



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

Diritto dei contratti

Ciclo XXIV

Il Leasing D'Azienda

Settore scientifico disciplinare di afferenza

IUS/01 DIRITTO PRIVATO

Presentata da	Dott.ssa Adele Maria Cristina Uda
Coordinatore Dottorato	Prof.ssa Valeria Caredda
Tutor/Relatore	Prof. Bruno Troisi

Esame finale anno accademico 2011 - 2012

*A chi ogni giorno,
anche con un piccolo gesto,
rende la mia vita migliore.*

Indice

Introduzione

Capitolo I

Il Contratto di Leasing e l'Azienda: profili generali I

1	Introduzione al <i>Leasing</i>	1
2	Le fonti del <i>Leasing</i>	2
3	La natura giuridica del <i>Leasing</i>	5
4	La struttura oggettiva e soggettiva del <i>Leasing</i>	9
5	La formazione del contratto	11
6	Il contenuto minimo del contratto	13
7	Patti principali e accessori al contratto di <i>Leasing</i>	14
8	Le vicende funzionali e patologiche del contratto di <i>Leasing</i> : introduzione	15
9	<i>Segue</i> L'inadempimento dell'Utilizzatore	16
10	<i>Segue</i> L'inadempimento del Concedente (Società di <i>Leasing</i>)	18
11	<i>Segue</i> Sugli effetti dell'invalidità e/o scioglimento del contratto alla luce del collegamento negoziale	20
12	<i>Leasing</i> e fallimento	21
13	Tipologie di <i>Leasing</i>	23

Capitolo II

Il Contratto di Leasing e l'Azienda: profili generali II

1	Introduzione all'azienda	27
2	Nozione di azienda tra codice civile e principi generali	28
3	Brevi cenni sulle teorie sull'azienda	30
4	Azienda, impresa e imprenditore	32
5	<i>Segue</i> Azienda e imprenditore. Titolarità e personalità giuridica dell'azienda	33
6	I beni	34
7	Tipologie di azienda	36

Capitolo III

Il Contratto di Leasing e l'Azienda: profili generali III

1	I beni immateriali.....	37
2	<i>Segue</i> L'avviamento	40

Capitolo IV

La Circolazione dell'Azienda

1	Introduzione	43
2	I principi della circolazione dell'azienda	44
3	Le vicende della circolazione dell'azienda.....	46
4	<i>Segue</i> Il momento perfezionante la vicenda circolatoria dell'azienda.....	51
5	La tutela del terzo nella vicenda circolatoria dell'azienda.....	51
6	I singoli contratti d'azienda: premessa. La circolazione dell'azienda <i>mortis causa</i>	52
7	<i>Segue</i> La circolazione dell'azienda <i>inter vivos</i>	53
8	L'usufrutto e l'affitto d'azienda	55

Capitolo V

Il leasing d'azienda: configurabilità.

1	Introduzione al <i>leasing</i> d'azienda.....	61
2	Sulla configurabilità astratta del <i>leasing</i> d'azienda.....	61
3	<i>Segue.</i> La configurabilità del <i>leasing</i> d'azienda secondo la dottrina e la giurisprudenza	65
4	<i>Segue.</i> La configurabilità del <i>leasing</i> d'azienda secondo la dottrina e la giurisprudenza straniera	67
5	Sulla configurabilità astratta del <i>leasing</i> di beni immateriali.....	69
6	Sulla configurabilità concreta del <i>leasing</i> d'azienda e di beni immateriali.....	72

Capitolo VI

Il leasing d'azienda: struttura e problematiche

1	Il <i>leasing</i> d'azienda: nozione e elementi. Profili strutturali oggettivi.....	79
2	<i>Segue</i> La determinazione del canone di <i>leasing</i> . <i>Rinvio</i>	83
3	<i>Segue</i> . Il patto di opzione.....	84
4	<i>Segue</i> . Il patto di riacquisto.....	85
5	Il contratto di <i>leasing</i> : profili soggettivi. Il Fornitore.....	86
6	<i>Segue</i> Il Concedente o Società di <i>Leasing</i>	88
7	<i>Segue</i> . La figura dell'Utilizzatore.....	92
8	Brevi cenni all'attività istruttoria e alla <i>due diligence</i>	98
9	<i>Segue</i> La valutazione dell'azienda	100
10	Disciplina applicabile. Profili generali.....	103
11	<i>Segue</i> La successione nei contratti.....	104
12	<i>Segue</i> La successione nei crediti.....	109
13	<i>Segue</i> La successione nei debiti.....	112
14	<i>Segue</i> Il divieto di concorrenza	117
15	<i>Segue</i> Le autorizzazioni amministrative	119
16	Le vicende del <i>leasing</i> d'azienda.....	119
17	<i>Leasing</i> d'azienda e fallimento.....	121
18	Il regime del <i>leasing</i> d'azienda al decorrere del termine finale di efficacia.....	122
19	La retrocessione: struttura	123
20	<i>Segue</i> La retrocessione: effetti	123
21	<i>Segue</i> . L'immissione del possesso e lo <i>status</i> dell'azienda nelle more tra la retrocessione e il nuovo contratto di <i>leasing</i> . <i>Rinvio</i>	126
22	<i>Leasing</i> d'azienda e tutela dell'operazione negoziale: la figura del Garante dell'operazione	127
23	<i>Segue</i> La natura giuridica della figura del Garante dell'operazione.....	131
24	<i>Leasing</i> d'azienda, alternanza gestionale dell'azienda e tutela dei terzi: la creazione di un regolamento di utilizzo dell'azienda	133
25	Profili contabili e fiscali del <i>leasing</i> d'azienda	135
	 Conclusioni: Il caso pratico	 139

Bibliografia

Introduzione

Leasing e azienda a confronto verso una nuova modalità di circolazione dell'azienda: il *leasing* d'azienda.

La sempre maggiore diffusione del *leasing* nella prassi commerciale e l'esigenza sempre più insistente di elaborare e /o rinvenire nuove forme di circolazione dell'azienda, che consentano altresì un incremento dell'attività produttiva, fungendo da *input* per l'iniziativa privata, rendono necessario vagliare la possibile configurabilità giuridica e concreta applicabilità del *leasing* d'azienda.

Tematica di grandissima attualità per i profili di rilevanza sia giuridica che economica.

Il crescente numero di modelli contrattuali predisposti nella prassi dalle imprese stipulanti e la conseguente formazione di una disciplina prevalentemente consuetudinaria di incerta qualificazione hanno determinato una tipizzazione prettamente sociale del *leasing* tradizionale. Peraltro, si evidenzia l'applicazione del contratto di *leasing* prevalentemente in riferimento a beni corporali, sia mobili che immobili; solo pochissimi cenni, per nulla esaustivi, si rinvencono in merito ai beni immateriali e alle universalità di beni (di fatto o di diritto).

Ulteriormente, la disciplina sulla circolazione dell'azienda è assai scarna, la realtà aziendale è caratterizzata da mutevolezza oltre ad essere costituita di beni non solo materiali ma persino immateriali nonché di rapporti giuridici di vario genere che necessitano di essere gestiti costantemente. Si tenga pure in considerazione che la circolazione dell'azienda ha effetti non solo verso le parti, dante e avente causa, ma anche verso i terzi, direttamente o indirettamente individuabili.

Ciò precisato, ci si interroga sulla possibile configurabilità, sia astratta che, soprattutto, concreta, del *leasing* d'azienda.

L'assenza di una disciplina normativa e persino di una prassi dell'istituto del *leasing* finanziario d'azienda impone che il primo passo verso una sua compiuta analisi e regolamentazione sia rappresentato dalla valutazione della possibilità di configurare nel nostro ordinamento la circolazione d'azienda mediante la locazione finanziaria, con particolare riferimento ai beni immateriali, quali l'avviamento, il marchio, l'insegna, la ditta e le opere dell'ingegno.

Proprio perché il legislatore sinora ha previsto, a tal fine, l'esclusivo utilizzo della figura dell'usufrutto e dell'affitto dell'azienda, occorrerà analizzare se sia concretamente possibile prevedere la costituzione di diritti di godimento diversi da quelli finora disciplinati e sopra menzionati ed aventi ad oggetto l'azienda nel suo complesso.

In particolare, sarà da stabilire se il *leasing* possa applicarsi solo ed esclusivamente a singoli beni aziendali, mobili ed immobili, o al contrario possa essere esteso anche ai beni incorporali, comunque facenti parte dell'azienda, e ancora se possa darsi luogo a un unico

leasing avente ad oggetto l'azienda come *universitas* o se debba procedersi alla stipulazione di tanti distinti contratti di *leasing* per ogni singolo bene aziendale.

Il problema della configurazione si pone, soprattutto, avuto riguardo al caso in cui l'utilizzatore al termine del contratto di locazione finanziaria decida di non acquistare l'azienda, bensì di restituirla alla società di *leasing*. In questa ipotesi, infatti, si pone l'interrogativo circa la sorte dell'azienda stessa (la società di *leasing* non ha alcun interesse alla gestione del compendio aziendale, essa svolge unicamente una funzione di intermediazione all'interno dell'operazione negoziale), e ciò dovrà essere studiato specialmente sotto il profilo del rischio d'azienda, della sorte dei contratti, dell'inadempimento contrattuale, della clientela, della cedibilità dei crediti e dei debiti, delle garanzie e della concorrenza. Se l'azienda viene restituita alla società di *leasing*, si pone anche la questione di individuare il centro di imputazione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dalla gestione della stessa come effettuata dall'utilizzatore, e di come questi verranno attribuiti all'utilizzatore stesso oppure alla società di *leasing* o ad un altro eventuale e successivo utilizzatore e/o terzo soggetto. Medesimi interrogativi sorgono in relazione alle ipotesi di risoluzione anticipata del contratto, di inadempimento dell'utilizzatore e di fallimento di uno dei soggetti dell'operazione negoziale.

Inoltre, ci si chiede se la gestione dell'azienda da parte di vari utilizzatori debba essere considerata in maniera continua, senza soluzione di continuità, oppure sia da ritenersi frazionata in riferimento a ciascun periodo di gestione individuale.

Infine, si palesa la necessità di individuare quale regime giuridico ed economico possa ritenersi applicabile all'azienda in una situazione di "giacenza" presso la Società di *Leasing*, in mancanza di un successivo utilizzatore disponibile.

Laddove si riesca a dare una risposta soddisfacente a tali interrogativi e si accerti la configurabilità e fattibilità del *leasing* d'azienda, ci si dovrà soffermare, nel dettaglio, sulla struttura dell'operazione e sulla concreta incidenza dello stesso nella vita dell'impresa e dovrà valutarsi quale sia la sua utilità sociale nell'ambito economico produttivo.

Ebbene, in sintesi, obiettivo principale di tale lavoro e della sottostante attività di ricerca, sia dottrinale che giurisprudenziale, è rappresentato dall'analisi di una configurazione giuridica-pratica del *leasing* d'azienda, in considerazione non solo della immaterialità di beni incorporali che compongono l'azienda, ma anche dei profili funzionali (struttura dell'operazione, modalità applicative), e dalla conseguente elaborazione di un dettagliato quadro di riferimento dell'istituto in relazione agli aspetti ritenuti principali.

Il presente lavoro, pertanto, sarà articolato in una parte generale, dedicata agli istituti di riferimento (contratto di *leasing*, azienda, beni immateriali e circolazione dell'azienda), e una parte speciale, dedicata all'approfondimento del *leasing* d'azienda, con trattazione di tutte le sue problematiche.

Nel dettaglio, nella *parte dedicata al leasing*, fatto un breve cenno alle origini della tipologia negoziale e alle sue fonti, s'intende analizzare il contratto con riferimento ai suoi elementi essenziali (nozione, causa, forma e oggetto); ai soggetti che prendono parte al rapporto; ai rapporti che intercorrono tra di loro (ponendo l'accento sulla circostanza per cui accanto ad

un rapporto principale di *leasing* possono essere previsti vari rapporti accessori –patto d’opzione, patto di riacquisto, fideiussione, assicurazione–), il tutto mettendo in rilievo la specifica disciplina applicabile. Successivamente si esamineranno i profili della responsabilità contrattuale, degli effetti che scaturiscono dalla risoluzione e dalla nullità del contratto. Brevi cenni verranno, infine, dedicati alla molteplicità di tipologie di *leasing* esistenti e ad eventuali profili di diritto comunitario e comparato.

Nella *parte dedicata all’azienda*, premesse alcune riflessioni sulla nozione di azienda, sulla distinzione e il legame intercorrente con l’impresa e l’imprenditore, e sulle varie teorie inerenti alla configurazione e qualificazione dell’azienda, si procederà a porre l’accento sui beni costituenti la stessa.

Particolare attenzione verrà dedicata ai beni immateriali e ai principi, vicende e modalità della circolazione d’azienda, con note di dettaglio sull’affitto e sull’usufrutto.

Alla luce delle riflessioni e del dato normativo e regolamentare esposto nelle prime due parti, si procederà ad analizzare la possibilità di configurazione di un *leasing d’azienda*.

Preliminarmente, verrà vagliata sia la configurabilità astratta sia la concreta applicazione di una tale operazione negoziale. Supporto argomentativo verrà rinvenuto nella dottrina e giurisprudenza sia italiana che straniera, oltre che negli unici riferimenti normativi esistenti.

In secondo luogo, si passerà ad esaminare nello specifico il contratto di *leasing d’azienda*, discernendo tra il profilo statico, quello dinamico - esecutivo e quello conclusivo di tale complessa fattispecie negoziale.

In particolare, si analizzeranno, mettendo in luce le problematiche più rilevanti e facendo riferimento alla prassi commerciale contrattuale, i profili strutturali oggettivi (nozione, oggetto, causa, forma, patti accessori - il patto di opzione e il patto di riacquisto-) e soggettivi (il Fornitore, il Concedente o Società di *Leasing*, l’Utilizzatore), l’imprescindibile attività istruttoria (la cosiddetta *due diligence*) e la valutazione dell’azienda; le vicende effettuali e quindi la disciplina applicabile in tema di successione nei contratti, crediti, debiti aziendali, e di divieto di concorrenza; le vicende patologiche del *leasing d’azienda* (la risoluzione del contratto: ipotesi e disciplina); gli effetti del fallimento di uno dei soggetti intervenienti nell’operazione negoziale; il regime del *leasing d’azienda* al decorrere del termine finale di efficacia e quindi la retrocessione – struttura ed effetti – , l’immissione nel possesso e lo *status* dell’azienda nelle more tra la retrocessione e l’eventuale nuovo contratto di *leasing*; i profili contabili e fiscali del *leasing d’azienda*.

Centralità verrà riservata alla descrizione accurata della peculiare figura del Garante dell’operazione (modalità di costituzione, funzioni e natura giuridica) e del regolamento di utilizzo dell’azienda, entrambi peculiari e indispensabili strumenti di tutela dell’operazione negoziale (tutela dal cd. rischio d’investimento) e dei terzi.

Nota conclusiva sarà dedicata all’esame del caso pratico, tratto dalla prassi commerciale.

Le rilevanti implicazioni teoriche e pratiche, sia giuridiche che economiche, conducono ad auspicare che il *leasing d’azienda* sia oggetto di maggiore studio e sperimentazione nella prassi commerciale.

Un sincero ringraziamento al professor Bruno Troisi, responsabile di questo lavoro, e a tutti coloro che hanno prestato il loro prezioso contributo.

Il presente lavoro è stato realizzato grazie al contributo della Fondazione del Banco di Sardegna.

Capitolo I

Il Contratto di Leasing e l'Azienda: Profili generali I

Sommario: 1 Introduzione al Leasing; - 2 Le fonti del Leasing; - 3 La natura giuridica del Leasing; - 4 La struttura oggettiva e soggettiva del Leasing; - 5 La formazione del contratto; - 6 Il contenuto minimo del contratto; - 7 Patti principali e accessori al contratto di Leasing; - 8 Le vicende funzionali e patologiche del contratto di Leasing: introduzione; - 9 Segue L'inadempimento dell'Utilizzatore ; - 10 Segue L'inadempimento del Concedente (Società di Leasing); - 11 Segue Sugli effetti dell'invalidità e/o scioglimento del contratto alla luce del collegamento negoziale; - 12 Leasing e fallimento; - 13 Tipologie di Leasing.

1 Introduzione al Leasing¹.

Il *leasing*², meglio conosciuto, nel nostro ordinamento, come locazione finanziaria, rappresenta la fattispecie negoziale di concessione in godimento di un bene con possibilità per il conduttore-utilizzatore di acquistarne la proprietà al termine del contratto.

Contratto atipico molto diffuso nella recente prassi commerciale³, in forza del quale un soggetto, denominato Concedente (Società di *Leasing*) o *lessor*, concede ad un altro soggetto,

¹ Sull'argomento ALBANESE M.-ZEROLI A., *Leasing e factoring*, Edizioni FAG, Milano, 2006. ALBANESE M.-ZEROLI A., *Leasing*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, in *Diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, vol XIII, pag. 132 ss. BISINELLA I.-NESSI M.-TRABALLI A., *Leasing, lease back, factoring*, Napoli 2004. BUONOCORE V., *La locazione finanziaria*, 2008, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Giuffrè Editore. BUSSANI M., CENDOM P., *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. Leasing Factoring, Franchising*, Giuffrè Editore, 1989. BUSSANI M., *Contratti moderni. Factoring. Franchising. Leasing.*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco*, vol. IV, *I singoli contratti*, Torino, 2004. CAGNASSO O., COTTINO G., *I contratti commerciali*, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, 2000, vol IX. CASELLI G., *Leasing*, in *Contratto e Impresa*, 1985, pag. 213 ss. CAVAZZUTI F., voce *Leasing (diritto privato)*, in *Enc. Giur. Treccani* CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, UTET, 1989. CLARIZIA R., *La Locazione finanziaria*, in *Nuova Giurisprudenza civ. comm.*, 1985, II, pag. 35 ss. CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002. DE NOVA G., *Leasing*, in *Digesto Disc. Priv.*, pag. 462 ss. DE NOVA G., *Il contratto di leasing con sentenze e altri materiali*, in *Collana di diritto ed economia*, diretta da Velo D., Giuffrè Editore, 1995. DE NOVA G., *Identità e validità del lease back*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc. 3, pag.471 ss. DENOZZA F., *La Cassazione e la risoluzione del leasing*, in *Giur. comm.*, 1991, I, pag. 845 ss. DE ROSA M. L., *Lease Back e patto commissorio*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc.1, pag. 213 ss. FRIGNANI A., *Spunti critici sui recenti sviluppi in tema di leasing*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 39 ss. GHIA L., *I contratti di finanziamento dell'impresa. Leasing e factoring*, Giuffrè Editore, 1997. GHIDINI M., *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950. LA TORRE M. R., *Un precipitato storico: il leasing usufrutto*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc.2, pag. 449 ss. LA TORRE M.R., *Effetti del fallimento Utilizzatore sul contratto di locazione finanziaria*, in *Riv. It. Leasing*, 1985, pag. 189 ss. LUMINOSO A., *Natura del leasing e oggetto dello scambio*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, pag. 525 ss. LUPI, *Disciplina applicabile al leasing finanziario*, in *Società*, 1993, pag. 773 ss. PACIFICO L., *Aspetti civilistici del lease back*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc.3, pag.477 ss. PANDOLFI, *Leasing di godimento e leasing traslativo*, in *Contratti*, 1999, pag. 692 ss. PROCOPIO, *Leasing (diritto tributario)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. PURCARO D., *I problemi di struttura del leasing*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 543 ss. TROVATO M., *Progetto leasing*, 1981, Etas libri. VISALLI N., *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 643 ss. VISENTINI G., *Osservazioni sulla giurisprudenza della Cassazione del 1989 in merito all'applicabilità dell'art. 1526 c.c. alla locazione finanziaria*, in *Riv. It. Leasing*, 1990, pag. 289 ss. ZANNELLA G.M., *Leasing*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, vol. III, *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006.

² Denominazione di origine inglese, derivante dal verbo *to lease*, che si significa concedere in affitto.

denominato Utilizzatore o *lessee*, il godimento di un bene determinato, dietro pagamento di un corrispettivo, denominato canone, e con diritto di opzione d'acquisto dell'Utilizzatore da esercitarsi alla scadenza del contratto e previa corresponsione di un prezzo definito in base ad un predeterminato numero di canoni.

Il bene, sia esso mobile, immobile o mobile registrato, può risultare già nella piena disponibilità del Concedente (Società di *Leasing*) oppure quest'ultimo deve all'uopo provvedere ad acquistarlo o costruirlo o farlo costruire da un terzo, anch'esso, in genere, precedentemente scelto dall'Utilizzatore medesimo.

Fattispecie contrattuale che, mancante di una compiuta disciplina di diritto positivo, è oggetto di discussione dottrinale e d'interpretazione giurisprudenziale con riferimento ai suoi molteplici profili, tra i quali si annoverano la struttura (si discute sulla struttura trilaterale o di collegamento contrattuale del *leasing*), i requisiti soggettivi e le vicende contrattuali tipiche (risoluzione e invalidità negoziali). Senza considerare che il largo utilizzo nella prassi contrattuale e commerciale ha comportato il sorgere di molteplici varianti, spesso tra loro eterogenee, in cui il *leasing* si presenta (*Leasing* operativo, *Leasing* finanziario, *Lease back* ect.).

2 *Le fonti del Leasing.*

Il *leasing* nasce negli Stati Uniti d'America intorno agli anni cinquanta⁴, e inizia a diffondersi pian piano anche negli altri ordinamenti, tra i quali l'Italia, solo dagli anni settanta.

Fonte primaria di questa fattispecie negoziale, nonché primaria ipotesi di tipizzazione della stessa, è rappresentata dall'*Uniform Commercial Code*, che prevede una compiuta disciplina del *leasing* tanto da dedicargli addirittura un'intera sezione (9 – 1 e 5)⁵. Proprio sulla base di

³ Fattispecie molto utilizzata nella prassi con la quale vengono identificate una diversità di operazioni, dal *Leasing* di vacanze al *Leasing* di mano d'opera al *Leasing* d'utero ect.

⁴ Nel 1952 un imprenditore californiano, un tale Schoenfeld, costituì la prima Società di *Leasing* immobiliare.

⁵ Si riporta di seguito il contenuto sommario della disciplina prevista nell'U.C.C.: “*article 2a – leases: part 1. general provisions. § 2a-101. short title.; § 2a-102. scope; § 2a-103. definitions and index of definitions; § 2a-104. leases subject to other law; § 2a-105. territorial application of article to goods covered by certificate of title; § 2a-106. limitation on power of parties to consumer lease to choose applicable law and judicial forum; § 2a-107. waiver or renunciation of claim or right after default; § 2a-108. unconscionability. § 2a-109. option to accelerate at will; part 2. formation and construction of lease contract . § 2a-201. statute of frauds; § 2a-202. final written expression: parol or extrinsic evidence; § 2a-203. seals inoperative; § 2a-204. formation in general; § 2a-205. firm offers; § 2a-206. offer and acceptance in formation of lease contract; § 2a-208. modification, rescission and waiver; § 2a-209. lessee under finance lease as beneficiary of supply contract; § 2a-210. express warranties; § 2a-211. warranties against interference and against infringement; lessee's obligation against infringement; § 2a-212. implied warranty of merchantability; .§ 2a-213. implied warranty of fitness for particular purpose; § 2a-214. exclusion or modification of warranties; § 2a-215. cumulation and conflict of warranties express or implied; § 2a-216. third-party beneficiaries of express and implied warranties. § 2a-217. identification; § 2a-218. insurance and proceeds. § 2a-219. risk of loss; § 2a-220. effect of default on risk of loss; § 2a-221. casualty to identified goods. part 3. effect of lease contract. § 2a-301. enforceability of lease contract; § 2a-302. title to and possession of goods; § 2a-303. alienability of party's interest under lease contract or of lessor's residual interest in goods; delegation of performance; transfer of rights; § 2a-304. subsequent lease of goods by lessor; § 2a-305. sale or sublease of goods by lessee.; § 2a-306. priority of certain liens arising by operation of law; § 2a-307. priority of liens arising by attachment or levy on, security interests in, and other claims to goods; § 2a-308. special rights of creditors. § 2a-309. lessor's and lessee's rights when goods become fixtures; § 2a-310. lessor's and lessee's rights when goods*

questa disciplina il *leasing* ha iniziato a svilupparsi anche negli altri ordinamenti, pur assumendo, a volte, conformazioni e varianti diverse da quella tipica⁶.

Tuttavia, venendo ad analizzare più da vicino l'evoluzione del *leasing* nel nostro ordinamento, si può affermare che si sogliono generalmente distinguere tre principali fasi di sviluppo⁷: una prima fase di diffusione e conoscenza dell'istituto avvenuta negli anni settanta circa; una seconda fase di specializzazione delle Società di *Leasing* e una terza fase di utilizzo e diffusione di tale nuova fattispecie contrattuale nella prassi soprattutto commerciale⁸.

Nessuna fase di tipizzazione e regolamentazione normativa si è, sinora, verificata.

Manca ancora oggi una vera e propria opera di recepimento normativo della stessa, tanto che il *leasing* si presenta per il nostro ordinamento come contratto atipico.

Alcuni sporadici riferimenti si rinvencono in alcune leggi, ma l'apporto maggiore deve riconoscersi alla dottrina e alla giurisprudenza, senza omettere il prezioso contributo della prassi commerciale contrattuale.

Innanzitutto, espresso riferimento deve essere fatto all'art. 17 della Legge 2/05/1976 n. 183, ("Interventi straordinari nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-1980"), il quale si mostra di fondamentale importanza posto che, per la prima volta, compare nel panorama

become accessions; § 2a-311. priority subject to subordination. part 4. performance of lease contract: repudiated, substituted and excused § 2a-401. insecurity: adequate assurance of performance. § 2a-402. anticipatory repudiation. § 2a-403. retraction of anticipatory repudiation. § 2a-404. substituted performance. § 2a-405. excused performance. § 2a-406. procedure on excused performance. § 2a-407. irrevocable promises: finance leases. part 5. default a. in general. § 2a-501. default: procedure. § 2a-502. notice after default. § 2a-503. modification or impairment of rights and remedies. § 2a-504. liquidation of damages. § 2a-505. cancellation and termination and effect of cancellation, termination, rescission, or fraud on rights and remedies. § 2a-506. statute of limitations. § 2a-507. proof of market rent: time and place. b. default by lessor. § 2a-508. lessee's remedies. § 2a-509. lessee's rights on improper delivery; rightful rejection. § 2a-510. installment lease contracts: rejection and default. § 2a-511. merchant lessee's duties as to rightfully rejected goods. § 2a-512. lessee's duties as to rightfully rejected goods. § 2a-513. cure by lessor of improper tender or delivery; replacement. § 2a-514. waiver of lessee's objections. § 2a-515. acceptance of goods. § 2a-516. effect of acceptance of goods; notice of default; burden of establishing default after acceptance; notice of claim or litigation to person answerable over. § 2a-517. revocation of acceptance of goods. § 2a-518. cover; substitute goods. § 2a-519. lessee's damages for non-delivery, repudiation, default, and breach of warranty in regard to accepted goods. § 2a-520. lessee's incidental and consequential damages. § 2a-521. lessee's right to specific performance or replevin. § 2a-522. lessee's right to goods on lessor's insolvency. c. default by lessee. § 2a-523. lessor's remedies. § 2a-524. lessor's right to identify goods to lease contract. § 2a-525. lessor's right to possession of goods. § 2a-527. lessor's rights to dispose of goods. § 2a-528. lessor's damages for non-acceptance, failure to pay, repudiation, or other default. § 2a-529. lessor's action for the rent. § 2a-530. lessor's incidental damages. § 2a-531. standing to sue third parties for injury to goods. § 2a-532. lessor's rights to residual interest".

⁶ Il *leasing*, infatti, come disciplinato nell'UCC, è un contratto prettamente commerciale-imprenditoriale, avente ad oggetto esclusivamente beni immobili funzionali all'attività d'impresa del *leasee*. Ebbene, da tale principale forma negoziale sono state mutate tutta una serie di altre fattispecie di *leasing* aventi ad oggetto beni immobili, beni mobili, finanche beni immateriali anche per uso semplicemente personale (*Leasing* del consumatore o di beni di consumo). Si precisa, inoltre, che il *leasing* americano non prevede l'opzione di acquisto, elemento tipico nelle fattispecie negoziale degli altri ordinamenti, compreso quello italiano.

Si noti anche la diversa nozione di proprietà dei paesi di *civil law* rispetto a quelli di *common law*. Il *lease*, infatti, prevede un diritto reale sulla cosa in capo al conduttore, a differenza della locazione che configura il diritto del locatore come diritto personale di godimento.

Per maggiori dettagli in merito alla struttura del *leasing* nei sistemi di *common law*, si veda De Vita A., *Lease*, in *Digesto disc. civ.*, pag. 443 ss.

⁷ Per un quadro storico sulla diffusione del *leasing* in Italia, si veda Caselli G., *op. cit.*, pag. 213 ss.

⁸ Per approfondimenti sul mercato italiano del *leasing* si veda CARRETTA A., DE LAURENTIS G., *Manuale del leasing*, in AA.VV., *Banche e mercati finanziari*, EGEA, 1998, pag. 27 ss.

normativo italiano una definizione, anche se non esaustiva, di locazione finanziaria⁹. Grazie a tale norma viene dato espresso riconoscimento a tale tipologia contrattuale e vengono definite la struttura e le peculiarità del contratto di *leasing*. Si ritrovano, infatti, gli elementi caratterizzanti dell'istituto: la trilateralità, l'assunzione di tutti i rischi da parte dell'Utilizzatore, l'opzione finale di acquisto. Invero, si statuisce: “*Per operazioni di locazione finanziaria s'intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà di quest'ultimo di divenire proprietario dei beni al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito*”. Si precisa, però, che si tratta di una mera norma di carattere definitorio, totalmente estranea ad un eventuale processo di tipizzazione¹⁰.

Secondariamente, si menzionano le seguenti disposizioni normative, nelle quali è presente un qualche riferimento alla locazione finanziaria: il D.L. 3/5/1991 n. 143 come modificato dalla L. 5/6/1991 n. 197; la L. 17/2/1992 n. 154; l'art. 18 L. 29/12/1990 n. 428; il Dlgs 27/1/1992 n. 87; l'art. 106 Dlgs /09/1993 n.385; il Dlgs 626/1994; l'art. 160 bis del Dlgs12/04/2006 n. 163; l'art. 72 *quarter* della L. Fallimentare; la L. 10/10/1975 n. 517; la L. 21/5/1981 n. 240; la L. 10/1/1981 n. 416; la L. 19/12/1983 n. 696 e la L. 11/12/1984 n. 848; la L.108/1996; la L. 178/1993; gli artt. 91 e 196 del Codice della Strada.

Altre importanti fonti legislative sono, poi, rappresentate dal Testo Unico Bancario, soprattutto con riguardo agli artt. 106, 197, 113, 117, 118 e 119, nonché dalla normativa sugli intermediari finanziari (posto che la Società di *Leasing* viene considerata, alla luce del collegamento contrattuale, quale semplice intermediario finanziario) e da quella sul credito al consumo, nelle ipotesi in cui il bene concesso in *leasing* sia un bene definibile come di consumo (beni standardizzati) e/o l'Utilizzatore possa essere considerato quale consumatore in base alla disciplina del Codice del Consumo.

Senza dimenticare, infine, l'art. 1341 c.c. sulle condizioni generali di contratto, l'art. 1342 c.c. sul contratto concluso mediante formulari, oltre che le disposizioni dettate in materia di contratto in generale e quelle riguardanti il contratto di locazione e di vendita con riserva di proprietà, previa verifica di compatibilità tra tipi negoziali.

L'apporto significativo della dottrina¹¹ e della giurisprudenza si rinviene soprattutto con riguardo a determinati profili, quali quello del *nomen iuris*, della definizione dell'operazione contrattuale e della natura giuridica della stessa e quello del rapporto diretto tra Fornitore e Utilizzatore.

Si rileva anche che il primo contributo della dottrina risale agli anni 1969, mentre l'intervento della giurisprudenza si palesa con il cosiddetto *sestetto binario* della Corte Cassazione dell'anno 1989¹², con il quale viene data una svolta alla concezione del *leasing*, distinguendo le due tipologie del *leasing* di godimento e del *leasing* traslativo; distinzione

⁹ Termine italiano usato per indicare la fattispecie negoziale atipica del *leasing*.

¹⁰ Clarizia, Luminoso, La Torre in BUONOCORE V., *op. cit.*, pag. 14 e 15. In particolare, un autore nega la portata definitoria di tale norma anche in senso lato. Un altro autore, invece, afferma che la norma in esame contiene la definizione solo del sottotipo del *leasing* agevolato. Vedi De Nova in CASELLI G., *op. cit.*, pag. 215.

¹¹ Riferimenti dottrinali in BUONOCORE V., *op. cit.*, pag. 37 ss.

¹² Vedi *infra*.

utilizzata per risolvere alcune problematiche principali dell'istituto in questione riguardanti la disciplina applicabile.

Per ciò che concerne gli usi e la prassi contrattuali, oltre alla modellistica in uso, degno di nota, per la sua alta valenza esplicativa dell'istituto, è la raccolta di usi della Camera di Commercio Industria e Agricoltura di Milano¹³, in cui il *leasing* viene disciplinato in maniera precisa e dettagliata.

Cenno conclusivo deve essere rivolto al codice deontologico elaborato dall'Assilea¹⁴ e alle fonti sopranazionali, quali i Principi di UNIDROIT¹⁵ e le diverse direttive comunitarie esistenti in materia.

3 *La natura giuridica del Leasing.*

Se vi è concorde opinione in dottrina e giurisprudenza circa l'atipicità del contratto di *Leasing*, la stessa considerazione non può essere estesa anche alla natura giuridica dell'istituto¹⁶.

Diversi, infatti, sono gli orientamenti in merito, i quali possono essere ricondotti essenzialmente a tre.

Il primo orientamento¹⁷ considera il *leasing* come contratto trilaterale di finanziamento, giustificando, in questo modo, sia il rapporto diretto tra Utilizzatore e Fornitore sia l'assunzione in capo all'Utilizzatore dei rischi discendenti dalla vendita del bene concesso in godimento.

Diverse sono, però, le obiezioni e critiche che vengono mosse a tale tesi.

In primo luogo, si mette in evidenza l'assenza di una comunione di scopo¹⁸ e la presenza di un'unicità contrattuale di fatto¹⁹; tutti elementi che escludono la plurilateralità del

¹³ Si riporta di seguito il contenuto "analitico" della raccolta di usi. "LEASING MOBILIARE. Definizione Art. 1. Scelta del Fornitore e del bene Art. 2. Forma del contratto Art. 3. Ordine al Fornitore Art. 4. Consegna Art. 5. Versamento del corrispettivo. Art. 6. Assicurazione. Art. 7. Uso, ubicazione ed identificazione del bene. Art. 8. Divieto di cessione e vincoli. Art. 9. Facoltà di scelta al termine del contratto Art. 10. LEASING DEL FORNITORE O DIRETTO. Definizione. Art. 1. LEASING IMMOBILIARE. Definizione Art. 1. Forma del contratto. Art. 2. Acquisto di fabbricato esistente Art. 3. Consegna del fabbricato Art. 4. Fabbricato da costruire: area-progetto. Art. 5. Fabbricato da costruire: edificazione Art. 6. Consegna del fabbricato Art. 7. Indicizzazione del canone Art. 8. Pagamento del corrispettivo Art. 9. Assicurazioni Art. 10. Uso dell'immobile ed oneri relativi Art. 11. Facoltà di scelta al termine del contratto Art. 12. LEASE – BACK. Definizione Art. 1".

¹⁴ Si veda BUSSANI M., CENDOM P., *op. cit.*, pag. 171 ss.

¹⁵ Unica fonte giuridica recante una completa disciplina del *leasing*.

¹⁶ Per riferimenti giurisprudenziali in merito, si veda GALGANO F., *Diritto civile e Commerciale*, Cedam 2004, Vol II, pag. 162 ss.

¹⁷ Cottino in CAGNASSO O. - COTTINO G., *op. cit.* Vedi anche CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 70 e Caselli e Mottura in CASELLI G., *op. cit.*, pag. 218 e 220. Vedi anche Cass. civ. 4367/1997. Un autore considera il *leasing* come contratto di finanziamento con garanzia reale. Ferri in CAVAZZUTI F., *op. cit.*, pag. 3.

¹⁸ Il *leasing* non può essere configurato quale contratto plurilaterale, pur se nell'operazione economica intervengono più di due parti, in quanto, si sostiene, difetta del "conseguimento di uno scopo comune". Vedi G. DE NOVA, *Leasing*, *cit.*, 473.

contratto²⁰ e depongono, invece, a favore della tesi maggioritaria del collegamento negoziale²¹. Sempre che, ovviamente, per comunione di scopo non s'intenda il collegamento contrattuale, che deve essere noto a tutti i partecipanti all'operazione di *leasing*.

Si rileva, inoltre, che alla luce soprattutto del dato soggettivo, si discorre di operazione economica e non semplicemente di contratto e, pertanto, pur volendo sostenere che la struttura dell'operazione ha natura tutt'altro che bilaterale, salvo si tratti di *leasing* operativo o di *lease back*, la trilateralità del rapporto, si afferma, ha rilevanza squisitamente economica e non giuridica²².

In secondo luogo, si osserva che la presenza nel *leasing*, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria²³, di una causa di finanziamento non è sufficiente al fine di una tale qualificazione.

Il contratto di finanziamento ha, infatti, una struttura differente rispetto a quella del contratto di *leasing*. Esso postula la presenza di un rapporto originario di credito e di un risarcimento del danno a carico del soggetto finanziato in caso di vizi patologici del contratto, requisiti che non ricorrono, neanche in minima parte, nel contratto di *leasing*.

Nel *leasing*, invero, il credito ha ad oggetto esclusivamente il pagamento di canoni e sorge solo in forza della stipulazione del contratto. Il risarcimento del danno, invece, consegue all'inadempimento di una delle parti, sia essa Concedente (Società di *Leasing*) o Utilizzatore.

Tuttavia, prescindendo da tali obiezioni e critiche, si evidenzia come dal contratto di *leasing*, quale contratto di finanziamento, si faccia discendere la qualifica del *leasing* come contratto d'impresa. Si afferma²⁴, infatti, che unici soggetti che possono stipulare detto contratto sono gli intermediari finanziari, con riguardo alle Società di *Leasing*, e che il bene oggetto di *leasing* deve essere necessariamente un bene strumentale all'attività svolta dall'Utilizzatore, ragion per cui anche quest'ultimo, si sostiene, non può non essere un imprenditore.

Il secondo orientamento²⁵, invece, prende le mosse dall'analisi della struttura dell'operazione contrattuale, la quale si costituisce di un contratto principale, il *leasing*, e di un

¹⁹ Nel *leasing* ricorrono due contratti tra loro separati e distinti, ma collegati sul versante applicativo, dal costituire un'operazione economica unitaria; unicità che trova espressione nel rapporto diretto tra Utilizzatore e Fornitore del bene.

²⁰ In merito si consideri anche una pronuncia del Tribunale di Milano, nella quale si afferma che “*il contratto di leasing è qualificabile come struttura negoziale complessa ma essenzialmente unitaria*”. Trib. Milano 11 Aprile 2000, n. 7100.

²¹GHIA L., *op. cit.*, pag. 5 ss. e pag. 15 ss.

²² Deve distinguersi tra finanziamento economico e finanziamento giuridico. Vedi PURCARO D., *op. cit.*, pag. 543ss. Vedi anche CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 70. Cfr. LABIANCA - M. PARENTE F., *Garanzia e autonomia privata nel leasing e nel factoring*, Editore Jovene Napoli, 1981.

²³ GHIA L., *op. cit.*, pag. 6. Cfr. CASELLI G., *op. cit.*, pag. 230.

²⁴ CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 70 ss. e pag. 110 ss.

²⁵ GHIA L., *op. cit.*, pag. 6. CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 70 ss. e pag. 110 ss. La Cassazione ha, in merito, affermato che “*sotto la formula contratto di leasing finanziario si cela un'operazione complessa, la quale (...) è il frutto di un collegamento funzionale volontario di due distinti negozi: la vendita e la locazione finanziaria in senso proprio*” Cass. Civ., 5 settembre 2005, n. 17770, in *Impresa*, 2006, 3, 480 ss. Cfr. Cass. civ.

contratto accessorio, la vendita o l'appalto, per affermare la presenza di un collegamento contrattuale.

Secondo i fautori di tale tesi ricorre una connessione funzionale, di scopo, tra i due contratti, i quali sono volti al perseguimento di un'unica operazione contrattuale, rappresentata dal finanziamento dell'Utilizzatore.

Indici della presenza di un tale collegamento negoziale tra la vendita o l'appalto, da una parte, e il *leasing*, dall'altra, si riscontrano sia nella volontà delle parti manifestata nei due contratti sia nel dato oggettivo che emerge dall'intera operazione economica.

Invero, (1) la vendita²⁶ viene stipulata al solo fine di reperire il bene da concedere in *leasing* a un determinato Utilizzatore; (2) al momento della stipulazione del *leasing* l'Utilizzatore, e non già il Concedente (Società di *Leasing*) - acquirente, assume su di sé tutti i rischi connaturati alla consegna, ai vizi, all'evizione, al perimento del bene e gode di un'azione diretta nei confronti del Fornitore, salvo quella di risoluzione del contratto di vendita che permane in capo al Concedente (Società di *Leasing*); (3) il Fornitore consegna il bene direttamente all'Utilizzatore; (4) il *leasing* non è suscettibile di esecuzione nel caso in cui la vendita non venga perfezionata.

Conseguenza diretta del collegamento contrattuale, come si vedrà meglio in seguito, è rappresentata dalla circostanza per cui le vicende dell'un contratto influiscono sull'altro, tale che i due contratti, come si suole dire, *simul stabunt simul cadent*. Pertanto, le vicende di invalidità e/o inefficacia del contratto di vendita si ripercuotono sul contratto di *leasing*, incidendo sulla validità e/o efficacia del medesimo.

Si anticipa, però, che il tipo di collegamento che si viene a creare nella fattispecie del *leasing* è un collegamento cosiddetto unilaterale, posto che se le vicende del contratto di vendita incidono sulla validità ed efficacia del contratto di *leasing*, in qualità di presupposto di efficacia e validità di quest'ultimo, le stesse considerazioni non possono sostenersi nel senso inverso. Tali affermazioni logicamente fanno salvo un eventuale patto contrario delle parti²⁷.

Il terzo orientamento,²⁸ infine, qualifica il *leasing* come contratto di scambio e individua la prestazione e controprestazione rispettivamente nella concessione del godimento, quale forma di finanziamento, e nel pagamento dei canoni pattuiti, quale restituzione del finanziamento concesso.

Alcuni autori ritengono, invece, che il *leasing* sia “uno strumento alternativo in funzione di garanzia”²⁹, ovvero una garanzia per l'accesso al credito nella media e piccola impresa.

412/1998 e 854/2000; Cass. 20 Luglio 2007 n. 16158; Cass. 27 luglio 2006 n. 17145 e Cass. 25 maggio 2004 n. 10032.

