha precisato che "l'equivoco per la verità è giustificato dai lavori preparatori della nuova legge. Infatti il disegno di legge n. 383, da cui questa deriva, fa ampio riferimento nella sua presentazione, al *factoring* e lo menziona financo nel titolo (dal quale la parola inglese è felicemente caduta solo nell'approvazione definitiva)".

⁴⁵⁷ Cfr in proposito, L. Ghia, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, cit., pp. 96 ss.

Sebbene, tuttavia, il contratto sia caratterizzato dalla complessità e multiformità delle prestazioni, finalizzate al perseguimento di diversi risultati, non è ipotizzabile ritenere sussistente una pluralità di cause: i diversi elementi si combinano tra loro, in funzione dell'assetto di interessi e degli obiettivi giuridico – economici perseguiti dalle parti, in modo da dare vita ad una causa unica.

L'operazione in esame è, infatti, caratterizzata da una propria identità causale e presenta una propria individualità, unitarietà ed autonomia, tali da non consentire di assimilarlo ad un contratto complesso.

Operate tali premesse, è necessario individuare la disciplina applicabile al contratto atipico in esame.

Nonostante per la regolamentazione dell'operazione sia possibile avvalersi di modelli contrattuali uniformi (contratti tipo) predisposti dalle società di *factoring*⁴⁵⁸, la soluzione da ritenersi più corretta e congeniale alle caratteristiche dell'operazione *de qua* è quella di far ricorso al procedimento analogico (*analogia legis*), applicando le disposizioni normative destinate a schemi legali da ritenersi affini al contratto atipico, per la loro natura e funzione economico sociale.

L'applicazione analogica è senza ombra di dubbio lo strumento che, consentendo l'individuazione della disciplina applicabile ad istituti non regolamentati nel nostro ordinamento, favorisce un processo di integrazione normativa, colmando le lacune dello schema atipico anche nel suo processo evolutivo, conseguente alla trasformazione dell'assetto del mercato internazionale.

Il ricorso all'analogia, chiaramente con il limite previsto dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale del divieto di applicazione

⁴⁵⁸ Particolarmente innovativo è, ad esempio, il modello contrattuale predisposto dall'Assifact (Associazione tra le società di *factoring* italiane), "che può considerarsi paradigmatico di quanto avviene nella prassi e diretto a recepire le novità legislative". Così A. Frignani - G. Rossi, *Il factoring*, cit. p. 68.

analogica delle norme eccezionali, è da ritenersi, infatti, maggiormente rispondente al continuo processo di cambiamento cui è sottoposta l'operazione in esame, che deve essere in grado di rispondere alle esigenze di una realtà dinamica e mutevole, sia sotto il profilo economico che commerciale⁴⁵⁹.

L'utilizzo di tale tecnica consente, peraltro, al giudice l'impiego anche degli ulteriori strumenti dell'integrazione estensiva e dei principi generali dell'ordinamento, nonché della disciplina generale del contratto, permettendo, altresì, l'applicazione soltanto parziale al caso concreto dello schema contrattuale preso in considerazione.

Ipotizzare una dettagliata regolamentazione dell'operazione *de qua*, significherebbe, a mio avviso, ostacolare il naturale adeguamento del contratto al processo di evoluzione del commercio internazionale.

Preme, infine, sottolineare che, nonostante esistano delle normative uniformi a livello internazionale che regolamentano alcuni profili dell'operazione economica, ad oggi non sono state ancora superate completamente le differenze radicali che esistono tra i vari ordinamenti, i quali tendono spesso ad un'imposizione delle loro regole, cui non intendono rinunciare⁴⁶⁰.

Dovranno, pertanto, essere compiuti ancora notevoli sforzi per raggiungere un'effettiva armonizzazione, anche se, è il caso di evidenziare, i legami che vengono ad instaurarsi tra il fornitore cedente e l'impresa di *factoring*, nonché la completezza dei contratti stipulati, inducono le parti a tenersi ben lontani da qualsiasi ipotesi di conflittualità.