²⁶ Ogni riferimento alla vendita deve essere esteso anche all'appalto, salvo l'espressa applicazione di norme sulla vendita o la trattazione di aspetti peculiari della stessa, che verranno indicati di volta in volta.

²⁷ DE NOVA G., *Leasing, cit.*, pag. 473.

²⁸ DE NOVA G., *Leasing, cit.*, pag. 468 ss. Vedi anche Cass. 8222/2002, 10926/1998; Cass. Civ. 20592/2007.

²⁹ BERLINGUER A., *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Giappichelli Editore, Torino, 2007, pag. 65 ss.

Altre tesi minoritarie sono quelle che riconducono il *leasing* alla figura del contratto misto³⁰ oppure alla locazione³¹ o alla vendita con riserva della proprietà³² o, infine, alla vendita con patto di riservato dominio³³.

Le peculiarità di tale operazione contrattuale non consentono, però, un inquadramento così preciso e diretto dello stesso³⁴.

Infatti, sebbene il *leasing* abbia mutuato dalla locazione la terminologia di canoni periodici, di concedente e di concessione in godimento, e quantunque siano quasi identici gli obblighi dell'Utilizzatore e del conduttore e l'assunzione del rischio che l'Utilizzatore e il conduttore si accollano su di sé, tuttavia la presenza di un patto di opzione e di un rapporto diretto tra l'Utilizzatore e il terzo Fornitore, escludono il totale inquadramento della fattispecie in questione in quella della locazione.

Inoltre, la vendita con riserva di proprietà prevede un pagamento rateale del prezzo e solo con il pagamento dell'ultima rata l'acquirente acquista definitivamente e automaticamente la proprietà del bene compravenduto, senza bisogno di manifestazione di volontà ulteriore. Al contrario, nel *leasing* l'acquisto del bene è solo una mera eventualità, potendo l'Utilizzatore, in alternativa all'opzione di acquisto, decidere di restituire il bene ovvero di stipulare un nuovo contratto di *leasing*; è necessaria una nuova manifestazione di volontà, questa volta avente ad oggetto la volontà di esercitare l'opzione di acquisto del bene concesso in *leasing*; l'Utilizzatore, poi, deve versare un ulteriore prezzo, non essendo sufficiente l'ammontare dei canoni versati. Dubbia si mostra anche l'estensione al *leasing* dell'art. 1526 terzo comma c.c. in caso di inadempimento dell'Utilizzatore³⁵.

Dunque, appare impossibile considerare il contratto di *leasing* come una tipica vendita con riserva di proprietà.

La tesi del contratto misto³⁶, invece, non potrebbe ricorrere posta la presenza di due distinti contratti, vendita e/o appalto e *leasing*, che vengono stipulati tra soggetti diversi (parti della vendita sono Concedente - Società di *Leasing* - e Fornitore; parti del *leasing* sono Concedente - Società di *Leasing* - e Utilizzatore e si noti che il Fornitore non prende parte al

³⁰ De Nova e Vailati in CAVAZZUTI F., *op. cit.*, pag. 3.

³¹ Mirabelli, Tabet, Ferrarini e altri in CAVAZZUTI F., *op. cit.*, pag. 3. Vedi anche GIANFELICI E., *op. cit.*

³² Vedi Cass. Civ. 5552/2003, in cui si afferma che il *leasing* configura una forma di vendita con riserva di proprietà in quanto l'effetto traslativo prevale sulla funzione di godimento del bene.

³³ La seppur breve analisi di tali posizioni e la messa in evidenza delle differenze che intercorrono tra il *leasing* e la vendita con riserva di proprietà e la locazione, si mostrano necessarie ai fini della determinazione della disciplina applicabile. Si discute, infatti, se il *leasing* debba essere assoggettato alla disciplina dell'uno o dell'altro contratto tipico. Ebbene, si afferma che se la volontà dell'Utilizzatore, come emerge dal dettato contrattuale, è solo quella di ottenere il godimento del bene, la disciplina applicabile sarà certamente quella della locazione, nel caso in cui, invece, l'Utilizzatore abbia interesse all'esercizio dell'opzione di acquisto del bene, dovrà ritenersi operante senz'altro la disciplina della vendita con riserva di proprietà. Vedi Cass. civ. 28 novembre 1983 n. 6390.

³⁴ Tribunale di Milano 15 Maggio 1978, in *Contratto e Impresa*, II, 1499 e Corte d'Appello di Milano 16 Novembre 1979 n 1504.

³⁵ Come verrà meglio esplicitato in seguito. Vedi *infra*.

³⁶ In merito, si veda l'opinione di un autore, il quale discorre di elasticità del *leasing* e di impossibilità di ricorrere ad una classificazione dello stesso come semplice contratto misto. CASELLI G., *op. cit.*, pag. 232.

leasing). Resta salva, però, l'ipotesi in cui il contratto venga qualificato come contratto trilaterale con funzione di finanziamento³⁷.

4 *La struttura oggettiva e soggettiva del Leasing.*

Dopo quanto premesso, si mostra necessario esaminare nel dettaglio l'istituto in questione.

Innanzitutto, il contratto di *leasing* è un contratto atipico³⁸, di durata, a prestazioni corrispettive, a titolo oneroso e ad effetti prevalentemente obbligatori³⁹.

L'atipicità della fattispecie contrattuale comporta l'applicazione dell'art. 1322 c.c.⁴⁰ e quindi si rende necessario, pena l'invalidità, che il *leasing*, quantunque possa avere una qualsiasi causa e struttura, persegua interessi meritevoli di tutela. Interesse, in tal caso, prevalentemente rappresentato dalla necessità "di un soggetto di disporre di determinati beni in via immediata pur senza poter o volere distrarre dalla sua tesoreria i corrispondenti mezzi finanziari"⁴¹.

Ciò nonostante, riguardo alla causa negoziale, è concordemente individuata in dottrina⁴² e giurisprudenza, una causa di finanziamento; anzi qualche autore⁴³, proprio alla luce della struttura del *leasing*, enuclea la figura dei contratti di credito o di finanziamento. La presenza di una tale causa viene giustificata sulla base di precisi elementi: provvista di mezzi finanziari tra le parti; realizzazione di investimenti per un'azienda; arricchimento collegato ad un depauperamento, anche se temporaneo; obbligo di restituzione del finanziamento ricevuto in capo all'Utilizzatore⁴⁴.

Alcuni autori, invece, rinvencono una semplice causa di scambio. Si afferma, infatti, che il *leasing* altro non è che scambio di godimento di un bene contro il pagamento di canoni; la medesima causa propria del contratto di locazione.

³⁷ Solo in questo caso il *leasing* potrebbe essere qualificato come contratto di finanziamento.

³⁸ In tal senso, Cass. 17 marzo 1991 n. 5571, in *Giust. Civ.*, 1991, I, pag. 2973. Cass. 26 Novembre 1987 n. 8766, in *Mass. Foro It.*, 1987. Cfr. Cass. 6 maggio 1986 n. 3023, in *Foro It.*, 1986. Si veda anche l'opinione di chi ritiene che il *leasing* non debba essere tipizzato, costituendo, questo, una sorta di cristallizzazione dell'operazione economica che si scontra con l'elasticità del *leasing* e la molteplicità di varianti tra loro eterogenee. CASELLI G., *op. cit.*, pag. 232 ss. Si osserva, inoltre, come il largo utilizzo nella prassi fanno del *leasing* un tipo sociale. Qualche autore, invece, ritiene che il *leasing* sia un contratto tipico pur se non disciplinato in maniera organica, completa e unitaria. Clarizia in DE NOVA G., voce *Leasing*, *cit.*, pag. 465. Un autore afferma trattarsi di un semplice contratto di concessione atipica di godimento.

³⁹ Cass. 6390/1983; Cass. 3023/1986; Cass. 8766/1987 e Cass. 5623/1988.

⁴⁰ Si veda la sentenza della Corte di Cassazione, 16 ottobre 1995 n. 10805. Cfr. Cass. 22 Marzo 1994 n. 2743. Cfr. Trib. Vigevano 14/12/1972, Trib. Ancona 21/01/1981 e Trib. Milano 15/02/1982 in De Nova, *Leasing*, *cit.*, pag. 466.

⁴¹ MARTORANO F., *Il leasing d'azienda*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, I, 2010.

⁴² Baccigalupi, Colagrosso, Simonetto, Galasso in CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 28 ss.

⁴³ Leo in CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 29.

⁴⁴ Il bene concesso in *leasing* costituisce garanzia del finanziamento erogato: è attraverso la vendita dello stesso che la Società di *Leasing* recupera le risorse finanziarie erogate e non restituite dall'Utilizzatore. Tuttavia, la Società di *Leasing* si accolla il rischio dell'obsolescenza del bene e, dunque, il rischio di vedere lo stesso deprezzato. Vedi LABIANCA - M. PARENTE F., *op. cit.*, pag. 37 ss.

Con riguardo all'oggetto del contratto si può affermare che lo stesso si mostra a dir poco vario.

Il *leasing* può avere ad oggetto sia beni mobili, che beni immobili, che beni mobili registrati. Si può concedere in *leasing* un bene materiale oppure un bene immateriale, così come singoli beni, una pluralità di beni, un'universalità di beni.

Con riferimento alla forma, infine, è discusso in dottrina e giurisprudenza se sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

Secondo alcuni autori ricorre il principio della libertà della forma e dunque il contratto può essere stipulato nella forma che le parti ritengono più opportuna sulla base dei loro interessi.

Secondo altri autori, invece, la forma scritta è richiesta proprio sulla base degli artt. 115 e 117 TUB, al fine precipuo di garantire la trasparenza delle operazioni contrattuali.

Si può, comunque, affermare che la forma del contratto di *leasing* deve essere ricondotta, da una parte, alle disposizioni dettate in materia di vendita e, dall'altra, a quelle di cui all'art. 1350 c.c. Se il tipo di concessione, con riguardo al bene, rientra nelle previsioni di cui all'art. 1350 c.c. allora sarà necessaria la forma scritta, altrimenti potrà essere adoperata una qualsiasi altra forma.

Per ciò che concerne la durata si può asserire che la stessa varia a seconda della vita tecnico-economica del bene e in base al fabbisogno dell'Utilizzatore. In ogni caso il *leasing* si presenta per la maggiore come un contratto a termine.

Quanto al profilo soggettivo⁴⁵ si può ben asserire che soggetti dell'operazione economica in questione sono rappresentati dal Concedente o Società di *Leasing*, dall'Utilizzatore e dal Fornitore del bene.

Al riguardo, occorre distinguere tra il profilo interno e il profilo esterno. Ciò logicamente dipende da come viene qualificato il *leasing*, ovvero se rileva un collegamento contrattuale o un contratto trilaterale, in quanto solo nel primo caso la sopraindicata distinzione ha una qualche valenza.

Per l'appunto, dal punto di vista del profilo interno, soggetti del *leasing* sono esclusivamente rappresentati dal Concedente (Società di *Leasing*) e dall'Utilizzatore, mentre nel profilo esterno è considerato soggetto dell'operazione contrattuale di *leasing* anche il Fornitore.

Si deve, altresì, precisare che mentre i primi due soggetti sono comuni a tutte le fattispecie e varianti di *leasing*, il terzo soggetto riveste un ruolo essenziale solo nel caso di *leasing* finanziario o traslativo, mentre manca sia nel *leasing* operativo che nel *lease-back* in quanto, rispettivamente, l'Utilizzatore o il Concedente (Società di *Leasing*) sono anche fornitori del bene.

⁴⁵ Per maggiori dettagli si rinvia alla trattazione di cui al capitolo specifico sul *leasing* d'azienda.

5 *La formazione del contratto.*

Con riferimento alla formazione del contratto si deve preliminarmente osservare come le modalità siano altamente discrezionali, posta l'assenza di un quadro normativo certo⁴⁶.

Tuttavia, considerata la varietà tipologica del contratto di *leasing*, possono individuarsi cinque principali modalità di contrattazione:

1. La Società di *Leasing* contratta con il Fornitore l'acquisto del bene richiestogli dall'Utilizzatore e, precedentemente, contestualmente o successivamente⁴⁷, stipula il contratto di *leasing* con l'Utilizzatore. In tale ipotesi qualche autore⁴⁸ ritiene operante un'ipotesi di mandato e, pertanto, per la regolamentazione dei rapporti tra Utilizzatore e Società di *Leasing*, rinvia alle norme previste per tale fattispecie contrattuale (artt. 1703 ss. c.c.).
2. L'Utilizzatore, scelto il bene di cui necessita, definisce le condizioni di vendita direttamente con il Fornitore e successivamente procede alla pattuizione del *leasing* con il Concedente (Società di *Leasing*).
3. Allorquando l'Utilizzatore decide di ottenere un bene in *leasing*, la struttura del contratto, oltre che come collegamento contrattuale, potrebbe essere congeniata come convenzione quadro, ovvero come una sorta di contratto trilaterale a schema aperto. Convenzione quadro, nota anche come *leasing* convenzionato, che prevede l'impegno all'acquisto e alla concessione in godimento del bene per la Società di *Leasing*, l'impegno al riacquisto eventuale del bene e alla responsabilità solidale con l'Utilizzatore da parte del Fornitore. L'Utilizzatore aderisce alla convenzione a norma dell'art. 1341 c.c. Unico atto, due contratti, due rapporti negoziali. L'iniziativa per la stipulazione di una convenzione quadro può partire anche dallo stesso Fornitore, il quale intraprende delle trattative con una Società di *Leasing*, che si impegna nei confronti diretti del Fornitore ad acquistare il bene e a concederlo successivamente in godimento all'Utilizzatore o agli Utilizzatori indicati dal Fornitore medesimo⁴⁹.
4. L'Utilizzatore si rivolge ad una Società di *Leasing*, la quale ha già la proprietà del bene richiestogli, e il contratto di *leasing* viene stipulato secondo le modalità generali fissate dal codice civile.

⁴⁶ Qualche autore afferma che il contratto di *leasing* è strutturato sulla falsa riga dell'art. 1341 c.c., oltre la contrattazione di qualche singola clausola afferente, per la maggiore, alla scelta e alla caratteristiche del bene da concedere in godimento. GIANFELICI E., *op. cit.*, pag. 80 ss.

⁴⁷ Nell'ipotesi in cui il contratto di vendita sia stato concluso successivamente alla stipulazione del contratto di *leasing*, la vendita si considera quale adempimento di quello che qualche autore chiama *pactum de contrahendo cum tertio*. DE NOVA G., *Leasing, cit.*, pag. 275.

⁴⁸ BUONOCORE V., *op. cit.*, pag. 108.

⁴⁹ L'iniziativa per la stipulazione di un contratto di *leasing* può provenire sia dall'Utilizzatore che dal Fornitore ovvero dalla stessa Società di *Leasing* anche mediante un'offerta al pubblico.

5. L'Utilizzatore si rivolge ad una Società di *Leasing* e stipula con la stessa sia un contratto di vendita che un contratto di *leasing* (*lease back*), ipotesi che si verifica nel caso in cui il bene sia di proprietà dell'Utilizzatore.

Da tale esposizione emerge come ruolo preminente nell'operazione di *leasing* è svolto dall'Utilizzatore, il quale determina le condizioni contrattuali principali, e dal Fornitore, il cui inadempimento compromette l'efficacia del contratto di *leasing* medesimo. La Società di *Leasing* è un semplice intermediario⁵⁰.

Ciò premesso, si afferma che, nonostante la complessità dell'operazione negoziale, anche con riferimento al contratto di *leasing* è possibile distinguere tra una fase precontrattuale di mere trattative e una fase contrattuale vera e propria.

La fase precontrattuale del contratto di *leasing* concerne l'iniziativa delle trattative, che generalmente è riposta in capo all'Utilizzatore, e la determinazione delle condizioni sia di concessione sia di acquisto del bene da concedere in godimento da soggetti terzi.

In tale fase dovere di tutte le parti, pena un'eventuale responsabilità precontrattuale, è rappresentato dall'informazione, di tutti i partecipanti alle trattative, dell'esistenza di un collegamento contrattuale funzionale tra la vendita e/o l'appalto e il contratto di *leasing*, e dalla determinazione della rilevanza di detto collegamento con riferimento alle posizioni contrattuali di tutti i partecipanti.

Qualora sorga una responsabilità precontrattuale ai sensi del disposto di cui all'art. 1337 c.c., questa, oltre ad essere basata sul collegamento contrattuale e dar luogo al tipico risarcimento del danno, è volta principalmente a tutela dell'Utilizzatore⁵¹.

Una volta che viene determinata nel dettaglio la tipologia di operazione negoziale da attuare e conclusa, quindi, la fase delle trattative, la Società di *leasing* stipula prima la vendita con il Fornitore, acquistando così la proprietà del bene, poi, contestualmente o in momento successivo, provvede alla stipulazione del contratto di *leasing* con l'Utilizzatore, in questo modo concedendo il godimento del bene compravenduto⁵². Si precisa, però, che il periodo di godimento del bene, dunque l'efficacia del contratto di *leasing*, inizia a decorrere dal momento della sottoscrizione da parte del Fornitore e dell'Utilizzatore del verbale di avvenuta consegna del bene.

⁵⁰ Calandra Buonauro in CAVAZZUTI F., *op. cit.*, pag. 2.

⁵¹ La responsabilità precontrattuale sorge principalmente per inadempimento degli obblighi di informazione circa il collegamento contrattuale tra vendita e *leasing* e dei rispettivi obblighi e diritti in capo a ciascuna parte (si pensi all'errata comunicazione delle condizioni di vendita pattuite dall'Utilizzatore e poi riferite alla Società di *Leasing*). Ricorre poi sempre la violazione del dovere di buona fede. La struttura e natura del contratto di *leasing* impongono, inoltre, ai fini del sorgere di una responsabilità precontrattuale, una concezione non vincolante delle trattative, la necessità di una partecipazione attiva alle stesse e la presenza di effettivo danno. In merito di veda Cass. Civ., 26 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro It.*, 1992, I, 1766; Cass. Civ., 17 gennaio 1981, n. 430, in *Rep. Foro It.*, 1981, voce *Contratto in genere*, 112; Cass. Civ., 10 gennaio 1988, n. 340, *ivi*, 1988, 267; Cass. Civ., 11 settembre 1989, n. 3922, *ivi*, 1989, 255. Si rammenta anche il dovere di diligenza che le parti devono utilizzare nell'adempimento di tutte le obbligazioni contrattuali discendenti dal *leasing*. Dovere di informazione circa l'avvenuta consegna e circa le condizioni del bene. Vedi Cass. 5 luglio 2004 n. 12269.

⁵² È prassi frequente la stipulazione prima del contratto di *leasing* e solo successivamente del contratto di compravendita dell'azienda.

6 *Il contenuto minimo del contratto.*

In mancanza di una disciplina normativa del contratto, il contenuto minimo viene determinato mediante un'analisi dei modelli contrattuali usati nella prassi, oltre il dovuto riferimento alla raccolta di usi della Camera di Commercio Industria e Agricoltura di Milano.

Preliminarmente, si suole affermare che il contratto si articola generalmente in tre parti:

1. “Premesse”, in cui sono indicate le informazioni iniziali e generali costituenti il fondamento e il presupposto del rapporto, dalle quali emerge l'essenza stessa del rapporto. Si menzionano il ruolo delle parti, il rapporto tra loro, la relazione che intercorre tra le stesse e il bene oggetto del contratto.
2. “Condizioni generali”, nelle quali si determinano gli elementi peculiari del *leasing*, di solito comuni a tutti i modelli contrattuali di *leasing* e coincidenti con il cosiddetto contenuto minimo del contratto di *leasing*.
3. “Condizioni particolari”, le quali definiscono con maggior precisione il bene oggetto del contratto, la durata, la decorrenza, le modalità di pagamento e le ipotesi di variazioni dello stesso.

Contenuto minimo del contratto di *leasing* è rappresentato da:

- Concessione in godimento di un bene individuato da parte dell'Utilizzatore quanto a caratteristiche oggettive e soggettive, ritenute dallo stesso idonee e necessarie per l'uso cui deve essere assoggettato;
- Condizioni generali d'acquisto, ovvero tutte quelle condizioni attinenti all'acquisto del bene o all'appalto per la costruzione del medesimo da parte del Concedente (Società di *Leasing*). Esse possono essere determinate direttamente dall'Utilizzatore, per cui il Concedente (Società di *Leasing*) è un mero esecutore dell'atto di vendita e/o appalto, oppure possono essere determinate dal Concedente (Società di *Leasing*) sempre sulle indicazioni ricevute dall'Utilizzatore (visto il collegamento funzionale tra vendita e *leasing*);
- Piano di ammortamento dei canoni con indicazione, alternativamente, di un maxicanone o di un prezzo residuo;
- Accollo da parte dell'Utilizzatore di tutti i rischi inerenti al pacifico godimento del bene, quindi esonero della Società di *Leasing* da ogni responsabilità, e la previsione di un'azione diretta dell'Utilizzatore verso il Fornitore per eventuali vizi del bene consegnato;
- Previsione in capo all'Utilizzatore della facoltà di scelta, al termine del rapporto di *leasing*, di tre alternative: restituzione del bene, rinnovazione del contratto di *leasing*, magari a canone ridotto, o esercizio dell'opzione di acquisto del bene.

Oltre al contenuto minimo si rinvengono anche tutta una serie di statuizioni che, seppur diffuse nella prassi, necessitano di un'espressa pattuizione in tal senso da parte dei

contraenti⁵³. Possono annoverarsi tra di esse: la consegna del bene direttamente dal Fornitore all'Utilizzatore; il divieto di qualsiasi cessione o sublocazione del bene concesso in *leasing*; la necessaria strumentalità del bene concesso in *leasing* rispetto all'attività svolta dall'Utilizzatore; la cessione del contratto di *leasing* a terzi; l'applicazione dell'art. 1526 c.c. in caso di risoluzione per inadempimento da parte dell'Utilizzatore, anche fuori dei casi ammessi dalla giurisprudenza; la responsabilità dell'Utilizzatore per i danni cagionati nell'uso del bene concesso in *leasing*; la clausola penale.

7 *Patti principali e accessori al contratto di leasing.*

Una seppur breve riflessione necessita di esser dedicata al diritto di opzione e agli altri patti accessori al contratto di *leasing*.

Mentre per la trattazione del patto di opzione finale d'acquisto e del patto di riacquisto si rinvia a quanto si dirà nello specifico nel capitolo sul *leasing* d'azienda⁵⁴, ora si procederà all'analisi degli altri due patti accessori, generalmente previsti all'interno di un'operazione negoziale di *leasing*.

Un particolare strumento di garanzia per le Società di *Leasing* è rappresentato dal rilascio di fideiussioni da parte di terzi, persone fisiche o giuridiche, contro il rischio di insolvenza dell'Utilizzatore, il cui ammontare è pari solitamente alla somma dei canoni maggiorata degli interessi di mora.

Le fideiussioni sono di norma contemplate attraverso l'inserimento nel contratto di una clausola "*solve et repetere*", che preclude al fideiussore garante di opporre qualsiasi contestazione o difesa nel giudizio promosso dal beneficiario per ottenere il pagamento⁵⁵.

Si tratta di fideiussioni a prima richiesta e l'oggetto è generalmente costituito dai canoni dovuti dall'Utilizzatore. A tal riguardo risulta discusso se l'oggetto debba essere espressamente determinato nel contratto di fideiussione o se possa essere semplicemente determinabile *per relationem*.

⁵³ Con riferimento a dette clausole si discute se alcune di esse possano essere reputate come vessatorie. Analisi, questa, che deve essere svolta in maniera differente a seconda che l'Utilizzatore sia un'impresa o un semplice consumatore, posto che la disciplina si mostra essere diversa. Risultano differenti, infatti, non solo la base normativa (art. 1341 c.c. o Codice del Consumo), ma anche le varie ipotesi che possono essere ricondotte ad esse. Per maggiori dettagli si veda BUONOCORE V., *op. cit.*, pag. 169 ss e 172 ss. e ID., *Cassazione e leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, in *Contratti e impresa*, 1994, pag. 176 ss. Vedi Cass. 3 maggio 2002 n. 6369 e Cass. 11 febbraio 1957 n. 1266.

⁵⁴ Per maggiori dettagli si rinvia alla specifica trattazione nel capitolo sul *leasing* d'azienda. Vedi *infra*.

⁵⁵ Cass. 29 marzo 1996 n. 2909, *Foro It.*, 1996, 1622. Tuttavia, la giurisprudenza ha dato una lettura restrittiva dell'ambito e della portata di tali clausole, sostenendo che il fideiussore potrebbe, comunque, in caso di risoluzione del contratto per inadempimento dell'Utilizzatore, chiedere l'applicazione sia dell'art. 1526 c.c., e acquisire, pertanto, i canoni versati a titolo di indennità, sia dell'art. 1384 c. c., relativo all'obbligo dell'Utilizzatore di pagare i canoni successivi a titolo di risarcimento del danno. Più in generale, la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che, nell'ambito del contratto di *leasing*, il fideiussore ha la possibilità di opporre al creditore tutte le eccezioni spettanti al debitore principale, con l'unico limite dell'inopponibilità di quelle derivanti da incapacità dei soggetti. Vedi Cass. Civ., 29 marzo 1996, n. 2909, in *Foro It.*, 1996, 1622.

Un altro patto accessorio al contratto di *leasing* è rappresentato dal contratto di assicurazione⁵⁶, con il quale la Società di *Leasing* si tutela contro i rischi di perimento del bene, indisponibilità ovvero deterioramento dello stesso, oltre che da un'eventuale responsabilità civile per i danni cagionati dalla cosa, nei limiti di una somma pari al valore del bene al momento dell'evento. La *ratio* di tale patto risiede nel fatto che il bene rappresenta per la Società di *Leasing* una garanzia sia del finanziamento operato a favore dell'Utilizzatore sia, quale sua conseguenza, del pagamento dei canoni.

Si noti che la polizza è spesso stipulata dall'Utilizzatore a favore del Concedente (Società di *Leasing*) con compagnie assicurative suggerite dal Concedente (Società di *Leasing*) medesimo e che di solito il Concedente (Società di *Leasing*) richiede all'Utilizzatore la rinuncia preventiva al recesso dal contratto di assicurazione prima della scadenza naturale del contratto di *leasing*. In tali casi è prevista la sottoscrizione di detta clausola ai sensi dell'art. 1341 secondo comma c.c. e solitamente l'Utilizzatore rimane vincolato all'assicurazione anche dopo il termine del contratto di *leasing*⁵⁷. Più raramente è la stessa Società di *Leasing* a stipulare direttamente la polizza; il relativo costo è allora ricompreso nel canone pagato dall'Utilizzatore⁵⁸.

8 *Le vicende funzionali e patologiche del contratto di Leasing: introduzione.*

Altro profilo che necessita di essere analizzato concerne gli aspetti funzionali e patologici del contratto di *leasing*, soprattutto con riferimento alle ipotesi di scioglimento e di invalidità del contratto e alla luce del collegamento negoziale.

Quanto alle vicende funzionali del contratto di *leasing*, rilevano le ipotesi di cessione del contratto e di vendita del bene da parte della Società di *Leasing*.

La cessione del contratto di *leasing* richiede, sempre e necessariamente, il consenso dell'Utilizzatore ovvero del Concedente (Società di *Leasing*) ceduto, a seconda del soggetto che conclude la cessione del contratto medesimo, come discende dalla disciplina generale di cui agli artt. 1406 ss. c.c.

Alcun problema di sorta è previsto, invece, per la cessione del diritto di opzione di acquisto del bene concesso in godimento da parte dell'Utilizzatore⁵⁹.

La vendita del bene e la cessione dei crediti derivanti dal contratto di *leasing*, al contrario, non possono avvenire se non congiuntamente al contratto di *leasing*, al fine di consentire all'Utilizzatore l'esercizio dell'opzione di acquisto.

Con riguardo all'aspetto patologico del contratto di *leasing*, si rileva che lo scioglimento del contratto, come noto, può avvenire in tre precise modalità: consensuale o per mutuo

⁵⁶ Sul punto, v. ALBANESE M. – ZEROLI A., *op. cit.*, pag. 42-43. Il patto di assicurazione risulta molto frequente nel caso di *leasing* automobilistico.

⁵⁷ Cass. 23 febbraio 1994 n. 1783, G C, 1994, I, 2552.

⁵⁸ Questa soluzione è particolarmente frequente nel *leasing* di auto. Vedi BISINELLA-NESSI-TRABALLI, *op. cit.*, pag. 18 e 19.

⁵⁹ In senso contrario Cass. 27 novembre 2006 n. 25125.

consenso/dissenso⁶⁰; risoluzione per inadempimento (si menziona sia la risoluzione giudiziale sia la risoluzione di diritto nelle forme di della diffida ad adempiere, del termine essenziale e della clausola risolutiva espressa), per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione⁶¹.

Tralasciando tutte le altre ipotesi di scioglimento del contratto, non risultando una congrua prassi in merito, si necessita soffermare maggiormente l'attenzione sull'ipotesi di scioglimento del contratto per inadempimento. E nell'esaminare tale tipologia, occorre distinguere le ipotesi di inadempimento sotto il profilo soggettivo e quindi discernere a seconda che l'inadempimento sia riferibile all'Utilizzatore o al Concedente (Società di *Leasing*) oppure al Fornitore.

Nessuna nota di dettaglio necessita, invece, la casistica di nullità del contratto di *leasing* e di vendita, posta l'applicazione indubbia della disciplina generale, salvo che con riguardo agli effetti della nullità di un contratto sull'altro, come conseguenza dell'esistenza di un collegamento negoziale.

9 Segue L'inadempimento dell'Utilizzatore.

L'inadempimento dell'Utilizzatore si sostanzia principalmente nel mancato pagamento dei canoni di *leasing*⁶² e nella mancata restituzione del bene al termine del contratto.

Carattere preminente di questa tematica è rappresentato dalla problematica circa la disciplina applicabile⁶³.

Dottrina e giurisprudenza⁶⁴, infatti, si trovano divise nell'applicazione al contratto di *leasing* dell'art. 1458 c.c., come previsto dalla disciplina generale dei contratti, o dell'art. 1526 c.c., dettato con specifico riferimento alla vendita con riserva di proprietà. Problematica che discende dalla concezione della natura giuridica dello stesso contratto come locazione o vendita⁶⁵.

⁶⁰ Cass. S.U. 3 dicembre 1990 n. 11549 e Cass. 27 novembre 2006 n. 25126.

⁶¹ Unica pronuncia è quella della Corte D'Appello di Catania, 18 Settembre 1985, in *Foro Pad.*, 1986, I, 68.

⁶² È prassi consolidata la risoluzione del contratto per il mancato pagamento da parte dell'Utilizzatore di un solo canone e quella di inserire nel contratto una clausola risolutiva espressa dello stesso tenore. In merito a tale ultima clausola risulta discusso se trovi applicazione o meno il disposto di cui all'art. 1525 c.c. La tesi maggioritaria è favorevole. Altrettanto in uso si mostrano le clausole penali che prevedano la corresponsione di una somma indennitaria predefinita dalle parti o il diritto di ritenzione dei canoni percetti da parte della Società di *Leasing*.

⁶³ Si afferma che essa dipende dal tipo di configurazione del *leasing*. Se si concepisce quale contratto atipico, si applicherà la disciplina generale di cui agli artt. 1454 ss c.c. Se si considera quale vendita, si farà riferimento al disposto del 1526 c.c. Se si considera come locazione, troveranno applicazione gli artt. 1571 ss c.c. Resta salva, in ogni caso, la disciplina convenzionalmente determinata.

⁶⁴ Per una panoramica circa le varie posizioni di dottrina e giurisprudenza si veda CHINDEMI D., *L'art. 1526 c.c. non è applicabile al contratto di leasing*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, pag. 734 ss.

⁶⁵ La questione circa l'applicazione dell'una piuttosto che dell'altra disciplina nasce sia da un problema di qualificazione del contratto di *leasing* (locazione o vendita) sia dalla necessità di riequilibrare i patrimoni dei due soggetti dell'operazione economica (Società di *Leasing* e Utilizzatore), quindi dall'esigenza di evitare un ingiustificato arricchimento a carico di una delle due parti, sia dalla considerazione per cui il *leasing* ha una causa

La differenza tra le due discipline è di non scarso rilievo.

Se si ritiene applicabile il disposto di cui all'art. 1458 c.c., la risoluzione, nei casi di contratti a prestazioni corrispettive di durata, fa salve le prestazioni già eseguite e quindi gli effetti si producono irretroattivamente tra le parti (*ex nunc*) e la risoluzione opera per le sole prestazioni successive.

Applicato ciò allo scioglimento del contratto di *leasing*, si afferma che in conseguenza della risoluzione del contratto, mentre l'Utilizzatore deve provvedere alla restituzione del bene concessogli in *leasing* e non dovrà più corrispondere i canoni, la Società di *Leasing*, invece, lucra i canoni versati sino a quel momento.

Se, invece, si ritiene applicabile il disposto di cui all'art. 1526 c.c.⁶⁶, alla risoluzione del contratto, in quanto avente efficacia retroattiva (*ex tunc*), corrisponde la restituzione non solo del bene concesso in godimento, ma anche dei canoni sino a quel momento pagati. Tuttavia, si precisa che l'inadempimento dell'Utilizzatore comporta il diritto della Società di *Leasing* ad un equo compenso per l'uso della cosa e al risarcimento del danno cagionato, sempre che le parti non convengano la ritenzione da parte della Società del *leasing* di tutte le rate riscosse dall'Utilizzatore a titolo di compenso per il godimento concesso. Anche in tale ultimo caso la pattuizione eventualmente squilibrata, e pertanto svantaggiosa per l'Utilizzatore, potrà essere ricondotta ad equità su intervento del giudice, qualora si ritenga applicabile la disciplina in materia di clausole penali (art. 1382 c.c.).

Orbene, sono palesi le differenze soprattutto con riferimento alla posizione dell'Utilizzatore, il quale risulta nettamente svantaggiato in caso di applicazione del disposto di cui all'art. 1458 c.c.

Tuttavia, detta discordanza tra dottrina e giurisprudenza è stata sanata con la pronuncia della Corte di Cassazione, meglio conosciuta con il termine di "sestetto binario", risalente agli anni 90⁶⁷.

di finanziamento e pertanto dall'esigenza di tutela della Società di *Leasing* dal rischio di non vedersi restituire quanto prestato a favore dell'Utilizzatore. A tal proposito un autore ha messo in evidenza che, quantunque si ritenga sussistente in capo alla Società di *Leasing* un diritto di ritenzione di tutti i canoni percepiti sino alla risoluzione del contratto, nel caso in cui tale diritto comporti un ingiustificato arricchimento della stessa società, è configurabile un intervento del giudice volto alla riduzione della somma spettante alla Società di *Leasing* sulla falsariga di quanto previsto per la penale all'art. 1384 c.c. BUSSANI M. - CENDOM P., *op. cit.*, pag. 50 ss. e 59.

⁶⁶ L'applicazione degli artt. 1523 e 1526 c.c. pone anche un problema di decadenza dal beneficio del termine con riguardo al pagamento dei canoni periodici. Due sono gli orientamenti. Secondo alcuni autori la decadenza dal beneficio del termine è conseguenza diretta dell'essere il contratto di *leasing* un contratto di finanziamento. Secondo altri, invece, non si ha una decadenza dal beneficio del termine, ma una semplice trasformazione della vendita da vendita con riserva di proprietà a vendita semplice. Vedi GHIA L., *op. cit.* In merito, si precisa altresì che la decadenza dal beneficio del termine attiene esclusivamente ai canoni scaduti non ancora corrisposti al momento della risoluzione del contratto e non anche agli ulteriori canoni che l'Utilizzatore deve corrispondere, magari a titolo di penale o indennità. Con riferimento alle rate scadute, però, il beneficio del termine, come espresso dal disposto in esame, opera non per una sola rata non pagata, ma qualora le rate non pagate siano più di una o comunque superiori a un'ottava parte dell'intero prezzo. Tuttavia, il tutto è ricompreso nella penale eventualmente pattuita. DE NOVA G., *Leasing, cit.*, pag. 480.

⁶⁷ Cass. 6390/983; Cass. 3023/1986; Cass. 8766/1987; Cass. 5623/1988; Cass. 13 dicembre 1989 n. 5569 e 5574. Tale posizione è stata di recente confermata dalla Cassazione 9417/2001. Si tenga presente anche la posizione della Cassazione S.U. 658/1993 e Cass. 8919/1993. Si vedano anche Cass. 2083/1992, Cass. S.U.

La Suprema Corte, infatti, per risolvere detto *empasse* suole discernere due precise ipotesi di *leasing*: il *leasing* di godimento e il *leasing* traslativo⁶⁸. Tale distinzione si fonda sul rapporto tra il valore iniziale e il valore finale del bene. Invero, se al termine del contratto il bene concesso in godimento conserva esclusivamente un valore residuale, tale che il bene ha una durata di vita pari alla durata del contratto si avrà un *Leasing* puro o di godimento (in tal caso l'Utilizzatore sarà raramente interessato all'acquisto del bene a seguito di opzione), nel caso in cui, invece, il bene conserva ancora un suo valore, che va oltre la durata del contratto, tale che, anche alla cessazione del rapporto di *leasing*, il bene può essere variamente e pluralmente utilizzabile, ricorre la fattispecie del *Leasing* traslativo (in tale ipotesi l'Utilizzatore, essendo il bene ancora suscettibile di una qualche utilità, sarà più propenso all'esercizio dell'opzione di acquisto)⁶⁹.

Ebbene, la Suprema Corte ha affermato che se si tratta di un *leasing* traslativo si applicherà l'art. 1526 c.c.⁷⁰; se, invece, si tratta di un *leasing* di godimento troverà applicazione l'art. 1458 c.c.⁷¹, con le relative conseguenze che ne discendono in capo alle parti.

10 Segue L'inadempimento del Concedente (Società di Leasing).

L'inadempimento della Società di *Leasing* si configura nella mancata attuazione dell'obbligo di consegna, nella presenza di vizi⁷² o di evizione del bene.

65/1993, Cass. 4855/2000, Cass. 24 Giugno 2002 n. 9161 in *Rass. Foro It.*, 2002; Cass. 23 Febbraio 2000 n. 2069 in *Vita Not.*, 2000, pag. 870; Cass. 7 Febbraio 2001 n. 1715 in *Foro Pad.*, 2001; Cass. 4 Agosto 2000 n. 10265. Cfr. Cass. 3 settembre 2003 n. 12823. In senso contrario si esprime qualche autore il quale evidenzia la netta distinzione e la differenze che intercorrono tra *leasing* e vendita con patto di riscatto. Vedi pure VISENTINI G., *op. cit.*, pag. 289 ss.

⁶⁸ La dicotomia tra disciplina generale e disciplina della vendita con riserva della proprietà si presenta anche con riguardo ai casi di risoluzione per impossibilità sopravvenuta. Si discute, infatti, se si applichi gli artt. 1463 e 1465 c.c. oppure direttamente l'art. 1523 c.c. La soluzione è la medesima, sopra illustrata, differenza tra *leasing* traslativo e *leasing* di godimento. La distinzione riveste importanza anche con riguardo alla disciplina fallimentare del *leasing*.

⁶⁹ Cass. 25 gennaio 2011 n. 1748; Cass. 14 novembre 2006 n. 24214 e Cass. 28 novembre 2003 n. 18229.

⁷⁰ Cass. 27 settembre 2011 n. 19732. Cfr. Cass. 8 gennaio 2010 n. 73; Cass. 23 maggio 2008 n. 13418; Cass. 2 marzo 2007 n. 4969.

⁷¹ La soluzione adottata dalla Suprema Corte non è stata esente da critiche. Si afferma, più nel particolare, l'impossibilità pratica di un tale distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, posta la genericità e non obbiettività dei criteri a presidio della stessa. Da ciò si fa conseguire che l'applicazione dell'uno o dell'altra norma non può che venire determinata caso per caso. Inoltre, si precisa, il rischio dell'ingiustificato arricchimento a danno della società Concedente (Società di *Leasing*) potrebbe esser evitato attraverso l'applicazione del disposto di cui all'art. 1526 c.c., temperato con le particolarità del singolo contratto di *leasing*. Si veda in merito CHINDEMI D., *op. cit.*, pag. 732 ss. LUPI, *Disciplina applicabile al leasing finanziario*, in *Società*, 1993, pag. 773 ss. PANDOLFI, *op. cit.*, pag. 692 ss. DENOZZA F., *op. cit.*, pag. 845 ss.

⁷² Nell'ipotesi in cui l'inadempimento si concretizzi nella presenza di vizi del bene consegnato all'Utilizzatore, la disciplina dettata in materia di garanzia dei vizi nel contratto di vendita trova applicazione anche al *leasing*, ma solo in certi casi. Infatti, mentre l'art. 1492 c.c. trova applicazione solo nel caso di mandato conferito dal Concedente (Società di *Leasing*) all'Utilizzatore (si ricordi che alcuna azione di risoluzione o riduzione del prezzo può essere esperita direttamente dall'Utilizzatore nei confronti del Fornitore, azione che

Anche in tale frangente devono distinguersi due ipotesi.

Qualora il bene sia nella disponibilità della Società di *Leasing*, il verificarsi di una di tali ipotesi comporta un inadempimento contrattuale, dal quale discende, secondo la disciplina generale dei contratti, la risoluzione del contratto di *leasing* con i relativi obblighi restitutori e il risarcimento del danno.

Al contrario, nel caso in cui il bene non sia nella diretta disponibilità della Società di *Leasing*, l'Utilizzatore assume su di sé tutti i rischi inerenti al bene e gode di azione diretta, e si badi bene non surrogatoria, nei confronti del venditore-Fornitore con riferimento a qualsiasi vicenda che colpisca il bene. È, pertanto, diritto dell'Utilizzatore agire direttamente nei confronti del Fornitore⁷³ per la consegna del bene, per ottenere la riparazione o sostituzione ovvero l'eliminazione dei vizi del bene, nonché per la declaratoria dell'inesistenza di altri diritti di terzi sullo stesso oltre che per il risarcimento del danno⁷⁴.

Tuttavia, nessuna azione che incida sulla validità o efficacia del contratto di vendita può essere esperita da parte dell'Utilizzatore avverso il Fornitore, salvo l'eventuale clausola di delega espressamente prevista dalle parti, e l'Utilizzatore non può neppure sospendere il pagamento dei canoni nei confronti della Società di *leasing*⁷⁵.

L'Utilizzatore, però, potrebbe richiedere la risoluzione del contratto di vendita, a mio parere, nell'ipotesi in cui la stessa venga stipulata quale contratto a favore del terzo ai sensi dell'art. 1411 c.c.

In ogni caso, può essere concessa all'Utilizzatore l'azione di ingiustificato arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c.⁷⁶

L'azione di risoluzione della vendita spetta, infatti, esclusivamente alla Società di *Leasing*.

spetta esclusivamente al Concedente -Società di *Leasing*-), l'art. 1495 c.c., invece, risulta applicabile qualora alla vendita acceda un'espressa garanzia di buon funzionamento.

⁷³ La giurisprudenza della Corte di Cassazione afferma che "In caso di *leasing* finanziario, atteso che con la conclusione del contratto di fornitura viene a realizzarsi nei confronti del terzo contraente quella stessa scissione di posizioni che si ha per i contratti conclusi dal mandatario senza rappresentanza, l'Utilizzatore è legittimato a far valere la pretesa all'adempimento del contratto di fornitura, oltre al risarcimento del danno conseguentemente sofferto, nonché a sentire accertare quale sia l'esatto corrispettivo spettante allo stesso Fornitore". Cass. 16 Novembre 2007 n. 23794. Cfr. Cass. 16 novembre 2007 n. 23794; Cass. 27 luglio 2006 n. 17145; Cass. 1 Ottobre 2004 n. 19657; Cass. 26 aprile 204 n. 7516; Cass. 1 ottobre 2004 n. 19657; Cass. 13 Dicembre 2000 n. 15762; Cass. 26 Gennaio 2000 n. 854 in *Foro It.* 2000, I, c. 2269 e Cass. 2 Novembre 1998 n. 10926.

⁷⁴ L'Utilizzatore può procedere in via diretta a richiedere al Fornitore il risarcimento del danno subito a seguito della consegna di un bene viziato e pertanto non utilizzabile solo dopo lo scioglimento del contratto di vendita. L'Utilizzatore, invece, può procedere a richiedere il risarcimento del danno da disagio creato dal ritardo nel ricevimento dell'esatta prestazione, successivamente all'avvenuto adempimento dell'obbligo di consegna, ma solo in forza di un'azione promossa dalla Società di *Leasing*. Vedi Cass. 12 gennaio 2011 n. 534.

⁷⁵ Si tratta di un profilo molto discusso. Da una parte, c'è chi sostiene l'inammissibilità dell'azione di risarcimento del danno, di risoluzione del contratto e di riduzione del prezzo della vendita per vizi del bene o per mancata consegna dello stesso in quanto, si afferma, l'Utilizzatore è un terzo rispetto al contratto di vendita del bene concesso in *leasing*. Dall'altra parte, c'è chi affermando la natura trilaterale del contratto di *leasing* o comunque la sua natura complessa, ritiene che tali azioni possano essere validamente esercitate anche dall'Utilizzatore. Vedi CALVO R., *Contratti e mercato*, in *Principi regole e sistemi*, Biblioteca di diritto privato a cura di Calvo R., Ciatti A. e De Cristoforo G., Giappichelli Editore, 2006, pag. 346 ss. Vedi Cass. 27 luglio 2006 n. 17145; Cass. 1 ottobre 2004 n. 19657 e Cass. 2 novembre 1998 n. 10926.

⁷⁶ Vedi CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit.

A tal proposito si evidenzia che, nell'eventualità in cui la Società di *Leasing*, pur ricorrendone i presupposti, non richieda la risoluzione della vendita o appalto (logicamente in mancanza di una delega all'Utilizzatore per l'esperimento dell'azione di risoluzione del contratto di vendita), si profila una responsabilità della stessa, la quale viene variamente ricondotta o a una violazione contrattuale, si pensi all'ipotesi di un'espressa previsione in tal senso nel contratto di *leasing*, o alla violazione di cui agli artt. 1175 e 1176 c.c. e, quindi alla violazione dei canoni di correttezza e diligenza nell'adempimento del contratto, oppure, infine, alla violazione del disposto di cui all'art. 1375 c.c., e dunque al dovere di buona fede nell'esecuzione di un contratto. Responsabilità che indubbiamente espone la Società di *Leasing* al risarcimento del danno cagionato all'Utilizzatore e ravvisabile nel *quantum* dei canoni corrisposti e nella perdita di eventuali *chance*.

Nessuna responsabilità per mancata consegna può essere imputata alla Società del *Leasing* in quanto a lei non personalmente imputabile, salvo il caso in cui il Fornitore si consideri un suo ausiliario; in tale ipotesi trova applicazione il disposto di cui all'art. 1228 c.c.⁷⁷

11 Segue Sugli effetti dell'invalidità e/o scioglimento del contratto alla luce del collegamento negoziale.

In generale, alcun problema di sorta si pone nell'affermare che l'invalidità o l'inefficacia del contratto di vendita esplica effetti diretti sul contratto di *leasing*, il quale generalmente diviene a sua volta inefficace per impossibilità della prestazione della Società di *Leasing*⁷⁸ (posto che la vendita e/o l'appalto⁷⁹ sono presupposto per l'efficacia totale del contratto di *leasing*, il quale in mancanza non è suscettibile di attuazione alcuna).

Nel dettaglio, focalizzando l'attenzione sull'ipotesi di mancata consegna del bene (art. 1476 e 1575 c.c.)⁸⁰, si afferma che il contratto di vendita si risolve comportando il consequenziale scioglimento del contratto di *leasing*, con ripetizione dei canoni eventualmente già versati da parte dell'Utilizzatore ai sensi e con le modalità di cui all'art. 2033 c.c. Infatti, se la Società di *Leasing* assume l'obbligo di acquisto del bene, ma a causa della sopravvenuta impossibilità della prestazione non corrisponde alcun prezzo al Fornitore o il prezzo eventualmente corrisposto viene restituito a seguito della risoluzione del contratto di vendita, alcun finanziamento a favore dell'Utilizzatore viene erogato e pertanto nessun canone è dovuto dall'Utilizzatore o se già versato deve essere prontamente restituito.

⁷⁷ Ferrarini e De nova in CASELLI G., *Leasing*, in *Contratto e Impresa*, 1985, pag. 221.

⁷⁸ Sulla nullità del contratto di *leasing* a seguito di nullità contratto di vendita cfr. PURCARO D., *La locazione finanziaria- Leasing*, Padova, 1998, 183 e CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., 291. I due citati autori, pur partendo da tesi differenti (il *leasing* come contratto plurilaterale per il primo, il *leasing* come fenomeno di collegamento negoziale per il secondo), giungono sul punto alle medesime conclusioni.

⁷⁹ Ogni riferimento effettuato alla vendita deve essere esteso anche all'appalto, salvo l'espressa applicazione di norme sulla vendita o la trattazione di aspetti peculiari della stessa, che verrà indicata di volta in volta.

⁸⁰ Si tratta delle ipotesi di mancata consegna derivante da sopravvenuta impossibilità o dal fatto che la vendita non è stata ancora perfezionata.

Tuttavia, nell'ipotesi di vicende che colpiscono il solo contratto di vendita, queste non necessariamente influenzano la sorte del contratto di *leasing*, ben potendo le parti e in particolare la Società di *Leasing*, addivenire alla stipulazione di un altro e successivo contratto di vendita o appalto con altro soggetto purché vengano rispettati i requisiti richiesti dall'Utilizzatore per il bene. Si prospetta, altresì, una causa di nullità parziale del contratto di *leasing* nella parte in cui è previsto il riferimento a quel determinato contratto di vendita invalido⁸¹.

Problemi si pongono sugli effetti dell'invalidità o inefficacia del *leasing* sul contratto di vendita e/o appalto e, dunque, sull'intero collegamento negoziale⁸².

Secondo alcuni autori⁸³, tra i due contratti ricorre un collegamento cosiddetto univoco o unilaterale, di tal guisa che alcuna influenza subisce la vendita e/o l'appalto dalle vicende che colpiscono il contratto di *leasing*. Tesi basata soprattutto sull'interesse del venditore, il quale non assume alcuna importanza nel contratto di *leasing*.

A mio parere, poiché il contratto di vendita e/o appalto è stato stipulato con la precisa finalità di attuazione del contratto di *leasing*, il venir meno di detta possibilità potrebbe essere considerato quale condizione risolutiva tacita, tale che la sopravvenuta mancanza del contratto di *leasing* comporterebbe una risoluzione della vendita e/o appalto.

Sarebbe possibile anche far ricorso all'istituto della presupposizione e considerare il contratto di vendita e/o di appalto caducato.

Infine, può profilarsi una risoluzione del contratto di vendita per impossibilità sopravvenuta della prestazione, posto che con lo scioglimento del contratto di *leasing* viene a mancare il soggetto Utilizzatore, al quale deve essere consegnato il bene compravenduto. Più precisamente si tratta dell'impossibilità di adempimento dell'obbligo di consegna.

Tali problemi logicamente non si pongono neanche in minima parte allorché le parti, Fornitore e Società di *Leasing*, pattuiscono un patto di riacquisto o retrovendita del bene in caso di mancata attuazione del *leasing*, ovvero una clausola risolutiva espressa o una qualche altra forma di risoluzione del contratto di vendita.

Si potrebbe pure prospettare una risoluzione consensuale della vendita ovvero la stipulazione di un nuovo contratto di *leasing* collegato al precedente contratto di vendita.

12 *Leasing e fallimento.*

Ora si rende necessario analizzare il profilo della sorte giuridica del contratto di *leasing*, laddove una delle parti del contratto fallisca nelle more dell'esecuzione dello stesso.

⁸¹ Vedi CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring, cit.*, pag. 97. Cfr. GHIA L., *op. cit.*, pag. 40.

⁸² Non necessariamente le vicende di un contratto devono ripercuotersi sull'altro contratto collegato. In senso contrario si veda GIORGIANNI F., *Riflessioni sul contratto di leasing e fallimento dell'Utilizzatore*, in *Riv. it. leasing*, 1986, 77; VENDITTI A., *Appunti in tema di negozi giuridici collegati*, in *Giust. Civ.*, 1954, I, 261; GASPERONI, *Collegamento e connessione tra i negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, 357.

⁸³ Vedi CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring, cit.*, pag. 96.

Grazie alla riforma del diritto fallimentare avvenuta nel 2006⁸⁴, il legislatore ha sancito una disciplina *ad hoc* per il contratto di *leasing*, rappresentata dall'art. 72 *quater* L. Fall., con la quale si statuisce la continuazione del rapporto di *leasing*, di qualsiasi natura esso sia (di godimento o traslativo), anche durante il fallimento⁸⁵.

Nel caso di fallimento della Società di *Leasing*, il contratto prosegue anche durante il fallimento e l'Utilizzatore non perde il diritto all'opzione di acquisto, ma semplicemente questo potrà essere esercitato nei confronti del curatore fallimentare, subentrato nella posizione giuridica della Società di *Leasing*.

Nell'ipotesi di fallimento dell'Utilizzatore, troverà applicazione la disposizione generale di cui all'art. 72 L. Fall. e, pertanto, l'esecuzione del contratto rimarrà sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di sciogliersi o di subentrare nel rapporto di *leasing*⁸⁶. Non è, comunque, opponibile alla curatela la clausola che prevede, in caso di fallimento dell'Utilizzatore, la risoluzione del contratto e che preclude, così, al curatore fallimentare di subentrare all'Utilizzatore nel rapporto contrattuale⁸⁷.

Più precisamente, qualora il curatore decida di sciogliere il contratto, la Società di *Leasing* ha diritto alla restituzione del bene concesso in godimento mediante la presentazione di un'istanza di rivendica e/o restituzione del bene ai sensi dell'art. 103 L. Fall., oltre al credito maturato per canoni⁸⁸, per il quale potrà insinuarsi nello stato passivo del fallimento dell'Utilizzatore. La Società di *Leasing* è anche tenuta a versare alla curatela l'eventuale differenza tra la somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene nel mercato rispetto al credito residuo in linea capitale. Per quanto riguarda i canoni o le somme, in genere, percepite dalla Società di *Leasing*, in esecuzione del contratto, troverà applicazione il terzo comma lettera a) dell'art. 67 L. Fall., che ne esclude la possibilità di revocatoria.

Se, invece, il curatore dovesse decidere di continuare nell'esecuzione del rapporto, allora la Società di *Leasing* non potrebbe che far valere nello stato passivo del fallimento il suo

⁸⁴ Prima della riforma dottrina e giurisprudenza sostenevano opinioni contrastanti circa la sorte del rapporto, soprattutto riguardo all'ipotesi del fallimento dell'Utilizzatore. Secondo una tesi minoritaria, il fallimento sarebbe stato istituzionalmente causa di interruzione e di chiusura del rapporto di *leasing*, in quanto mero rapporto di debito-credito ex art. 55.2 l. fall. Così CHIOMENTI F., *Il leasing, il Tribunale di Milano, e Donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, 280. Altri ritenevano invece che il fallimento dell'utilizzatore non impedisse al *leasing* di proseguire regolarmente il suo corso, in applicazione analogica dell'art. 80.2 l. fall. Ciò avrebbe consentito anche di far salvi i canoni riscossi dal concedente fino allo scioglimento del contratto. Sul punto v. BUONOCORE V., *Leasing*, in *NSS. D. I, Appendice IV*, Torino 1983, 797 ss., 810. La giurisprudenza assolutamente prevalente aveva infine sostenuto l'applicazione della disciplina fallimentare della vendita, posta dagli artt. 72 ss. l. fall., e quindi la sospensione del contratto in attesa della scelta del curatore tra subentro e scioglimento. Cfr. GUGLIELMUCCI L., *Effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, sub artt. 72-83*, in BRICOLA F. – GALGANO F. - SANTINI F., *Comm. Scialoja e Branca alla legge fall. artt. 72-83*, Bologna-Roma, 1979, 112.

⁸⁵ Si veda anche l'art. 7 della Legge 354/2003.

⁸⁶ In tal senso Trib. Napoli 22 gennaio 1992, in *Fall.*, 1992, 1040.

⁸⁷ L'atto negoziale con il quale si pone fine al rapporto (es., diffida ad adempiere) sarebbe, secondo una parte della giurisprudenza, revocabile ad opera del curatore.

⁸⁸ Trattasi di un credito chirografario afferente al periodo precedente alla sospensione del contratto a seguito di fallimento sino alla decisione del curatore di risolvere lo stesso. In tale senso ha stabilito la Corte di Cassazione con sentenza n. 5573 in DE NOVA G., *Leasing, cit.*, pag. 471.

credito. Invece, per l'acquisto dell'azienda da parte del fallimento, sembrerebbe trovare applicazione, secondo la giurisprudenza, la norma più favorevole di cui all'art. 73 L. Fall.

Quanto alla revocatoria fallimentare, mediante un'interpretazione del disposto di cui all'art. 67 secondo comma L. Fall., si giunge ad affermare che il contratto di *leasing* è revocabile solo se stipulato entro sei mesi dalla dichiarazione di fallimento. Ipotesi difficilmente verificabile nella prassi considerato che le Società di *Leasing* generalmente cessano di stipulare nuovi contratti e di concludere nuove operazioni già prima dell'apertura della procedura concorsuale, in quanto la crisi dell'impresa non si manifesta mai improvvisamente⁸⁹.

Parimenti, oggetto dell'azione revocatoria può essere la risoluzione del contratto intervenuta in forza di un accordo tra le parti, sempre che il curatore sia in grado di dimostrare che la Società di *Leasing* conosceva lo stato di crisi dell'Utilizzatore al momento dell'anticipato scioglimento del rapporto.

Dubbiosa si mostra, invece, l'ammissibilità della revocatoria della risoluzione del contratto di *leasing* verificata in conseguenza di diffida ad adempiere o in forza di una clausola risolutiva espressa; dottrina e giurisprudenza prevalenti si sono comunque espresse in senso favorevole⁹⁰.

Ancora, secondo il dettame del terzo comma dell'art. 67 L. Fall., come prima affermato, sono esclusi dalla revocatoria fallimentare “*i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio di attività d'impresa nei termini d'uso*”, tra i quali potrebbero essere ricompresi i canoni di *leasing* dovuti e versati dall'Utilizzatore, relativi a beni effettivamente strumentali all'esercizio dell'impresa.

Infine, rimangono ancora profili non espressamente disciplinati e di dubbia regolamentazione.

Si discute, ad esempio, sulla possibilità di applicare la disciplina dettata dall'art. 72 *quater* L. Fall. anche ai contratti di *leasing* risolti prima del fallimento. Problema che si pone soprattutto per quelle ipotesi che presentano forti profili di identità con la fattispecie considerata dalla norma: si pensi, ad esempio, al caso del contratto risolto nell'imminenza del fallimento dell'Utilizzatore, in cui il bene non sia stato ancora restituito dal curatore.

Si auspica, in merito, un tempestivo intervento chiarificatore del legislatore o quanto meno della dottrina e della giurisprudenza.

13 Tipologie di Leasing.

Un cenno conclusivo deve essere dedicato all'analisi, seppur breve, delle varie tipologie di *leasing* esistenti nel nostro ordinamento.

⁸⁹ Cfr. ALBANESE M. - ZEROLI A., *Leasing e factoring, cit.*, 111 ss.

⁹⁰ Sul punto v. Trib. Milano, 4 luglio 1985, in *Fall.* 1986, 208; Trib. Milano, 8 giugno 1989, in *Fall.* 1990, 291.

In linea generale, i criteri di distinzione sono principalmente tre: l'oggetto, i soggetti e la struttura⁹¹.

In base all'oggetto, si sogliono distinguere, in primo luogo, il *leasing* di beni mobili, di beni immobili, di beni immateriali, di universalità di beni. In secondo luogo, si distingue tra *leasing* di software, di opere d'arte, di autoveicoli, d'azienda, *leasing* aeronautico.

Secondo i soggetti si discerne tra *leasing* pubblico e *leasing* privato.

Infine, in base alla struttura si differenzia tra *leasing* finanziario, *leasing* operativo e *sale and lease-back*.

Tralasciando le altre distinzioni, si pone necessario focalizzare l'attenzione sull'ultima.

Il *leasing* finanziario è quello sinora esplicitato. Si tratta di un'operazione trilaterale (contratto trilaterale o collegamento negoziale tra due contratti); il Fornitore del bene è terzo rispetto alla Società di *Leasing* e all'Utilizzatore; il canone è stabilito in proporzione al valore del bene; la durata del contratto è in genere medio - lunga; oggetto del contratto può essere qualsiasi bene; l'Utilizzatore ha diritto di opzione d'acquisto del bene, ma non può recedere dal contratto *medio tempore*; la causa principale di tale tipologia è rappresentata dal finanziamento dell'Utilizzatore.

Nel *leasing* operativo⁹², invece, il Fornitore coincide con la Società di *Leasing* e la stessa assume di conseguenza gli obblighi di manutenzione del bene e di garanzia per vizi e perimento del bene per cause non imputabili all'Utilizzatore; l'operazione negoziale è principalmente bilaterale; il canone è determinato in base al valore dell'uso del bene; la durata è generalmente da uno a tre anni; oggetto del contratto possono essere esclusivamente beni standardizzati o beni a rapida obsolescenza che siano però strumentali all'attività svolta dall'Utilizzatore; l'Utilizzatore ha diritto di recesso prima della scadenza naturale del contratto; la funzione principale dell'operazione negoziale è quella di ovviare all'obsolescenza dei beni; manca il diritto di opzione di acquisto in capo all'Utilizzatore.

⁹¹ Una distinzione alquanto singolare è stata prevista da un autore, il quale distingue tre principali tipologie di *leasing* in base al bene oggetto del contratto: 1) scambio di beni con corrispettivo; 2) scambio di godimento verso corrispettivo; 3) scambio di "valore di consumazione" di un bene verso corrispettivo, laddove si tratti di bene soggetti a rapida obsolescenza. Alla luce di tale classificazione, poi, vengono individuati quattro sottotipi di *leasing*: 1) il *leasing* con "scambio del valore consumativo del bene", che ha ad oggetto beni, in genere mobili, a rapida obsolescenza tecnologica, che vengono concessi dalla Società di *Leasing* per una durata correlata alla presumibile vita economica dello stesso e con la pattuizione di un'opzione d'acquisto per un prezzo nominale o comunque molto basso; 2) il secondo sottotipo è assimilabile al primo, ma con la previsione di un prezzo di opzione consistente; 3) il terzo sottotipo è il *leasing* "con scambio del valore d'uso del bene", che ha ad oggetto un bene, in genere immobile, concesso per una durata non commisurata alla sua vita economica, per cui al termine del rapporto lo stesso bene conserva un valore economico rilevante tale da giustificare un prezzo d'opzione consistente; 4) il quarto sottotipo è il *leasing* "con scambio del valore capitale del bene", che ha le stesse caratteristiche del terzo ma con prezzo d'opzione nominale o molto basso. LUMINOSO A., *op. cit.*, pag. 525 ss. Questa impostazione è stata sottoposta a molte critiche: si guardi ad esempio VISALLI N., *op. cit.*, pag. 643 ss.

⁹² Secondo un autore nel *leasing* operativo trova applicazione diretta la disciplina della locazione come esplicitata agli artt. 1571 ss. c.c. Vedi CALVO R., *op. cit.*, pag. 333 ss.

Anche il *sale and lease back*⁹³ ha una struttura bilaterale, l'Utilizzatore svolge la funzione anche di Fornitore del bene, anzi il bene viene, in un primo momento, venduto alla Società di *Leasing* e, successivamente, da quest'ultima concesso in godimento all'Utilizzatore; l'Utilizzatore ha sempre il diritto di opzione di acquisto; la funzione principale dell'operazione è rappresentata dal finanziamento dell'Utilizzatore, il quale mediante la vendita ottiene la liquidità necessaria alla sua impresa, e con il *leasing* continua a godere del bene compravenduto, che non cessa mai di far parte del complesso aziendale.

Infine, una forma particolare di *leasing* è rappresentata dal *leasing adossé*, il quale si costituisce di un iniziale *lease back*, poi seguito da una serie di singoli contratti di *leasing*. Accade, infatti, che un produttore, specie di beni standardizzati, individuata una fascia di soggetti utilizzatori, stipuli un iniziale contratto di *sale and lease back* con una Società di *Leasing* e successivamente provveda alla concessione in *leasing* di detti beni ai singoli utilizzatori. Caratteri principali sono: doppio contratto di *leasing*, beni standardizzati, iniziativa del produttore, collegamento negoziale tra i due contratti di *lease back* e i successivi contratti di *leasing*, doppio finanziamento.

⁹³Le problematiche manifestate da tale operazione negoziale ineriscono alla sua struttura che, come congeniata, può essere facilmente utilizzata e ricondotta ai fini della violazione del divieto di patto commissorio e pertanto viziata di nullità per contrarietà a norme imperative e per essere un contratto in frode alla legge. Vedi in tal senso Cass. Civ. 21 gennaio 2005, n. 1273, Cass. 8 aprile 2009 n. 8481 e Cass. 21 gennaio 2005 n. 1573. Secondo un altro orientamento della Cassazione, la valutazione circa la violazione del soprannominato divieto non può essere effettuata *a priori*, ma caso per caso, verificando la sussistenza di alcuni indici di riferimento oggettivi, tra i quali l'esistenza di una situazione di credito, la situazione debitoria dell'Utilizzatore e le sue difficoltà economiche, la sproporzione tra il credito/debito e il valore del bene concesso in *sale and lease back*. Vedi Cassazione civ. 14 marzo 2006 n. 5438. Cfr. anche Cass. 10805/1995 e Cass. 4095/1998. Vedi anche Carnevali, *Patto commissorio*, *Enciclopedia del diritto*, Milano 1982, XXXII, pag. 501. Per contro si arriva ad affermare che il *lease back* è valido solo in presenza dei seguenti requisiti: insussistenza di un rapporto creditizio tra le parti, veridicità della vendita stipulata, investimento della somma di denaro ricavata dalla vendita da parte dell'Utilizzatore nell'acquisto di nuovi impianti o comunque nello svolgimento dell'attività di impresa, diritto di opzione in capo all'Utilizzatore -venditore. Per una dettagliata panoramica delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza in merito alla validità del *sale and lease back* si veda CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., pag. 184 ss. Un autore precisa che nel *lease back* si ha una vendita a scopo di *leasing* e non un vendita a scopo di garanzia, non sussiste alcun debito, almeno sino a prova contraria e a priori, e nessuna vendita per scopi estranei al mero scambio di cosa contro prezzo. L'A. afferma che la valutazione del *lease back* alla luce dell'art. 2744 c.c. è la valutazione che deve essere fatta per qualsiasi contratto. DE ROSA M. L., *op. cit.*, pag. 213 ss. Vedi anche DE NOVA G., *Identità e validità del lease back*, cit., pag.471 ss. Cfr. PACIFICO L., *op. cit.*, pag.477 ss. In tal senso Cass. 9 marzo 2011 n. 5583. Si precisa anche che le parti possono ben utilizzare lo schema negoziale del *sale and lease back* al fine di stipulare un patto marciano, in questo caso, però, a differenza del patto commissorio, lecito.

Capitolo II

Il Contratto di Leasing e l'Azienda: profili generali II

Sommario: 1 Introduzione all'azienda; - 2 Nozione di azienda tra codice civile e principi generali; - 3 Brevi cenni sulle teorie sull'azienda; - 4 Azienda, impresa e imprenditore; - 5 Segue Azienda e imprenditore. Titolarità e personalità giuridica dell'azienda; - 6 I beni; - 7 Tipologie di azienda.

1 Introduzione all'azienda⁹⁴.

“L'azienda è il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”⁹⁵. Così recita l'art. 2555 c.c., unica norma, peraltro non esaustiva, che tenta, con formula alquanto generica, di dare una definizione di azienda.

Invero, l'ordinamento italiano prevede una disciplina assai scarna di tale istituto tanto che alla stessa vengono dedicati esclusivamente una decina di articoli, contenuti nel titolo VIII, libro V del codice civile intitolato “Del Lavoro”.

Si tratta di norme di rilevanza generale, concernenti per lo più le vicende di circolazione dell'azienda stessa. Si disciplinano, in modo particolare, i profili del divieto di concorrenza, delle imprese soggette a registrazione, dei crediti relativi all'azienda, delle vicende successorie e di circolazione (affitto e usufrutto di azienda) e dei segni distintivi.

Manca, però, una specifica definizione di azienda tanto che da quella fornita dall'art. 2555 c.c. si ricava semplicemente il legame intercorrente con l'impresa e l'imprenditore, nulla viene precisato in merito al tipo di beni ed all'organizzazione aziendale.

⁹⁴ Sull'argomento ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè Editore, 1960. AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, in *Enc. Giur. Treccani*. AULETTA G., *Alienazione dell'azienda e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 1223 ss. AULETTA G., SALANITRO N., *Diritto commerciale*, Giuffrè Editore, 2006. BONFANTE G. - COTTINO G., *L'imprenditore*, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, 2000, vol I. BORTOLUZZI A., *Il trasferimento d'azienda*, UTET, 2010. CAMPOBASSO G. F., *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, 2004. CASANOVA M., *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, 1938. COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 1993, CEDAM. COTTINO G., *Diritto Commerciale*, CEDAM, 2000. FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949. FERRARI B., voce *Azienda (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, pag. 692 ss. FANTOZZI, *Impresa e imprenditore (diritto tributario)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. FRANCESCHELLI R., *Sui beni immateriali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1956, I, 381 ss. GALGANO F., *Diritto civile e Commerciale*, Cedam, 2004. GALGANO F., *Diritto commerciale. Edizione compatta, L'imprenditore. Le società*, Zanichelli Editore, 2010. GHIDINI M., *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950. MARTORANO F., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, fondato da Buonocore e diretto da Costi, Torino, Giappicchelli Editore, 2010. MESSINETTI D., Voce: *Beni immateriali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. OPPO, *Impresa e Imprenditore*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. PRESTI G. - RESCIGNO M., *Corso diritto commerciale*, Vol. I, Zanichelli Editore, 2006. ROMAGNOLI E., Voce: *Affitto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. TRIGOGNA R., *La circolazione d'azienda*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, in *Diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendom, vol XIII, pag. 379 ss. VANZETTI A., *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, pag. 539 ss.

⁹⁵Così anche Cass. 27 febbraio 2004 n. 3973 e Cass. 21 gennaio 2004 n. 877.

Proprio la necessità di definire in modo più specifico cosa debba intendersi per complesso aziendale ha comportato il nascere di una ragguardevole opera di studio ed elaborazione di teorie di varia natura da parte della giurisprudenza e della dottrina. Soltanto attraverso tali studi è possibile arricchire la definizione di azienda come fornita dal legislatore e determinare nel concreto cosa essa effettivamente rappresenti.

2 *Nozione di azienda tra codice civile e principi generali.*

Al fine di poter formulare una definizione di azienda che possa essere la più precisa possibile, è necessario analizzare più da vicino la fattispecie di azienda come normativamente prevista. Per tale ragione logica, si reputa d'obbligo partire dall'analisi del dettato normativo per poi esaminare brevemente le varie teorie che la dottrina ha elaborato in merito a tale istituto.

L'art. 2555 c.c. definisce l'azienda come un *“complesso di beni organizzato per l'esercizio dell'attività di impresa”*.

Pertanto, perché possa configurarsi un'azienda sono necessari due precisi elementi:

1. Un elemento materiale, rappresentato da un complesso di beni che, pur essendo caratterizzati dall'eterogeneità, sono tra loro uniti da un vincolo teleologico, costituito dall'attività produttiva imprenditoriale;
2. Un elemento formale, rappresentato dall'organizzazione⁹⁶. Si afferma, infatti, che l'azienda è *“un'organizzazione di strumenti personali per l'esercizio di un'attività produttiva di servizi o di beni destinati allo scambio”*⁹⁷ e che *“l'azienda è l'unità economica nella quale si svolge il processo produttivo. Gli elementi fondamentali della sua attività sono i fattori produttivi da essa impiegati, il prodotto che risulta da tale impiego e il reddito, ossia la differenza tra il valore del prodotto (ricavo) e il valore dei fattori (costi)”*⁹⁸. Tuttavia, quanto ora esplicitato deve essere analizzato avuto riguardo all'art. 2082 c.c., norma cardine in materia di definizione di impresa e imprenditore, cui lo stesso art. 2555 c.c. fa riferimento e che consente di

⁹⁶ L'organizzazione di cui trattasi altro non è che la funzione economica in forza della quale è creata e formata l'azienda. È in base al tipo di organizzazione che si individua il collegamento economico, ovvero la connessione teleologica che deve ricorrere tra i beni aziendali, e che si determina il contenuto dell'azienda e che si individua la disciplina applicabile. In particolare, l'organizzazione può essere analizzata sotto un duplice profilo. Se si considera il profilo patrimoniale, ci si riferisce al legame tra i beni aziendali, mobili e immobili; se si analizza il profilo personale, si ha riguardo ai rapporti di lavoro che ineriscono all'attività aziendale e imprenditoriale. Se si esamina il profilo dinamico, infine, si mette in evidenza l'attività produttiva che l'azienda è chiamata a svolgere. E sotto tale ultimo profilo ricorre un'unicità tra impresa e azienda. È in base all'organizzazione che si distinguono i beni in strumentali e complementari, a seconda che si reputino essenziali o accessori alla finalità produttiva dell'azienda, e che si discorre di beni con destinazione ovvero di beni economicamente complementari. Inoltre, è grazie all'organizzazione che si discorre di variabilità del contenuto dell'azienda, ma anche di continuità aziendale. Tutto ruota, infatti, attorno al tipo di attività produttiva cui il complesso aziendale è preordinato.

⁹⁷ CASANOVA M., *op. cit.*, pag. 11.

⁹⁸ Napoleoni, in *Dizionario di economia politica* in COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 2000, *cit.*, pag. 224.

arricchire di elementi ulteriori la stessa definizione di azienda, inquadrandola all'interno di un'attività produttiva (scopo di esistenza dell'azienda stessa).

Alla luce del dettato normativo sopra analizzato la dottrina maggioritaria⁹⁹ ha tentato di enucleare i caratteri principali dell'azienda. Ebbene peculiarità dell'azienda sono:

- a) *Eterogeneità degli elementi costitutivi e vincolo funzionale o di destinazione*. L'azienda si compone di tutta una serie di beni e servizi tra loro eterogenei, pur se tra loro complementari perché legati dal vincolo unitario del perseguimento e svolgimento dell'attività d'impresa. Vincolo unitario di destinazione e funzionalità che viene impresso e determinato dall'imprenditore mediante l'organizzazione e che consente la creazione di un complesso organico di beni¹⁰⁰;
- b) *Mutabilità*. L'azienda è sottoposta ad un continuo mutamento circa i suoi beni costitutivi in base alle esigenze che si palesano durante la vita e l'utilizzo della stessa. Al riguardo si suole distinguere tra *elementi essenziali*, i quali connotano l'azienda e sono destinati a durare nel tempo, ed *elementi non essenziali*, i quali mutano in base al progresso tecnico, al mercato, alle nuove esigenze aziendali e d'impresa, alla congruità al fine aziendale, allo stato di conservazione degli stessi beni (consumabilità dei beni, deterioramento a seguito di utilizzo);
- c) *Continuità aziendale*. La compagine aziendale deve essere tale da assicurare all'imprenditore che la utilizzi, e comunque all'impresa in cui la stessa è inserita, un flusso continuo di reddito, un assiduo *standard* di qualità della produzione, in definitiva una continuità aziendale al servizio dell'annessa attività imprenditoriale¹⁰¹;
- d) *Perseguimento di uno scopo economico ben preciso*¹⁰²;
- e) *Interdipendenza con le figure dell'impresa e dell'imprenditore*¹⁰³. Tant'è vero che seppur l'azienda può presentarsi separatamente sia dall'impresa che dall'imprenditore, potendo, per esempio, rimanere inutilizzata o temporaneamente senza un titolare ben identificato, tra l'impresa, l'imprenditore e l'azienda ricorre un rapporto di reciproca dipendenza, come verrà chiarito in prosieguo. È mediante il riferimento all'impresa e all'imprenditore che l'azienda viene qualificata e definita sul piano pratico, e ciò alla luce del fatto che elemento unificante è rappresentato proprio dall'organizzazione, la quale altro non è che la pianificazione di un'attività economica, ovvero di un'attività finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi, e quindi di un'attività di impresa della quale l'azienda ne costituisce mezzo di esecuzione.

A titolo di mera completezza del discorso sinora svolto, si evidenzia che una nozione d'azienda che sia ben precisa è importante anche e soprattutto al fine dell'individuazione del momento di costituzione ed estinzione dell'azienda stessa.

⁹⁹ G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., pag. 1 ss. Cfr. CASANOVA M., *op. cit.*

¹⁰⁰ Destinazione dei beni che viene determinata e impressa mediante l'organizzazione, quale elemento unificante l'azienda. Vedi Cass. 28 aprile 1998 n. 4319 in COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 2000, cit. Cass. Civ. 15 maggio 2006 n. 11130, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 5 e Cass. 29 settembre 1993 n. 9760.

¹⁰¹ Ciò viene garantito proprio grazie ai beni essenziali.

¹⁰² Lo scopo economico si determina in base a relazioni di mercato e agli interessi e scopi dell'imprenditore.

¹⁰³ Vedi *infra*.

Difatti, si suole asserire che l'azienda si costituisce nel momento in cui ricorre un insieme o complesso di beni tra loro economicamente collegati e lo stesso possa essere utilizzato per lo svolgimento di una determinata attività d'impresa.

L'estinzione, invece, è ricollegata non al mancato utilizzo dei beni quanto al venir meno del legame funzionale intercorrente tra i beni e proiettato al perseguimento dello scopo economico prefissato.

Ad ogni buon conto si evidenzia che l'azienda altro non è che un centro di interessi pubblici, privati, individuali e collettivi.

3 Brevi cenni sulle teorie sull'azienda.

Diverse sono anche le teorie formulate dalla dottrina inerenti sia alla possibile configurazione dell'azienda sia alla natura giuridica della azienda stessa¹⁰⁴, le quali possono essere così brevemente riassunte:

- *Teoria immaterialistica*¹⁰⁵, la quale definisce l'azienda come cosa incorporale, soggetto e oggetto di diritti distinti da quelli afferenti ai singoli beni. Infatti, l'azienda è considerata come un'unità economica volta al soddisfacimento di bisogni superindividuali o trasversali rispetto a quelli che vengono soddisfatti dai singoli beni. Pertanto, l'azienda vive di vita propria, distinta e separata dai singoli beni che la compongono.
- *Teoria atomistica*¹⁰⁶, la quale trova la sua base normativa nel dettato di cui all'art. 2556 c.c. e concepisce l'azienda come insieme di cose, qualsiasi esse siano.
- *Teorie unitarie*¹⁰⁷, le quali rinvergono il loro fondamento nel precetto normativo di cui agli artt. 2555 c.c. e 670 c.p.c. e configurano l'azienda come cosa complessa.

All'interno di tale ultima branca di teorie si distinguono le concezioni di *universitas rerum* e *universitas iuris*.

- a) Le teorie dell'*universitas iuris*¹⁰⁸ concepiscono l'azienda come complesso di diritti e, dunque, fanno riferimento, dal punto di vista concreto, a un complesso non solo di beni, siano essi mobili o immobili, ma anche di servizi, rapporti di lavoro, situazioni giuridiche soggettive di vario genere e beni immateriali.
- b) La teoria dell'*universitas rerum*¹⁰⁹, invece, mediante un'interpretazione del disposto di cui all'art. 816 c.c., qualifica l'azienda come insieme di beni e,

¹⁰⁴ Al riguardo occorre distinguere, da una parte, l'azienda in senso giuridico, cui fanno riferimento le varie teorie che verranno, di seguito enunciate, seppur brevemente, e, dall'altra parte, l'azienda in senso economico, la quale viene sempre intesa in modo unitario.

¹⁰⁵ Maggiori esponenti sono Pisko, Isay, Muller Erzbach, Colombo.

¹⁰⁶ Maggiori esponenti sono Scialoja e Barassi, Ferrara senior, Ascarelli, Auletta.

¹⁰⁷ Maggiori esponenti sono Navarini, Rotondi, Cottino, Pugliatti, Carnelutti.

¹⁰⁸ Ferri, DE Gregorio in VANZETTI A., *op. cit.*, pag. 539 ss. Cfr. AULETTA G., SALANITRO N., *op. cit.*, pag. 32 ss. Cfr. Cass. 11 agosto 1990 n. 8219.

¹⁰⁹ La Lumia in VANZETTI A., *op. cit.*, pag. 547.

pertanto, pone l'accento sulla natura mobiliare dell'azienda, sull'uniformità della stessa e sull'unicità del proprietario cui fa riferimento.

- *Teoria dualistica*¹¹⁰, che considera come complesso aziendale solo quei beni che garantiscono la continuità aziendale. In merito si distinguono gli elementi essenziali dagli elementi accessori e si afferma che l'azienda si compone esclusivamente dei primi, i quali garantiscono la continuità e trasferibilità dall'azienda medesima. Infatti, in tale teoria l'azienda viene definita con riguardo al regime di trasferibilità dell'azienda stessa. Il concetto giuridico di azienda che emerge dall'art. 2555 c.c. sarebbe più ristretto: debiti, crediti e contratti relativi all'azienda non sarebbero elementi costitutivi dell'azienda, e quindi del “*complesso di beni organizzati*”. Tale teoria è denominata anche teoria “*organizzativa*” o teoria della minima unità aziendale.
- *Teoria omnicomprensiva*, che considera l'azienda come insieme di beni, qualsiasi essi siano, mettendo l'accento sul legame tra azienda e impresa. Facenti parte di tale gruppo di teorie sono quelle che definiscono l'azienda come “*istituzione o organizzazione di cose e diritti*”¹¹¹, ovvero come “*blocco omogeneo di diritti puri*”¹¹².
- *Teoria pertinenziale*¹¹³ dell'azienda, secondo la quale ricorre una sorta di vincolo pertinenziale tra i singoli beni e l'azienda, tale che la disposizione dell'azienda comporta necessariamente la disposizione di tutti i singoli beni che la compongono. A tale teoria si obietta però la circostanza per cui non è dato individuare una cosa principale e una cosa pertinenziale, come tipico del rapporto pertinenziale, e ciò alla luce anche del sistema circolatorio. Infatti, mentre la pertinenza circola unitariamente con il bene cui accede, nel caso dell'azienda, invece, la vicenda circolatoria può riguardare anche solo determinati rami dell'azienda, ovvero singoli beni purché ben determinati.

In appendice alle varie teorie finora esposte a grandi linee, bisogna mettere in evidenza come l'unitarietà dell'azienda viene in considerazione soprattutto al momento della circolazione dell'azienda¹¹⁴.

Varie sono pure le teorie¹¹⁵ in merito alla considerazione dell'azienda quale bene. Alcuni autori affermano che si tratti di un immobile fittizio; altri di un bene mobiliare costituito dall'avviamento; altri ancora asseriscono che non si tratti né di un bene mobile né di un bene

¹¹⁰ Per le varie posizioni in dottrina si vedano G. AULETTA, voce *Azienda*, cit., pag. 1 ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1973, pag. 323 ss., che accolgono la “tesi omnicomprensiva”; sono fautori invece della “tesi organizzativa” COLOMBO G. E., *L'azienda e il Mercato*, in *Tratt. Dir. comm., e di dir. pubblico dell'economia* diretto da Galgano, III, Padova, 1979, pag. 1 ss.; FERRARA F., *op. cit.*, pag. 55 ss.; GALGANO F., *Diritto commerciale*, cit., pag. 65 ss.; GHIDINI M., *op. cit.*, pag. 156-196; BALDUCCI D., *L'affitto d'azienda*, Edizioni FAG, Milano, 2008, pag. 17 ss.

¹¹¹ Ferrara in CASANOVA M., *op. cit.*, pag. 74.

¹¹² CASANOVA M., *op. cit.*, pag. 76.

¹¹³ CASANOVA M., *op. cit.*

¹¹⁴ In tal senso Valeri in CASANOVA M., *op. cit.*, pag. 121.

¹¹⁵ Per la giurisprudenza in materia, v. Cass. Civ. 14 luglio 2004 n. 13075, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, pag. 7-8; Trib. Cagliari 31 marzo 1999, in *Riv. giur. sarda*, 441; Cass. Civ. 3 novembre 1998 n. 10992, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2247.

immobile, ma di un *tertium genus*; per altri ancora, invece, la considerazione della natura di bene dipende dalla consistenza del complesso aziendale. Questi ultimi autori in particolare asseriscono che in caso di beni eterogenei l'azienda è da considerarsi sempre come bene immobile.

4 Azienda, impresa e imprenditore.

La considerazione per cui l'azienda altro non è che un insieme di beni eterogenei organizzati per l'esercizio di un'attività produttiva impone un'analisi del rapporto che intercorre tra l'azienda¹¹⁶, l'impresa¹¹⁷ e l'imprenditore¹¹⁸.

Come prima precisato, il dettato normativo di cui all'art. 2555 c.c. rinvia necessariamente, ai fini interpretativi, al disposto di cui all'art. 2082 c.c. sulla nozione di impresa e di imprenditore.

Preliminarmente, a titolo meramente chiarificativo, si afferma che mentre l'imprenditore è il titolare dell'attività, l'impresa, invece, è l'attività economica e l'azienda, infine, è il complesso di beni¹¹⁹ funzionale ai primi due.

In primo luogo, mentre impresa e imprenditore sono tra loro inscindibili giacché l'impresa, quale attività produttiva, non potrebbe esistere senza un imprenditore, ovvero senza un soggetto che eserciti l'impresa e dunque l'attività produttiva¹²⁰, l'azienda, al

¹¹⁶ Si badi bene che i concetti di impresa e azienda vengono utilizzati dal legislatore in maniera ambigua, a volte sono sinonimi, altre volte indicano concetti differenti, come verrà di seguito illustrato.