⁴⁵⁹ In senso contrario G. Sbisà, *Contratti innominati: riconoscimento e disciplina delle prestazioni*, in AA.VV., *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983, p. 120.

⁴⁶⁰ Le Convenzioni di diritto uniforme, pur avendo contribuito indiscutibilmente al processo di armonizzazione, non disciplinano, tuttavia, alcuni profili, rispetto ai quali gli ordinamenti registrano delle differenze sostanziali. In proposito G. Fossati - A. Porro, *Il factoring*, cit., p. 40 ss.; V. Cantele - E. Ebbene, *Factoring e normative della cessione dei crediti d'impresa*, cit., p. 93.

BIBLIOGRAFIA

- **AA.VV.**, *Tipicità e atipicità nei contratti*, Milano, 1983;
- **AA.VV.**, *Il manuale del factoring*, Lavis, 2006;
- **AA.VV.**, *Le azioni revocatorie. I rapporti preesistenti*, Torino, 2010;
- **Accettella F.**, *L'accordo di Basilea III: contenuti e processo di recepimento all'interno del diritto dell'UE*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2013;
- **Alessi G.**, *La legge 21 febbraio 1991, sulla disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1991;
- **Alessi G.**, *Revocatoria fallimentare dei pagamenti del debitore ceduto e garanzia di solvenza nella cessione dei crediti d'impresa*, in *Diritto fallimentare*, I, 1992;
- **Alessi R. - Mannino V.**, *La circolazione del credito*, I, Padova, 2008;
- **Alpa G.**, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Diritto fallimentare*, I, 1989;
- **Alpa G. - Bessone M.** (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 1991;
- **Amato C.**, *Annotazioni alla legge 21-2-1991 n. 52 sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Quadrimestre*, 1992;
- **Amendolagine V.**, *Factoring e cessione di crediti futuri*, in *I contratti*,

2014;

- **Anderloni L.**, *Il factoring nei principali paesi europei*, in *Bancaria*, 1999;

- **Apice A.**, *Il contratto di factoring, la legge n. 52/1991 e il fallimento*, in *Bancaria*, 2000;

- **Asselbergh G.**, *Financing firms with restricted access to financial markets: the use of trade credit and factoring in Belgium*, in *The journal of finance*, 2002;

- **Bakker M.R.**, *Financing Small and Medium-Size Enterprises with Factoring: Global Growth and Its Potential in Eastern Europe*, in *The world bank*, 2004;

- **Banerjee P. K.**, *Global Factoring Business: Trend and Performance*, in *Finance India*, 2003;

- **Bassi A.**, *Factoring e cessione dei crediti d'impresa*, Milano, 1993;

- **Bausilio G.**, *Contratti atipici*, Milano, 2002;

- **Bazinas S.V.**, *Contribution de la CNUDCI a la unification del dercho que rige la financiacion mediante cesion de credito: Convencion de las Naciones Unidas sobre la cesion de creditos en el ecomercio internacional*, in *Revista de derecho bancario y Bursatil*, 21, n. 88, 2002;

- **Belviso U.**, *L'ambito di applicabilità della nuova disciplina sulla cessione dei crediti d'impresa*, in *Rivista di diritto delle imprese*, 1992;

- **Belviso U.**, *Le modifiche alla legge sulla cessione dei crediti d'impresa*, in Banca, borse e titoli di credito, I, 1996;
- **Benedetti V.**, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969;
- **Benvenuti M. – Gallo M.**, *Perché le imprese ricorrono al factoring? Il caso dell'Italia*, Roma, 2004;
- **Bessone M.** (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 1999;
- **Bianca C.M.**, *Gli oneri del debitore con riguardo all'accertamento dell'avvenuta cessione del credito*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1969;
- **Bianchi R.**, *Il factoring e i problemi gestionali che comporta*, Torino, 1970;
- **Bigiavi W.**, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 1999;
- **Bollino G.**, *Questioni in tema di assicurazione del credito*, in Giurisprudenza italiana, I, 1983;
- **Bontempi P.**, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2002;
- **Bossetti F.** (a cura di), *Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, Torino, 2010;
- **Briganti E. - Valentino D.**, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, Napoli, 2007;
- **Buonocore V.** (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, II, Torino,

2002;

- **Burchi G. - Carretta A.** (a cura di), *Il factoring a dieci anni dalla legge* 52, Roma, 2002;

- **Bussani M.**, *I contratti moderni*, Torino, 2004;

- **Bussani M. – Infantino M.**, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006;

- **Calzolaio E.**, *Il factoring in Europa*, Milano, 1997;

- **Campobasso G.F.**, *Diritto Commerciale*, III, Torino, 2001;

- **Cantele V.**, *Il contratto di factoring: profili civilistici e fallimentari*, in *Le società*, 1985;

- **Cantele V.**, *Finalmente una legge per il factoring*, in *Corriere giuridico*, 1991;

- **Cantele V. - Ebbene E.**, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, Milano, 1991;

- **Cantele V. – Ebbene F.**, *Factoring e normativa della cessione dei crediti d'impresa*, Napoli, 1995;

- **Capotosti R.A.**, *Assicurazione del credito e "factoring"*, in *Assicurazioni*, 1972;

- **Carnevali U.**, *I problemi giuridici del factoring*, in *Rivista di diritto civile*, 1978;

- **Carretta A.** (a cura di), *Factoring. Regolamentazione, mercato e*

gestione, Trento, 2009;

- **Casamassima S.**, *Factoring e project financing dopo la Convenzione Uncitral del 12 dicembre 2001*, in *I contratti*, 2004;

- **Cassandro Sulpasso B.**, *L'abuso del contratto di factoring*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976;

- **Cassandro Sulpasso B.**, *Collaborazione alla gestione e finanziamento d'impresa: Il factoring in Europa*, Milano, 1981;

- **Cassandro Sulpasso B.** (a cura di), *Il factoring per le piccole e medie imprese*, Milano, 1982;

- **Cassano G.** (a cura di), *I singoli contratti, Applicazioni pratiche. Clausole specifiche. Giurisprudenza di riferimento*, Milano, 2010;

- **Cendon P.** (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, XI, Figure della contrattazione internazionale. Antitrust – Vendita – Appalto – Master franchising – Leasing – Factoring – Scambi di compensazione – Arbitrato*, Torino, 2004;

- **Cian G.**, *Legge 21 febbraio 1991, n. 52. Disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *Nuove leggi civile commentate*, 1994;

- **Clarizia R.**, *Il factoring*, Torino, 1998;

- **Clarizia R.**, *I contratti nuovi. Factoring. Locazione finanziaria*, Torino, 1999;

- **Clarizia R.**, *Il factoring in Italia: la legge n. 52/91 e la giurisprudenza*,

in Europa e diritto privato, 2000;

- **Clarizia R.**, *I contratti per il finanziamento delle imprese. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002;

- **D'Andrea S.**, *Contratti d'impresa, Aspetti fiscali e civilistici*, Milanofiori Assago, 2014;

- **Costa C.**, *La rilevanza del silenzio del debitore ceduto nel contratto di factoring*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4, 2011;

- **Costanza M.**, *Cessione dei crediti d'impresa e opponibilità al fallimento*, in *Fallimento*, 2004;

- **Cucinelli D.**, *Modelli teorici e regolamentazione*, in *Credifat*, 1, 2013;

- **Dal Zilio M.**, *Profili ricostruttivi in tema di revocatoria fallimentare delle cessioni di credito nel factoring*, in *Il fallimento*, 2004;

- **D'Amaro G.**, *Contratti d'impresa*, Milano, 1993;

- **D'Attilio A.**, *Su alcune questioni vecchie e nuove in tema di cessione del credito*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, II, 1996;

- **De Cristofaro G. – Colombo C.E.**, *Il contratto di factoring*, in *Amministrazione e finanza*, 1987;