¹¹⁷ L'impresa può essere variamente considerata. In primo luogo essa rappresenta sempre e comunque una fattispecie di effetti giuridici, ovvero è la fattispecie sulla quale si riversano gli effetti dell'attività economica svolta all'imprenditore. Essa può essere considerata sia come atto, e quindi come organizzazione di beni, e in ciò non differisce in alcun modo dall'azienda, sia come attività, dunque come comportamento qualificato, ovvero come svolgimento di un'attività economica. Al fine di poter ritenere sussistente un'impresa è, però, necessario che l'attività, in cui si connatura, sia costituita e venga svolta secondo dei parametri ben precisi. L'attività deve essere economica, ovvero deve trattarsi di un'attività produttiva, avente ad oggetto la produzione e/o lo scambio di beni, e deve essere dotata della caratteristica della professionalità, che si esplica nella continuità, stabilità e essenzialità dell'attività economica svolta. L'impresa nasce nel momento in cui ricorre un'attività produttiva e una relativa organizzazione stabile di mezzi di produzione e, in maniera più precisa, nel momento in cui l'attività economica, dotata di tutti i requisiti sopra delineati, viene effettivamente esercitata (non è sufficiente una mera programmazione dello svolgimento di un'attività di impresa, a differenza dell'azienda che può sussistere anche nella forma prospettica). Vedi CAMPOBASSO G. F., *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2004, pag. 10 ss. Vedi Cass. 6 giugno 2003 n. 9102; Cass. 17 marzo 1997 n. 2321 e Cass. 29 gennaio 1973 n. 273.

¹¹⁸ L'imprenditore può essere definito quale persona fisica o giuridica esercente l'impresa e quindi come centro di imputazione soggettiva di tutta l'attività economica d'impresa e di tutti gli effetti che ne discendono dalla stessa. L'imprenditore è il soggetto responsabile dell'attività d'impresa, colui il quale è chiamato a rispondere nei rapporti interni ed esterni l'impresa dell'attività svolta; è colui il quale si assume il rischio d'impresa. Vedi CAMPOBASSO G. F., *op. cit.*, pag. 10 ss.

¹¹⁹ Ascarelli in COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 2000, *cit.*, pag. 173.

¹²⁰ L'impresa è sicuramente correlata con un imprenditore, per cui ogni volta che ricorre il rapporto azienda-impresa si palesa anche un legame con l'imprenditore. L'impresa, come attività produttiva, al contrario dell'azienda, necessita indubbiamente di un imprenditore, quale soggetto attivo e centro di imputazione dell'attività imprenditoriale.

contrario, può presentarsi anche separatamente dall'impresa e dall'imprenditore, potendo rimanere inutilizzata o temporaneamente senza alcun titolare bene identificato¹²¹, oppure può essere utilizzata da più imprese o da più imprenditori contemporaneamente.

A tal riguardo occorre, però, rimarcare che l'azienda sopravvive da sola senza un'impresa o imprenditore di riferimento solo fino a che la stessa conserva una sua qualche utilità, una qualche funzionalità all'esercizio d'impresa e dunque sino a quando può formare oggetto di un qualche negozio traslativo ed essere utilizzata al fine dell'esercizio di un'attività produttiva.

In secondo luogo, azienda e impresa rappresentano l'aspetto statico e l'aspetto dinamico dello stesso fenomeno.

Mentre l'azienda configura l'insieme dei beni necessari per lo svolgimento dell'attività produttiva, l'impresa, invece, non è altro che lo svolgimento stesso dell'attività produttiva secondo i canoni dell'organizzazione, economicità e produttività e attraverso l'ausilio del complesso aziendale. Mentre l'impresa rappresenta l'attività, l'azienda, invece, è non solo il mezzo materiale di esecuzione della stessa attività produttiva, ma anche il risultato che si persegue. Infatti, a tal ultimo proposito, si deve affermare che per l'esistenza di un'impresa è necessaria e sufficiente l'esistenza di un'azienda.

Tra l'impresa e l'azienda ricorre, quindi, un rapporto di reciproca dipendenza e diversi sono gli elementi di contatto.

Un primo elemento unificante è rappresentato dall'organizzazione. L'organizzazione è impressa all'impresa e si trasferisce all'azienda, determinandone le modalità di costituzione.

Altro elemento comune è rappresentato dai segni o mezzi di identificazione, tra i quali emerge la ditta, e che consentono di determinare il legame intercorrente tra impresa, azienda e imprenditore.

Infine, la riconduzione di un complesso aziendale ad una determinata impresa comporta altresì l'applicazione della disciplina tipica del tipo di impresa cui l'azienda si riferisce.

5 Segue Azienda e imprenditore. Titolarità e personalità giuridica dell'azienda.

Come sostenuto precedentemente, l'azienda necessita, al fine di poter essere chiamata tale, di un qualche legame con l'impresa, tuttavia essa può esistere anche senza alcuna impresa di riferimento.

Si può, pertanto, affermare che il legame tra azienda e imprenditore può presentarsi anche in mancanza di un'impresa ben determinata, così come può ricorrere l'ipotesi di più imprenditori. Infatti, non sempre l'imprenditore è titolare di un'azienda e ciò accade soprattutto nelle ipotesi in cui lo stesso sia semplicemente titolare di un diritto di godimento su uno o alcuni beni del complesso aziendale.

¹²¹ Caso tipico è rappresentato dal periodo successivo alla sospensione dell'attività a seguito di morte, interdizione o fallimento del titolare dell'azienda stessa.

Tuttavia, allorché l'azienda sia riconducibile a più imprenditori si pone il problema di divisibilità o indivisibilità dell'impresa e il problema della titolarità dell'azienda.

Con riferimento al primo problema si sostiene solitamente che l'azienda è indivisibile e che ricorre un'ipotesi di contitolarità.

Riguardo al secondo problema, invece, si asserisce che la titolarità dell'azienda non necessariamente deve essere ricondotta all'imprenditore di riferimento, sia esso pubblico o privato, ma può far capo anche ad un soggetto diverso. Titolare dell'azienda può essere anche semplicemente il titolare di un diritto di proprietà, o di un diritto di godimento su di uno o più beni facenti parte dell'azienda¹²².

Si precisa, altresì, che la titolarità dell'azienda non necessariamente incide sull'azienda stessa, a meno che la titolarità non si presenti quale elemento di mutamento dell'organizzazione aziendale, imponendo un mutamento dell'assetto organizzativo. L'azienda, infatti, generalmente muta se cambia la compagine aziendale e quindi se vengono modificati quelli che sono considerati beni essenziali della stessa.

Ci si chiede, inoltre, se l'azienda sia dotata di personalità giuridica propria o se, al contrario, debba essere considerata alla stregua di un qualsiasi altro bene, possibile oggetto di diritti per il suo titolare o per chi la utilizzi.

Ebbene la personalità giuridica, intesa quale centro di imputazione degli interessi che la riguardano, può essere riconosciuta solo ed esclusivamente alla società ovvero all'ente o persona fisica cui l'azienda fa riferimento ed è inserita.

6 I beni.

I beni sono entità giuridiche finalizzate a soddisfare dei bisogni. Essi rappresentano, accanto all'organizzazione, l'elemento portante dell'azienda. Essi, infatti, non sono altro che tutti quelli elementi materiali e immateriali che costituiscono l'azienda e che sono scelti in base alla loro attinenza con lo scopo economico che si intende perseguire.

Sono beni aziendali tutti quei beni strumentali all'attività imprenditoriale che deve essere svolta, complementari tra di loro, ma anche autonomi, e ciò sotto il profilo della circolazione, "surrogabili", ovvero facilmente sostituibili, tale da garantire una certa continuità dell'azienda. Determinare quale tipologia di beni costituisce l'azienda si mostra di fondamentale importanza soprattutto al fine di poter individuare le regole circolatorie dell'azienda stessa.

Prescindendo dal tipo di teoria che si vuole seguire circa la concezione di azienda, ovvero a prescindere dalla teoria della *universitas rerum* o *universitas iuris*¹²³, si può ben affermare che i beni costituenti l'azienda possono essere così classificati:

¹²² Si discorre al riguardo di scissione tra proprietario titolare dell'azienda e soggetto che materialmente utilizza il complesso aziendale. Colombo, Ferrari, in CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., pag. 161. Vedi anche Cass. 28 Novembre 1981 n. 6361.

¹²³ Due sono le teorie principali sui beni costituenti l'azienda. Secondo una prima teoria, cosiddetta restrittiva, fanno parte dell'azienda solo i beni definibili tali ai sensi dell'art. 810 c.c.; secondo l'altra teoria,

- Beni materiali;
- Beni immateriali;
- Diritti e situazioni giuridiche ad essi correlati¹²⁴.

Prima di passare ad analizzare le singole categorie, si deve affermare che elemento necessario ed imprescindibile dei beni aziendali è rappresentato dalla strumentalità al perseguimento di uno scopo economico ben preciso. I beni, infatti, pur mostrandosi tra loro eterogenei, devono essere caratterizzati da un vincolo teleologico. Solo tale vincolo economico rende possibile la creazione di un'azienda. Vincolo che può essere non solo concreto, ma anche semplicemente potenziale o astratto¹²⁵. In caso contrario, si avrebbe un mero insieme di beni tra loro distinti e separati, senza alcuna rilevanza e valore giuridico.

I beni materiali¹²⁶ sono rappresentati da tutti quei beni corporali, mobili, immobili e mobili registrati, tra i quali si possono citare, a titolo esemplificativo, edifici, terreni, attrezzature varie, autoveicoli, macchinari, ect. Possono annoverarsi tra i beni materiali sia quelli consumabili che quelli non consumabili.

Dei beni immateriali si dirà più avanti¹²⁷.

Per quanto riguarda i diritti e le situazioni giuridiche correlate si fa riferimento ai rapporti di lavoro con i soggetti che si trovano a collaborare all'interno dell'azienda¹²⁸, ai diritti di godimento e ai diritti di proprietà inerenti ai beni aziendali, ai rapporti negoziali di vario genere.

Fanno parte dell'azienda anche i diritti di credito a prestazioni future, le obbligazioni aziendali, ovvero tutte quelle situazioni debitorie e creditorie che discendono dallo svolgimento dell'attività aziendale, e i diritti di individuazione.

I beni, inoltre, possono essere ulteriormente classificati in:

cosiddetta estensiva, l'azienda si compone non solo dei beni individuabili in forza dell'art. 810 c.c., ma anche di servizi e di prestazioni d'opera. Si discute, altresì, se i beni aziendali debbano essere considerati, ai fini della loro qualificazione e individuazione, in senso giuridico (ossia come determinati ai sensi degli artt. 810 e 816 c.c.) ovvero in senso economico (ossia intendendo per bene aziendale qualsiasi componente dell'azienda, sia esso un bene che una qualsiasi altra situazione giuridica soggettiva ad essa afferente).

¹²⁴ La natura di elemento costitutivo il complesso aziendale si ricava anche dall'insieme delle norme dettate per la circolazione dell'azienda (cessione contratti, debiti e crediti aziendali). Ciò rispecchia la concezione unitaria dell'azienda. Cottino e Bonfante in TRIGOGNA R., *op. cit.*, pag. 411.

¹²⁵ Si vedano, per esempio, i beni aziendali potenziali. Vedi Cass. 11 giugno 2007 n. 13580.

¹²⁶ La loro definizione è la medesima per tutti i beni, ovvero quella stabilita all'art. 810 c.c.

¹²⁷ Vedi *infra*.

¹²⁸ I collaboratori dell'imprenditore fanno parte del complesso aziendale in forza del vincolo di subordinazione e l'attività lavorativa da essi prestata è strumentale al perseguimento dell'attività e/o scopo aziendale. La loro essenzialità all'interno del complesso aziendale dipende dal tipo di attività produttiva che si prefigge l'impresa, ovvero se si tratta di un'attività che richiede o meno un apporto personale determinante. Oltre agli ausiliari subordinati, l'imprenditore si avvale anche di collaboratori autonomi, tra i quali rientrano i piazzisti e i mandatarî. Si suole, inoltre, distinguere tra collaboratori con potere rappresentativo (institori e procuratori), collaboratori senza potere rappresentativo e semplici lavoratori a servizio dell'impresa. Si deve anche precisare che la categoria di collaboratori che rileva ai fini della circolazione aziendale è quella dei collaboratori senza poteri rappresentativi, purché non legati all'imprenditore da un vincolo di *intuitu personae*. In tale ipotesi il rapporto di lavoro cessa in occasione del trasferimento d'azienda. Vedi COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 2000, *cit.*, pag. 213.

- beni essenziali, ovvero quei beni caratterizzanti il complesso aziendale, i quali connotano la particolare attività aziendale. Un mutamento di tali beni comporta un mutamento della stessa azienda.
- beni accessori, ossia tutti quei beni complementari, accessori, e fungibili. Il mutamento o l'assenza di uno di questi non implica alcuna modifica all'interno dell'assetto aziendale.

Si discerne, altresì, tra beni a destinazione progettata e beni a destinazione eseguita. Della prima categoria fanno parte tutti quei beni la cui inclusione nel complesso aziendale è meramente prospettica, ovvero futura. Gli altri beni, invece, sono quelli che fanno già parte dell'azienda.

I beni possono essere anche a funzione unica o a funzione multipla. In modo particolare, in tale ultima categoria vi rientra quel tipo di beni che possono avere un'utilità aziendale contestuale o differita rispetto al loro inserimento nella stessa.

I beni, per di più, possono appartenere ad un solo soggetto, oppure possono essere nella titolarità di una pluralità di soggetti. Il vincolo di appartenenza al soggetto che usufruisce dell'azienda può, pertanto, essere non solo a titolo di proprietà, ma anche a titolo di diritti di godimento di qualsiasi genere (usufrutto, locazione, comodato, ect.).

Ulteriormente, fanno parte dell'azienda sia beni fungibili che beni infungibili, nonché sia beni fruttiferi che beni infruttiferi.

7 *Tipologie di azienda.*

Alla luce di quanto sinora esplicitato, si può passare ad analizzare l'azienda sotto il profilo tipologico.

La classificazione può avvenire sulla base di diversi criteri.

Si può far riferimento al tipo di attività economica per la quale l'azienda è stata creata, ovvero al tipo di beni che la compongono, oppure allo stato di composizione del complesso aziendale.

Si suole distinguere, infatti, tra azienda completa, azienda incompleta e azienda da completare, a seconda che la stessa sia completa o meno di tutti gli elementi necessari allo svolgimento dell'attività produttiva cui risulta finalizzata, ovvero manchino soltanto alcuni elementi non essenziali, da integrare anche successivamente all'inizio dell'esercizio dell'attività d'impresa.

Un'altra distinzione è quella tra azienda attuale e azienda prospettica, a seconda che l'azienda sia già costituita o risulti meramente potenziale.

Altre categorie, determinate in base all'attività imprenditoriale effettivamente svolta, sono rappresentate dall'azienda agricola, dall'azienda commerciale e dall'azienda societaria.

Capitolo III

Il Contratto di Leasing e l'Azienda: profili generali III

Sommario: 1 I beni immateriali; - 2 Segue L'avviamento.

1 I beni immateriali¹²⁹.

I beni immateriali costituiscono quella categoria di beni che difetta del requisito della corporeità, il cui studio è maggiormente collegato alla necessità di individuare una tutela dell'interesse ad appropriarsi delle utilità derivanti dal loro uso¹³⁰.

Si tratta¹³¹, più in particolare, delle invenzioni o opere dell'ingegno¹³², dei segni distintivi¹³³, del *software*¹³⁴, del *know how*¹³⁵, dell'avviamento, comprensivo della clientela¹³⁶, dei brevetti, dei

¹²⁹ ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè Editore, 1960. AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, in *Enc. Giur. Treccani*. COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, 2000, vol I. FRANCESCHELLI R., *Sui beni immateriali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1956, I, 381 ss. GRECO P., *I diritti sui beni immateriali: ditta, marchi, opere dell'ingegno, invenzioni industriali*, Torino, Giappichelli Editore, 1948. MESSINETTI D., *Voce: Beni immateriali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. Si rinvia inoltre a tutti i riferimenti bibliografici citati nella parte dedicata all'azienda. Vedi *supra*.

¹³⁰ Si badi bene, infatti, che conflitti in materia di beni immateriali hanno ad oggetto viepiù la legittimazione all'appropriazione delle utilità derivanti dallo sfruttamento dei medesimi. Vedi MESSINETTI D., *op. cit.*

¹³¹ Alcuni autori sostengono che beni immateriali siano esclusivamente le invenzioni, le opere dell'ingegno e non anche i segni distintivi. Kohler in FRANCESCHELLI R., *op. cit.*, pag. 389. Inoltre, soprattutto gli aziendali sogliono distinguere tra *intangibles* che hanno autonomo valore di mercato; *intangibles* privi di autonoma individualità, aventi un valore di mercato solo se negoziati assieme ad altri *assets* dell'azienda; *intangibles* che hanno un valore di mercato potenziale; *intangibles* che sono privi di alcun valore. Vedi BORTOLUZZI A., *Il trasferimento d'azienda*, Utet, 2010, pag. 58.

¹³² Le opere dell'ingegno si costituiscono di due diritti attinenti, l'uno, alla sfera personale del soggetto che le crea e, l'altro, al contenuto dell'opera stessa. Esse sono liberamente trasferibili. Al riguardo si vedano gli artt. 6, 12 e 107 della Legge sul diritto d'autore.

In particolare, l'invenzione è quel processo creativo caratterizzato da innovatività, esclusività e creatività. Essa può consistere sia in un prodotto che in un procedimento, e può essere sia principale che di perfezionamento. Il legislatore prevede una tutela dell'invenzione solo nell'ipotesi in cui sia stata brevettata. Il diritto di brevetto comporta il sorgere di un diritto di esclusiva sull'invenzione. L'invenzione brevettata è liberamente trasferibile; può essere fatta oggetto di usufrutto, di diritti personali di godimento, espropriazione forzata e per pubblica utilità. Oggetto di circolazione può essere sia l'invenzione che il brevetto. La circolazione dell'invenzione avviene mediante la cosiddetta licenza d'uso, la quale attribuisce al licenziatario un diritto assoluto di uso dell'invenzione limitato nel tempo e circoscritto territorialmente. Si vedano al riguardo gli artt. 20, 23 e 63 del Codice della proprietà industriale.

¹³³ Tra i segni distintivi possono annoverarsi la ditta, il marchio e l'insegna, denominati anche nomi a dominio aziendale.

La DITTA è il nome che individua l'imprenditore e che lo stesso spende nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. Essa può essere intesa in un duplice significato: in senso oggettivo, riferita all'attività imprenditoriale, e in senso soggettivo, riguardante l'imprenditore. Entrambi i profili vengono delineati dal legislatore e si trovano disciplinati, rispettivamente, agli artt. 2563 e 2565 del codice civile. Nella sua qualità di segno distintivo dell'attività aziendale, la ditta influisce sull'avviamento e sulla clientela, incrementandoli. Una precisazione d'obbligo è necessaria con riguardo al regime di trasferimento. La ditta in senso oggettivo, in

valori della ricerca, delle licenze, delle autorizzazioni, delle concessioni, dell'immagine aziendale, della creatività, del capitale umano, della localizzazione dell'azienda.

Loro peculiarità sono rappresentate, oltre che dall'assenza di corporalità, dall'originalità e novità¹³⁷, e dalla riproducibilità¹³⁸. Mentre il requisito dell'incorporalità è proprio di tutti i beni inquadrabili in detta categoria, gli altri due requisiti sono propri solo di alcuni.

Si tratta di beni che difettano del requisito della realtà e, dunque, di beni non suscettibili di apprensione materiale diretta. Proprio a tale riguardo si dibatte se tale categoria di beni possa essere oggetto di diritti reali o di situazioni giuridiche soggettive, o se essi debbano essere considerati oggetto di diritto solo se affiancati o comunque connessi ad un bene

quanto elemento distintivo proprio di una realtà aziendale, non può che essere trasferita insieme all'azienda. Non è necessario che venga trasferita l'intera azienda, ma è sufficiente anche la cessione di un ramo di azienda o di una sola parte, benché piccola (Cass. 22 marzo 1994 n. 2755 in *Giur Comm.*, 1995, II pag. 639). *Ratio* di tale regola di trasferimento è rappresentata dalla necessità di garantire l'identità di prodotti offerti e individuati con quella determinata ditta. Ciò si presenta come forma di tutela nei confronti dei terzi che usufruiscono dei prodotti offerti dall'azienda cui la ditta fa riferimento. Sulla definizione di ditta si veda anche Cass. 10 marzo 2009 n. 16283; Cass. 17 gennaio 2007 n. 977 e Cass. 13 giugno 2000 n. 8034.

Il MARCHIO, disciplinato agli artt. 2569 ss. c.c. e dal DLgs 4/12/1992 n. 480, è il nome che contraddistingue il prodotto. Il diritto sul marchio è un diritto esclusivo e si acquista a seguito di registrazione o con l'uso, mentre si perde per scadenza, trasferimento, rinuncia o decadenza. Il trasferimento può avvenire anche indipendentemente dall'azienda e può essere per la totalità o per una parte dei prodotti o servizi per i quali è stato registrato. La cessione, inoltre, può riguardare sia il diritto esclusivo che la semplice concessione della licenza d'uso, esclusivo o non, del marchio. Si precisa, inoltre, che, al fine di poter usare il marchio, è ritenuta necessaria la titolarità di una licenza d'uso.

L'INSEGNA è il segno distintivo del locale commerciale in cui viene esercitata l'attività aziendale. Essa richiama le indicazioni contenute nel marchio e nella ditta e, dunque, il riferimento all'imprenditore e ai beni e servizi prodotti. Vedi Cass. 23 aprile 1956 n. 1042.

¹³⁴ Si tratta di programmi per calcolatori elettronici. Essi circolano per mezzo dei cosiddetti contratti informatici.

¹³⁵ Il KNOW HOW è il bene immateriale comprensivo di tutte le informazioni, le tecniche di commercializzazione e quanto di più "intimo" riguardi una determinata attività imprenditoriale e che in quanto tale deve rimanere per quanto possibile segreto. La sua divulgazione potrebbe incidere, infatti, sia sull'avviamento che sulla clientela dell'azienda, soprattutto nell'ipotesi in cui dello stesso venga fatto uso da parte di terzi. Si sogliono generalmente distinguere due aspetti: il KH industriale, riguardante lo sfruttamento di tecnologie e invenzioni, e il KH commerciale, attinente al patrimonio di conoscenze pratico - organizzative di una realtà imprenditoriale. Esso viene tutelato mediante la pattuizioni di vincoli di segreto, riservatezza e non divulgazione apposti, di solito, nei contratti di trasferimento dello stesso. Per una definizione si veda la sentenza della Corte di Cassazione, 27 febbraio 1985 n. 1699. Peculiare è il contratto di KH, mediante il quale "*si trasmettono ad altri, per lo più nella forma della licenza, i vantaggi derivanti dalle conoscenze, frutto di una propria tecnologia e di esperienze ed alle quali entrambe le parti riconoscono valore economico*". SORDELLI L., voce *Know how*, in *Enc. Giur. Treccani*, pag.6.

¹³⁶ La CLIENTELA è il complesso di persone che acquistano o che si servono dei prodotti dell'attività aziendale, seppur solo occasionalmente, ovvero il flusso di domanda di prodotti aziendali. Si tratta della situazione economica dell'azienda che si esplica nella corrente di domande, servizi e corrispettivi. Si noti che la clientela è viepiù ricompresa all'interno dell'avviamento, del quale ne costituisce parte integrante. Tuttavia, alcuni autori discernono i due strumenti.

¹³⁷ L'originalità e novità consistono nella peculiarità per cui i beni devono avere un'impronta di creatività e unicità.

¹³⁸ La riproducibilità attiene alla possibilità di riproduzione in un numero indefinito e/o indeterminabile di esemplari. Tale requisito non è presente però nei segni distintivi.

corporale. È discusso, invero, se si tratti di beni a sé stanti¹³⁹, ovvero di elementi che assumono una loro configurazione solo in considerazione ed insieme all'azienda, senza essere sussumibili nelle categorie di cui all'art. 810 c.c.¹⁴⁰, oppure, ancora, se siano qualificabili solo all'interno delle fattispecie di monopolio pubblico o privato. La ricostruzione prevalente in dottrina e giurisprudenza è, comunque, rappresentata dalla prima alternativa, giustificata sulla base dell'assunto per cui si tratta pur sempre di entità che, per quanto possano essere astratte, producono, dal loro utilizzo, una certa utilità che necessita in qualche modo di essere tutelata e che può, al pari di qualsiasi altra entità giuridica, costituire oggetto di una vicenda circolatoria.

Detti beni assumono, infatti, rilevanza all'interno dell'azienda in forza della concezione per cui “*il bene viene a definirsi tale non tanto in rapporto alla sua realtà quanto in rapporto alla sua suscettibilità di produrre nuove utilità*”¹⁴¹; utilità che sono strumentali all'azienda e all'attività imprenditoriale svolta.

Si deve anche osservare come è vero che il bene immateriale si connota per l'utilità derivante dal suo utilizzo, ma è altresì vero che il bene immateriale si costituisce di un bene corporale rappresentato da quel bene, definibile ai sensi dell'art. 810 c.c., nel quale si estrinseca l'utilità derivante dal primo¹⁴². In tal senso si afferma che a ogni bene immateriale corrisponde sempre un bene materiale, pur se indiretto, che sia allo stesso complementare¹⁴³.

Principalmente alla luce di ciò si ritiene possibile considerare i beni immateriali oggetto di diritti di qualsiasi tipo essi siano¹⁴⁴. La non corporalità di tale categoria di beni non deve indurre a pensare che essi non possano esser fatti oggetto di diritti, semplicemente l'oggetto del diritto sarà mediato, ovvero ricadrà sull'utilità derivante dal loro utilizzo. Il godimento di tali beni si configura quindi come diritto di fruire dell'utilità derivante dal loro uso.

Si afferma, di conseguenza, che i beni immateriali possano circolare sia *inter vivos* che *mortis causa*, possano essere oggetto di diritti reali di garanzia, di espropriazione e anche di cessione solamente parziale.

Perplessità si palesano per i segni distintivi. Posta la loro valenza di “diritti di individuazione”¹⁴⁵ dell'azienda, la loro circolazione deve essere tale da non trarre in inganno i terzi e proprio per questo è discussa una loro circolazione che non sia ancorata a quella dell'azienda o di un suo ramo.

¹³⁹ Ascarelli, Greco, Ferrara jr e Auletta vedi COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 2000, *cit.*, p. 303. Cfr. FRANCESCHELLI R., *op. cit.*, pag. 381 ss. I beni immateriali vengono equiparati alle energie di cui gli art. 810 c.c. Vedi GIANFELICI E., *op. cit.*

¹⁴⁰ Franceschelli e Casanova vedi COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 2000, *cit.*, p. 303.

¹⁴¹ BORTOLUZZI A., *op. cit.*, pag. 29.

¹⁴² Ricorre, pertanto, una sorta di personificazione del bene immateriale nel bene materiale in cui si presenta l'utilità derivante dal suo uso (uso del bene immateriale).

¹⁴³ Eccezione è rappresentata dal *know how*.

¹⁴⁴ In tale senso si veda ASCARELLI T., *op. cit.*, pag. 309 ss.

¹⁴⁵ Si precisa che la locuzione “diritti” deve essere utilizzata in senso atecnico. Si suole generalmente discorrere di strumenti di individuazione.

Tuttavia, la maggior parte dei beni immateriali costituenti l'azienda, tra i quali, come si vedrà anche in seguito, rientrano anche i segni distintivi, hanno "vita" autonoma rispetto al complesso nel quale sono inseriti. Si pensi al marchio, alle opere dell'ingegno, al *know how*.

Non mancano, però, delle eccezioni rappresentate dall'avviamento, comprensivo della clientela, e dalla ditta, nelle quali, per ragioni legate alla natura dei beni, come nei primi due casi (si tratta di beni inscindibilmente connessi all'attività aziendale), o per ragioni normative, come nel caso delle ditte, i beni immateriali devono necessariamente circolare congiuntamente con l'azienda.

Si deve, inoltre, precisare che il bene immateriale è generalmente considerato una creazione intellettuale tutelabile¹⁴⁶ e il diritto di utilizzo dello stesso è connotato dall'assolutezza ed esclusività. Si evidenzia anche che il diritto di esclusiva spetta a titolo originario ed *ex lege* al soggetto da cui la creazione intellettuale promana e necessita che il bene venga utilizzato non per fini meramente personali, ma nei rapporti con i terzi¹⁴⁷.

2 *Segue L'avviamento.*

Particolare trattazione deve essere necessariamente dedicata all'avviamento¹⁴⁸, bene immateriale di fondamentale importanza all'interno dell'azienda¹⁴⁹.

Esso rappresenta la capacità produttiva dell'azienda¹⁵⁰, ovvero la sua attitudine a produrre utili, profitti ed è considerato elemento portante, tanto che si arriva ad affermare che dalla sua esistenza dipende quella dell'azienda medesima.

In generale, si suole definirlo come "attitudine oggettiva dell'azienda a produrre utili"¹⁵¹; "probabilità di conseguire, nell'esercizio di un'attività che abbia come strumento un complesso di beni, utili diversi dalla somma di quelli conseguibili attraverso l'utilizzazione isolata di ciascun componente del complesso"¹⁵².

¹⁴⁶Si badi bene, però, che se i beni immateriali di solito si costituiscono dei due elementi della creazione intellettuale e dell'uso, non è necessario che un bene, per essere ritenuto tale, debba costituirsi anche dell'uso, potendo essere sufficiente la presenza di solo un processo intellettuale. ASCARELLI T., *op. cit.*, 1960.

¹⁴⁷ Logicamente salvo casi eccezionali. Si pensi alle invenzioni e alle prestazioni di lavoro, soprattutto nell'ambito del diritto industriale.

¹⁴⁸ Diverse sono le nozioni di avviamento. Una prima teoria afferma che esso è l'effetto dell'organizzazione aziendale, ovvero la qualità che i beni aziendali assumono in forza del collegamento economico che li lega tra loro. Un'altra teoria identifica l'avviamento con la clientela. Un'altra ancora sostiene sia l'attitudine a conseguire fini di lucro. Un'altra ritiene si tratti semplicemente dell'organizzazione aziendale. FERRARI B., *op. cit.*, pag. 692 ss. Cfr. voci avviamento, beni immateriali e azienda, in *Enc. giur. Treccani*.

¹⁴⁹ Si afferma in dottrina che l'avviamento è una qualità non essenziale dell'azienda. Lo stesso può esserci come può mancare, ma ciò non inficia l'azienda. Semplicemente la sua presenza attribuisce una qualità in più all'azienda. Vedi BALDUCCI D., *op. cit.*, pag. 27 ss. Si veda anche Cassazione 8/11/1983 n. 6608 e Cassazione 26/7/1978 n. 3754; Cassazione 18/02/1949 n. 280 e Cass. 2 agosto 1995 n. 8470.

¹⁵⁰ Da intendersi in senso ampio e non in maniera riduttiva. Per maggiori precisazioni vedi *infra*. Vedi *supra* nota 148.

¹⁵¹ BORTOLUZZI A., *op. cit.*, pag. 32.

¹⁵² Ascarelli in FERRARI B., *op. cit.*, pag. 695.

Si discerne, inoltre, tra avviamento oggettivo¹⁵³ e avviamento soggettivo¹⁵⁴, a seconda che ci si riferisca al complesso aziendale oppure al suo titolare.

Altra distinzione, riferibile più da vicino al *leasing* d'azienda e ai casi di circolazione della stessa in generale, è quella tra avviamento originario e avviamento derivato¹⁵⁵.

L'avviamento è influenzato dall'organizzazione aziendale, dagli altri beni che formano l'azienda, dalle modalità di utilizzo ed esercizio dell'attività aziendale, dalla cessione o disposizione di beni aziendali, dal potere rappresentativo del marchio, dalle qualità soggettive dell'imprenditore¹⁵⁶, dal mutamento di titolarità dell'azienda, dalla concorrenza, dall'ubicazione dell'azienda e dal mercato.

A chiosa di tale trattazione si mette in luce come in dottrina e giurisprudenza si discute¹⁵⁷ se l'avviamento, congiuntamente alla clientela, sia considerabile quale bene aziendale di natura immateriale, ovvero sia una qualità propria dell'azienda. In ogni caso, come ha giustamente notato un autore¹⁵⁸, l'avviamento, qualunque sia la sua configurazione, si inserisce all'interno del bilancio aziendale quale valore patrimoniale.

¹⁵³Si definisce “oggettivo” l'avviamento conseguente a fattori ed elementi insiti nel coordinamento tra i beni; l'acquirente lo acquista automaticamente con l'acquisto dell'azienda.

¹⁵⁴Si definisce “soggettivo” l'avviamento dovuto all'abilità personale dell'imprenditore come operatore di mercato.

¹⁵⁵ Si definisce avviamento “originario” quello derivante dalla gestione del complesso aziendale da parte di un imprenditore, alla cui attività imprenditoriale è riferibile; mentre costituisce avviamento “derivato” quello acquistato a titolo oneroso o gratuito e frutto della precedente gestione aziendale.

¹⁵⁶ Esercizio della medesima attività aziendale o esercizio di un'attività simile tale da incidere sulla domanda di prodotti, dunque, sull'avviamento.

¹⁵⁷ Vedi COTTINO G., *Diritto Commerciale, cit.*, pag. 237.

¹⁵⁸ COTTINO G., *Diritto Commerciale, cit.*, pag. 237.

Capitolo IV

La Circolazione dell'Azienda

Sommario: 1 Introduzione; - 2 I principi della circolazione dell'azienda; - 3 Le vicende della circolazione dell'azienda; - 4 Segue Il momento perfezionante la vicenda circolatoria dell'azienda; - 5 La tutela del terzo nella vicenda circolatoria dell'azienda; - 6 I singoli contratti d'azienda: premessa. La circolazione dell'azienda mortis causa; - 7 Segue La circolazione dell'azienda inter vivos; - 8 L'usufrutto e l'affitto d'azienda.

1 Introduzione¹⁵⁹.

L'azienda, quale entità giuridica, pur nella sua complessità, è suscettibile di atti di disposizione da parte del suo titolare e, pertanto, si rende necessario esaminare le peculiarità delle vicende circolatorie ad essa riferibili.

Al riguardo, si evidenzia come unica definizione normativa di vicenda circolatoria è quella contenuta nel quinto comma dell'art. 2112 c.c., in materia di successione nei rapporti di lavoro a seguito di cessione d'azienda, in cui si afferma che “[...] *si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano, altresì, al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*”.

Per vicenda circolatoria deve intendersi, come affermato dai più autorevoli esponenti della dottrina in materia, non solo la cessione della titolarità dell'azienda o di un suo ramo¹⁶⁰, ma anche la concessione del solo godimento, sia nel suo complesso che di singoli rami o beni afferenti al complesso aziendale¹⁶¹.

¹⁵⁹ Per approfondimenti bibliografici, si rinvia *supra* alla parte sull'azienda. Il contratto di *Leasing* e l'Azienda: profili generali II e III.

¹⁶⁰ Cass. 13 ottobre 2009 n. 21697.

¹⁶¹ Vedi CASANOVA M., *op. cit.*; AULETTA G., *op. cit.*; FERRARI B., voce *op. cit.*, pag. 692 ss. Si veda anche la giurisprudenza della Cassazione, la quale afferma che “*Deve intendersi come cessione di azienda il trasferimento di una entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo. Al fine di un simile accertamento occorre la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nella avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, nell'eventuale trasferimento della clientela, nonché nel grado di analogia tra le attività esercitate prima e dopo la cessione. In particolare se non è necessaria la cessione di tutti gli elementi che normalmente costituiscono l'azienda, deve tuttavia apparirsi che nel complesso di quelli ceduti permanga un residuo di organizzazione che ne dimostri la loro attitudine all'esercizio dell'impresa, sia pur mediante la successiva integrazione da parte del cessionario. (Nella specie la sentenza impugnata è stata cassata per non essersi la società data carico di accertare se nella cessione di alcuno dei beni originariamente costituenti l'attività aziendale di una società fosse possibile cogliere un coordinamento e una*

Si mostra, dunque, doveroso analizzare i principi e le vicende tipiche della circolazione e per poi soffermarsi sulle modalità in cui la stessa avviene.

2 I principi della circolazione dell'azienda.

Quantunque non esista una regola unitaria per la circolazione dell'azienda¹⁶², si può affermare che quattro sono i principi, enucleati da dottrina e giurisprudenza, a cui la stessa deve conformarsi:

- 1) Presenza di un complesso aziendale: individuazione dell'azienda e della sua consistenza¹⁶³;

organizzazione tale da consentire di affermare che l'insieme degli stessi beni avesse conservato nel trasferimento una propria identità" Cassazione civile, sez. I, 09 ottobre 2009, n. 21481. Si veda in senso conforme anche la sentenza della Corte di Giustizia 18 marzo 1986 n. 24/1985, in *Foro It.*, 89, IV, 11.

¹⁶² La circolazione d'azienda avviene, infatti, secondo le regole di circolazione dettate per ciascuna tipologia di bene che la costituisce. Vedi in merito GALGANO F., *Diritto commerciale. Edizione compatta, L'imprenditore. Le società*, Zanichelli 2010, pag. 41 ss.

¹⁶³ Il primo principio regolatore implica la determinazione di tutti quei criteri necessari al fine di verificare se oggetto del contratto, costituente presupposto per la vicenda circolatoria, sia rappresentato dall'azienda. Invero, il complesso di beni, oggetto di un determinato contratto, non necessariamente deve costituire un'azienda, ben potendo essere un'associazione, anche casuale, di beni, senza relazione alcuna.

Entrando più nello specifico, si può affermare che esistono due ordini di criteri al fine di individuare se l'oggetto del contratto è rappresentato dall'azienda: un criterio oggettivo e un criterio soggettivo.

Il criterio oggettivo si riferisce alla presenza di un vincolo economico-funzionale tra i beni, all'esistenza di un progetto aziendale, e la sua applicazione inerisce agli elementi essenziali dell'azienda.

Il criterio soggettivo, invece, si riferisce alla volontà delle parti come espressa e manifestata attraverso il contratto. Più in particolare, indici di riferimento sono rappresentati dalla considerazione che le parti hanno del complesso di beni, ovvero se i beni vengono considerati singolarmente o come una universalità. E ciò può essere dedotto sia dalle modalità di identificazione dei singoli beni, sia dalla espressa indicazione della loro relazione teleologica, sia dalla stessa determinazione del prezzo (se effettuato per singoli beni o per il complesso aziendale). Altri indici sono rappresentati dal tipo di obblighi dedotti in contratto, come, per esempio, gli obblighi di trasferimento di notizie relative a clienti e fornitori, l'individuazione di ausiliari dell'imprenditore, l'obbligo di non concorrenza, l'obbligo di trasferimento dei contratti, il trasferimento delle situazioni debitorie e creditore aziendali.

Dall'interazione di questi due criteri si determina, oltre l'oggetto della cessione, anche la disciplina applicabile alla vicenda di trasferimento. Infatti, se i due criteri comportano una soluzione coincidente si applicherà o non si applicherà, senza dubbio, la disciplina sull'azienda; se invece la loro applicazione comporta soluzioni opposte verranno sicuramente applicate in ogni caso le norme a tutela dell'affidamento dei terzi (artt. 2557 e 2560 c.c.).

Come prima precisato, l'identificazione dell'azienda comporta anche la relativa analisi della consistenza aziendale e dunque la verifica dell'effettività del complesso di beni.

Tale dato può essere, per esempio, ricavato dall'analisi di un inventario redatto dalle parti e allegato al contratto di cessione. Si deve, però, mettere in evidenza come il valore di un tale inventario si mostra di controversa interpretazione. Ci si interroga se lo stesso debba essere considerato quale elenco tassativo o quale elenco esemplificativo dei beni aziendali.

Si chiarisce, inoltre, che la determinazione della consistenza aziendale ha una rilevanza ai fini della sola determinazione del tipo di impresa, grande, media o piccola. Vedi Cass. 29 luglio 1966 n. 2714 e Cass. 23 maggio 1973 n. 1516. Per maggiori approfondimenti si rinvia alla trattazione sul *leasing* d'azienda.

In ogni caso, si precisa che ai fini della sussistenza di una valida circolazione d'azienda e del suo trasferimento non è necessaria l'indicazione analitica di tutti i beni costituenti il complesso aziendale, potendo gli stessi beni, secondo la dottrina dominante, essere individuati *per relationem* ai sensi dell'art. 2555 c.c., ovvero facendo

- 2) La circolazione dell'azienda comporta necessariamente il sorgere in capo alle parti di obblighi di fare di vario genere¹⁶⁴, la successione nel complesso dei rapporti aziendali¹⁶⁵ e il trasferimento congiunto della ditta e delle scritture contabili¹⁶⁶;
- 3) La circolazione dell'azienda deve essere tale da mantenere costante l'avviamento;
- 4) La circolazione dell'azienda deve essere finalizzata alla continuazione dell'attività imprenditoriale da parte del nuovo imprenditore acquirente.

Occorre, tuttavia, fare alcune ulteriori precisazioni.

Invero, sebbene si ritenga che la circolazione dell'azienda comporti sempre un trasferimento e dunque una successione nell'impresa, la dottrina non si trova concorde al riguardo tanto che non tutti gli autori condividono tale assunto.

Si afferma, infatti, che non sempre il trasferimento di un'azienda comporta il subingresso nell'impresa, posto che non è condizione necessaria che il soggetto, che vi subentra, possieda la qualità di imprenditore, ovvero che abbia interesse a proseguire l'attività d'impresa, potendo semplicemente essere interessato all'acquisto dell'azienda a scopo, magari, di provvedere egli stesso, successivamente, al trasferimento della stessa a terzi¹⁶⁷. Tanto ciò vero che, si asserisce, di successione può parlarsi solo ed esclusivamente con riferimento ai

riferimento a tutti i beni, i quali, in possesso o proprietà del cedente, siano orientanti all'esecuzione dell'attività produttiva d'azienda e siano per la stessa necessari (*relatio* formale e/o *relatio* sostanziale). Ciò che rileva è che l'oggetto sia determinato e/o determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c. Le parti devono solo necessariamente indicare i beni che eventualmente intendono escludere dal trasferimento dell'azienda, ciò, però, nei limiti secondo cui il compendio trasferito possa essere inteso e considerato quale azienda o ramo d'azienda. Si veda al riguardo GALGANO F., *Diritto civile e Commerciale, cit.*, pag. 92 ss. Cfr. GALGANO F., *Diritto commerciale. Edizione compatta, L'imprenditore. Le società, cit.*, pag. 41 ss. Vedi anche Cass. 16 Giugno 1967 n. 1416 in *Mass. Foro It.*, 1967 (con riguardo soprattutto all'affitto d'azienda). Cfr. Cass. 9 settembre 1979 n. 4094; Cass. 19 aprile 1996 n. 3627, in *Mass.*, 1996; Cons. Stato 20 dicembre 2001 n. 6318, in *Foro Amm.*, 2002; Cass. 15 ottobre 2002 n. 14647, in *Dir. e Giust.*, 2002. Quanto appena affermato trova riscontro anche nella considerazione per cui l'azienda al momento del suo trasferimento ovvero della sua circolazione viene considerata in maniera unitaria. L'operazione di identificazione del complesso aziendale risulta necessaria, altresì, al fine di valutare se l'azienda durante le vicende circolatorie mantenga la sua potenzialità produttiva. COTTINO G., *Diritto Commerciale*, 1993, *cit.*, pag. 249 e AULETTA G., *op. cit.*, pag. 14. Cfr. Colombo in CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring, cit.*, pag. 162. Vedi anche Cass. 9 aprile 1982 n. 2198 e Cass. Civ. 28 Novembre 1981 n. 6361. Oltre a ciò, si tratta di un'operazione rilevante sia per la determinazione della disciplina applicabile sia per l'individuazione della relativa e necessaria tutela dei terzi, che, in qualche modo, risultano interessati da tale vicenda modificativa.

¹⁶⁴ Si tratta in particolare dell'obbligo di consegna beni, dell'obbligo di non concorrenza, dell'obbligo di comunicazione dei segreti di fabbricazione, del *know how* e delle idee di organizzazione.

¹⁶⁵ Vedi Cass. 19 novembre 2007 n. 23857; Cass. 13 giugno 2006 n. 13676 e Cass. 26 marzo 1996 n. 2714.

¹⁶⁶ Si deve puntualizzare, a tal riguardo, che la ditta non necessariamente deve essere trasferita all'acquirente aziendale, ben potendo l'alienante riservarsi la titolarità della stessa. Nonostante ciò, nell'eventualità di trasferimento, questo (ovvero il trasferimento della ditta) è sempre associato alla cessione d'azienda. Si mette anche in evidenza come la giurisprudenza ha individuato nella forma scritta della cessione uno dei criteri da rispettare per l'efficacia del trasferimento. Vedi COTTINO G., *Diritto Commerciale, cit.*, pag. 322.

¹⁶⁷ Vedi COTTINO G., *Diritto Commerciale, cit.*, pag. 249. Vedi anche Cass. civ., 22 gennaio 1983, n. 623, in *Giust. civile*, 1983, I, 3014.

rapporti giuridici che ne costituiscono l'azienda e che a questa sono correlati, mai riguardo all'impresa, la quale è pura e semplice attività¹⁶⁸.

Senza dubbio alcuno, invece, la vicenda circolatoria dell'azienda conduce sempre al trasferimento non solo dei singoli diritti afferenti ai singoli elementi del complesso di beni, ma anche dei contratti, dei debiti e dei crediti aziendali¹⁶⁹. Tale problema logicamente non si pone proprio nel caso in cui si avvalli la teoria dell'azienda come *universitas iuris*.

A conclusione di tale discorso, si evidenzia come il trasferimento è comunque tale solo se “*l'acquirente sia messo nella condizione di godere della attitudine produttiva dell'organismo aziendale ceduto se non nelle condizioni in cui godeva l'alienante, almeno in parte*”¹⁷⁰.

3 *Le vicende della circolazione dell'azienda.*

Dopo averne analizzato i principi, occorre ora procedere ad analizzare nel dettaglio gli effetti della circolazione dell'azienda e dunque il fenomeno successorio, il quale può essere così schematizzato¹⁷¹:

a) Successione *ipso iure* nei contratti ai sensi dell'art. 2558 c.c.

Innanzitutto, la successione nei contratti¹⁷² riguarda i soli contratti in corso di esecuzione o ancora da eseguire, aventi prestazioni corrispettive¹⁷³, stipulati per l'esercizio dell'azienda¹⁷⁴, dunque pertinenti all'azienda, e non aventi carattere personale¹⁷⁵. Laddove sia stata interamente eseguita la prestazione da parte di uno

¹⁶⁸ L'avente causa non continua l'attività d'impresa del dante causa, ma acquista un diritto *ex novo*. Si discorre, infatti, di acquisto a titolo originario. GALGANO F., *Diritto commerciale. Edizione compatta, L'imprenditore. Le società, cit.*, pag. 41 ss. cfr. GALGANO F., *Diritto civile e Commerciale, cit.*, pag. 57 ss.

¹⁶⁹ La cessione dell'azienda ha carattere globale e unitario. Vedi Cassazione 13 luglio 1973 n. 2031.

¹⁷⁰ FERRARI B., *op. cit.*, pag. 704. Vedi anche Cass. 9 ottobre 2009 n. 21481.

¹⁷¹ A tal riguardo si fa riferimento al dettame di cui agli artt. 2558 ss. c.c., i quali costituiscono il cosiddetto “statuto d'azienda”. CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring, cit.*, pag. 162.

¹⁷² Un esempio di contratti nei quali è prevista una successione legale in caso di trasferimento di azienda sono i contratti di consorzio, come previsto all'art. 2610 c.c.

¹⁷³ Cfr. Cass. Civ. 7 novembre 2003 n. 16724, in *Guida al diritto*, 47/2003, pag. 36.

¹⁷⁴ Si suole discernere al riguardo tra contratti aziendali e contratti d'impresa. Mentre i primi solo quelli che vengono stipulati al fine della costituzione del complesso aziendale, nel caso in cui i beni, che ne sono oggetto, non siano di proprietà del titolare aziendale (si pensi, per esempio, ai contratti aventi ad oggetto il godimento di beni immobili e mobili), i secondi, invece, sono quelli stipulati per l'esercizio dell'attività produttiva perseguita (si pensi, per esempio, ai contratti per la fornitura di servizi, prodotti dall'attività d'impresa). La *ratio* di trasferimento dei contratti d'azienda risiede nell'esigenza di mantenere l'integrità del compendio aziendale e la sua idoneità allo svolgimento dell'attività d'impresa. La *ratio* della cessione dei contratti d'impresa, invece, è rappresentata dal mantenimento costante di clientela e avviamento. Si vedano in merito Cass. 8 Luglio 1987 n. 5938 e Cass. civ. 2 Marzo 2002 n. 3045. Cfr. Cass. Civ. 7 dicembre 2005 n. 27011, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass. Civ. 12 aprile 2001 n. 5495, in *Contratti*, 2002, pag. 266. Cfr. Cass. 22 luglio 2004 n. 13651. In particolare, ad esempio, la cessione si verifica relativamente ai contratti di lavoro, ai contratti di fornitura, di agenzia, di assicurazione, di locazione, di edizione, di *leasing*, di consorzio, stipulati nell'esercizio dell'impresa.

¹⁷⁵ Rivestono carattere personale quei contratti che si caratterizzano per individualità, insostituibilità del contraente. “*Contratti a carattere personale ai sensi dell'art. 2558 c.c. sono quelli alla cui conclusione l'alienante dell'azienda si è determinato in base a scelta che oltre alla logica dell'impresa nel cui esercizio sono state assunte risalgono anche a ragioni*

solo dei contraenti sussiste, invece, solo un debito o un credito, e, pertanto, trovano applicazione gli artt. 2559 e 2560 c.c.¹⁷⁶

In secondo luogo, in deroga alla disciplina generale della cessione del contratto, come delineata all'art. 1406 c.c., la stessa, in caso di azienda, avviene in maniera automatica¹⁷⁷, cioè di diritto, senza la necessità del consenso del contraente ceduto¹⁷⁸. Si deve, comunque, mettere in evidenza come, proprio in conseguenza di tale deroga, il legislatore ha provveduto a tutelare il terzo, ossia il contraente ceduto, mediante la previsione, in suo favore, della facoltà di recesso per giusta causa¹⁷⁹. In questo caso il terzo, oltre a recedere dal contratto, ha la possibilità di richiedere il risarcimento del danno nell'ipotesi in cui provi che ricorra colpa o dolo in capo all'altro contraente che ha provveduto a cedere il contratto aziendale a terzi.

b) Successione nei debiti ai sensi dell'art. 2560 c.c.

Con il trasferimento dell'azienda, l'acquirente subentra nei debiti aziendali¹⁸⁰, ovvero in tutti quei debiti contratti per l'organizzazione e la gestione aziendale. La successione nei debiti è, però, condizionata ad un espresso accordo con i creditori, i quali devono consentire al subingresso del terzo acquirente. In caso contrario, infatti, i debiti permangono solo in capo all'alienante, unico responsabile.

personali, ovvero a valutazioni di interesse dello stesso alienante che l'acquirente non può condividere? (Cass. 12 aprile 2001 n. 5495). In merito si veda anche l'art. 1429 n. 3 c.c.

¹⁷⁶ Cfr. Cass. sez. lav. 2 marzo 2002 n. 3045, in *Diritto e pratica delle società*, n. 21/2002, pag. 63. V. anche CINTIOLI A. - D'AMICO G. - GUERRERA A. - LATELLA D., *Gli effetti legali del trasferimento*, in *I trasferimenti d'azienda*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pag. 242.

¹⁷⁷ La cessione, per contro, può essere evitata soltanto mediante la stipulazione di un patto di esclusione della stessa intercorrente tra i contraenti originari, salvo che ciò incida negativamente sulla fisionomia aziendale. La cessione è, comunque, esclusa ogni volta che la prestazione dedotta ad oggetto del contratto sia di carattere personale (per esempio, associazione in partecipazione, mandato, contratti bancari), oppure si tratti di contratti a titolo gratuito o con obbligazioni a carico di una sola parte. In tali ipotesi la cessione del contratto avviene in conformità alle regole generali e, dunque, solo in presenza del consenso del contraente ceduto. AULETTA G., *op. cit.*, pag. 19.

¹⁷⁸ Si discute, tuttavia, della natura di tale automaticità, ovvero ci si interroga se la stessa dipenda dal semplice dettato normativo di cui agli artt. 2558, 2121, 2610 c.c. o se possa essere individuato una sorta di legame di tipo accessorio tra il contratto e il complesso aziendale (rapporto giuridico in senso stretto). Si veda Cass. Civ. 19 febbraio 2004 n. 11318, in *Giur. it.*, 2005, 81, in cui si statuisce che *“in tema di affitto d'azienda, la disciplina legale considera come effetto naturale dell'affitto, salvo patto contrario, il sub ingresso dell'affittuario nei contratti inerenti al suo esercizio che non abbiano carattere personale [...] Ne consegue che, in presenza di detti presupposti (inerenza del contratto all'azienda; carattere non personale dello stesso), affinché si realizzi la successione dell'affittuario nel contratto, non è necessario dimostrare il consenso del terzo contraente”*. Cfr. Cass. 15 settembre 2009 n. 19870.

¹⁷⁹ Per il concetto di giusta causa si fa riferimento, per esempio, alla situazione patrimoniale dell'acquirente ovvero all'insufficienza di attrezzature e/o risorse per lo svolgimento dell'attività imprenditoriale.

¹⁸⁰ Si precisa che si fa riferimento ai c.d. “debiti puri”, che non derivano cioè da contratti a prestazioni corrispettive ancora ineseguiti da entrambe le parti. La norma si applica alla generalità dei debiti aziendali, fatta eccezione per i debiti di lavoro e per i debiti nei confronti di enti di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro ai quali si applica l'art. 15 D.P.R. 30.6.65 n. 1124. Per quanto riguarda poi i debiti di natura tributaria, la disciplina in esame deve essere integrata con quanto disposto dall'art. 14 del DLgs 472/1997 e dagli artt. 66 e 80 DPR602/1973. Sull'inapplicabilità dell'art. 2560 c.c., e in particolare dell'obbligo della conoscibilità contabile come limite alla responsabilità solidale dell'acquirente dell'azienda, ai debiti tributari, si veda la sentenza della Corte di Cass. sez. trib. 18 giugno 2008 n. 16473.

Allorquando avvenga il subingresso dell'acquirente, si afferma che sorge comunque in capo all'acquirente una responsabilità aggiuntiva a quella sussistente in capo all'alienante per ciò che concerne tutti i debiti aziendali anteriori al trasferimento (responsabilità solidale), salvo consenso dei creditori alla liberazione dell'alienante. In quest'ultima ipotesi, l'acquirente dell'azienda rimane unico responsabile per tutti i debiti aziendali presenti al momento del trasferimento¹⁸¹. Si deve, tuttavia, trattare di debiti conosciuti e/o conoscibili dall'acquirente con la dovuta diligenza e in caso di trasferimento di un'azienda commerciale ricorre una presunzione di conoscenza con riferimento ai debiti risultanti dai libri contabili¹⁸². Infatti, in tale ultimo caso, se i debiti non sono registrati ricorre la responsabilità del solo alienante¹⁸³.

Si ammettono, altresì, deroghe fondate su un accordo tra acquirente e creditori, ai sensi del primo comma dell'art. 2560 c.c., in forza del quale i singoli creditori possono liberare l'acquirente. *Ratio* di tale deroga è, da un lato, quella di tutelare l'acquirente, con la previsione della continuazione del vincolo in capo all'alienante; e dall'altro lato, quella di non sottrarre il patrimonio dell'alienante al soddisfacimento delle ragioni dei terzi creditori, tutelando così l'affidamento che i creditori hanno fatto sulla proprietà dell'azienda da parte dell'alienante al momento della conclusione del contratto. L'azienda, anche se trasferita, continua, quindi, in questo caso, a garantire i debiti aziendali¹⁸⁴, fatta salva una responsabilità personale e sussidiaria dell'alienante.

In ogni caso, se i debiti risultano dai libri contabili obbligatori, e se i creditori non consentono espressamente ad alcuna liberazione del cedente o del ceduto, la responsabilità dell'acquirente nei confronti dei creditori si aggiunge a quella dell'alienante¹⁸⁵, senza sostituirsi ad essa. Permane, pertanto, sempre una responsabilità dell'alienante, salvo che ricorra una manifestazione di consenso del creditore ceduto¹⁸⁶. Ecco perché, per la maggior parte degli autori¹⁸⁷, ricorre, in tali ipotesi, un accollo cumulativo o liberatorio.

¹⁸¹ Cassazione 25 febbraio 1987 n. 1990.

¹⁸² Si tratta di una presunzione di conoscenza dei debiti da parte dell'acquirente, la quale fa salva la prova contraria. Si vedano le seguenti sentenze Cass. 20 marzo 1990 n. 2319 e Cass. 11 maggio 1976 n. 1658. Sulla inderogabile necessità, ai fini della successione, della conoscibilità contabile dei debiti, si vedano Cass. Civ. 20 giugno 2000 n. 8363; Cass. Civ. 29 aprile 1998 n. 4367, in *Giust. Civ.*, I, 1857; Cass. Civ. 20 giugno 1998 n. 6173, in *Gius.*, 1998, pag. 2567 ss.

¹⁸³ Cassazione 25 gennaio 1961 n. 113. Cfr. CAss. 29 marzo 2010 n. 7517.

¹⁸⁴ Così MANZINI G., *La cessione dell'azienda: iscrizione nel registro delle imprese e successione nei contratti, cessione dei crediti e responsabilità per i debiti relativi all'azienda ceduta*, in *Contratto e Impresa*, 3, Cedam Padova, 1998, pag.1284.

¹⁸⁵ Sul punto la giurisprudenza è costante. Si veda su tutte Cass. Civ. 29 aprile 1998 n. 4367, in *Giust. Civ.*, 1998, I, pag. 1857.

¹⁸⁶ Si precisa che acquirente ed alienante sono obbligati solidalmente soltanto nei confronti dei creditori. Nel silenzio della legge in merito ai rapporti interni, si ritiene, infatti, che tra le parti non operi alcun tipo di solidarietà, e che debitore effettivo rimanga esclusivamente l'alienante; pertanto, l'acquirente che paga un debito pregresso dell'azienda ha diritto di agire in regresso nei confronti dell'alienante. La norma posta dall'art. 2560 c.c. non prevede, infatti, una successione nel debito, ma un'ipotesi, come già detto, di accollo interno *ex lege*.

- c) Successione *ipso iure* nei crediti ai sensi dell'art. 2559 c.c.¹⁸⁸

Il trasferimento dell'azienda¹⁸⁹ comporta il subingresso dell'acquirente nei crediti inerenti all'azienda¹⁹⁰, ovvero nei crediti relativi a beni e servizi necessari per l'attività aziendale¹⁹¹, senza che si renda necessaria l'accettazione o la notifica diretta al debitore ceduto¹⁹². Inoltre, la cessione dei crediti aziendali ha effetto nei confronti dei terzi dal momento dell'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese¹⁹³. Il debitore ceduto è, comunque, liberato se paga in buona fede all'alienante.

Quando i crediti relativi all'azienda ceduta sono crediti vantati nei confronti di Pubbliche Amministrazioni o se si tratta di crediti tributari nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria, la disciplina in esame deve essere integrata con le disposizioni dettate agli artt. 69 e 70 del RD 2440/23.

- d) Successione *ipso iure* nei rapporti di lavoro inerenti all'azienda ai sensi degli artt. 2112 c.c. e 410, 411 c.p.c.¹⁹⁴

Il lavoratore continua a svolgere le proprie mansioni sotto la direzione dell'acquirente, con applicazione del trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi in vigore al momento del trasferimento¹⁹⁵. Acquirente e alienante sono obbligati solidalmente per i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento, salvo consenso del lavoratore alla liberazione dell'alienante. Anche in questa ipotesi è presente un accollo cumulativo o liberatorio su discrezionalità delle parti. Il lavoratore può far valere nei confronti dell'acquirente tutti i diritti che vantava nei confronti del datore di lavoro precedente (alienante). Il lavoratore, infatti,

Così O. CIPOLLA, *Cessione, affitto e restituzione d'azienda: brevi note sulla sorte di debiti e contratti*, in *Giur. it.*, 1, 2005, pag. 82.

¹⁸⁷ Si discorre di accollo legale esterno. Si veda Capozzi, Ascarelli, Auletta, Bianca in PLASMATI M., *Il leasing d'azienda*, in *Contratto e Impresa*, 2007, pag. 381. Vedi anche GALGANO F., *Diritto commerciale. Edizione compatta, L'imprenditore. Le società, cit.*, pag. 49.

¹⁸⁸ Per quanto concerne la disciplina applicabile, qualche autore ritiene che trovi applicazione esclusivamente l'art. 2559 c.c. e non anche la disciplina generale di cui agli artt. 1260 ss c.c. COTTINO G., *Diritto Commerciale, cit.*, pag. 256.

¹⁸⁹ Alcuni autori ritengono che la cessione dei crediti aziendali necessiti di un atto di cessione *ad hoc*. COTTINO G., *Diritto Commerciale, cit.*, pag. 255.

¹⁹⁰ Si precisa che i crediti cui si riferisce la disposizione in esame sono i c.d. "crediti puri", rispetto ai quali non è individuabile un debito corrispettivo; laddove tale debito esistesse, si rientrerebbe, infatti, nell'ambito di applicazione dell'art. 2558 c.c.

¹⁹¹ Si può anche trattare di crediti in moneta, come quelli verso i clienti dei prodotti.

¹⁹² Vedi Cassazione 4 marzo 1968 n. 707. Cfr. Cass. 13 giugno 2006 n. 13676. E' evidente la volontà del legislatore di semplificare le formalità richieste per la cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta, rispetto alla disciplina generale della cessione del credito posta dagli artt. 1260 ss. c.c. Tuttavia, si rende necessaria o comunque preferibile la comunicazione ai debitori della cessione dell'azienda, onde evitare eventuali problemi in sede di individuazione del soggetto effettivo creditore.

¹⁹³ La dottrina prevalente ritiene che l'iscrizione nel registro delle imprese valga a rendere efficace la cessione non soltanto verso i terzi, ma anche nei confronti del debitore ceduto, indipendentemente, quindi, dalla notifica del trasferimento o dalla sua accettazione. Così MANZINI G., *op. cit.*; SAVIOLI G., *Le operazioni di gestione straordinaria*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pag. 110.

¹⁹⁴ Si veda anche l'applicazione dell'art. 2103 c.c. e dell'art. 428 della Legge 29 dicembre 1990 n. 428.

¹⁹⁵ Cass. 6 luglio 2009 n. 15820 e Cass. 16 aprile 2009 n. 9012.

conserva, durante il trasferimento, uno “stato di diritto” costituito di stabilità o continuità dell’impiego, del trattamento economico, dell’attività di servizio o di quiescenza, delle ferie, della qualifica, delle mansioni da svolgere, della durata del rapporto di lavoro, se a termine.

Le parti, però, potrebbero prevedere lo scioglimento del rapporto di lavoro incardinato dall’alienante e la stipulazione di uno nuovo a nuove condizioni con l’acquirente.

Regime di continuità è previsto anche per l’osservanza dei contratti collettivi di lavoro¹⁹⁶.

e) Divieto di concorrenza ai sensi dell’art. 2557 c.c.¹⁹⁷

L’alienante deve astenersi dall’esercizio di una nuova attività d’impresa che sia tale da menomare la potenzialità produttiva dell’azienda trasferita e tale da sviarne la clientela. Tenendo sempre in considerazione tale enunciato, il divieto risulta essere circoscritto sia temporalmente, in quanto non può estendersi a più di cinque anni dall’avvenuto trasferimento, sia geograficamente, con riferimento alla zona di ubicazione della nuova attività imprenditoriale rispetto a quella ceduta, e sia merceologicamente riguardo al tipo di beni e servizi offerti. Il divieto si riferisce allo svolgimento di un’attività imprenditoriale sia diretta che indiretta (esercizio attraverso altri soggetti prestanome o esercizio per conto altrui).

Tuttavia, il divieto di concorrenza non deve essere tale da impedire al cedente l’azienda di poter esercitare un propria attività d’impresa. Sulla base di ciò si richiede che l’attività svolta dall’alienante si concretizzi in una “nuova impresa”, in tal modo ritenendo di non poter sussumere, all’interno del divieto in questione, lo svolgimento di un’attività imprenditoriale per mezzo di imprese già esistenti anteriormente al trasferimento. Unico limite è il non creare lo sviamento di clientela. In ogni caso è fatto salvo il patto contrario¹⁹⁸.

In caso di violazione del divieto di concorrenza, il soggetto leso può tutelarsi scegliendo tra tre possibili alternative: può richiedere al giudice l’inibitoria del comportamento lesivo, può agire per ottenere il risarcimento del danno patito o può chiedere la risoluzione del contratto.

Dalla previsione del divieto di concorrenza discende in capo all’alienante l’obbligo di comunicazione all’acquirente di tutte le informazioni attinenti alla clientela e all’esperienza professionale maturata circa i rapporti commerciali afferenti all’azienda ceduta.

¹⁹⁶ Art. 47 L. 29/12/1990 n. 428.

¹⁹⁷ Esso è volto a garantire il pieno godimento della consistenza economica, della capacità produttiva, e in particolare dell’avviamento soggettivo dell’azienda e il mantenimento costante dell’avviamento e della clientela ceduti. Per approfondimenti vedi in particolare AULETTA G., *Alienazione dell’azienda e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, pag. 1223 ss. Cfr. FERRARI B., *op. cit.*, pag. 702 ss. Sul carattere di non eccezionalità si veda Cass. Civ. 23 aprile 1980 n. 2669, in *Giur. comm.*, 1981, II, 11; Cass. Civ. 20 gennaio 1997 n. 549, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 1289. Cfr. Cass. 16 aprile 2008 n. 10062 e Cass. 19 novembre 2008 n. 27505.

¹⁹⁸ Vedi BALDUCCI D., *op. cit.*, pag. 358 ss.

- f) Trasferimento dell'avviamento¹⁹⁹ come conseguenza della cessione di debiti e crediti.
- g) Il cedente l'azienda perde la qualifica di imprenditore, salvo che la cessione abbia ad oggetto un ramo d'azienda o lo stesso sia titolare di altre imprese e/o aziende e continui comunque ad esercitare l'attività imprenditoriale, nonostante l'avvenuta cessione.

Si precisa, infine, che la disciplina sopra analizzata è caratterizzata dalla derogabilità, tale che le parti possono prevedere una cessione dell'azienda con modalità diverse²⁰⁰.

4 *Segue Il momento perfezionante la vicenda circolatoria dell'azienda.*

Degno di analisi è il momento perfezionante la circolazione dell'azienda.

Due sono i momenti cui si deve fare riferimento:

- la stipulazione dell'atto di trasferimento dell'azienda, momento in cui il trasferimento esplica efficacia esclusivamente *inter partes*;
- l'iscrizione del trasferimento nel registro delle imprese, ovvero la trascrizione dell'atto di trasferimento nei pubblici registri, quale discende dalla disciplina generale, momento in cui il trasferimento produce efficacia *erga omnes*.

5 *La tutela del terzo nella vicenda circolatoria dell'azienda.*

Prima di passare ad analizzare più nel concreto la circolazione dell'azienda, si pone d'obbligo trattare il profilo della tutela del terzo.

Con il termine "terzo" deve intendersi sia l'originario titolare del rapporto aziendale trasferito (debitore, creditore, lavoratore, altro contraente rimasto esterno alla cessione) sia, più in generale, qualsiasi soggetto che possa essere interessato dal trasferimento dell'azienda anche per via indiretta o riflessa.

A tutela delle ragioni della prima categoria di terzi il legislatore ha previsto il diritto di recesso, con relativo effetto dello scioglimento del contratto, oggetto di cessione.

Il recesso deve essere esercitato nel rispetto di tre principali condizioni:

- deve essere esercitato, a pena di decadenza, entro il termine di tre mesi dalla notizia (diretta o indiretta) dell'avvenuto trasferimento;
- deve essere esercitato nei confronti di entrambi i contraenti dell'atto di trasferimento con la seguente duplice valenza (1) di manifestazione di volontà di sciogliere il rapporto, nei confronti dell'alienante, e (2) di efficacia meramente informativa, nei

¹⁹⁹ Si tenga presente al riguardo la distinzione tra avviamento oggettivo e avviamento soggettivo. Oggetto di trasferimento sarà sicuramente l'avviamento oggettivo, mentre perplessità ricorrono per quello soggettivo, data la sua inerenza alle qualità dell'imprenditore cedente. Vedi *infra*.

²⁰⁰ Trattasi di una diversità di contenuto della vicenda di circolazione dell'azienda quanto a beni, diritti, contratti e situazioni giuridiche in genere da trasferire. Si veda Cassazione 15 febbraio 1979 n. 1001.

confronti dell'acquirente. Si tratta di una condizione di validità ed efficacia del recesso;

- deve ricorrere una giusta causa²⁰¹, rappresentata da qualsiasi mutamento della situazione del terzo causato dal trasferimento (organizzazione aziendale successiva al trasferimento, condizioni patrimoniali, qualità soggettive ed esecuzione prestazione dal nuovo subentrante), tale da arrecare allo stesso un pregiudizio e tale che lo stesso non avrebbe stipulato il contratto o lo avrebbe stipulato a condizioni diverse.

Il recesso in questione è un recesso in senso tecnico, come previsto ai sensi dell'art. 1373 c.c., con effetti irretroattivi²⁰².

In aggiunta al recesso, il terzo ha sempre la possibilità di richiedere il risarcimento del danno, posta la presenza di una responsabilità dell'alienante, come esplicitamente prevista dallo stesso dettato normativo di cui all'art. 2558 secondo comma c.c.²⁰³

Quanto ai debitori ceduti è prevista la generale regola della notificazione o comunque della funzione di pubblicità conseguente all'iscrizione dell'atto di cessione nel registro delle imprese.

Quanto ai creditori, come già argomentato, la tutela è rappresentata dalla necessità del loro consenso. Sono i creditori a decidere le modalità di esecuzione del trasferimento delle situazioni debitorie, potendo essere prevista una responsabilità aggiuntiva e solidale del cedente l'azienda e dell'acquirente ovvero una responsabilità in capo ad uno di essi con liberazione rispettivamente del cedente l'azienda o dell'acquirente.

A tutela delle ragioni della seconda categoria di terzi, invece, riveste fondamentale importanza la pubblicità derivante dall'iscrizione delle vicende circolatorie nel registro delle imprese degli atti di trasferimento. In tal modo si consente ai terzi non solo di venire a conoscenza della vicenda in sé, ma altresì di apprendere l'eventuale differente attività produttiva imprenditoriale svolta mediante l'azienda ceduta.

A tal fine si auspica che i soggetti dell'operazione pongano in essere anche iniziative pubblicitarie dirette, evitando il massimo possibile il crearsi di falsi o ingannevoli affidamenti²⁰⁴.

6 I singoli contratti d'azienda: premessa. La circolazione dell'azienda *mortis causa*.

La circolazione dell'azienda può avvenire sia *mortis causa* che *inter vivos*.

Nel primo caso troveranno applicazione le norme generali in materia di successione a causa di morte.

²⁰¹ Si tratta di un concetto cosiddetto relativo in quanto viene determinato in base alla concreta valutazione e rapporto tra la situazione economica e soggettiva dell'acquirente e la situazione dell'alienante. FERRARI B., *op. cit.*, pag. 723. Cfr. AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, *cit.*, pag. 19.

²⁰² Si rammenta, però, che la natura retroattiva o meno di tale recesso è ancora oggi oggetto di discussione in dottrina e giurisprudenza.

²⁰³ AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, *cit.*, pag. 20.

²⁰⁴ Si pensi alla pubblicità nei locali commerciali o nei prodotti.

La dottrina, tuttavia, si è posta in merito alcuni interrogativi circa la compatibilità della disciplina delle successioni con la disciplina in materia di cessione d'azienda.

Innanzitutto, si è posto il problema concernente la gestione dell'azienda da parte del curatore, ovvero del chiamato all'eredità, prima della divisione della comunione ereditaria, qualora l'azienda ne costituisca un componente. La dottrina maggioritaria è giunta alla conclusione per cui la gestione provvisoria da parte del chiamato all'eredità può avvenire solo nel caso in cui l'interruzione dell'attività d'impresa comporti un danno irreparabile alla stessa.

Un'altra questione attiene al divieto di concorrenza, ovvero all'individuazione del soggetto destinatario del menzionato divieto, mancando, nel caso di successione per causa di morte, un imprenditore cedente l'azienda di riferimento²⁰⁵. Mentre nel caso di legato²⁰⁶, il divieto può trovare applicazione riferito agli eredi a titolo universale oltre che ai parenti o affini del *de cuius*; nel caso di successione a titolo universale, invece, il divieto potrà essere riferito ai coeredi e logicamente ai parenti e affini del *de cuius*. Tuttavia, i soggetti, nei confronti dei quali il divieto dovrà essere applicato, non potranno che essere individuati solo alla luce del caso concreto²⁰⁷.

Si rammenti, inoltre, l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1330 e 1722 n. 4 c.c., dettate in maniera specifica per il caso di morte dell'imprenditore.

7 *Segue La circolazione dell'azienda inter vivos.*

Il trasferimento dell'azienda *inter vivos*, modalità di circolazione dell'azienda più diffusa, avviene a mezzo di atti di autonomia privata, sia a titolo oneroso che a titolo gratuito.

In merito, deve precisarsi che il negozio di trasferimento dell'azienda si presenta come un negozio unico, sotto il profilo causale; misto o atipico, con riferimento alla disciplina applicabile; complesso, riguardo al suo contenuto, ad effetti sia reali che obbligatori.

Se tutti gli autori concordano nel ritenere che la cessione d'azienda sia l'unica causa del negozio avente ad oggetto un determinato complesso di beni, alcuni²⁰⁸ ritengono si tratti di un negozio misto, altri²⁰⁹, invece, partendo dal presupposto che sia pressoché impossibile individuare tipologie contrattuali anche marginali nel caso di cui ci si occupa, affermano che il contratto di cessione d'azienda è un contratto atipico ai sensi dell'art. 1322 c.c.

In ogni caso, la disciplina applicabile al singolo negozio risulta composita. In parte si applica la disciplina del contratto tipico concluso, in parte si applica la disciplina dell'azienda e in parte, infine, si applica la disciplina inerente alla singola prestazione dedotta. Si deve,

²⁰⁵ L'imprenditore cedente è il *de cuius*.

²⁰⁶ Occorrerà non solo un legato di azienda, ma anche un legato di contratto, con riguardo ai singoli elementi costituenti la stessa.

²⁰⁷ Non tutti i parenti e/o affini del *de cuius*, chiamati o meno all'eredità, possono avere un interesse allo svolgimento di un'attività imprenditoriale.

²⁰⁸ Ascarelli e Ferrari in FERRARI B., *op. cit.*, pag. 702.

²⁰⁹ BORTOLUZZI A., *op. cit.*, pag. 45 ss.

tuttavia, specificare che le norme sull'azienda prevalgono sempre sulle altre norme, eventualmente applicabili.

Con riguardo al contenuto del contratto è possibile individuarne gli elementi imprescindibili, soprattutto alla luce della prassi commerciale. Contenuto minimo è, infatti, rappresentato dalla descrizione dettagliata dei beni ceduti; dalla determinazione del prezzo; dalle dichiarazioni di scienza e garanzia della cessione da parte dell'alienante; dai riferimenti alla cessione di crediti, debiti e contratti in esecuzione al tempo del trasferimento. Ulteriore elemento imprescindibile è costituito dal sistema delle garanzie sia contrattuali (caparra confirmatoria e/o penitenziale, clausola penale) che di pagamento (fideiussione, cambiali, riserva di proprietà, deposito fiduciario).

Infine, il contratto di cessione d'azienda deve avere una forma scritta come prevista ai sensi dell'art. 2556 c.c. Con riferimento alla tipologia di forma, poi, esclusa una forma *ad substantiam*, si discute se si tratti di una forma *ad probationem*²¹⁰ o di una forma cosiddetta integrativa²¹¹. Ad ogni modo, viene fatta salva la forma richiesta dal particolare contratto che viene stipulato, dipendente dalla tipologia di beni che sono ricompresi nella compagine aziendale (ad esempio, beni immobili, per i quali è richiesta la forma scritta, pena l'invalidità del contratto medesimo).

Analizzando ancora più da vicino l'oggetto del negozio di trasferimento, si può sostenere che può essere prevista sia la cessione della titolarità dell'azienda o di un suo ramo, sia la semplice concessione del solo godimento.

Tra i negozi che trasferiscono la titolarità si possono annoverare la vendita d'azienda, la permuta, il conferimento in società, la fusione e scissione di società, la cessione di azioni²¹².

Si prospetta, altresì, l'acquisto dell'azienda per usucapione²¹³. In tale ipotesi si deve, comunque, evidenziare che l'acquisto avviene singolarmente e distintamente (anche con riguardo al momento del perfezionamento della fattispecie) per ciascun bene aziendale e non è, invece, ipotizzabile, un usucapione complessivo ed unitario dell'azienda, salvo l'applicazione del disposto di cui all'art. 1160 c.c., nel caso in cui l'azienda sia costituita di soli beni mobili.

Tra i negozi che trasferiscono il solo godimento si menzionano l'affitto e l'usufrutto. A tal riguardo si suole distinguere tra godimento tipico, nell'ipotesi in cui ricorra un contratto di

²¹⁰ Auletta in AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, cit., pag. 10. CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., pag. 162. Cfr. GALGANO F., *Diritto commerciale. Edizione compatta, L'imprenditore. Le società*, cit., pag. 41 ss. Vedi anche Cassazione 29 aprile 1965 n. 772, Cassazione 11 dicembre 1990 n. 11767. Cfr. Cassazione 21 dicembre 1962 n. 3400.

²¹¹ La forma scritta sarebbe richiesta come necessaria al fine di poter eseguire la vicenda pubblicitaria del trasferimento, che avviene mediante l'iscrizione dell'atto nel registro delle imprese. BORTOLUZZI A., *op. cit.*, pag. 73.

²¹² L'acquisto dell'azienda, infatti, può avvenire sia mediante il trasferimento del complesso aziendale sia mediante acquisto delle quote della società titolare dell'azienda. In quest'ultimo caso, riveste importanza non solo il complesso aziendale, ma altresì la società titolare dell'azienda e delle quote sociali. Vedi BALDUCCI D., *op. cit.*, pag. 7.

²¹³ AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, cit., pag. 5.

concessione, e godimento atipico, nel caso in cui la concessione del godimento, avvenga semplicemente di fatto.

Una considerazione finale merita, poi, la possibilità per l'autonomia privata di contemplare fattispecie di circolazione dell'azienda, siano esse trasferimento di titolarità o del solo godimento del complesso aziendale, ulteriori e diverse rispetto a quelle espressamente disciplinate dal legislatore.

Pacifica risulta la possibilità di un diritto d'uso dell'azienda²¹⁴, di un comodato d'azienda, così come del sequestro conservativo; dubbi permangono, invece, per la configurazione di un pegno d'azienda.

Ad ogni modo, si può affermare che la possibilità di una circolazione atipica dell'azienda è ammissibile ogni volta che ricorrano interessi meritevoli di tutela come prescritto dal precetto normativo di cui all'art. 1322 c.c.

Inoltre, per ciò che concerne la disciplina applicabile, mentre nelle ipotesi di trasferimento atipico della titolarità dell'azienda si farà riferimento alla disciplina dettata in materia di vendita d'azienda, in caso di godimento atipico, invece, il riferimento è alla disciplina in materia di usufrutto e affitto d'azienda.

In questo modo si garantisce una tutela del complesso aziendale come avuto di mira dallo stesso legislatore nella normativa all'uopo prevista.

8 *L'usufrutto e l'affitto d'azienda.*

L'usufrutto²¹⁵ e l'affitto²¹⁶ rappresentano le uniche tipologie di concessione in godimento dell'azienda espressamente previste dal legislatore. Uniche ipotesi regolamentate in maniera

²¹⁴ AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, cit., pag. 33.

²¹⁵ L'usufrutto è un diritto reale limitato su cosa altrui, espressamente disciplinato all'art. 978 ss c.c.

²¹⁶ L'affitto, disciplinato agli artt. 1615 ss. c.c., è quel contratto consensuale con prestazioni corrispettive ed effetti obbligatori, in forza del quale viene costituito un diritto personale di godimento a favore di un determinato soggetto. Esso si distingue dalla locazione per la natura produttiva del bene che ne costituisce oggetto. Al riguardo si citano alcune sentenze della Suprema Corte in cui si chiarisce proprio la distinzione tra affitto d'azienda e locazione di un immobile, tematica, questa, di estremo rilievo posta la differente disciplina cui vengono assoggettati i due contratti. Si afferma che “ *si ha locazione di immobile quando il bene concesso in godimento venga specificamente in considerazione nella sua effettiva consistenza, con funzione prevalente rispetto ad altri beni che abbiano carattere accessorio e non siano collegati fra loro da un vincolo che li unifichi ai fini produttivi. Si ha affitto d'azienda quando oggetto del contratto sia il complesso unitario di tutti i beni mobili ed immobili, materiali ed immateriali, concessi in godimento in quanto organizzati unitariamente per la produzione di beni o servizi?*” Cass. Civ. 24 ottobre 1960 n. 2877, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 1129. Cfr. Cass. Civ. 24 marzo 1972 n. 908; Cass. Civ. 7 ottobre 1975 n. 3178, in *Giur. it.* 1976, I, 1 1148; Cass. Civ. 3 luglio 1980 n. 4210; Cass. Civ. 29 maggio 1980, n. 3547; Cass. Civ. 27 gennaio 1982 n. 596; Cass. Civ. 9 marzo 1982 n. 1527. Cfr. Cass. Civ. 15 marzo 2007 n. 5989 e Cass. Civ. 17 aprile 1996 n. 3627. Criteri distintivi delle due fattispecie sono stati rinvenuti nella funzione rivestita dall'immobile oggetto di cessione di godimento, nel rapporto tra l'immobile e gli altri beni oggetto di trasferimento (accessorietà o pari importanza), nella modalità di indicazione dell'oggetto del contratto di cessione del godimento (l'immobile nella sua individualità ovvero quale elemento di un complesso teleologicamente orientato al perseguimento di una determinata attività aziendale). Vedi Cass. Civ. 16 aprile 2009 n. 7532.

specifica in cui si verifica la scissione tra il nudo proprietario del complesso aziendale e l'attuale ed effettivo detentore dello stesso.

La circostanza per cui il legislatore abbia optato per una disciplina in parte unitaria delle due tipologie di concessione in godimento, visto il rinvio operato dall'art. 2562 c.c., in materia di affitto, all'art. 2561 c.c., in materia di usufrutto, rende necessaria e più agevole una trattazione unitaria delle medesime²¹⁷.

Tralasciando le nozioni e definizioni delle due singole tipologie, pare necessario porre l'accento sugli obblighi specifici che sorgono in capo all'usufruttuario e all'affittuario d'azienda²¹⁸.

Preliminarmente, si chiarisce che così come unico è il contratto di costituzione dell'usufrutto/affitto, altrettanto unici sono gli obblighi che discendono in capo all'usufruttuario/affittuario. Non esiste un fascio di obbligazioni quanti sono i singoli beni aziendali, ma gli obblighi sorgenti dal rapporto in questione fanno riferimento all'azienda unitariamente considerata.

Si evidenzia, inoltre, come gli obblighi²¹⁹, così come determinati nell'art. 2561 c.c., sono tutti incentrati sul mantenimento costante dell'avviamento e della clientela, nella loro qualità di elementi essenziali dell'azienda, e mirano alla tutela dell'identità aziendale. Essi si estrinsecano principalmente nel potere di godimento e di disposizione dei beni aziendali.

Al pari di quanto accade in qualsiasi altra vicenda circolatoria dell'azienda, l'usufruttuario/affittuario, come sancito dall'ultimo comma dell'art. 2558 c.c., subentra nei rapporti d'impresa, nei debiti e nei crediti e nelle relative situazioni giuridiche soggettive attive e passive aziendali, pur se a carattere temporaneo, ovvero limitatamente alla durata del rapporto di usufrutto/affitto²²⁰.

Tuttavia, si rileva che la successione nei debiti, crediti e contratti avviene, in deroga alla disciplina generale in materia di cessione d'azienda, solo se espressamente prevista dalle parti ed entro i limiti convenuti. Unica eccezione è stata prevista per i rapporti di lavoro: nel caso

Si precisa, inoltre, che non trova applicazione all'affitto d'azienda la disposizione circa l'indennità di avviamento di cui all'art. 34 della Legge 392/978, che riguarda le sole locazioni di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo (uso commerciale). Si veda PRESTI G. - RESCIGNO M., *op. cit.*, pag. 57.

²¹⁷ In merito alla disciplina applicabile si deve affermare che trovano applicazione all'affitto d'azienda le disposizioni di cui agli artt. 2557, 2558, 2556, 2112, 2562 comma 2 e 3, 1619 1618, 1015 c.c. Al contrario non saranno applicabili all'affitto d'azienda gli artt. 2560 comma 2, 2559 comma 2, 1015, 1620, 1621, 1622, 1722 n. 4 c.c., i quali, invece, verranno applicati sicuramente all'usufrutto d'azienda.

²¹⁸ Si rende, però, necessario mettere in evidenza che mentre l'affitto si caratterizza per essere a prestazioni corrispettive e il diritto nascente dal contratto è un diritto personale di godimento, l'usufrutto, al contrario, comporta obblighi e prestazioni per il solo usufruttuario e il diritto che lo stesso consegue è un diritto reale limitato di godimento.

²¹⁹ Più che di obblighi, la dottrina maggioritaria discorre di doveri e poteri dell'usufruttuario e/o affittuario.