- **Demuro I.** (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010;

- **De Nova G.**, voce *Factoring*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. V, Torino, 1987;

- **De Nova G.**, *Disciplina dell'acquisto dei crediti d'impresa: un disegno di legge*, in *Rivista di diritto civile*, II, 1987;
- **De Nova G.**, *I nuovi contratti*, Milano, 1994;
- **De Nova G.**, *Novità della disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in *I contratti*, I, 1994;
- **De Nova G.**, *Le convenzioni Unidroit sul leasing e sul factoring internazionali. Commento*, in *I contratti*, 1995;
- **De Sensi V.**, *Il contratto di factoring nelle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare*, I, 1996;
- **Dimundo F.**, *Factoring e Fallimento*, in *Giurisprudenza commerciale*, I, 1999;
- **Dolmetta A.A. - Portale G.B.**, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, I, 1999;
- **D'Oro S.**, *Il discrimen tra il factoring e il mandato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013;
- **Donati A. – Volpe G.**, *Manuale di diritto delle Assicurazioni*, Milano, 2000;
- **Fabrizi P.L. - Forestieri G. - Mottura P.** (a cura di), *Gli strumenti finanziari*, Milano, 1997;
- **Ferrari F.**, *Il factoring internazionale*, Padova, 1991;

- **Ferreri S.**, *Il giudice italiano e l'interpretazione del contratto internazionale*, Padova, 2000;
- **Ferro M.**, *Il fallimento del cedente*, in *Rivista italiana leasing*, 1994;
- **Ferro Luzzi P.**, *Lo sconto bancario*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1977;
- **Ferro-Luzzi P.**, *Lezioni di Diritto Bancario*, Torino, 2006;
- **Finelli W.**, *La cessione dei crediti d'impresa come schema di contratto atipico a prestazioni corrispettive*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2004;
- **Fossati G.-Porro A.**, *Il factoring*, Milano, 1994;
- **Fragali M.**, *Assicurazione del credito*, in *Enciclopedia del diritto*, III, Milano, 1961;
- **Franceschelli R.**, *Appunti in tema di cessione dei crediti*, Napoli, 1957;
- **Frignani A.**, *Voce factoring*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, Roma, 1989;
- **Frignani A.**, *La "securitization come strumento di smobilizzo dei crediti di massa"*, in *Foro Italiano*, 1995;
- **Frignani A.** (a cura di), *Factoring, Leasing, Franchising, venture capital*, Torino, 1996;
- **Frignani A. - Bella E.**, *Il factoring: la nuova legge italiana (con riferimenti alle convenzioni di diritto uniforme)*, in *Giurisprudenza*

italiana, IV, 1991;

- **Gabriele P.**, *La cartolarizzazione dei crediti: tipizzazione normativa e spunti analitici*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2001;

- **Gabrielli E.**, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Rivista di diritto civile*, I, 2003;

- **Gabrielli E. - Lener R.** (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2004;

- **Gabrielli E.- Lener R.** (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2010;

- **Galasso A.**, *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971;

- **Galgano F.**, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1997;

- **Galgano F.** (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1998;

- **Galgano F.**, *Diritto privato*, Padova, 1999;

- **Galgano F.**, *Diritto Privato*, Padova, 2004;

- **Garofalo L. – Talamanca M.** (a cura di), *Trattato delle obbligazioni*, Padova, 2009;

- **Ghia L.**, *I contratti di finanziamento dell'impresa. Leasing e Factoring*, Milano, 1997;

- **Ghia L.**, *I contratti di finanziamento dell'impresa*, Milano, 2005;