²²⁰ Un autore precisa che in caso di affitto la sostituzione soggettiva in debiti, crediti e contratti avvenga in forza delle disposizioni generali e non sulla base della disciplina in materia di circolazione d'azienda. NASTRI M. P., *L'affitto di azienda*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Gruppo Sole 24 ore, 1/2010.

in cui l'azienda concessa in godimento comprenda anche rapporti di lavoro con dipendenti e/o lavoratori autonomi, l'usufruttuario/affittuario vi subentra ai sensi dell'art. 2112 c.c.²²¹

A ogni buon conto, è necessario fare alcune precisazioni.

In primo luogo, sono presenti orientamenti divergenti in seno alla dottrina con riferimento alla sorte dei crediti in caso di affitto d'azienda.

Parte della dottrina esclude che la disciplina dettata dall'art. 2559 c.c. possa essere estensivamente applicata all'ipotesi di affitto dell'azienda. Tali autori²²² ritengono allora che i crediti aziendali non passino automaticamente in capo all'affittuario dell'azienda, ma soltanto in conseguenza della notifica o dell'accettazione di quest'ultimo. In altre parole troverebbe applicazione la disciplina generale di cui agli artt. 1260 - 1267 c.c.: l'accordo tra cedente e cessionario ha effetto solo tra le parti, sino a quando non vengono adempiute le formalità previste dalla legge nei confronti del debitore ceduto.

Altra parte della dottrina sostiene, invece, l'applicabilità all'affitto della medesima disciplina prevista per l'usufrutto²²³.

In secondo luogo, si evidenzia che non ricorre in capo all'usufruttuario/affittuario alcuna responsabilità per i debiti precedenti alla costituzione del rapporto di usufrutto o di affitto.

L'opinione maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza²²⁴ esclude un'applicazione estensiva dell'art. 2560 c.c. alle fattispecie che trasferiscono soltanto il godimento dell'azienda.

È necessario, tuttavia, segnalare anche una posizione dottrina minoritaria²²⁵, secondo la quale i debiti aziendali sarebbero regolati dalla medesima disciplina sia in caso di cessione dell'azienda sia in caso di affitto o usufrutto dell'azienda.

²²¹ La Cassazione ha, infatti, sostenuto che, ai fini dell'applicazione della disciplina imperativa disposta dall'art. 2112 c.c., si considera "trasferimento d'azienda" anche la restituzione dell'azienda dall'affittuario all'affittante alla scadenza del contratto, purché quest'ultimo utilizzi i beni in funzione dell'attività di cui gli stessi sono strumento. Tale disciplina, sempre secondo la Cassazione, si applica anche laddove l'affittante, senza soluzione di continuità, sostituisca all'affittuario un nuovo soggetto nell'esercizio della stessa attività. Cfr. Cass. Civ. 7 luglio 1992 n. 8252, in *RIDL*, 1993, II, 589; Cass. Civ. 21 maggio 2002 n. 7458 in *NGL*, 2002, 64. Vedi BUFFA F. - DE LUCIA G., *Il lavoratore nel trasferimento di azienda*, Halley Professionisti, 2006, pag. 115. Anche COSTA C., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, UTET 2008, pag. 572, in cui si dice che "non rileva la retrocessione dell'azienda all'originale proprietario, laddove questi, per effetto di una successiva vicenda circolatoria, ne affidi la gestione temporanea ad altro soggetto, ciò in quanto l'eventuale spazio temporale non implicherebbe alcuna variazione organizzativa nell'utilizzo del complesso dei beni organizzati in funzione dell'esercizio dell'attività, cui essi erano, originariamente, destinati".

²²² Così MORO VISCONTI R.-DE CANDIA G.-DE VITO G., *Il leasing azionario, su aziende e su marchi. Strumenti innovativi per il finanziamento delle imprese e per il made in Italy*, Edibank, 2006, pag. 82.

²²³ Due sono le argomentazioni a sostegno di questo orientamento: in primo luogo, il generale rinvio alla disciplina dell'usufrutto d'azienda previsto dall'art. 2562 c.c.; in secondo luogo, la previsione per il contratto di affitto, come per l'usufrutto, dell'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese. V. BALDUCCI D., *op. cit.*, pag. 162 ss.; GALGANO, *Diritto privato*, Cedam, Padova, 1994; MANZINI G., *op. cit.*, pag. 1281.

²²⁴ Vedi per tutti COLOMBO G. E., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, III, Padova, 1979, pag. 284. Per la giurisprudenza Cass. Civ. 3 aprile 2002 n. 4726; Cass. Civ. 20 giugno 2000 n. 8363, in *Il fall.*, 2001, 650.

²²⁵ Così FERRARA F. JR., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1992. TRIMARCHI, *Subingresso nel contratto e cessione d'azienda*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1946, II, 2, pag. 640 ss.

In terzo luogo, si rileva come in giurisprudenza e in dottrina²²⁶ si propende per un'interpretazione estensiva della disposizione dell'art. 2558 c.c. e, pertanto, si riconosce all'affittuario la successione nei contratti afferenti all'azienda e all'affittante o meglio al concedente, dopo l'estinzione del contratto di affitto, il subentro nei contratti sinallagmatici e non ancora interamente eseguiti, stipulati dall'affittuario nel corso della sua gestione. Una tale conclusione si ricaverebbe indirettamente altresì dal terzo comma dell'art. 2558 c.c., che applica le disposizioni dei commi precedenti, in tema di successione nei contratti, pure nei confronti dell'usufruttuario e dell'affittuario, ma per la sola durata dell'usufrutto e dell'affitto²²⁷.

Occorre, però, dar conto di una tesi, fondata su un'isolata e risalente pronuncia della Cassazione²²⁸, secondo la quale, invece, l'affittante - concedente alla scadenza del contratto di affitto non subentrerebbe nella titolarità dei contratti conclusi dall'affittuario.

Infine, salvo espressa pattuizione delle parti di senso contrario, l'usufruttuario/affittuario risponde delle obbligazioni, di qualsiasi natura esse siano (contrattuali, extracontrattuali, crediti e debiti puri), che lo stesso contragga personalmente durante la gestione dell'azienda per tutto il periodo di durata del rapporto di godimento della stessa.

Quanto ai singoli obblighi si rinvia, per la loro trattazione, a quanto si dirà nello specifico nella parte riservata al *leasing* d'azienda²²⁹.

Tuttavia, qualora l'usufruttuario/affittuario non adempia agli obblighi sinora esposti il rapporto si estingue e trova applicazione il disposto di cui all'art. 1015 c.c.

La cessazione del rapporto di usufrutto o affitto comporta la retrocessione dell'azienda, la reintegrazione della compagine aziendale, se depauperata, i conguagli per le eventuali variazioni e/o miglioramenti apportati durante il periodo di durata della concessione in godimento.

Oltre a ciò, è previsto un divieto di concorrenza a carico del nudo proprietario. Se non espressamente previsto nel negozio di cessione del godimento, il divieto trova applicazione ai sensi dell'art. 1374 c.c.

Parte della dottrina²³⁰, inoltre, prevede il rispetto del divieto di concorrenza con riferimento all'azienda concessa in godimento anche a carico dell'usufruttuario/affittuario.

È discusso, infine, se all'usufruttario/affittuario spetti o meno un compenso per gli eventuali miglioramenti e/o incrementi aziendali.

²²⁶ BALDUCCI D. V., *op. cit.*, pag. 121 ss.; GRECO P., *Corso di Diritto Commerciale, Impresa-Azienda*, Seconda ed., Milano, 1975, pag. 344; BONFANTE G. – COTTINO G., *L'imprenditore, cit.*, pag. 662 ss. Così anche Corte App. Bologna 23 settembre 1999, inedita; per la giurisprudenza più risalente, v. Cass. Civ. 29 gennaio 1979 n. 632, in *Foro It.*, 1979, I, 1818; Cass. Civ. 14 febbraio 1979 n. 969, in *Mass.*, 1979, 251.

²²⁷ Sul punto e sulle problematiche ad esso connesse, O. CIPOLLA, *Cessazione del contratto di affitto di azienda e successione nei contratti da parte del locatore*, in *Giur. it.*, 2004, pag. 1204.

²²⁸ Vedi ancora Cass. Civ. 29 gennaio 1979 n. 632, nella quale la Suprema Corte ha negato la successione dell'affittante nei contratti stipulati dall'affittuario in caso di cessazione anticipata del contratto.

²²⁹ Vedi *infra*. In ogni caso le spese per la manutenzione del compendio aziendale e il costo del logorio dei singoli beni aziendali sono a carico dell'usufruttuario/affittuario.

²³⁰ COTTINO G., *Diritto Commerciale, cit.*, pag. 262.

Secondo alcuni autori²³¹ si potrebbe ipotizzare un compenso *ex art.* 985 c.c., da valutarsi mediante un'analisi dell'avviamento. Il compenso, però, è subordinato alla prova che ricorrano dei miglioramenti rispetto al momento costitutivo del rapporto, che gli stessi siano imputabili all'attività svolta dall'usufruttario/affittuario e che rientrino in quei miglioramenti definiti come indennizzabili.

Ad ogni buon conto, si ricorda che l'affitto e l'usufrutto possono essere sia a carattere temporaneo che a carattere perpetuo, a seconda delle esigenze del concedente, e che l'affitto d'azienda richiede sempre la forma scritta *ad probationem*²³².

Ad integrazione di quanto prescritto negli artt. 2561 e 2562 c.c., disciplina a carattere derogatorio, trovano, poi, applicazione, nello specifico, le disposizioni di cui agli artt. 981, 997, 998, 1005, 1006, 1009, 1015²³³, 1615, 1624 c.c.

²³¹ Vedi NASTRI M. P., *op. cit.*

²³² Secondo un autore la forma scritta svolge una finalità di mera pubblicità e opponibilità ai terzi. Vedi NASTRI M. P., *op. cit.*

²³³ Tale disposto normativo non trova applicazione nel caso di affitto di azienda.

Capitolo V

Il leasing d'azienda: configurabilità.

Sommario: 1 Introduzione al leasing d'azienda; - 2 Sulla configurabilità astratta di un leasing d'azienda; - 3 Segue. La configurabilità del leasing d'azienda secondo la dottrina e la giurisprudenza; - 4 Segue. La configurabilità del leasing d'azienda secondo la dottrina e la giurisprudenza straniera; - 5 Sulla configurabilità astratta del leasing di beni immateriali; - 6 Sulla configurabilità concreta del leasing d'azienda e di beni immateriali.

1 Introduzione al leasing d'azienda.

Dopo aver analizzato separatamente sia il contratto di *leasing* sia l'azienda e le sue vicende circolatorie, occorre concentrare l'attenzione sulla possibilità di configurazione di un contratto di *leasing* d'azienda. Tematica di grande attualità e oggetto di disputa dottrinale e giurisprudenziale, soprattutto vista l'atipicità della fattispecie.

Si rende, pertanto, necessario verificare, attraverso un giudizio di compatibilità tra l'azienda e il contratto di *leasing*, se sia possibile per l'azienda essere oggetto di un contratto di *leasing*, soprattutto alla luce della presunta tipicità dei modi di circolazione della stessa. Nel caso di risposta positiva, occorrerà esaminare le prospettive applicative, sia sotto il profilo della disciplina applicabile sia sotto il profilo dell'incidenza che, dall'utilizzo di una siffatta fattispecie negoziale, possa conseguire rispetto all'azienda, con riferimento all'aspetto prettamente economico e a quello fiscale.

Problematiche, tutte, che si pongono con riguardo soprattutto alla concezione di azienda come *universitas* e quindi come complesso dotato di beni sia mobili che immobili, sia materiali che immateriali.

Preliminarmente, occorre vagliare per linee generali, la possibilità di una configurazione del *leasing* d'azienda, distinguendo tra il profilo astratto e il profilo concreto di una tale operazione negoziale.

In realtà, se non sorge alcun dubbio circa la configurabilità strettamente normativa, data l'ampia derogabilità delle norme sull'azienda e la stessa atipicità del contratto di *leasing*, problemi si pongono sul lato pratico, considerata sia la complessità del bene azienda e/o beni immateriali sia la presenza di centri d'interesse differenti.

Occorre, dunque, esaminare tale operazione negoziale, a partire dall'analisi, nel dettaglio, di tali due aspetti.

2 Sulla configurabilità astratta del leasing d'azienda.

In primo luogo, si rileva come il legislatore ha previsto una disciplina scarna in materia di azienda tanto che le uniche ipotesi di circolazione, espressamente disciplinate, sono

rappresentate dalla cessione della titolarità, mediante vendita, e dalla cessione in godimento, mediante affitto e usufrutto.

Scelta legislativa che si presta a varie interpretazioni.

Si può, infatti, ritenere che la circostanza per cui vengano disciplinate espressamente ed esclusivamente tali due modalità comporti che la circolazione d'azienda sia denotata da tipicità: il godimento dell'azienda può essere oggetto di circolazione solo mediante affitto e usufrutto, non ritenendosi ammissibili altre e diverse forme di circolazione.

Tuttavia, l'assenza di una qualsiasi norma che disponga la tipicità delle modalità di circolazione, così come l'assenza di una qualsiasi disposizione che vieti forme differenti da quelle disciplinate, deporrebbe a favore di una possibile configurazione di modalità atipiche di circolazione del godimento dell'azienda.

Le fattispecie previste sono solo "modelli guida" per l'autonomia privata nella determinazione della disciplina tipica dell'azienda. Il legislatore, considerata la complessità dell'istituto in questione, ha voluto semplicemente mettere in chiaro che l'azienda, qualora circoli, anche con riguardo al solo godimento, deve essere sottoposta a determinate regole a garanzia dei terzi e della certezza dei rapporti aziendali.

Tale affermazione (seconda interpretazione) trova sostegno nella disciplina di cui all'art. 1322 c.c., che sancisce il principio per cui l'autonomia privata è libera di provvedere alla creazione di tipologie contrattuali differenti da quelle tipiche purché nel rispetto della disciplina generale e sempre che l'operazione sia tale da poter essere ritenuta meritevole di tutela. Meritevolezza di tutela che sottintende che l'assetto negoziale predisposto sia sorretto da interessi riconosciuti tali dall'ordinamento, interessi posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento non solo prettamente di matrice civilistica²³⁴.

La configurabilità di un *leasing* d'azienda, dunque, stante l'assenza di una base normativa più specifica, deve essere valutata proprio alla luce dell'art. 1322 c.c.

Ebbene, il *leasing*, anche qualora abbia ad oggetto un'azienda, rinviene comunque la sua causa giustificativa, come ormai ampiamente riconosciuto dalla dottrina e giurisprudenza dominante²³⁵, nella causa di finanziamento.

Un tale profilo causale è ampiamente ammesso nel nostro ordinamento.

Nessuna norma di senso contrario sancisce la nullità di una causa di finanziamento. Anzi è pacifica sia la previsione di contratti di finanziamento, tra i quali si menziona lo stesso mutuo, sia lo stesso riconoscimento del *leasing*, oggi giorno dotato di tipicità quantomeno sociale.

²³⁴ È meritevole di tutela quell'interesse che non possa essere considerato illecito, dunque contrario alle norme imperative, al buon costume e all'ordine pubblico.

²³⁵ Cottino in CAGNASSO O., COTTINO G., *I contratti commerciali*, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, 2000, vol IX. Vedi CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., pag. 70 e Caselli e Mottura in CASELLI G., *op. cit.*, pag. 218 e 220. Vedi anche Cass. civ. 4367/1997. Un autore considera il *leasing* come contratto di finanziamento con garanzia reale. Ferri in CAVAZZUTI F., *op. cit.*, pag. 3. Cfr. Baccigalupi, Colagrosso, Simonetto, Galasso in CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., pag. 28 ss.

Si pensi, inoltre, che qualora il *leasing* d'azienda venga utilizzato al fine di consentire la crescita ovvero lo sviluppo o il sorgere di nuove attività imprenditoriali, lo stesso contratto di *leasing* d'azienda sarebbe da considerarsi meritevole di tutela ai sensi dello stesso disposto costituzionale in materia di iniziativa privata.

L'art. 41 della Costituzione, infatti, tutela l'iniziativa economica privata. Unico limite è rappresentato dalla non contrarietà all'utilità sociale ovvero dal fatto che si tratti di iniziative economiche che non pregiudichino e quindi non arrechino danno alla sicurezza, libertà e dignità umana.

La causa di finanziamento del *leasing* ben si mostra compatibile, poi, con una logica imprenditoriale di costi-benefici, utili-perdite, quale quella dell'impresa in cui lo stesso si troverà ad operare.

Con la stipulazione di un contratto di *leasing*, difatti, l'imprenditore ottiene un notevole risparmio di risorse finanziarie necessarie alla costituzione di un complesso aziendale, oltre che una riduzione di incombenzi finanziari ed economici da non sottovalutare. In questo modo si agevola anche il sorgere di nuove attività imprenditoriali. Le medesime considerazioni devono essere estese poi all'ipotesi di imprenditori che necessitino di un'azienda per l'esercizio esclusivamente temporaneo dell'attività d'impresa, di breve e/o medio periodo. Quanto all'imprenditore che ha necessità di dismettere la propria azienda, oltre i vantaggi economici e fiscali di cui sopra, lucrerà sicuramente il vantaggio di una pronta o comunque non difficile allocazione dell'azienda sul mercato, così come si risparmierà le lungaggini di ciò e il periodo di stallo dell'azienda stessa. Inoltre, in tale ipotesi viene garantita all'azienda, ancora una volta, una qualche sua utilità economica e del suo valore se ne gioverà senz'altro l'Utilizzatore che vi subentra.

Secondariamente, deve tenersi in considerazione la natura atipica del contratto di *leasing* e, di conseguenza, la sua flessibilità, il suo agevole adattamento a qualsiasi interesse particolare delle parti, la sua possibilità di contemplazione di qualsiasi bene, finanche l'azienda.

Oggetto di *leasing*, infatti, può essere qualsiasi bene: non solo un bene mobile o immobile, ma, si ritiene, anche le universalità di beni.

Ulteriormente, si rammenta che il *leasing* è nato come contratto d'impresa e, più precisamente, come contratto per il finanziamento dell'impresa e, solo successivamente, è stato esteso ad altre ipotesi, quali il *leasing* al consumo. Tanto ciò vero che soggetti principali dell'operazione sono imprenditori e lo stesso bene deve essere strumentale all'attività d'impresa svolta dall'Utilizzatore.

Tali requisiti, ovverosia il soggetto imprenditore, l'esistenza di un'azienda e la strumentalità del bene, oggetto di *leasing*, con l'attività svolta dall'Utilizzatore, vengono perfettamente rispettati nel caso di *leasing* d'azienda.

Orbene, soggetto interessato ad un godimento di un'azienda è sicuramente rappresentato da un imprenditore, a prescindere dalla circostanza per cui lo stesso sia una persona fisica o giuridica (qualsiasi tipologia di società). Inoltre, come si evince dallo stesso dettato dell'art. 2555 c.c., l'azienda non è altro che un complesso di beni organizzati per lo svolgimento di un'attività d'impresa; ed ecco la strumentalità dell'azienda all'attività svolta dall'Utilizzatore .

In terzo luogo, prendendo ora come punto di riferimento l'azienda, si afferma che elemento a sostegno della configurabilità del *leasing* è rappresentato dalla circostanza per cui, generalmente, colui che utilizza l'azienda per una propria attività imprenditoriale non necessariamente è titolare del diritto di proprietà dell'azienda o di tutti i suoi beni, potendo in capo a lui, invece, risultare solamente un semplice diritto di godimento sui beni.

Ebbene, con il *leasing* d'azienda l'Utilizzatore - imprenditore ottiene un diritto di godimento sul complesso aziendale (ovvero un diritto d'uso dello stesso). Non solo, l'Utilizzatore consegue anche la facoltà o diritto di acquistare l'azienda al termine del godimento, mediante esercizio dell'opzione di acquisto.

Non si comprende, quindi, quale differenza intercorra tra un imprenditore che abbia i singoli beni in godimento in forza di tutta una serie di singoli e specifici contratti, dall'imprenditore che, invece, acquista il diritto di godimento dell'intero complesso aziendale in forza di un unico contratto di *leasing*.

Oltretutto, la compatibilità con il *leasing* non può venir meno neanche riferendosi alla circostanza per cui l'azienda necessita di un imprenditore di riferimento unico e fisso. L'azienda ha una vita indipendente sia dall'imprenditore che dall'impresa fino a che mostri o conservi una qualche utilità d'uso.

Quanto ad eventuali problematiche di regolamentazione dell'operazione negoziale, si consideri che non esiste un'unica norma di circolazione dell'azienda, ma la disciplina risulta alquanto composita. Trovano, infatti, applicazione non solo le disposizioni di cui all'art. 2555 ss. c.c., ma anche la disciplina propria del tipo contrattuale utilizzato dalle parti, la disciplina convenzionale pattuita, la disciplina particolare afferente a ciascun bene facente parte del complesso aziendale. Anzi, solo in caso di dissonanza tra le varie discipline, troverà applicazione indiscussa la regolamentazione dell'azienda, ma pure in tale ipotesi non viene meno la possibilità per le parti di disporre forme di circolazione atipiche, posta la natura derogabile della disciplina.

Dunque, al *leasing* d'azienda troveranno applicazione sia la disciplina di cui agli artt. 2555 c.c. sia la disciplina del *leasing*, il tutto previa verifica di compatibilità. Si badi bene che ogni volta che le due discipline risultino tra loro compatibili e integrabili non si pone alcun problema di circolazione atipica dell'azienda. Viceversa, si avrà una prevalenza della disciplina dell'azienda in caso di problemi di compatibilità, ma ciò non influisce sulla configurabilità di un *leasing* d'azienda, posta la stessa natura atipica della fattispecie contrattuale.

Si evidenzia, però, come la natura particolare e complessa dell'azienda, considerando anche la sua mutevolezza nel tempo, da una parte, la peculiarità del contratto di *leasing*, dall'altra parte, e la diversità di interessi che rilevano (interessi dell'azienda, dell'Utilizzatore e della Società di *Leasing*), dall'altra parte ancora, conducono ad affermare che sia impossibile un'applicazione pedissequa della disciplina dell'azienda e pertanto è necessaria una vera e propria commistione di discipline.

Tuttavia, la configurabilità del *leasing* d'azienda è pressoché pacifica se il *leasing* viene configurato come fattispecie a formazione progressiva, e dunque scomposto in una locazione con eventuale successiva vendita (in caso di esercizio del diritto di opzione).

In tal modo non si pone più alcun problema neanche con riferimento alla tipicità o atipicità dei modi di circolazione d'azienda e alla conseguente determinazione della disciplina applicabile. Al *leasing* d'azienda verranno applicate la disciplina dell'affitto d'azienda, come prevista all'art. 2259 c.c., e la disciplina della vendita d'azienda, come prevista dagli art. 2555 ss. c.c.

Si badi bene che una tale compatibilità può ravvisarsi anche a livello terminologico. Infatti, la denominazione italiana del contratto di *leasing* è individuata in “contratto di locazione finanziaria”. E sempre a tal fine si tenga presente che tra locazione e affitto ricorre un rapporto di *genus a species*, la cui differenza è rappresentata esclusivamente dalla tipologia di oggetto del contratto. Nel primo caso, un qualsiasi bene, mobile o immobile, nel secondo caso, un immobile.

Infine, sempre in tale ottica, una breve considerazione deve essere dedicata alla possibilità di vagliare una compatibilità del *leasing* con l'azienda alla luce della tipologia del *leasing* - usufrutto. Tematica, però, molto discussa in dottrina e difficilmente accolta ed applicata stante la diversità delle situazioni giuridiche e della struttura delle due fattispecie²³⁶.

In conclusione, alla luce di quanto sinora esposto e argomentato, pare potersi affermare con sicurezza un'astratta configurabilità del contratto di *leasing* con riguardo all'azienda.

3 Segue. La configurabilità del leasing d'azienda secondo la dottrina e la giurisprudenza.

A supporto delle sopra riportate riflessioni sulla possibile configurazione del *leasing* d'azienda, si rende necessario vagliare la posizione della dottrina e della giurisprudenza in merito.

Ebbene, salvo qualche posizione minoritaria discordante, dottrina e giurisprudenza si mostrano unanimi nel ritenere possibile una circolazione d'azienda mediante la fattispecie atipica del *leasing*.

²³⁶ Il *leasing* usufrutto non è altro che quel contratto di natura periodica che ha ad oggetto la cessione dell'usufrutto di un bene. Si tratterebbe di una sorta di usufrutto atipico che consentirebbe l'applicazione del *leasing* all'azienda facendo riferimento alla disciplina dettata dal legislatore per l'usufrutto d'azienda. Tuttavia, si evidenzia come i due istituti sono tra loro incompatibili quanto a presupposti e ad effetti. Infatti, mentre l'usufrutto è un diritto reale di godimento su cosa altrui, il *leasing*, invece, prevede la costituzione di un diritto personale di godimento. Inoltre il diritto di usufrutto costituito a favore di un soggetto non può essere oggetto di cessione a favore di terzi come accade invece per il diritto conseguente alla costituzione di un rapporto di *leasing*. Stante detta incompatibilità quindi il *leasing* usufrutto sarebbe una *fictio iuris*. Oltretutto una tale previsione costituirebbe una violazione del principio di tipicità dei diritti reali e il conseguente contratto di *leasing* usufrutto configurerebbe una specie di contratto in frode alla legge. In conclusione deve escludersi una tale costruzione applicativa. Si veda al riguardo CLARIZIA R., *Il cosiddetto leasing usufrutto*, in *Riv. It. Leasing*, 1986, pag.457. LA TORRE M. R., *Un precipitato storico: il leasing usufrutto*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc. 2, pag. 449 ss.

Argomenti a sostegno vengono individuati sia nell'atipicità del *leasing* sia nel potere riservato dall'ordinamento all'autonomia privata nella regolamentazione dei propri interessi sia nel giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., ponendo, in ogni caso, in rilievo l'analisi dell'effettiva volontà delle parti.

Alcuni autori²³⁷ evidenziano, inoltre, come il *leasing* d'azienda non configuri altro che un'ipotesi di scissione della proprietà dal godimento, rientrando perfettamente nei poteri del proprietario di disporre del proprio bene in conformità ai propri interessi e bisogni come discende dall'art. 822 c.c.

Si pone anche in evidenza come l'azienda, nonostante la sua complessità, è suscettibile di valutazione economica, può costituire oggetto di proprietà privata, ed è il bene strumentale all'esercizio dell'impresa per antonomasia; pertanto, sembra possibile risolvere positivamente il problema della ammissibilità giuridica di un contratto di locazione finanziaria d'azienda.

Degna di nota è, poi, la tesi²³⁸ secondo la quale il *leasing* d'azienda sarebbe configurabile se considerato come fattispecie contrattuale progressiva e bifasica. Si afferma, infatti, che *“si realizza una doppia fase di circolazione del bene: la prima, che vede come effetto l'acquisto dello stesso da parte del Concedente (Società di Leasing) contro corrispettivo, che in nulla si differenzia da una normale compravendita, se non per la consegna diretta all'Utilizzatore e la traslazione convenzionale a suo carico dei rischi inerenti sia i vizi che il perimento del bene, ed una seconda, costituita, per l'appunto, dall'operazione di leasing, con la quale l'Utilizzatore acquisisce solo un diritto personale di godimento contro un canone, situazione che può tramutarsi nell'acquisizione definitiva solo in via eventuale e a seguito di una libera unilaterale manifestazione di volontà da parte sua”*²³⁹.

Oltre a ciò, si asserisce che il *leasing* deve necessariamente essere esaminato sotto *“una duplice prospettiva: o quella meramente effettuale, secondo la quale nella fase iniziale del rapporto il contenuto del diritto dell'Utilizzatore in nulla differisce da quello dell'affittuario, mentre nella fase successiva ed eventuale egli acquista la proprietà piena, trovandosi nell'identica situazione del compratore, onde dovrebbero essere applicate prima le norme che regolano l'affitto dell'azienda e poi quelle che ne disciplinano l'alienazione, in successione diacronica, o quella funzionale, che qualifica, in relazione al tasso di consumabilità del bene, l'operazione di leasing come contratto traslativo o come contratto di godimento, con la conseguenza di far applicare la disciplina dell'alienazione o quella dell'affitto in maniera alternativa o successiva”*²⁴⁰.

Quanto alla posizione della giurisprudenza, sia di merito che della Corte di Cassazione, si rileva come la scarsa applicazione nella prassi ha dato luogo alla mancanza di pronunce in tal senso. Si rinviene solo qualche pronuncia che, solo *de relato*, si riferisce a detta struttura negoziale²⁴¹.

²³⁷CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., pag. 160 ss e pag. 374.

²³⁸MARTORANO F., *Il Leasing d'azienda*, in *Banca borsa titoli di credito*, n. 1, gennaio febbraio 2010. Cfr. PLASMATI M., *Il leasing d'azienda*, in *Contratto e Impresa*, 2007, pag. 578 ss.

²³⁹MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 2.

²⁴⁰MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 2.

²⁴¹ Si vedano le seguenti pronunce. *“L'acquisto di un immobile oggetto del contratto di locazione finanziaria da parte del concessionario non può considerarsi cessione dell'azienda di cui l'immobile faccia eventualmente parte”* Corte d'Appello di Roma 03 febbraio 2000. Ancora, *“Nel corso della procedura di concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, e prima dell'omologazione del concordato medesimo, la possibilità del giudice delegato di autorizzare atti di disposizione, secondo la*

4 *Segue. La configurabilità del leasing d'azienda secondo la dottrina e la giurisprudenza straniera.*

La configurabilità del *leasing* d'azienda si ricava persino alla luce del dato comparatistico.

Nella stragrande maggioranza dei paesi di *civil e common law* è ammessa e regolamentata una tale tipologia di operazione negoziale²⁴².

Invero, l'ordinamento spagnolo, ha espressamente previsto il *leasing* d'azienda, con o senza opzione di acquisto per l'Utilizzatore²⁴³.

Anche l'ordinamento francese²⁴⁴ ritiene ammissibile una tale operazione negoziale seppur risulta di rara applicazione a seguito degli alti rischi connessi, tra i quali assume maggior importanza il rischio di non successiva allocazione dell'azienda nel mercato²⁴⁵.

previsione dell'art. 167 comma 2 l. fall., deve essere esclusa con riguardo ai contratti che implicino la definitiva perdita dei beni del debitore, non anche, pertanto, con riguardo ai contratti di vendita di prodotti o scorte, ovvero ai contratti inerenti alla utilizzazione degli immobili e degli impianti dell'azienda, che non ne sottraggano la titolarità al debitore, ma siano rivolti ad assicurare la continuazione dell'attività produttiva (leasing)." Cass. Civ., sez. I, 15 gennaio 1985 n. 64.

²⁴² Per maggiori riferimenti si veda CREMONESE A., *Il leasing in Francia*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2004; FRIGNANI A., *La locazione finanziaria negli ordinamenti di civil e common law*, in *Riv. It. Leasing*, pag. 19 ss.; GIOVANOLI M., *Le crédit – bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Paris, Librairies techniques, 1980; HARICHAUX-RAMU M., *Le transfer de garanties dans le crédit bail mobilier*, in *Rev. Trim. Droit comm.*, 1978, pag. 209 ss.; SBISA' G. e VELO D., *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, in *Collana di diritto ed economia diretta da Velo D.*, Università degli studi di Pavia, Giuffrè Editore, 1983.

²⁴³ Ley 25.248 e art. 3.2 LAU de 1994. RÍOS VALLEDEPAZ J., ROJO RAMÍREZ A., *El arrendamiento de empresa y su aplicación en entornos económicos de alta incertidumbre*, online; *Contratto de arrendamiento de empresa*, in <http://portaljuridico.lexnova.es>. Vedi pure AGIFE, *El arrendamiento de empresa*, in <http://aulavital.afige.es>. Cfr. *Arrendamiento de empresa, industria o negocio*, in <http://crear-empresas.com>. HERNANDEZ J. L. M., *La empresa y los negocios jurídicos sobre la empresa*, in *Introducción al derecho mercantil* a cura dell'Universidad de les Illes Balears, Campus Extens, online.

²⁴⁴ DURANTON G., *Crédit-bail immobilière*, in *Répertoire commercial Dalloz* 2000. ID., *Crédit-bail mobilière*, in *Répertoire commercial Dalloz* 2000. CREMONESE A., *op. cit.*; GIOVANOLI M., *op. cit.*

²⁴⁵ Si rileva, infatti, che «L'utilisation du crédit-bail en ce domaine soulève en effet de nombreuses difficultés. D'une part, il s'agit d'un bien dont la valeur dépend essentiellement de sa bonne exploitation par le commerçant ou l'artisan. D'autre part, le régime légal de cette forme de crédit-bail n'est attrayant, ni pour le crédit-bailleur, ni pour le crédit-preneur. La valeur d'un bien d'équipement ou d'un immeuble est en principe indépendante de l'activité de son utilisateur. S'il est vrai que celui-ci peut détériorer le bien, cette attitude est en pratique assez rare car l'utilisateur du bien loué en est l'acquéreur potentiel. C'est pourquoi le droit de propriété procure une sécurité suffisante au crédit-bailleur d'un matériel ou d'un immeuble loué, en cas de non-paiement des loyers. Il en va différemment lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce. Celui-ci ne produit des revenus et ne conserve sa valeur que s'il est bien exploité. L'incurie ou le manque d'habileté du commerçant risque donc de réduire à néant la valeur du fonds. Le crédit-bailleur est ainsi totalement soumis aux aléas de la gestion du fonds par le crédit-preneur. Le droit de propriété ne lui confère aucune sécurité en cas de non-paiement des loyers d'autant moins que cette garantie sera en pratique mise en œuvre à un moment où le fonds aura perdu sa valeur. Ce sera notamment le cas lorsque le non-paiement des loyers n'est qu'un aspect de la cessation des paiements à l'origine d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires de l'entreprise. En outre, en cas de restitution du fonds, le crédit-bailleur devra soit continuer l'exploitation et, conformément à l'article L. 122-12 du code du travail, reprendre les contrats de travail en cours, soit mettre le fonds en location-gérance ou consentir un nouveau contrat de crédit-bail. Ces deux dernières solutions seront néanmoins difficiles à mettre en œuvre dès lors que la restitution du fonds aura souvent été causée par la faible rentabilité de celui-ci. [...] le crédit-bail sur fonds de commerce, non seulement ne présente aucun avantage fiscal notable, mais, de plus, il rend le crédit-bailleur solidaire d'une partie des dettes contractées par le crédit-preneur pour l'exploitation du fonds. Aucun établissement financier ne propose donc de tels contrats à ses clients, sauf, peut-être, à titre exceptionnel. En fait, seuls les établissements financiers prenant la forme d'une SICOMI auraient pu proposer des contrats de crédit-bail pour le financement global d'un fonds de commerce et de l'immeuble commercial dans lequel ce fonds est installé, à condition que l'ensemble de l'opération puisse bénéficier du régime

Nel dettaglio, sia il terzo comma dell'art. 1 della *Loi 2 luglio 1966 n. 66* e seguenti modificazioni sia il terzo comma dell'art. L. 313-7 *del Code Monétaire et Financier*²⁴⁶ (1) prevedono la possibilità di un *leasing* finanziario d'azienda, pur se limitatamente ai *fonds du commerce et établissements artisanaux*, ma escludono il *lease-back* per motivi legati al divieto di patto commissorio; (2) prevedono una responsabilità solidale della Società di *Leasing* con l'Utilizzatore per ciò che concerne i debiti contratti nell'interesse dell'azienda entro, però, il limite temporale dei sei mesi successivi alla stipulazione del contratto²⁴⁷. (3) Inoltre, la Società di *Leasing* è responsabile delle passività fiscali dell'Utilizzatore. Ancora, (4) l'Utilizzatore assume su di sé il rischio connesso alla gestione dell'azienda; (5) il diritto d'opzione, che può essere strutturato anche come promessa unilaterale di vendita della Società di *Leasing*, può essere fatto oggetto di cessione; (6) la Società di *Leasing* può riservarsi il diritto di vendita. Inoltre, (7) la disciplina è quella dell'affitto d'azienda (*location-gérance*), previo giudizio di compatibilità. Infine, (8) il *leasing* d'azienda può essere congeniato come *leasing* di azioni²⁴⁸ attraverso la creazione di una cosiddetta società di comodo²⁴⁹.

Modalità applicative del *leasing*, simili a quelle previste nell'ordinamento francese, si rivengono sia in Germania sia nei paesi angloamericani, pur se pare assente un qualche riferimento espresso al *leasing* d'azienda²⁵⁰.

Si rileva, tuttavia, che si tratta di un'operazione negoziale altamente rischiosa per tutti i soggetti coinvolti, tanto da essere scarsamente applicata nella prassi contrattuale straniera.

fiscal de faveur accordé à l'époque à ces sociétés». In tal senso SCHÜTZ R. N., *Crédit-bail*, in *Enc. Dalloz*, 2012. A ciò si aggiunga che non è prevista alcuna garanzia, salvo la possibilità per le parti di costituire un'ipoteca sui beni aziendali.

²⁴⁶ Si riporta il testo delle due citate disposizioni, che così recita: «*Les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués a titre de loyers, a l'exclusion de toute opération de location a l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal*». Per maggiori precisazioni si veda AA. VV., *Commentaire Code Monétaire et Financier*, Dalloz, 2013.

²⁴⁷ In tal senso si veda l'art. L 144 – 7 *Code de Commerce*.

²⁴⁸ Si veda il quarto comma dell'art. 1 della *Loi 2 luglio 1966 n. 66* e seguenti modificazioni.

²⁴⁹ Si veda, per esempio, la c.d. *SICOMI*, società di comodo creata e che opera nell'ambito del *leasing* immobiliare.

²⁵⁰ GIOVANOLI M., *op. cit.* RUOZZI R. - MOTTURA P. - CARETTA A., *Leasing 80'*, Giuffrè Editore, 1977, pag. 34 ss. FOSSATI G., *Il leasing moderna tecnica di finanziamento delle imprese*, Milano, Pirola Editore, 1980. GALIMBERTI G. M., *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Giuffrè Editore, 1983, pag. 24. CALOME F., *Brevi cenni sui profili comparatistici in tema di locazione finanziaria immobiliare*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 391 ss. DE NOVA G., *Il Sale and Purchase agreement: un contratto commentato*, Giappichelli Editore, Torino, 2011. BERLINGUER A., *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Giappichelli editore, Torino, 2007. SBISA' G. e VELO D., *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, in *Collana di diritto ed economia* diretta da Velo D., Università degli studi di Pavia, Giuffrè Editore, 1983.

5 Sulla configurabilità astratta di un leasing di beni immateriali.

Accertata la possibile configurabilità del *leasing* con riferimento all'azienda nella sua complessità, occorre ora analizzare nel dettaglio la possibile configurabilità di tale fattispecie in riguardo alla tipologia dei beni immateriali.

Ci si interroga, in particolare, se sia possibile prevedere una concessione in godimento temporaneo nelle forme del *leasing* anche per tale categoria di beni, sia congiuntamente che disgiuntamente dall'azienda, data la loro peculiarità di entità incorporali.

Sicuramente, non risulta possibile una scissione dell'azienda in sede di circolazione, tale da escludere dalla medesima i beni immateriali. Si tratta di beni afferenti all'azienda, che ne seguono le vicende circolatorie; beni inscindibili dal complesso aziendale, in quanto il loro valore può essere compreso solo in forza del legame esistente con l'azienda stessa.

Dalla loro inscindibilità dal complesso aziendale discende perciò la loro compatibilità a formare oggetto di un contratto di *leasing* congiuntamente all'azienda.

Il nostro ordinamento, inoltre, prevede la possibilità di una titolarità giuridica disgiunta da quella economica²⁵¹, ed è lo stesso legislatore che, con riguardo a determinati beni immateriali, sancisce una disciplina *ad hoc* per la circolazione anche individuale del loro godimento mediante la costituzione di un rapporto giuridico, denominato licenza.

Infatti, il Codice della proprietà industriale e la Legge sul diritto d'autore prevedono la libera circolazione di marchi, diritti nascenti da invenzioni, opere dell'ingegno e *know-how*, la quale risulta condizionata esclusivamente al requisito della forma scritta e alla necessità di apprestare una tutela nei confronti dei terzi²⁵². In particolare, l'art. 23 del Codice della proprietà industriale sancisce che la circolazione del marchio deve essere tale da garantire la liceità dell'uso effettuato o da effettuare e la riferibilità dello stesso a beni simili o uguali a quelli riferibili al cedente, tale da rendere necessaria la determinazione di una finalità d'uso del segno distintivo.

²⁵¹ Art. 22 Legge marchi.

²⁵² Art. 23 e 63 Codice della proprietà industriale e art. 107 Legge diritto d'autore. Si riporta di seguito il testo delle richiamate disposizioni. “*Art. 23. Trasferimento del marchio* 1. Il marchio può essere trasferito per la totalità o per una parte dei prodotti o servizi per i quali e' stato registrato. 2. Il marchio può essere oggetto di licenza anche non esclusiva per la totalità o per parte dei prodotti o dei servizi per i quali e' stato registrato e per la totalità o per parte del territorio dello Stato, a condizione che, in caso di licenza non esclusiva, il licenziatario si obblighi espressamente ad usare il marchio per contraddistinguere prodotti o servizi eguali a quelli corrispondenti messi in commercio o prestati nel territorio dello Stato con lo stesso marchio dal titolare o da altri licenziatari. 3. Il titolare del marchio d'impresa può far valere il diritto all'uso esclusivo del marchio stesso contro il licenziatario che violi le disposizioni del contratto di licenza relativamente alla durata; al modo di utilizzazione del marchio, alla natura dei prodotti o servizi per i quali la licenza e' concessa, al territorio in cui il marchio può essere usato o alla qualità dei prodotti fabbricati e dei servizi prestati dal licenziatario. 4. In ogni caso, dal trasferimento e dalla licenza del marchio non deve derivare inganno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico. *Art. 63. Diritti patrimoniali* 1. I diritti nascenti dalle invenzioni industriali, tranne il diritto di essere riconosciuto autore, sono alienabili e trasmissibili. 2. Il diritto al brevetto per invenzione industriale spetta all'autore dell'invenzione e ai suoi aventi causa”.

Regime eccezionale è solo quello afferente alla ditta e all'insegna. L'art. 2565 c.c. sancisce la trasferibilità della ditta unitamente all'azienda e sempre che risulti il consenso dell'alienante. L'insegna, invece, segue sempre il trasferimento dell'azienda, anche nel silenzio della volontà delle parti. Ma se il *leasing* è configurabile per l'azienda, nessun problema si pone per la sua estensione anche al trasferimento della ditta e dell'insegna.

Appare dunque indubbia una configurazione del *leasing* di beni immateriali anche disgiunta dal complesso aziendale in cui sono inseriti, salvo qualche eccezione (ditta, insegna).

Unici requisiti richiesti sono la potenziale esistenza di un'utilità futura, la trasferibilità²⁵³ e la misurabilità²⁵⁴.

Ulteriore conferma si rinviene, poi, nella diffusa fattispecie contrattuale del *leasing* di azioni²⁵⁵, variamente applicato nella moderna realtà commerciale, così come del *leasing* di marchio²⁵⁶ e del *leasing* di *software*.

Oltre a ciò, la possibilità di una configurazione del *leasing* avente ad oggetto beni immateriali è contemplata anche dalla dottrina sia italiana²⁵⁷ che straniera²⁵⁸.

²⁵³ Ovvero l'assenza di divieti normativi e fattuali.

²⁵⁴ Ossia la suscettibilità di una stima del valore.

²⁵⁵ Con il *leasing* di azioni l'Utilizzatore acquista il godimento temporaneo di tutta una serie di diritti amministrativi e patrimoniali così come previsti nel contratto. Le parti e, in particolare, la società, hanno la possibilità di limitare i diritti trasferibili all'Utilizzatore, da valutare in base alle esigenze sociali e alla caratteristiche proprie dell'Utilizzatore stesso. Spettano, comunque, in esclusiva all'azionario concedente il diritto di voto, il diritto sui dividendi e il diritto di opzione.

²⁵⁶ Il *leasing* di marchio si caratterizza per il dovere dell'Utilizzatore di usare il marchio in modo non ingannevole per i terzi, nel rispetto di alcuni canoni d'uso prestabiliti, e per la presenza di un potere di controllo in capo al concedente, il quale, accertata l'inidoneità dell'uso non giustificata, ha la possibilità di far rivivere il proprio diritto di esclusiva, beneficiando di ogni possibilità d'uso sussistente in capo all'Utilizzatore. Si veda al riguardo TRIGOGNA R., *op. cit.*, pag. 437 ss.

²⁵⁷ TRIGOGNA R., *op. cit.*, pag. 379 ss. BUONOCORE V., *La locazione finanziaria*, cit. FERRANTI G. MIELE L., *Beni materiali e immateriali, Ammortamento Leasing Affitto d'azienda*, in *Temi di Reddito d'impresa* diretto da G. Ferranti, Ipsoa, 2008. COLANGELO M., *Leasing di beni immateriali*, in *Quaderni Assilea*, pag. 6. Vanzetti, Di Cataldo in TRIGOGNA R., *op. cit.*, pag. 394. ALBANO G., *La locazione finanziaria di beni immateriali tra vuoti legislativi e interpretazione analogica*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, I, pag. 614 ss. Cfr. CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit. Tale ultimo autore afferma che non è possibile configurare un *leasing* di beni immateriali in quanto questi non possono essere ricompresi all'interno della nozione di bene di cui all'art. 810 c.c. In senso contrario, ZENO ZENCOVICH, *Il leasing di programmi per elaboratore elettronico*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 49 ss., il quale afferma che i beni immateriali, per come sono congegnati, possono essere concessi solo in godimento, senza possibilità di previsione di un'opzione di acquisto successivo. Infatti, osserva l'A., in primo luogo, i beni immateriali sono soggetti a un continuo mutamento tanto da non risultare possibile una cessione diversa da quella temporanea, data l'indeterminatezza dell'oggetto dell'eventuale contratto di cessione; in secondo luogo, essi sono caratterizzati dalla riproducibilità, tale che l'Utilizzatore può sempre estrarne una copia, senza bisogno di acquistarlo.

²⁵⁸ Si veda al riguardo quello spagnolo. Nell'ordinamento francese, invece, nonostante la previsione di cui al *Code Monétaire e financier* e alla Loi 66 – 455 (prima citate), il *leasing* di beni immateriali, oltre che scarsamente praticato, è molto discusso in dottrina e giurisprudenza. Si afferma, infatti, con specifico a determinate ipotesi «La possibilité de "crédit-bailler" un logiciel est controversée (V. E.-M. Bey, *Le financement des logiciels* : *Gaz. Pal.* 1985, 2, *doctr.* p. 396. - M. Vivant et A. Lucas, *Droit de l'informatique* : *JCP E* 1988, II, 15093). *Le droit d'auteur ne fait pas l'objet du contrat. Seul le droit d'utilisation du logiciel peut être crédit-baillé* (Cass. com., 27 janv. 1998 : *RJDA* 1998, n° 673, p. 487. - *CA Bourges*, 28 mars 2000 : *JurisData* n° 2000-117565). *Concevable, le crédit-bail d'actions n'est pas très développé* (C.

Un autore, in particolare, afferma che “*la costruzione di un’operazione leasing riguardante beni immateriali costituisce un problema di ordine esclusivamente contrattuale, di sapiente previsione delle clausole negoziali, di rispetto della legislazione speciale che interessa specificatamente quei beni*”²⁵⁹.

Un altro autore sostiene che “*un bene immateriale può formare oggetto di un contratto di locazione finanziaria in quanto lo stesso viene acquisito in proprietà della società di leasing, la quale è, pertanto, titolare di diritti assoluti, validi erga omnes, e non di una semplice concessione d’uso*”²⁶⁰.

Dunque, traslando il discorso appena svolto con specifico riferimento al *leasing* d’azienda, si può affermare che l’Utilizzatore acquista il diritto di godimento dei beni immateriali compresi nell’azienda (ditta, marchio, insegna, *know how* etc.)²⁶¹ o meglio delle utilità derivanti dagli stessi per un certo periodo di tempo. Utilità che consistono nell’incremento o decremento dell’attività imprenditoriale dallo stesso svolta. Solo al termine del *leasing*, l’Utilizzatore avrà la possibilità di acquistare un diritto di esclusiva sul bene immateriale stesso, sempre che ricorra il consenso espresso non solo della Società di *Leasing*, ma anche del venditore - Fornitore.

Quanto alla disciplina applicabile, oltre alle considerazioni svolte e da svolgere sulla circolazione dell’azienda in generale e mediante *leasing*, alle quali si rinvia, si fa riferimento a quella dettata in materia di licenza d’uso.

L’Utilizzatore sarà tenuto verso la Società di *Leasing* nei limiti e con le modalità previste per il licenziatario e, pertanto, secondo quanto già esposto e sancito dagli artt. 23 e 63 del Codice della proprietà industriale.

Un cenno conclusivo deve essere, poi, riferito alla cessione in *leasing* dell’avviamento.

Si rammenti, infatti, che l’avviamento, bene aziendale immateriale, deve essere mantenuto costante durante tutto il periodo di godimento in *leasing* e ciò non può avvenire senza una sua cessione all’Utilizzatore (ecco allora l’inscindibilità con l’azienda) e senza una cessione degli altri beni immateriali, tutti tra loro correlati.

La cessione d’azienda e la sua concessione in godimento comporta, quindi, anche la cessione dell’avviamento.

Sicuramente sarà trasferito all’Utilizzatore l’avviamento oggettivo e lo stesso, incrementato o diminuito, sarà oggetto della successiva retrocessione, posto che costituisce parte portante e integrante l’azienda e dalla stessa inscindibile.

Dubbi sussistono, invece, per quanto riguarda l’avviamento soggettivo.

In merito, si può affermare che esso è insito nella stessa cessione dei segni distintivi aziendali, essendo ricondotti ad un determinato imprenditore e alle sue qualità di gestione aziendale e produttiva.

Tuttavia, come contemperare l’avviamento soggettivo con il divieto di concorrenza, con la tutela dei terzi e con l’eventuale interesse del Fornitore a riottenere l’azienda?

Ferry et J.-P. Baur, *Le crédit-bail d’actions : RD bancaire et bourse 1994, n° 42, p. 57*». In tal senso LEGEAIS D., *Crédit-bail mobilier*, in *SCP Com.*, 2012, pag. 371 ss. Cfr. SCHÜTZ R. N., *op. cit.*

²⁵⁹ COLANGELO M., *op. cit.*, pag. 6.

²⁶⁰ CARRETTA A., DE LAURENTIS G., *op. cit.*, pag. 162.

²⁶¹ Vedi *supra*.

Se l'avviamento soggettivo non si cede, l'azienda viene trasferita con un valore minore e potrebbe subire gli effetti di una concorrenza indiretta e non voluta dal Fornitore.

Se l'avviamento soggettivo viene trasferito si creano, però, problemi di tutela dei terzi, i quali possono esser tratti in inganno per aver confidato nelle qualità personali dell'imprenditore-Fornitore, che, magari, in sede di attività imprenditoriale, non sono più garantite dall'Utilizzatore.

Si badi bene che, in ogni caso, la cessione dell'avviamento soggettivo dell'imprenditore Fornitore, costituente avviamento derivato, sommato all'avviamento soggettivo originario dei vari Utilizzatori, consente un maggiore e più sicuro mantenimento costante dell'avviamento complessivo, se non anche un suo incremento, ritenendo, pertanto, necessaria una sua cessione.

6 *Sulla configurabilità concreta del leasing di azienda e del leasing di beni immateriali.*

Sia l'azienda che i beni immateriali possono essere oggetto di un contratto di *leasing*.

Tuttavia, sul lato della concreta fattibilità sorgono problematiche di non scarso rilievo, in ragione della natura dell'operazione, dei soggetti e dei beni coinvolti.

L'operazione di *leasing* è esclusivamente un'operazione di finanziamento, incontro di centri di interesse differenti: da un lato, l'interesse dell'Utilizzatore al godimento del bene senza una distrazione considerevole di risorse economiche proprie, con la possibilità, in un futuro, più o meno prossimo, di acquisto del compendio aziendale e/o dei beni immateriali; dall'altro lato, l'interesse della Società di *Leasing* all'attività di finanziamento, ad ottenere l'integrale restituzione delle somme cedute e anticipate a favore dell'Utilizzatore e ad essere tenuta indenne da qualsiasi vicenda afferente al bene concesso in *leasing*.

La Società di *Leasing*, infatti, pur partecipando all'operazione esclusivamente come intermediario finanziario, si espone a rischi considerevoli, come in caso di inadempimento o di insolvenza dell'Utilizzatore, ovvero del Fornitore - cedente: la Società di *Leasing* rischierebbe, in questi casi, di trovarsi costretta a pagare i debiti anteriori alla locazione finanziaria e quelli relativi alla gestione aziendale dell'Utilizzatore, i debiti nei confronti dei dipendenti, eventuali debiti fiscali, spese di manutenzione ordinaria e straordinaria e canoni di locazione ordinaria ancora dovuti dall'Utilizzatore insolvente.

Ma anche al di fuori di queste ipotesi "patologiche", si pongono comunque dubbi e problemi laddove l'Utilizzatore, come è sua facoltà, non eserciti l'opzione di riscatto alla scadenza del contratto e non acquisti, quindi, la proprietà dell'azienda. La Società di *Leasing*, mero intermediario finanziario, si troverebbe, a questo punto, proprietaria di un complesso o di un ramo aziendale da gestire, sebbene tale attività gestionale esuli certamente dal suo oggetto sociale: la Società di *Leasing* non ha alcun interesse a svolgere l'attività imprenditoriale in un settore diverso da quello finanziario.

Senza contare, poi, la necessità di apprestare una qualche forma di tutela nei confronti dei terzi, i quali si trovano di fronte ad un'alternanza gestionale.

Né l'Utilizzatore, e tanto meno la Società di *Leasing*, si assumono il rischio d'investimento, ovvero il rischio che, successivamente al termine del *leasing*, non riuscendo in una successiva allocazione nel mercato del compendio aziendale e/o dei beni immateriali, lo stesso debba essere gestito, utilizzato, conservato.

Difatti, l'azienda rimane tale pur se inutilizzata, ma costituisce pur sempre un peso per il suo titolare quanto a debiti e rapporti pendenti di vario genere.

Inoltre, ritenendo applicabile al *leasing* dei beni immateriali la disciplina della licenza d'uso, l'art. 45 della Legge sul marchio stabilisce che, al termine della licenza, se il marchio non viene ceduto o comunque utilizzato entro un lasso di tempo pari a cinque anni lo stesso decade. Manca in questo caso anche una tutela minima. Addirittura il *leasing* di beni immateriali risulterebbe controproducente e svantaggioso.

Ma c'è di più. Se la Società di *Leasing* non è garantita dal rischio di investimento, difficilmente è propensa ad eseguire un tale tipo di operazione negoziale e ciò in considerazione soprattutto della complessità di tali beni e della loro rapida mutevolezza nel tempo. Si ricordi che la Società di *Leasing* ha una funzione di pura intermediazione e di erogazione di un finanziamento.

Non sempre, poi, sarà possibile un intervento "riparatore" del Fornitore, posto che, generalmente, la vendita dell'azienda o di un suo ramo è finalizzata ad una dismissione definitiva della stessa.

E', allora, indispensabile prevedere sia strumenti idonei ad evitare che la Società di *Leasing*, rientrata nella disponibilità del complesso o del ramo aziendale, si trovi costretta a una gestione diretta dello stesso, sia meccanismi che, in generale, rendano meno rischiosa e meno onerosa l'operazione per tutti i soggetti coinvolti, e per la Società di *Leasing*, in particolare, nel caso in cui uno o più soggetti dell'operazione non riescano a far fronte agli impegni contrattuali assunti. Occorre, pertanto, procedere a valutare quali possibili rimedi possono essere adottati al fine di rendere effettivamente praticabile una tale operazione negoziale dai profili economici non indifferenti.

Ebbene, l'operazione negoziale deve essere rafforzata sia nel momento esecutivo che nel momento finale (scadenza termine finale di efficacia).

Il contratto di *leasing* deve essere sempre corredato di una fideiussione, con riferimento alle obbligazioni contratte dall'Utilizzatore sia verso la Società di *Leasing* che verso terzi, e di un'assicurazione, connessa ai vari rischi aziendali (gestione, diminuzione valore azienda)²⁶². Grazie a tali due patti, infatti, la Società di *Leasing* si assicura da eventuali insolvenze dell'Utilizzatore e da eventuali danni che potrebbero essere cagionati all'azienda. Non solo, ma tali patti accessori, oltre alla funzione classica svolta nel tradizionale contratto di *leasing*, potrebbero essere utilizzati anche con riguardo alle obbligazioni derivanti dalla gestione dell'azienda. Una fideiussione potrebbe essere prestata da parte, per esempio, del gestore o curatore dell'operazione, di cui si dirà più avanti, soggetto nuovo e tipico del *leasing* d'azienda.

Oltre a ciò, potrebbe prevedersi l'inserimento in contratto di clausole penali per rafforzare la responsabilità dell'Utilizzatore e di una pattuizione convenzionale circa la determinazione

²⁶² Riferimenti ad un tale soluzione si rinvengono nell'ordinamento spagnolo.

del livello di responsabilità dell'Utilizzatore in merito all'esecuzione del contratto di *leasing* e alla gestione dell'azienda (ci si auspica anche per colpa lieve).

Di fondamentale importanza si mostrano, poi, sia l'attività istruttoria preliminare alla stipulazione del contratto, sia i controlli periodici e analitici durante tutta l'esecuzione del rapporto negoziale.

Oltre a ciò, a tutela della Società di *Leasing* concessionaria, la quale eroga il finanziamento, si ritiene necessaria la previsione di un cosiddetto "periodo di stabilità", ossia di un periodo in cui l'Utilizzatore non può recedere dal contratto di *leasing* o esercitare l'opzione di acquisto. Detto periodo deve essere determinato in modo che la Società di *Leasing* veda garantito se non altro l'ottenimento del rimborso del finanziamento erogato al momento della stipulazione del contratto.

Per quanto concerne il momento finale, ovvero la situazione che si crea successivamente alla scadenza del termine finale del rapporto di *leasing*, ci si interroga sulle modalità per prevenire i possibili rischi di investimento, contemperando gli interessi di tutte le parti del rapporto, e sulla successiva sorte dell'azienda e/o dei beni immateriali.

Sicuramente la soluzione più logica e vantaggiosa, è quella secondo la quale l'Utilizzatore eserciti l'opzione²⁶³ di acquisto, divenendo il proprietario del compendio aziendale.

Al fine di limitare al massimo il rischio di non esercizio dell'opzione, le parti potrebbero convenire la determinazione del prezzo di opzione al momento del suo esercizio sulla base dell'effettivo valore dell'azienda, oppure un prezzo di opzione simbolico. In ogni caso, dovrà essere stabilito un canone mensile e un maxicanone di importo maggiore²⁶⁴ o comunque tali, complessivamente, da coprire l'importo del finanziamento erogato dalla Società di *Leasing*. L'azienda deve essere acquistata per il 90% mediante la corresponsione del canone periodico.

In tal modo si paleserebbe per l'Utilizzatore una sorta di obbligo di fatto di acquisto dell'azienda e/o dei beni immateriali concessi in godimento.

Parimenti, un obbligo di acquisto in capo all'Utilizzatore potrebbe essere previsto nel caso in cui, a seguito della sua gestione, l'azienda sia divenuta in perdita e quindi per nulla cedibile a terzi²⁶⁵.

In tale ultima ipotesi, però, se, da un lato, si responsabilizza maggiormente l'Utilizzatore nella gestione aziendale, dall'altro lato, è altamente probabile che lo stesso, data l'aleatorietà dell'attività d'impresa e dell'intera operazione, desista dalla stipulazione di un dato contratto.

Sempre in tale prospettiva, potrebbe prevedersi in capo all'Utilizzatore l'obbligo di indicare un suo sostituto in caso di mancato esercizio dell'opzione. I criteri di scelta del sostituto devono essere predeterminati in accordo con la Società di *Leasing*: il subingresso dovrà avvenire con il consenso della Società di *Leasing* e previo svolgimento di una breve ma

²⁶³ Si veda anche l'art. 9 della Convenzione UNIDROIT sul *leasing* finanziario internazionale, Ottawa 26 maggio 1988.

²⁶⁴ Riferimenti ad un tale soluzione si rinvergono nell'ordinamento tedesco, spagnolo. SBISA' G. e VELO D., *op. cit.* RIOS VALLEDEPAZ J., ROJO RAMIREZ A., *op. cit.*

²⁶⁵ Riferimenti ad un tale soluzione si rinvergono nell'ordinamento tedesco.

mirata istruttoria in merito alle capacità organizzative, di gestione e finanziarie del sostituto. L'Utilizzatore rimarrà comunque responsabile per eventuali scelte inadeguate²⁶⁶.

Qualora non venga esercitata l'opzione di acquisto e quindi condizionata sospensivamente al mancato esercizio della stessa, soprattutto quando ricorrano i presupposti di ciò *in itinere* del contratto, potrebbe essere contemplato un diritto di vendita dell'azienda a terzi da parte della Società di *Leasing*, previa corresponsione all'Utilizzatore di un'indennità per la perdita del godimento, qualora ciò avvenga *ante termine*²⁶⁷. Il diritto di vendita a terzi, infatti, può essere paralizzato solo dall'offerta di esercizio dell'opzione di acquisto da parte dell'Utilizzatore.

Tali soluzioni, però, non fanno altro che potenziare le probabilità di esercizio dell'opzione o comunque di allocazione nel mercato dell'azienda.

Quindi come evitare ulteriormente che l'azienda rimanga sotto la titolarità e responsabilità della Società di *Leasing*?

Nelle more di un'allocazione a terzi, potrebbe essere prevista una semplice delega temporanea di gestione nei confronti dell'Utilizzatore. Un sorta di godimento gratuito dell'azienda da parte dell'Utilizzatore uscente, al fine di garantire una qualche continuità. Godimento gratuito (o con compenso per l'Utilizzatore) che avrà luogo sino al momento in cui venga stipulato un nuovo contratto di *leasing*. Finanche questa soluzione è pur sempre temporanea e per nulla soddisfacente. Occorre valutare, infatti, se l'Utilizzatore ha ancora un qualche interesse alla prosecuzione della gestione aziendale. Si pongono, poi, problemi di arricchimento dell'Utilizzatore e degli effetti della gestione da lui svolta.

In aggiunta, si potrebbero attribuire poteri gestionali di mera conservazione del compendio aziendale in capo alla Società di *Leasing*. Ciò, però, sarebbe contrario alla stessa natura del contratto di *leasing* e all'oggetto della Società di *Leasing*.

Nella stessa ottica, è possibile prevedere un nuova figura. Una sorta di curatore o gestore di azienda che interviene, dietro compenso della Società di *Leasing*, nella gestione e conservazione dell'azienda in *medio tempore*, tra un *leasing* e un altro. Gli atti del curatore saranno limitati però a meri atti di conservazione del compendio aziendale come rilasciato dall'Utilizzatore. Tutte le situazioni giuridiche di tale periodo saranno imputate al curatore e quindi all'azienda. Ciò però imporrebbe costi maggiori (compenso curatore) difficilmente sostenibili da parte di una Società di *leasing*.

Si puntualizza che sarebbe meglio provvedere ad una personificazione dell'azienda, quale soggetto di diritti e obblighi, mediante la previsione di una specie di autonomia patrimoniale.

²⁶⁶ Riferimenti ad un tale soluzione si rinvengono nell'ordinamento inglese e americano sia nel c.d. *sale and purchase agreement* sia nel *pickle leasing* (in cui è prevista l'ulteriore opzione di *replacemnt leasing*). DE NOVA G., *Il Sale and Purchase agreement: un contratto commentato*, cit., pag. 80 ss. Sul *pickle leasing* si veda CARRETTA A., DE LAURENTIS G., *op. cit.*, pag. 373.

²⁶⁷ Riferimenti ad un tale soluzione si rinvengono nell'ordinamento francese, tedesco e spagnolo e americano. Si veda RUOZZI R., MOTTURA P., CARETTA A., *op. cit.*, pag. 4 ss. FOSSATI G., *op. cit.*, pag. 32 ss. GALIMBERTI G. M., *op. cit.* GIOVANOLI M., *op. cit.* SBISA' G. e VELO D., *op. cit.* RIOS VALLEDEPAZ J., ROJO RAMIREZ A., *op. cit.*

La Società di *Leasing* e l'Utilizzatore potrebbero pure convenire un mutamento del rischio del *leasing*²⁶⁸. Il rischio di investimento potrebbe essere accollato all'uno o all'altro soggetto, a seconda del tipo di azienda e di gestione determinata e a seconda delle capacità personali economico gestionali dei due.

Tuttavia, si tratta di una soluzione che rimarrebbe impraticata poiché nessuna delle parti è in grado di assumersi il completo rischio di investimento.

Si potrebbe pure congeniare un *leasing* d'azienda come *leasing* convenzionato con erogazione da parte della Società di *Leasing* di un doppio finanziamento: uno verso l'Utilizzatore e l'altro verso il Fornitore, iniziale proprietario dell'azienda.

È possibile anche la previsione di un semplice patto di riacquisto in capo al Fornitore.

Dette soluzioni, seppur consentano una sicura riallocazione del compendio aziendale e/o dei beni immateriali, sono difficilmente applicabili in concreto. L'imprenditore – Fornitore, salvo abbia esigenze temporanee di finanziamento, non ha interesse a riacquistare l'azienda precedentemente trasferita.

Tuttavia, si pensi alle ipotesi di trasferimento di un solo ramo d'azienda o alla sospensione temporanea dell'attività imprenditoriale, nelle quali sovente è presente in capo all'imprenditore - Fornitore un interesse all'ottenimento del finanziamento (prima) e al riacquisto dell'azienda (dopo). In questo modo, la Società di *Leasing* venderà l'azienda al Fornitore e, nel caso in cui si ripresenti l'occasione di un nuovo contratto di *leasing*, provvederà, solo in tale momento, alla stipula di un nuovo contratto di acquisto di un'azienda dallo stesso o da un altro imprenditore. In tale ottica, potrebbe anche darsi luogo a una sorta di regolamentazione dei rapporti tra Società di *Leasing* e imprenditore Fornitore mediante un patto di esclusiva, una convenzione avente ad oggetto una pluralità di contratti di *leasing* (in questo modo il Fornitore lucrerà sull'azienda) oppure una convenzione di *leasing* – vendita a carattere periodico tra Società di *Leasing* e Fornitore. Il tutto dovrà avvenire sotto il rigido controllo delle caratteristiche soggettive e oggettive dei vari soggetti intervenienti. L'alternanza degli Utilizzatori dovrà essere sottoposta sempre e necessariamente al vaglio critico della Società di *Leasing*, che dispone il finanziamento di tutta l'operazione.

Altra soluzione potrebbe essere la creazione di una comunione d'azienda²⁶⁹.

Ulteriormente, potrebbe propendersi per la creazione di una società *ad hoc*²⁷⁰ per ciascuna operazione di *leasing*. Società *ad hoc* o di comodo alla quale la Società di *Leasing* partecipa con

²⁶⁸ Riferimenti ad un tale soluzione si rinvengono nell'ordinamento tedesco. In tal senso si veda SBISA' G. e VELO D., *op. cit.*

²⁶⁹ CINTIOLI F., D'AMICO G., GUERRERA F., LATELLA D., *I trasferimenti di azienda*, coordinato da Guerrera F., appendice tributaria di Buccisano A., Milano, Giuffrè Editore, 2000, pag. 189 ss.

²⁷⁰ Riferimenti ad un tale soluzione si rinvengono nell'ordinamento francese, tedesco e spagnolo. Si veda RUOZZI R., MOTTURA P., CARETTA A., *op. cit.*, pag. 4 ss. FOSSATI G., *op. cit.* pag. 32 ss. GALIMBERTI G. M., *op. cit.* GIOVANOLI M., *op. cit.* SBISA' G. e VELO D., *op. cit.*. RPOS VALLEDEPAZ J., ROJO RAMIREZ A., *op. cit.* Soluzione simile è offerta anche dall'ordinamento inglese e americano, oltre che dal diritto internazionale. Si prevede una sorta di locazione collegata ad un *trust* e a contratti di finanziamento dell'operazione (accanto al contratto di locazione si instaura un *trust* e l'operazione viene finanziata da finanziatori e/o investitori esterni). In tal senso CARRETTA A., DE LAURENTIS G., *op. cit.*, pag. 363. Cfr. GIOVANOLI M., *op. cit.*

quota azionaria maggioritaria. La cessione del godimento dell'azienda è trasferita all'Utilizzatore mediante cessione di quote sociali. Se l'Utilizzatore non acquista l'azienda, la partecipazione azionaria viene retrocessa alla società *ad hoc*, la quale continua nella sua gestione in qualità di proprietaria effettiva, unitamente o disgiuntamente alla Società di *Leasing* (a seconda che la partecipazione della Società di *Leasing* venga mantenuta o ceduta alla società di comodo che ne rimane unico titolare). In questo modo, non si verifica alcuna situazione di stallo dell'azienda, vengono tutelati tutti i soggetti dell'operazione e persino i terzi coinvolti dalle vicende aziendali, posto che la creazione di una società di comodo deve esser fatta oggetto di adeguata pubblicità. Al riguardo potrebbe essere utile la creazione di un trend e/o regolamento aziendale, come verrà prospettato nel prosieguo del presente lavoro²⁷¹.

Tuttavia, detta soluzione si mostra troppo dispendiosa e per questo di difficile applicazione. Si rendono, infatti, necessarie nuove ed ulteriori risorse e soggetti disposti alla costituzione di società provvisorie con compiti di gestione e assunzione di tutti i rischi d'impresa e d'azienda.

Ultima, ma più importante, soluzione, in quanto più consona rispetto a tutti gli interessi rilevanti all'interno dell'operazione di *leasing* d'azienda, potrebbe essere la previsione, sin dalla stipulazione del *leasing*, di una cessione dell'azienda ad un terzo, denominato Garante dell'operazione.

Un soggetto che, sin dal momento perfezionativo dell'operazione, assuma su di sé le funzioni di controllo dell'operazione negoziale di *leasing* e di intervento nella gestione dell'azienda a garanzia di terzi (Società di *Leasing* e altri terzi coinvolti dai rapporti aziendali) e che acquisti l'azienda in situazioni di criticità (inadempimento dell'Utilizzatore, fallimento, scioglimento anticipato e così via), subentrando in tutti i rapporti aziendali. Una garanzia atipica che eviti il c.d. rischio d'investimento e consenta comunque una continuità nell'esecuzione dell'attività aziendale e nello svolgimento dei rapporti aziendali. Ma di questa soluzione verrà detto nel dettaglio nel prosieguo del presente lavoro²⁷².

Ad ogni modo, si precisa che una tale previsione, diffusa nella prassi contrattuale commerciale, consente una tutela sia dell'azienda che dei beni immateriali, contemperando tutti gli interessi presenti nell'operazione negoziale di *leasing* d'azienda (Società di *Leasing*, Fornitore, Utilizzatore).

²⁷¹ Vedi *infra*.

²⁷² Vedi *infra*.

Capitolo VI

Il leasing d'azienda: struttura e problematiche

Sommario: 1 Il leasing d'azienda: nozione e elementi. Profili strutturali oggettivi; - 2 Segue La determinazione del canone di leasing. Rinvio; - 3 Segue. Il patto di opzione; - 4 Segue. Il patto di riacquisto; - 5 Il contratto di leasing: profili soggettivi. Il Fornitore; - 6 Segue Il Concedente o Società di Leasing; - 7 Segue. La figura dell'Utilizzatore; - 8 Brevi cenni all'attività istruttoria e alla due diligence; - 9 Segue La valutazione dell'azienda; - 10 Disciplina applicabile. Profili generali; - 11 Segue. La successione nei contratti; - 12 Segue La successione nei crediti; - 13 Segue La successione nei debiti; - 14 Segue Il divieto di concorrenza; - 15 Segue Le autorizzazioni amministrative; - 16 Le vicende del leasing d'azienda; - 17 Leasing d'azienda e fallimento; - 18 Il regime del leasing d'azienda al decorrere del termine finale di efficacia; - 19 La retrocessione: struttura; - 20 Segue La retrocessione: effetti; - 21 Segue L'immissione del possesso e lo status dell'azienda nelle more tra la retrocessione e il nuovo contratto di leasing. Rinvio; - 22 Leasing d'azienda e tutela dell'operazione negoziale: la figura del Garante dell'operazione; - 23 Segue La natura giuridica della figura del Garante dell'operazione; - 24 Leasing d'azienda, alternanza gestionale dell'azienda e tutela dei terzi: la creazione di un regolamento di utilizzo dell'azienda; - 25 Profili contabili e fiscali del leasing d'azienda.

1 Il leasing d'azienda: nozione e elementi. Profili strutturali oggettivi.

Vagliata a grandi linee la configurabilità astratta e concreta del contratto di *leasing* d'azienda, occorre ora analizzare, nello specifico, la compatibilità di tali due istituti, procedendo all'esame dei singoli aspetti e peculiarità.

Come si è detto, il *leasing* d'azienda non è altro che quel rapporto negoziale in forza del quale un soggetto, denominato Concedente o *lessor*, concede ad un altro soggetto, denominato Utilizzatore o *lessee*, il godimento di un'azienda o di un ramo²⁷³ di essa, dietro il pagamento di un corrispettivo, denominato canone, e con diritto di opzione d'acquisto dell'Utilizzatore da esercitarsi alla scadenza del contratto e previa corresponsione di un prezzo definito in base ad un predeterminato numero di canoni.

Oggetto del contratto è rappresentato dall'azienda o da un suo ramo, e quindi da un insieme di beni tra loro teleologicamente relazionati verso l'esercizio di un'attività d'impresa²⁷⁴.

In primo luogo, l'azienda può essere fatta oggetto di *leasing* solo nell'eventualità in cui venga intesa in maniera unitaria (*universitas iuris*). In caso contrario, infatti, si pone l'interrogativo circa la configurabilità di un *leasing* ad oggetto multiplo oppure di una stipulazione di una pluralità di contratti di *leasing* collegati tra loro; ciò che rileva è che venga,

²⁷³ La possibilità che soltanto un ramo dell'azienda sia oggetto del contratto consente di separare aree dell'azienda non sinergiche e a diversa redditività, isolando così eventuali rami in perdita, la c.d. *bad branch*. Ecco un altro motivo che condurre alla stipulazione del contratto di *leasing*.

²⁷⁴ Cass. Civ. 17 aprile 1996 n. 3627, in *Mass.* 1996. Cass. civ. 25 ottobre 2002 n. 14647, in *Diritto e Giustizia*, 2002, f. 40, pag. 79. Cons. di Stato 20 dicembre 2001 n. 6318, in *Foro Amm.*, 2002, pag. 118.

comunque, mantenuta una qualunque unitarietà funzionale²⁷⁵. Prospettive, entrambe, che non paiono incontrare nell'ordinamento nessun ostacolo di previsione e applicazione. Unica problematica è esclusivamente quella di natura prettamente pratica afferente ad un inutile dispendio di risorse.

In secondo luogo, l'azienda concessa in godimento deve essere compatibile e strumentale con l'attività imprenditoriale svolta dall'Utilizzatore. Non è sufficiente che oggetto del *leasing* sia un complesso di beni definibile tale, ma è necessaria una verifica concreta della compatibilità dell'azienda con l'effettiva attività imprenditoriale svolta dall'Utilizzatore: non tutte le aziende sono compatibili con tutte le attività imprenditoriali²⁷⁶.

Infine, si rileva come parte della dottrina²⁷⁷ afferma la necessità di una determinazione analitica del complesso aziendale mediante un'indicazione precisa e dettagliata di tutti i beni che lo costituiscono e che, pertanto, vengono concessi in godimento con il contratto di *leasing*. Ciò rendendosi necessario al fine di consentire una delimitazione certa del contenuto sia del diritto del riscatto da parte della Società *leasing* al termine del contratto sia del diritto di opzione di acquisto da parte dell'Utilizzatore, oltre a rendere possibile una valutazione dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'Utilizzatore (si pensi, per esempio, al caso dell'alienazione di beni e all'obbligo di reintegrazione del patrimonio aziendale).

Determinazione analitica che, per alcuni autori²⁷⁸, deve essere effettuata soprattutto con riferimento ai beni immateriali: in mancanza di una loro espressa indicazione, gli stessi non vengono concessi in godimento a titolo di *leasing* assieme all'azienda in quanto non costituenti beni giuridici in senso stretto ai sensi dell'art. 810 c.c., salvo il caso della ditta, per la quale la circolazione congiunta all'azienda o ad un suo ramo è prevista dalla legge. Le medesime considerazioni vengono estese anche a quei beni, quali eventuali concessioni o autorizzazioni amministrative, che, necessitando dell'attività di terzi soggetti (la Pubblica Amministrazione), prevedono, ai fini della loro circolazione, il sorgere di una mera obbligazione in capo al Concedente (Società di *Leasing*), che non può che essere fatta oggetto di un'espressa pattuizione contrattuale.

Tuttavia, si afferma²⁷⁹ che l'azienda si trasferisce in base al solo contratto di *leasing* ed è determinata facendo riferimento al complesso aziendale così come esistente in detto momento. Eventuali problemi circa la consistenza del complesso aziendale potrebbero essere definiti mediante la *relatio* formale o sostanziale ad un'ulteriore dichiarazione, passata o futura, delle parti, tra le quali può annoverarsi l'inventario stilato dal precedente imprenditore o l'ultimo bilancio aziendale. Inoltre, in caso di alienazione di uno o più beni del complesso aziendale da parte della Società di *Leasing* o da parte del precedente imprenditore (Fornitore),

²⁷⁵ BALDUCCI D., *op. cit.*, pag. 296.

²⁷⁶ Tale profilo verrà meglio specificato quando si analizzerà la figura dell'Utilizzatore.

²⁷⁷ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 589 ss.

²⁷⁸ CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring, cit.*, pag. 163.

²⁷⁹ FERRARA F., *op. cit.*, pag. 379. FERRARI B., *op. cit.*, pag. 706. Casanova in PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 591 ss.

il “conflitto” tra l’Utilizzatore e il terzo acquirente sarà di certo risolvibile mediante l’applicazione del principio delle trascrizioni o della data certa. Il bene sarà ritenuto parte costituente il complesso aziendale concesso in *leasing* nel caso in cui l’atto di alienazione sia posteriore alla data di stipulazione del *leasing* o alla trascrizione dello stesso. Si badi però che, oltre a tale requisito formale, il bene deve mostrare la sua inerenza al complesso aziendale.

Nondimeno, in mancanza di una determinazione analitica del complesso aziendale, il *leasing* potrebbe essere congegnato come contratto ad effetti obbligatori, sorgendo, in questo modo, in capo alla Società di *Leasing* o all’imprenditore-Fornitore, anche l’obbligo di provvedere alla determinazione dell’effettivo complesso aziendale in sede di concessione del godimento o di consegna dell’azienda.

Ad ogni modo, si nota che il medesimo risultato può raggiungersi anche attraverso la previsione di un *leasing* di azioni, o meglio delle azioni e quote sociali della società titolare del complesso aziendale in questione²⁸⁰. In tale ipotesi, il contratto di *leasing* avrebbe un oggetto immediato o diretto, costituito dalle azioni o quote sociali, e un oggetto mediato o indiretto, rappresentato dall’azienda.

Nonostante l’azienda in sé e per sé considerata rimanga comunque il nucleo centrale del *leasing*, essa non costituisce l’unico oggetto del contratto di *leasing*. È frequente che le parti provvedano alla cessione anche di altri contratti, afferenti all’organizzazione aziendale, i quali vengono allegati al contratto principale di *leasing*. Si tratta, per lo più, di contratti di *leasing* mobiliari, ad esempio, per la sostituzione di attrezzature obsolete, finalizzati a garantire un efficiente funzionamento dell’azienda, o ancora di contratti di *leasing* immobiliari, come quello per l’acquisizione dell’immobile in cui è posto il punto vendita, al fine di assicurare un più sicuro mantenimento dell’avviamento²⁸¹.

La causa, come già affermato, è di finanziamento. Il *leasing* d’azienda, infatti, consente all’Utilizzatore di poter esercitare un’attività imprenditoriale senza dover distrarre cospicue somme di denaro dal bilancio aziendale per l’acquisto e/o la costituzione di un’azienda, che avviene grazie al finanziamento iniziale erogato dalla Società di *Leasing*.

Quanto alla forma, si deve ritenere che il *leasing* d’azienda debba essere concluso nel rispetto della forma scritta²⁸². Forma scritta che si rende necessaria sia alla luce dell’art. 2556 c.c. e delle modifiche apportate allo stesso dall’art. 6 della l. n. 310 del 12 agosto 1993²⁸³, sia in considerazione della pacificità per cui il *leasing* segue la forma richiesta per i beni concessi in godimento. Il contratto di *leasing*, inoltre, al pari di tutti i contratti che realizzano il trasferimento in godimento dell’azienda, deve essere depositato, a cura del notaio rogante, entro 30 giorni dalla stipulazione, presso la Camera di Commercio, territorialmente competente, per consentirne l’iscrizione nel Registro delle imprese.

²⁸⁰ Soluzione adottata dalla maggior parte degli ordinamenti di *common e civil law*.

²⁸¹ E’ evidente che il mantenimento nel tempo di una specifica localizzazione rappresenta spesso un elemento essenziale per il successo di un’attività imprenditoriale di natura commerciale.

²⁸² Atto pubblico o scrittura privata autenticata.

²⁸³ “Norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali, nonché nella cessione di esercizi commerciali e nei trasferimenti di proprietà dei suoli”.

Per ciò che concerne i soggetti dell'operazione, premesso che essi variano a seconda della tipologia di *leasing* adoperata (*leasing* finanziario o *lease back*), si deve affermare quanto segue.

Soggetti indispensabili sono rappresentati dalla Società di *Leasing* e dall'Utilizzatore. Entrambi devono rivestire la qualifica di imprenditore, con la differenza che mentre per il primo sono previsti dei requisiti necessari a pena di invalidità delle contrattazioni effettuate (iscrizione in registro, requisiti soggettivi), per il secondo, invece, è ritenuto necessario semplicemente lo svolgimento di un'attività d'impresa. Nel *leasing* d'azienda del tipo locazione finanziaria, riveste, poi, una particolare rilevanza la figura del Fornitore.

Ulteriore soggetto che, come si vedrà più avanti, appare indispensabile è rappresentato dal Garante dell'operazione. Soggetto che consente il raggiungimento di un equilibrio tra i vari operatori negoziali oltre che una tutela sia dei terzi che dell'azienda.

Il contratto di *leasing* d'azienda ha una durata minima di 60 mesi. Più precisamente la durata non può essere inferiore alla metà del periodo di ammortamento dei beni facenti parte del complesso aziendale²⁸⁴, per consentire all'Utilizzatore la piena deducibilità fiscale dei canoni pagati.

Sotto il profilo strutturale, si evidenzia come il *leasing* d'azienda, al pari del tradizionale schema contrattuale, si presenta costituito di un collegamento contrattuale insistente tra una vendita d'azienda e un conseguente *leasing*. Il Concedente o Società di *Leasing*, in un primo momento, provvede all'acquisto dell'azienda o del ramo d'azienda a scopo di *leasing*, in questo modo acquisendo la proprietà dell'azienda e subentrando in tutte le posizioni giuridiche alla stessa afferenti (proprietà beni aziendali, contratti, debiti e crediti, rapporti di lavoro, avviamento aziendale), mentre, in un secondo momento, concede in *leasing* l'azienda all'Utilizzatore previamente individuato.

Al fine di apprestare una maggior tutela a tutti i soggetti intervenienti e al fine di una semplificazione dell'operazione economica stessa, sarebbe più congeniale stipulare prima il contratto di *leasing* e solo successivamente il contratto di cessione d'azienda.

Infatti, se si adottasse la prima formula (stipulazione della cessione d'azienda e successiva convenzione di *leasing*), il contratto di cessione vedrebbe la sua efficacia sottoposta alla duplice condizione, sospensiva o risolutiva, della consegna dell'azienda e della stipulazione del contratto di *leasing*. Ciò, inoltre, comporterebbe dei danni anche all'imprenditore - Fornitore, il quale risulterebbe inutilmente vincolato con il patrimonio aziendale.

Quanto alla tipologia di *leasing* che potrebbe essere utilizzata ai fini della circolazione dell'azienda, se si esclude a priori la possibilità di un *leasing* operativo, per ovvie ragioni di natura tipologica del bene, nessun problema deve porsi riguardo alla configurabilità sia di un *leasing* finanziario che di un *lease back*.

²⁸⁴ Desumibile dalla tabella dei coefficienti di ammortamento contenuto nel DM 31/12/1998. E' opportuno stabilire la durata del contratto sulla base del bene con il coefficiente di ammortamento più basso, cfr. MORO VISCONTI R.-DE CANDIA G.-DE VITO G., *Il leasing azionario, su aziende e su marchi. Strumenti innovativi per il finanziamento delle imprese e per il made in Italy*, cit., pag. 87.

2 Segue La determinazione del canone di leasing. Rinvio.

Un profilo alquanto problematico è rappresentato dalla determinazione del canone periodico di *leasing*, del maxicanone²⁸⁵ e del prezzo di opzione²⁸⁶, ovvero dall'elaborazione del c.d. piano di finanziamento, determinato dalla Società di *Leasing* al momento della stipulazione del contratto.

I canoni hanno, di solito, periodicità mensile; deve essere versato²⁸⁷ un anticipo, il maxicanone, di ammontare minimo corrispondente al 5% del costo di acquisto. Lo stesso ammontare minimo è previsto per il valore di riscatto da corrispondersi al momento dell'esercizio del diritto di opzione.

Il canone, inoltre, può essere costituito sia da denaro (cessione in senso stretto) che da azioni o quote sociali (cessione per apporto)²⁸⁸.