- **Granieri M.**, *La disciplina della cartolarizzazione dei crediti. Appunti di analisi economica e comparata*, in *Rivista di diritto delle imprese*, 2000;
- **Guerrieri G.**, *Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2000;
- **Guerrieri G.**, *Cessione dei crediti d'impresa e fallimento*, Milano, 2002;
- **Klapper L.**, *The role of factoring for financing small and medium enterprise*, in *The world bank*, 2005;
- **Infantino M.**, *Note comparatistiche sulle utilità dell'uniformazione: il factoring internazionale e la cessione del credito fra Convenzioni e Principi*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007;
- **Ippolito R.**, *Il diritto di surroga nell'assicurazione del credito all'esportazione*, in *Assicurazioni*, I, 1990;
- **Iudica G. – Zatti P.**, *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995;
- **Lembo M.**, *L'iter storico della nuova legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Brevi considerazioni su profili civilistici e fallimentari*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, II, 2000;
- **Locorotolo S.**, *Factoring e revocatoria fallimentare*, in *Il fallimento*, 2013;
- **Luminoso A.**, *I contratti tipici e atipici: contratti di alienazione, di*

fallimento, di credito, Milano, 1995;

- **Lupacchino M.C.**, *Osservazioni in tema di cessio solutionis gratia e garanzia per la solvenza*, in Banca, borsa e titoli di credito, 2003;

- **Lupi M.**, *La cessione dei crediti d'impresa*, in Le società, 1991;

- **Maffei Alberti A.** (a cura di), *Legge 30 aprile 1999 n. 130. Disposizioni sulla cartolarizzazione dei crediti*, in Nuove leggi civili commentate, 2000;

- **Malatesta A.**, *Codificazione del diritto del commercio internazionale e nuovi strumenti giuridici per l'impresa: i recenti lavori dell'Uncitral*, in Liuc Papers n. 43, Serie Impresa ed Istituzioni, 11, 1997;

- **Massa Felsani F.**, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa"*, in Rivista di diritto commerciale, I, 1991;

- **Messina P.**, *Sulla causa nel contratto di factoring*, in Contratto e impresa, 1999;

- **Messinetti D.**, *Il concetto di patrimonio separato e la c.d. cartolarizzazione dei crediti*, in Rivista di diritto civile, I, 2002;

- **Minervini E.**, *Lo sconto bancario*, Napoli, 1949;

- **Morera R.**, *Brevi note sul contratto di factoring*, in Banca, borsa e titoli di credito, I, 1982;

- **Munari A.** (a cura di), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988;

- **Nappi F.**, *Sulla responsabilità derivante da una promessa di pagamento priva di causa*, in Banca, borsa e titoli di credito, II, 1998;
- **Nigro A.**, *La tutela del risparmio e l'efficacia del sistema: il ruolo delle banche*, in Le Società, 2005;
- **Pace O. - Cherubini D.**, *Il factoring quale strumento di gestione della finanza d'impresa*, Roma, 2001;
- **Pace M.**, *Le circostanze che inducono al ricorso al factoring*, in Piccole e medie imprese, 2011;
- **Pandolfi A.**, *Obblighi di informazione del debitore ceduto e tutela del factor*, in I contratti, 2000;
- **Panzarini G.**, *Lo sconto dei crediti e dei titoli di credito*, Milano, 1984;
- **Pardolesi R.** (a cura di), *La cartolarizzazione dei crediti, commentario alla legge 30 aprile 1999 n. 130*, Milano, 1999;
- **Patroni Griffi A. - Ricolfi M.**, *Banche ed assicurazioni fra cooperazione e concorrenza*, Milano, 1997;
- **Patti A.**, *Factoring e procedure concorsuali: un nodo da sciogliere*, in Il fallimento, 2004;
- **Perlingieri P.**, *Le cessioni dei crediti ordinari e d'impresa: nozioni, orientamenti giurisprudenziali e documenti*, Napoli, 1993;
- **Piazza G.**, *Qualificazione del contratto di factoring e fallimento del cedente*, in Giurisprudenza commerciale, II, 1996;

- **Piccinini S.**, *Il comportamento del debitore ceduto nel contratto di factoring*, in Giustizia civile, 2001;
- **Piccinini V.**, *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, 2008;
- **Plenteda D.**, *Cessione dei crediti d'impresa, fallimento del cedente e recesso del curatore*, in Fallimento, 2002;
- **Ragazzini L.**, *La cessione dei crediti d'impresa (legge 21 febbraio 1991 n. 52)*, in Rivista del notariato, 1993;
- **Rescigno P.** (a cura di), *Trattato di diritto privato*, III, Torino, 2000;
- **Rescigno P.- Gabrielli E.**, *Trattato dei contratti*, Torino, 2006;
- **Rivolta G.C.M.**, *La disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, in Rivista di diritto civile, II, 1991;
- **Rota M.**, *Osservazioni a Trib. Milano, 17 agosto 2011, sul rapporto tra la disciplina del factoring e quella della cessione del credito*, in Rivista delle società, II, 2014;
- **Rucellai C.**, *Il disegno di legge sulla cartolarizzazione dei crediti. Rischi ed opportunità*, in Giurisprudenza commerciale, I, 1998;
- **Rucellai C.**, *La legge sulla cartolarizzazione dei crediti*, in Giurisprudenza commerciale, 1999;

- **Ruozzi R. - Rossignoli B.**, *Manuale del factoring*, Milano, 1985;
- **Russo D.**, *Brevi riflessioni su cartolarizzazioni dei crediti e factoring*, in Vita Notarile, 3, 2002;
- **Sangermano F.**, *Il silenzio del debitore ceduto nel factoring tra unità funzionale del collegamento contrattuale e unicità del negozio*, in I contratti, 4, 2010;
- **Santangelo I.A.**, *Il factoring*, in Diritto fallimentare, I, 1975;
- **Santi F.**, *Il factoring*, Milano, 1999;
- **Sanzo S.** (a cura di), *Procedure concorsuali e rapporti pendenti*, Bologna, 2009;
- **Schlesinger P.**, *La cartolarizzazione dei crediti*, in Rivista di diritto civile., 2001, II;
- **Scialoja A. - Branca G.** (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1982;
- **Semino G.**, *Brevi considerazioni sulla qualificazione giuridica del contratto di factoring, anche alla luce della recente legge 21 febbraio 1991 n. 52 e sugli effetti del fallimento del fornitore cedente*, in Giurisprudenza commerciale, 1995;
- **Sirgiovanni B.**, *Il contratto di refactoring*, in Contratto e impresa, 2003;
- **Spolverini A.**, *Il factoring*, Milano, 1981;

- **Tatarano G.** (a cura di), *La cessione dei crediti d'impresa*, Napoli, 1995;
- **Terranova G.**, *Sconto bancario*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano, 1989;
- **Terranova G.**, *Disciplina del factoring nel fallimento*, in *Il fallimento*, 1994;
- **Torsello M.**, *I rapporti tra le parti del contratto di factoring, tra disciplina uniforme e molteplicità delle fonti*, in *Contratto e impresa*, 1999;
- **Trabucchi A.**, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1998;
- **S. Troiano**, *La cessione di crediti futuri*, Padova, 1999;
- **Tucci G.**, *Factoring*, in *Contratto e impresa*, 1992;
- **Tupponi M.** (a cura di), *Manuale di diritto commerciale internazionale*, Torino, 2012;
- **Vaglio E.**, *Causa vendendi del factoring e fallimento del fornitore*, in *I contratti*, 2001;
- **Valentino D.**, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003;
- **Valentino D.**, *Le vicende delle obbligazioni. La circolazione del credito e del debito*, Napoli, 2007;
- **Valentino D.** (a cura di), *Dei singoli contratti*, Torino, 2011;

- **Venuti M.**, *La rappresentazione in bilancio delle operazioni di factoring e di cartolarizzazione. Aspetti civilistici ed economici*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010;
- **Vigone L.**, *Contratti atipici: nuovi strumenti commerciali e finanziari*, Milano, 1993;
- **Visalli N.**, *I profili giuridici del factoring*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002;
- **Vicini G.**, *Le eccezioni opponibili dal debitore ceduto al "factor"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989;
- **Zuddas G.**, *Il contratto di factoring*, Napoli, 1983.