Come noto, la determinazione del canone avviene mediante una valutazione economica del bene. I criteri sono, in genere, individuati nel valore economico del bene, nell'eventuale prezzo di vendita del medesimo, nella valutazione economica del solo godimento. Se ciò si mostra agevole nel caso in cui il *leasing* abbia ad oggetto un bene, mobile o immobile, qualsiasi, altrettanto non può dirsi per l'azienda. Ma di ciò si dirà più avanti²⁸⁹.

Ad ogni modo, considerata la mutevolezza della realtà aziendale e di conseguenza la mutevolezza del suo valore si potrebbe prevedere, a favore di tutti i soggetti dell'operazione negoziale, l'inserimento di una clausola di indicizzazione del canone, che sia correlata alle variazioni di valore dell'azienda. Ciò, però, implicherebbe spese maggiori, date dalla necessità di una costante attività di monitoraggio del valore dell'azienda.

²⁸⁵ La funzione principale del maxicanone è quella di tutelare la Società di *Leasing* nei casi in cui il contratto abbia ad oggetto beni che si deprezzano in misura significativa non appena vengono utilizzati (l'esempio tipico è quello dell'automobile); questo problema in effetti non si pone quando oggetto del contratto è un'azienda. La previsione e l'entità del maxicanone è rimessa in questa operazione più che in altre alla valutazione delle parti; accordarsi per un maxicanone elevato comporta comunque sempre una maggior tutela per la Società di *Leasing*, una riduzione delle rate, e la fissazione di un prezzo di riscatto più basso. Il prezzo fissato per l'acquisto costituisce un elemento essenziale dell'operazione, ed è influenzato dalla valutazione dell'avviamento.

²⁸⁶ Il prezzo di opzione è determinato sin dalla stipulazione del contratto di *leasing* sulla base del prezzo di vendita dell'azienda. Si noti, infatti, che la Società di *Leasing*, nella sua qualità di mero intermediario finanziario, non può lucrare la differenza tra il prezzo di vendita e il complessivo ammontare di opzione e canoni dovuti dall'Utilizzatore.

²⁸⁷ Il maxicanone potrebbe essere corrisposto al momento della stipulazione del contratto o versato in rate; potrebbe esser versato al momento dell'immissione in possesso dell'azienda; potrebbe prevedersi la dazione di un acconto al momento della stipulazione del contratto e il saldo al momento dell'efficacia del contratto ovvero al momento della consegna.

²⁸⁸ Vedi BALDUCCI D., *op. cit.*, pag. 8.

²⁸⁹ Vedi *infra*.

3 Segue. Il patto di opzione.

Al contratto di *leasing* d'azienda, di solito, sono annessi altri patti accessori, tra i quali possono annoverarsi principalmente il patto di opzione di acquisto e il patto di riacquisto dell'azienda stipulato a favore del Fornitore.

Il patto di opzione finale d'acquisto, che può essere contenuto nello stesso contratto di *leasing* o in un altro patto aggiuntivo e accessorio, seppur inscindibilmente collegato al contratto principale, rappresenta l'elemento peculiare del *leasing*²⁹⁰, indice della natura di finanziamento della stessa operazione contrattuale. L'azienda, solo in rarissime ipotesi, si presenta quale bene a rapida obsolescenza, sovente è l'interesse dell'Utilizzatore ad un godimento temporaneo finalizzato all'acquisto definitivo del compendio e detta previsione consente, oltretutto, di attenuare il rischio d'investimento della Società di *Leasing*.

Orbene, nel momento in cui il contratto di *leasing* volge a termine, l'Utilizzatore può restituire il bene concessogli in godimento²⁹¹, ovvero può richiedere un rinnovo o la stipulazione di un nuovo contratto di *leasing* afferente alla medesima azienda, oppure può esercitare il diritto di opzione ed acquistare la proprietà dell'azienda²⁹². Sorge, pertanto, in capo alle parti un'obbligazione alternativa con diritto potestativo di scelta dell'Utilizzatore secondo le proprie esigenze economico-aziendali²⁹³.

Tuttavia, l'acquisto dell'azienda da parte dell'Utilizzatore non avviene in maniera automatica, bensì, come discende dallo stesso disposto normativo di cui all'art. 1331 c.c., necessita di un'ulteriore manifestazione di volontà da parte dell'Utilizzatore²⁹⁴. Oltre a ciò, elemento aggiuntivo di perfezionamento della fattispecie è rappresentato dalla corresponsione di un prezzo equivalente al versamento di un determinato numero di canoni di *leasing*. Determinazione del prezzo di opzione che avviene entro margini di alta discrezionalità per il Concedente (Società di *Leasing*), sempre, però, nei limiti del valore

²⁹⁰ È discussa in dottrina e giurisprudenza la natura di elemento essenziale dell'opzione di acquisto. Si tratta di tesi minoritarie, fondate sull'atipicità del contratto di *leasing* e sulla necessità di valutare nel caso concreto l'interesse vero e proprio dell'Utilizzatore che stipuli un detto contratto. Si veda ZUDDAS G., *L'opzione di acquisto nel contratto di leasing*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag.468 ss. degna di nota è anche al riguardo la sentenza Cass. 13 dicembre 1989 n. 5569.

²⁹¹ In questo caso, il contratto di *leasing* cessa di avere efficacia. Non si ha una risoluzione di diritto del contratto per mancato esercizio dell'opzione di acquisto, ma questo costituisce termine atipico di efficacia del contratto.

²⁹² L'opzione, pertanto, configura una sorta di prelazione convenzionale di acquisto del bene. DENOZZA F., *op. cit.*, pag. 845 ss.

²⁹³ Dal punto di vista strettamente giuridico, l'opzione si presenta, comunque, come proposta irrevocabile pattizia di vendita del bene da parte del Concedente (Società di *Leasing*), cui corrisponde un diritto potestativo in capo all'Utilizzatore.

²⁹⁴ In merito la Corte di Cassazione afferma che l'interesse dell'Utilizzatore al proseguimento nel godimento del bene "può realizzarsi con l'espressione di una volontà di acquisto al prezzo di opzione nel caso che il gioco valga la candela, ovvero se, essendo venuto meno l'interesse all'impiego, sussista tuttavia ancora un valore commerciale del bene da realizzare con una vendita superiore al prezzo di opzione, con l'esercizio conseguente da parte sua o dell'opzione ovvero della cessione onerosa a terzi dell'opzione stessa". V. Cass. Civ. 22 marzo 1994 n. 2473, in *Fa*, 1994, 1119.

residuale dell'azienda successivamente alla scadenza del contratto e fatto salvo il rinvio al disposto di cui all'art. 1474 c.c.

Ad ogni modo, si rileva che non sempre l'Utilizzatore ha interesse ad un successivo acquisto del complesso aziendale. Spesso si tratta di attività imprenditoriali a breve durata o temporanee oppure l'imprenditore non ha raggiunto, specie se ha iniziato l'attività d'impresa da pochissimo tempo, la stabilità finanziaria che si rende necessaria per far fronte a una distrazione di risorse di non scarso valore economico e con ripercussioni di non poco conto sull'attività d'impresa. In tali ipotesi, l'Utilizzatore non avrà sicuramente alcun interesse all'esercizio dell'opzione e, pertanto, l'azienda rimarrà in proprietà del Concedente (Società di *Leasing*), il quale potrà immetterla di nuovo nel mercato, concludendo nuovi contratti di *leasing* o vendendo la stessa, ovvero potrà procedere alla rinegoziazione del contratto nei confronti dell'Utilizzatore²⁹⁵.

In tutti gli altri casi, invece, si evidenzia come l'esercizio dell'opzione di acquisto comporti il trasferimento della proprietà dell'azienda e/o dei beni immateriali in capo all'Utilizzatore, consentendo di risolvere la problematica della situazione, per così dire, di "stallo" dell'azienda, specialmente qualora non venga previsto un patto di riacquisto da parte del Fornitore e la Società di *Leasing* non riesca a vendere l'azienda a terzi.

4 *Segue. Il patto di riacquisto.*

Altro patto è rappresentato dal patto di riacquisto²⁹⁶, il quale costituisce, invece, un elemento meramente accessorio del contratto di *leasing*, tipico soprattutto delle convenzioni quadro²⁹⁷, e in forza del quale il Fornitore si obbliga a riacquistare l'azienda dal Concedente

²⁹⁵ Si rinvia alla parte sulla configurabilità astratta del *leasing*.

²⁹⁶ La qualificazione giuridica di tale patto è piuttosto controversa in giurisprudenza. Secondo un primo orientamento, il patto di riacquisto costituisce una garanzia atipica assimilabile a una fideiussione di tal guisa che il prezzo che il Fornitore si obbliga a pagare, sarebbe la somma del prezzo pattuito per l'opzione di acquisto, dei canoni scaduti e di quelli a scadere. Vedi sentenza Corte App. Torino 28 giugno 1988, in *Riv. it. leasing*, 1990, 439; Trib. Milano 5 novembre 1990, in *Riv. it. leasing*, 1990, pag. 439. Secondo un altro orientamento, invece, il patto in esame costituisce un contratto autonomo e più precisamente un negozio di retrovendita sospensivamente condizionato alla morosità o all'inadempimento dell'Utilizzatore, ovvero un negozio in cui la funzione traslativa sarebbe nettamente prevalente su quella di garanzia. Vedi sentenza Corte App. Firenze 22 gennaio 1994, in *Riv. it. leasing*, 1994, pag. 659; Cass. Civ. 28 agosto 1995 n. 9050, in *BBTC*, 1997, 267. Secondo un terzo orientamento, il patto di riacquisto configura una proposta irrevocabile da parte del Fornitore, mentre la Società di *Leasing* godrebbe di un diritto potestativo condizionato all'eventuale risoluzione del contratto di *leasing* per inadempimento dell'Utilizzatore. Altri autori ancora, ma resta una posizione alquanto minoritaria, ritengono tale patto una semplice opzione di compera come disciplinata dall'art. 1331 c.c. Tuttavia, la stessa Suprema Corte ha più volte affermato la difficoltà di individuare una soluzione definitiva, dipendendo, l'inquadramento del patto di riacquisto, dallo specifico testo del contratto in cui lo stesso di volta in volta è inserito, quindi dalla specifica volontà espressa dalle parti nell'accordo. Vedi Cass. Civ. 19 luglio 1995 n. 7870, in *BBTC*, 1997, 267; Cass. Civ. 19 luglio 2005 n. 15199, in *Corr. Giur.*, 8/2006, 1114, in cui si dice che "costituisce *quaestio voluntatis* stabilire se nel patto in oggetto sia da ravvisare un negozio di garanzia ovvero una nuova vendita".

²⁹⁷ Meglio conosciuto come *leasing* convenzionato. Vedi al riguardo ZANNELLA G. M., *op. cit.*, pag. 669; CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa, cit.*, 659.

(Società di *Leasing*), qualora il contratto di *leasing* si sciogla o cessi, per altre cause²⁹⁸, di avere efficacia, esclusa, solitamente, la cessazione per la scadenza del termine finale di efficacia.

Con tale pattuizione, inserita normalmente nel contratto di fornitura (vendita d'azienda), stipulato tra Fornitore e Concedente (Società di *Leasing*), il Fornitore si obbliga a intervenire per tenere indenne il Concedente (Società di *Leasing*)²⁹⁹ dal rischio derivante dall'inutilizzazione dell'azienda. Tanto ciò vero che il patto di riacquisto ricorre soprattutto nei casi in cui il contratto abbia per oggetto beni, quali l'azienda, che sono difficilmente ricollocabili nel mercato non solo mediante un nuovo contratto di *leasing*, bensì mediante un qualsiasi altro contratto.

La previsione di un tale patto consentirebbe oltretutto di eliminare o almeno di appianare i problemi di cui alla fase di "stallo" dell'azienda presso la Società di *Leasing*, in attesa di una successiva allocazione nel mercato. Proprio a tal riguardo si ritiene che il patto di riscatto venga viepiù previsto per le ipotesi di termine finale scaduto.

Patto di riscatto che, in tale ottica, potrebbe essere previsto, come si vedrà più avanti, non solo in capo al Fornitore, ma anche a favore del Garante dell'operazione.

Si precisa, comunque, che la previsione del patto di riacquisto risponde ad un interesse non solo del Concedente (Società di *Leasing*), ma anche del Fornitore³⁰⁰. È necessario che l'imprenditore – Fornitore abbia un interesse all'ottenimento del finanziamento (prima) e al riacquisto dell'azienda (dopo). In merito, si pensi, ad esempio, al caso in cui il Fornitore avesse l'esclusiva sulla vendita di determinati prodotti e la dismissione dell'azienda o di un suo ramo era solo temporanea.

5 *Il contratto di leasing: profili soggettivi. Il Fornitore.*

Il Fornitore è quel soggetto che, titolare di un'azienda o di un ramo della stessa, la trasferisce alla Società di *Leasing* mediante stipulazione di un contratto di vendita d'azienda ovvero di una convenzione quadro.

Quanto al lato prettamente soggettivo, sicuramente deve trattarsi di un imprenditore o di un soggetto titolare di un diritto di proprietà sull'azienda, altrimenti, in caso contrario, la cessione sarebbe inefficace per mancanza di legittimazione.

Ma profilo rilevante in materia di *leasing* d'azienda, data la complessità della vicenda, e soprattutto con riguardo alla possibile previsione di un patto di riacquisto dell'azienda, è costituito dalla motivazione per cui tale soggetto conclude la vendita dell'azienda.

²⁹⁸ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di inadempimento dell'Utilizzatore o anche all'ipotesi di mancato esercizio da parte dell'Utilizzatore del diritto di opzione.

²⁹⁹ Il patto di riacquisto assurge, infatti, ad una forma di garanzia del Concedente (Società di *Leasing*). Cfr. ZANNELLA G. M., *op. cit.*, pag. 669.

³⁰⁰ V. Trib. Milano 9 marzo 1987, in *Riv. it. leasing*, 1987, pag. 751. Si noti, inoltre, come l'interesse del Fornitore viene ulteriormente tutelato. Infatti, qualora la Società di *Leasing* risolva tardivamente e senza giustificato motivo il contratto di *leasing*, il Fornitore, all'atto dell'esercizio dei diritti derivanti dal patto di riacquisto, può richiedere la riduzione del prezzo, salva l'applicazione dell'art. 1227 c.c.

Orbene, il Fornitore potrebbe essere un imprenditore in fallimento, o un'impresa in sede di dismissione dell'attività imprenditoriale, o ancora un imprenditore avente più aziende con necessità di un finanziamento temporaneo.

In ogni caso, il *leasing* consente, da un lato, di mantenere “in attività” l'azienda, non disperdendone le potenzialità produttive, e dall'altro lato, permette al Fornitore di lucrare un finanziamento dalla vendita della stessa.

Se l'imprenditore è in fallimento, il ricavato della vendita gioverà senz'altro alla massa di creditori. La vendita potrà avvenire, però, ad opera del curatore fallimentare e non direttamente da parte del fallito, salvo che venga effettuata poco prima del fallimento. Tuttavia, in tale ipotesi non sarà possibile pattuire, all'interno dell'operazione economica di *leasing*, un patto di riacquisto dell'azienda al termine del *leasing*.

Negli altri casi, invece, sussistono, almeno astrattamente, tutte le possibilità e i requisiti per la previsione di un patto di retrovendita, di tal guisa che il Fornitore otterrà dall'operazione di *leasing* un finanziamento esclusivamente temporaneo (con l'indubbio vantaggio della pronta liquidità), salvo lucrare ovviamente la differenza tra i due prezzi di vendita se la retrovendita è a titolo oneroso, mentre avrà un finanziamento “puro” in caso di retrovendita a titolo gratuito³⁰¹.

Quanto al ruolo che tale soggetto svolge all'interno della complessa operazione economica, si deve affermare che il Fornitore (imprenditore cedente) ha una posizione più attiva rispetto a quella che discende dal tradizionale contratto di *leasing*.

Infatti, oltre alla stipulazione del contratto di cessione d'azienda con la Società di *Leasing* e alla consegna dell'azienda direttamente in capo all'Utilizzatore, il Fornitore partecipa alle operazioni aziendali collegate ai rapporti pendenti e da lui instaurati; rimane obbligato in solido con l'Utilizzatore e con la Società di *Leasing* per i debiti anteriori al trasferimento, per le spese sostenute dalla Società di *Leasing* e dall'Utilizzatore per operazioni dipendenti da rapporti da lui instaurati e non necessari per la gestione aziendale; è tenuto a manlevare l'Utilizzatore e la Società di *Leasing* da eventuali danni, azioni, pretese o richieste dipendenti dalla situazione aziendale precedente al trasferimento; garantisce l'uso dei beni aziendali ed è tenuto a rimborsare il valore di quei beni che risultino inutilizzabili per fatti estranei all'Utilizzatore o alla Società di *Leasing*.

Di contro, il Fornitore ha diritto alla corresponsione da parte dell'Utilizzatore e della Società di *Leasing* delle somme da loro incassate in forza dei rapporti aziendali pregressi.

Infine, alle volte il Fornitore è anche Garante della gestione dell'Utilizzatore nei confronti e a favore della Società di *Leasing*.

Dunque, nel *leasing* d'azienda il Fornitore continua a svolgere un ruolo importante nel meccanismo aziendale nonostante non abbia né la titolarità dell'azienda né la concreta disponibilità della stessa.

³⁰¹ Ipotesi molto improbabile, considerato che la Società di *Leasing* deve recuperare l'intero finanziamento prestatato all'Utilizzatore. Anche qualora il patto di riacquisto venga eseguito al termine del *leasing*, la cessione avrà luogo per la differenza, ovvero per il pattuito prezzo di opzione non corrisposto dall'Utilizzatore.

6 *Segue Il Concedente o Società di Leasing.*

Il Concedente o *lessor*, denominato, più specificatamente, Impresa o Società di *Leasing*, è generalmente un'impresa commerciale³⁰² e, in particolare, una società di intermediazione finanziaria, vista la sua funzione di intermediario o mediatore tra Utilizzatore e Fornitore, come sostenuto dalla dottrina maggioritaria³⁰³.

Con riguardo alla struttura dell'impresa di *leasing*, si rileva che l'art. 161 TUB ha espressamente statuito la sottoposizione delle Società di *Leasing* alla disciplina dei "soggetti operanti nel settore finanziario" e che la base normativa è rappresentata sia dal disposto di cui all'art. 2195 n.2 c.c.³⁰⁴, sia dagli artt. 106³⁰⁵ e 132 TUBC che dal DLGS 385/1993, dal D. L. 143/1991, dall'art. 2 DM 6 luglio 1994³⁰⁶ e dall'art. 5 DLgs. 14/12/1992 n. 481.

L'impresa di *leasing* deve rivestire la forma di una società di capitali (sono da preferire le forme di SpA. o SAS o SRL.), deve svolgere attività di finanziamento e deve essere iscritta, a seguito dell'ottenimento della relativa autorizzazione (attestante la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge), in un apposito elenco degli intermediari finanziari³⁰⁷. Requisiti necessari, questi, al fine di poter esercitare l'attività di finanziamento, pena l'applicazione delle relative sanzioni di legge.

Con riguardo alla figura dei soci, il riferimento normativo è individuato negli artt. 108, 109 e 110 TUB, negli artt. 2377, 2381 e 2382 c.c., nonché nel D.L. 516/1998, oltre che in tutte quelle disposizioni in materia societaria e negli artt. 67 *bis* ss. del Codice del Consumo.

Nel dettaglio, i soci devono avere i requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza come determinati dal Ministero dell'Economia di concerto con la Banca d'Italia, soprattutto con riguardo a coloro che svolgono attività di amministrazione e rappresentanza della società, pena l'esclusione dalla partecipazione all'attività sociale (diritto di voto su delibere che rivestono massima importanza per la società o altri diritti che consentono una, non irrilevante, influenza sulla società di intermediazione).

³⁰² Vedi Cass. S.U. 10 gennaio 1992 n. 199.

³⁰³ Vedi *supra*.

³⁰⁴ Norma che discorre di intermediari nella circolazione di beni. Vedi Cass. S. U. 10 gennaio 1992 n. 199.

³⁰⁵ Tale norma fa riferimento ai concessionari di finanziamenti, di qualsiasi genere siano, nel quale può farsi rientrare anche la concessione di godimento di beni, come proprio del *leasing*, in quanto accompagnato da una causa di finanziamento.

³⁰⁶ Il disposto normativo rubricato "*Attività di finanziamento sotto qualsiasi forma*" recita: "*Per attività di finanziamento sotto qualsiasi forma si intende la concessione di crediti ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito e di impegni di firma. Tale attività ricomprende, tra l'altro, ogni tipo di finanziamento connesso con operazioni di: a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti; c) credito al consumo, così come definito dall'art. 121 del testo unico, fatta eccezione per la forma tecnica della dilazione di pagamento; d) credito ipotecario; e) prestito su pegno; f) rilascio di fideiussioni, avalli, aperture di credito documentarie, accettazioni, girate nonché impegni a concedere credito. Fanno eccezione le fideiussioni e altri impegni di firma previsti nell'ambito di contratti di fornitura in esclusiva e rilasciati unicamente a banche e intermediari finanziari*".

³⁰⁷ Il Concedente (Società di *Leasing*) oggi deve essere una banca iscritta all'albo di cui all'art. 13 TU del credito (DLgs 385/1993), o un soggetto appartenente ai gruppi creditizi iscritti nell'albo di cui all'art. 64 TU del credito, o un intermediario iscritto nell'elenco generale di cui all'art. 106 o nelle sezioni speciali dell'elenco generale.

La Società di *Leasing*, inoltre, deve conformare la propria attività alla normativa in tema di trasparenza nelle operazioni e nei servizi bancari e finanziari, dettata agli artt. 115-119 del T.U.B., consentendo così all'Utilizzatore, in fase di trattative precontrattuali, di avere un quadro completo delle condizioni economiche praticate dalla società Concedente (Società di *Leasing*), con possibilità per lo stesso di confrontare le offerte praticate dalle diverse società, e di valutare, nel corso del rapporto, la conformità tra le condizioni effettivamente applicate e quelle pubblicizzate.

Infine, si rileva che la Società di *Leasing* presenta generalmente una struttura complessa che richiede l'espletamento di funzioni interne di vario genere, atte a limitare al minimo i rischi connessi con l'attività imprenditoriale svolta (rischio investimento, rischio credito, rischio bene, rischio fornitore)³⁰⁸. Si tratta della funzione di *marketing*, volta alla determinazione delle condizioni giuridiche e ambientali più soddisfacenti per un incremento della domanda di *leasing*; della funzione di finanziamento con capitale proprio o capitale di prestito; della funzione di bilancio volta all'ammortamento delle spese necessarie per la realizzazione di una tale operazione³⁰⁹.

Analizzato brevemente il profilo prettamente individuale e strutturale del Concedente (Società di *Leasing*), occorre esaminare il suo ruolo all'interno del contratto di *leasing* d'azienda, avuto riguardo all'intera operazione economica.

Obbligo principale della Società di *Leasing*, nonché caratterizzante lo stesso tipo contrattuale, è rappresentato dalla concessione in godimento dell'azienda all'Utilizzatore, come individuata in base all'attività imprenditoriale da svolgere. Il Concedente (Società di *Leasing*) deve principalmente porre in essere tutto quanto necessario e a lui possibile e strumentale per garantire il pieno godimento dell'azienda in capo all'Utilizzatore³¹⁰.

Generalmente, in un normale contratto di *leasing*, si distinguono al riguardo due ipotesi.

Qualora il bene da concedere in godimento sia nella disponibilità materiale del Concedente (Società di *Leasing*), oltre a tale obbligo, sorge in capo allo stesso anche quello di consegna³¹¹.

Qualora il bene sia, invece, nella disponibilità di altri, il Concedente (Società di *Leasing*), al fine di adempiere al contratto di *leasing*, dovrà provvedere al reperimento del bene o costruendolo egli stesso sulla base delle direttive dell'Utilizzatore, ovvero mediante la stipulazione di un contratto di vendita con il terzo Fornitore. In tali ipotesi, la consegna avviene di solito direttamente da parte del terzo e, pertanto, mentre il Concedente (Società di *Leasing*) trasferisce il godimento, la disponibilità materiale viene trasferita dal terzo Fornitore³¹².

³⁰⁸ In tal senso vedi CARRETTA A., DE LAURENTIS G., *op. cit.*, pag. 513 ss.

³⁰⁹ In tal senso DELL'ATTI V., *L'azienda di Leasing*, Cacucci Editore, Bari, 1996.

³¹⁰ Vedi Cass. 6862/1993.

³¹¹ Si tratta però un'ipotesi di scuola in quanto, generalmente, la Società di *Leasing* provvede ad acquistare un'azienda solo quando sussiste una richiesta di *leasing* sul mercato, salvo che la stessa non sia in sua proprietà e disponibilità a seguito di precedenti contratti dello stesso genere.

³¹² Mentre, è indispensabile che il Concedente (Società di *Leasing*) provveda lui stesso al trasferimento del godimento, è irrilevante, invece, che la consegna avvenga da parte di terzi. Infatti, la consegna del bene da parte

Ebbene, nel caso di *leasing* d'azienda, la consegna avviene quasi sempre direttamente da parte del Concedente (Società di *Leasing*), unico proprietario, e ciò risulta giustificato anche dalle esigenze istruttorie, di cui si dirà più avanti, e dalla necessità di una maggior tutela dell'Utilizzatore, il quale dovrà verificare la corrispondenza tra tali beni e quelli da lui concordati con la Società di *Leasing*, e la loro conformità alle prescrizioni di legge.

Tuttavia, in un'ottica di celerità dell'operazione negoziale, sarebbe preferibile che la consegna avvenga direttamente da parte del Fornitore - imprenditore cedente all'Utilizzatore. È necessaria, però, oltre ad una espressa pattuizione in tal senso sia nel contratto di cessione d'azienda che nel contratto di *leasing*, la sussistenza di un rapporto accessorio e collegato di mandato intercorrente tra la Società di *Leasing* e l'imprenditore Cedente³¹³. Sorgerà, così, un rapporto diretto Utilizzatore – Fornitore e la Società di *Leasing* sarà esonerata da qualsiasi rischio e questione afferente alla mancata, ritardata o viziata consegna dell'azienda.

Della consegna, ad ogni modo, dovrà essere redatto verbale, il quale dovrà essere sottoscritto da tutti i soggetti partecipanti all'operazione³¹⁴.

Può anche accadere che l'azienda sia già nella disponibilità dell'Utilizzatore, in forza di un precedente contratto di affitto d'azienda intercorso con il Fornitore. In tale ipotesi non avrà luogo nessuna consegna, Fornitore e Utilizzatore scioglieranno il contratto d'affitto e l'Utilizzatore, stipulato il contratto di *leasing*, continuerà a godere dell'azienda, seppur a titolo e con obblighi differenti.

Altri obblighi del Concedente (Società di *Leasing*) sono rappresentati dall'obbligo di concludere il contratto di vendita dell'azienda, come prima visto, secondo le direttive ricevute e l'interesse dell'Utilizzatore; dall'obbligo eventuale di pattuire con il Fornitore la consegna diretta dell'azienda all'Utilizzatore e la legittimazione attiva di quest'ultimo in merito alle azioni a garanzia del compendio aziendale, considerato sia in maniera unitaria che in relazione ai singoli beni che lo compongono, instaurando, così, un rapporto diretto Fornitore-Utilizzatore; dall'obbligo di garantire l'Utilizzatore contro molestie nel godimento

del terzo è una conseguenza logica oltre che pratica del fatto che il bene sia nella disponibilità del Fornitore. In questo modo non si fa altro che snellire l'operazione economica, evitando doppi passaggi inutili e dispendiosi per tutti gli operatori interessati.

La consegna da parte del Fornitore, comunque, non fa venir meno il trasferimento in capo al Concedente (Società di *Leasing*) della proprietà del bene, acquistata regolarmente a seguito della vendita all'uopo perfezionata, poiché viene a verificarsi semplicemente una distinzione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, ovvero tra *dominium utile* e *dominium directum*. Unico proprietario del bene è rappresentato dalla Società di *Leasing*, presupposto di validità dello stesso contratto di *leasing*; ciò trova conferma anche dal principio per cui un soggetto non può disporre a favore di terzi del godimento di un bene di cui non è titolare. Pacifico è in dottrina e giurisprudenza che la situazione giuridica facente capo all'Utilizzatore sia quella della detenzione e non della proprietà del bene concesso in *leasing*.

³¹³ Alcuni autori, per giustificare tale rapporto diretto di consegna tra Utilizzatore e Fornitore, ipotizzano una sorta di doppio mandato ad acquistare. Ed invero si prevede che (1) l'Utilizzatore conferisca mandato ad acquistare alla Società di *Leasing* (si spiega anche la determinazione delle modalità di vendita da parte dell'Utilizzatore) e (2) quest'ultimo, a sua volta, conferisca al Fornitore mandato a consegnare il bene all'Utilizzatore. Vedi BUONOCORE V., *La locazione finanziaria, cit.*, pag. 83.

³¹⁴ La mancata consegna comporta l'inefficacia di tutta l'operazione. La consegna, infatti, è condizione di efficacia del *leasing* d'azienda.

da parte di terzi; dall'obbligo di attivarsi per la consegna diretta dell'azienda da parte del Fornitore.

Ulteriore potere/dovere della Società di *Leasing* è quello di operare un controllo sull'esecuzione del contratto da parte sia dell'Utilizzatore sia del Fornitore a tutela del primo e al fine di garantire un effettivo godimento dell'azienda³¹⁵.

Il Concedente (Società di *Leasing*), inoltre, ha diritto al pagamento del canone, alla restituzione dell'azienda al termine del contratto di *leasing*, nei confronti dell'Utilizzatore; e all'esecuzione del contratto di vendita, nei confronti del Fornitore.

Da quanto sinora esposto e alla luce del collegamento contrattuale prima esplicitato, si evince che il Concedente (Società di *Leasing*) riveste all'interno dell'intera operazione di *leasing* la posizione di intermediario. Il Concedente (Società di *Leasing*) non costituisce altro che la *liaison* tra Utilizzatore e Fornitore e la sua funzione di mediazione, ovvero di messa in contatto dei due anzidetti soggetti, viene svolta nel preminente interesse dell'Utilizzatore a conseguire il godimento di una determinata azienda e il relativo finanziamento.

In merito, si fa riferimento anche alla posizione di alcuni autori, i quali riconducono la figura del Concedente (Società di *Leasing*), così come prospettata, allo schema contrattuale della promessa del fatto del terzo di cui all'art. 1381 c.c.: il Concedente (Società di *Leasing*) si obbliga al trasferimento del godimento e promette all'Utilizzatore la consegna dell'azienda direttamente da parte del Fornitore. Ricorre, pertanto, una forma di garanzia tra Utilizzatore e Concedente (Società di *Leasing*), simile, secondo altri autori³¹⁶, alla garanzia per vizi nella vendita.

Ciò esposto, occorre verificare se e quali poteri sono o possono essere attribuiti alla Società di *Leasing* sull'azienda, soprattutto con riferimento all'ipotesi di "stallo" del complesso aziendale o comunque nelle more tra la vendita e la concessione del *leasing*.

Più nel dettaglio, ci si domanda se la Società di *Leasing* abbia poteri dispositivi sul complesso aziendale o se essa possa porre in essere solo atti conservativi e atti necessari e urgenti alla sua conservazione. Questo profilo verrà esaminato nel proseguo, tuttavia può anticiparsi quanto segue.

La natura di mero intermediario comporta che la Società di *Leasing* non abbia alcun interesse ad un utilizzo imprenditoriale dell'azienda. Nonostante ciò, si rileva come ricorre in capo alla medesima un interesse al mantenimento del compendio aziendale in una situazione economica tale da garantirne un valore commerciale apprezzabile in vista della successiva e probabile allocazione nel mercato. Pertanto, la Società di *Leasing* potrebbe aver interesse ad esercitare sull'azienda quanto meno dei poteri conservativi e/o gestionali. È possibile, quindi, attribuire alla Società Concedente (Società di *Leasing*) una facoltà di esercizio di un tale tipo di poteri. Facoltà e non obbligo che si giustifica, logicamente, con la circostanza per cui il loro esercizio comporta necessariamente dei costi in capo alla Società di *Leasing* e con il fatto per cui la successiva allocazione nel mercato non si mostra per nulla sicura. Facoltà che deve essere rimessa ad una mera decisione imprenditoriale della medesima società.

³¹⁵ Potere discusso data la natura di mero intermediario della Società di *Leasing*.

³¹⁶ LUMINOSO A., *La compravendita*, Giappichelli editore, 2006.

Sempre in tale ottica, potrebbe essere attribuito alla Società di *Leasing* un potere sostitutivo nella manutenzione e gestione dell'azienda. Quando l'Utilizzatore si mostri inerte rispetto all'esercizio di azioni e obblighi manutentivi e/o conservativi dell'azienda, la Società di *Leasing* può sostituirsi a lui e operare le necessarie attività a spese dello stesso (Utilizzatore). Detto potere sostitutivo si estrinseca, altresì, nel pagamento di spese, debiti, riscossione crediti e nell'esercizio di qualsiasi altra azione che si renda necessaria nell'interesse dell'azienda. Logicamente l'Utilizzatore dovrà manlevare la Società di *Leasing*, la quale vanta nei suoi confronti un diritto di regresso nei limiti di quanto anticipato.

In ogni caso, eventuali problematiche potranno essere risolte facendo ricorso alla creazione della figura del Garante dell'operazione³¹⁷.

7 *Segue. La figura dell'Utilizzatore.*

A differenza del Concedente (Società di *Leasing*), per il quale è possibile rinvenire, seppur indirettamente, una qualche base normativa, alcuna definizione è presente con riguardo all'altro soggetto del rapporto di *leasing*, l'Utilizzatore.

Proprio alla luce di ciò, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate circa la qualifica soggettiva dell'Utilizzatore.

L'interrogativo maggiore, infatti, riguarda se l'Utilizzatore possa essere un qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, o se sia necessario che lo stesso rivesta determinati requisiti³¹⁸.

Tuttavia, alcun dubbio si pone per il *leasing* d'azienda posto che l'Utilizzatore deve necessariamente essere un imprenditore, di qualsiasi genere, basti che la sua attività d'impresa sia tale da necessitare quella determinata tipologia di azienda, acquistata dalla Società di *Leasing* e poi concessagli in godimento.

³¹⁷ Vedi *infra*.

³¹⁸ Una parte della dottrina e della giurisprudenza, partendo dal presupposto per cui il contratto di *leasing* è un contratto di finanziamento per l'impresa, sostiene che l'Utilizzatore non possa esser altro che un imprenditore. E quanto appena affermato risulta comprovato anche dalle fonti normative degli Stati Uniti in cui il contratto ha origine, oltre che dalla disciplina contenuta nei Principi UNIDROIT e dalla prassi commerciale, che vede l'uso del *leasing* soprattutto da parte di imprenditori. Elemento ulteriore si rinviene nella tutela apprestata all'Utilizzatore, la quale, prevedendo un accollo di tutti i rischi, non può certo adattarsi ad un soggetto debole, quale il consumatore. Oltretutto, la qualifica dell'Utilizzatore come imprenditore influisce anche sui profili oggettivi del *leasing* in quanto si richiede che il bene, concesso in godimento, sia strumentale all'attività svolta dall'Utilizzatore.

Tuttavia, qualche autore ipotizza che la figura di Utilizzatore possa essere rivestita anche da un consumatore. Si afferma che il Codice del consumo discorre di credito al consumo (Art. 121 e 125 DLgs 385/1993) e nello stesso codice si fa più volte riferimento a società di intermediazione e alla concessione in godimento di beni. Unico elemento imprescindibile è che il bene concesso in *leasing* sia un bene standardizzato, tanto ciò vero che si discorre di *leasing* al consumo. Vedi Cass 08 giugno 2007 n. 13377, in *Contratti* 2007, 10, pag. 898. In tal senso BUONOCORE V., *La locazione finanziaria, cit.*, pag. 93 ss. Si veda anche il *leasing* di automobili. Ulteriormente, un autore asserisce che “non solo non esiste alcuna norma che vieti all'Utilizzatore persona fisica di stipulare un contratto di locazione finanziaria, ma neanche che qualifichi peculiarmente i beni che ne possono formare oggetto, si da inferirne la natura di Utilizzatore”. Clarizia in COLANGELO M., *op. cit.*, pag. 4.

Tale precisazione ha una doppia valenza, soprattutto alla luce della sopramenzionata strumentalità³¹⁹.

Orbene, la strumentalità tra azienda e imprenditore-Utilizzatore si mostra fondamentale, da una parte, ai fini dell'identificazione dell'Utilizzatore, soprattutto nelle ipotesi in cui la Società di *Leasing* sia già titolare di un'azienda e decida di allocarla sul mercato, dall'altra parte, invece, è criterio indispensabile per la determinazione della tipologia di azienda che la Società di *Leasing* deve provvedere ad acquistare e, quindi, per l'individuazione del Fornitore con il quale stipulare un contratto di vendita di scopo. Ciò varia logicamente a seconda del tipo di *leasing* e a seconda delle modalità di stipulazione.

Soprattutto nella prima ipotesi tale requisito si rende necessario al fine di poter garantire una sorta di omogeneità nell'utilizzo e godimento del complesso aziendale e un mantenimento costante dell'avviamento e della clientela. E, in particolar modo, dal punto di vista dei segni distintivi si limita al massimo la presenza di una fonte di inganno per i soggetti terzi. Rischio di inganno che giustifica il disfavore con cui la dottrina considera la prospettiva della circolazione dei segni distintivi dell'azienda.

Questione importante, poi, concerne il tipo di diritto che viene trasferito all'Utilizzatore a seguito di ricevimento dell'azienda in *leasing*. Ci si interroga, nello specifico, se tale diritto si configura quale semplice diritto di godimento, oppure quale diritto reale limitato di godimento sulla cosa altrui, come accade nel caso dell'usufrutto, o ancora se si tratta di un diritto personale di godimento, quale tipico della locazione e dell'affitto.

Al riguardo, tenendo presente che il *leasing* altro non che una locazione atipica, che ai fini della configurabilità di un *leasing* d'azienda si fa espresso riferimento alla disciplina dell'affitto di cui agli artt. 2562 ss. c.c., che obblighi e poteri dell'Utilizzatore sono maggiori rispetto al semplice godimento del bene, che costituisce solo la base, si può correttamente affermare che il diritto spettante all'Utilizzatore si configura più specificamente come un diritto personale di godimento.

Si rileva, in ogni caso, che il diritto acquistato dall'Utilizzatore è un vincolo temporaneo ed obbligatorio³²⁰.

Quanto, poi, agli obblighi specifici dell'Utilizzatore, gli stessi sono sia quelli previsti in materia di *leasing* sia quelli discendenti dal diritto personale di godimento del bene, tipico dell'affitto d'azienda. Pertanto, rinvio diretto deve essere effettuato sia alla disciplina del *leasing* sia alla disciplina dell'azienda, previa valutazione di compatibilità.

Nel dettaglio, l'Utilizzatore, nella sua qualità di parte del contratto di *leasing*, ha l'obbligo di pagare i canoni previsti in contratto³²¹; l'obbligo di buon uso, custodia³²² e manutenzione

³¹⁹ L'azienda deve essere strumentale all'esercizio dell'attività d'impresa dell'Utilizzatore. Vedi *supra*, paragrafo sui profili strutturali del *leasing*.

³²⁰ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 597 ss.

³²¹ Il canone è determinato in base al valore dell'uso del bene e può essere determinato a scadenza mensile oppure bi o trimestrale. Per dettagli sugli aspetti pratico economici inerenti la determinazione del canone di *leasing* si veda TROVATO M., *op. cit.* Vedi *supra*.

³²² L'Utilizzatore è custode di tali beni dalla data della consegna dell'azienda e non può modificarli in nessun modo, senza il previo consenso scritto del Concedente (Società di *Leasing*).

dell'azienda e dei beni che la costituiscono³²³; l'obbligo di tutelare in qualsiasi sede gli interessi aziendali, coltivando ogni necessaria iniziativa; l'obbligo di rinnovare o ottenere le necessarie licenze amministrative per l'esercizio dell'attività imprenditoriale collegata all'azienda in *leasing* e per l'uso di particolari beni costituenti la stessa; l'obbligo di assicurare con polizza l'azienda e i suoi componenti concessi in *leasing*³²⁴, l'obbligo di assicurarsi contro i rischi da responsabilità civile per danni arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività aziendale; l'obbligo di assicurarsi contro i rischi da interruzione dell'attività commerciale; il dovere di palesare nei confronti dei terzi la sua qualità di detentore dell'azienda e quindi il diritto di proprietà del Concedente (Società di *Leasing*) sulla stessa³²⁵; il dovere di provvedere ad informare il Concedente (Società di *Leasing*) di qualsiasi vicenda che possa riguardare l'azienda detenuta e i suoi beni, e, infine, l'obbligo di restituire l'azienda al termine del *leasing* e ogni qual volta il contratto viene meno (ipotesi di scioglimento o risoluzione).

L'Utilizzatore ha il diritto al pieno e pacifico godimento dell'azienda; il diritto di opzione di acquisto al termine del *leasing* o la facoltà di richiedere una nuova contrattazione magari a canone più basso, previa comunicazione o proposta alla Società di *Leasing*; il diritto o facoltà di chiedere la sostituzione di alcuni beni aziendali divenuti obsoleti durante la fase esecutiva del contratto (qualora espressamente stabilito dalle parti e se si tratti di beni a rapida obsolescenza); il diritto all'adempimento del contratto, alla consegna del bene da parte del Fornitore e al risarcimento del danno per qualsiasi vizio afferente ai beni aziendali o all'azienda medesima.

Ulteriormente, l'Utilizzatore ha tutti quegli obblighi derivanti dall'applicazione dell'art. 2561 c.c. e che sono incentrati sul mantenimento costante dell'avviamento e della clientela, nella loro qualità di elementi essenziali dell'azienda, e nel preservare una certa identità aziendale.

Innanzitutto, l'Utilizzatore ha il potere di godimento e di disposizione dei beni aziendali³²⁶ e, pertanto, il potere e l'obbligo di adoperare l'azienda per l'esercizio della sua attività d'impresa.

Tale potere di disposizione dei beni non è però libero e assoluto ma, al contrario, è subordinato a due precisi limiti.

³²³ L'Utilizzatore è responsabile della manutenzione ordinaria e straordinaria dei beni. Egli deve utilizzare i beni aziendali, mobili e immobili, in modo conforme alle disposizioni di legge e regolamentari vigenti al tempo di esecuzione del contratto.

³²⁴ L'obbligo per l'Utilizzatore di assicurare l'azienda e gli immobili deve essere assolto per tutta la durata del contratto. Di norma è prevista l'accensione di due polizze: una per coprire l'immobile in caso di danni provocati da elementi naturali o di responsabilità civile; l'altra a tutela dei rischi connessi alla gestione dell'azienda, che andrà a coprire anche le ipotesi di interruzione dell'attività commerciale.

³²⁵ Si tratta dell'opponibilità ai terzi del diritto di proprietà dell'azienda del Concedente Società di *Leasing*.

³²⁶ La dottrina distingue tra beni costituenti capitale fisso e beni costituenti capitale circolante. Mentre ricorre unanimità riguardo alla piena e completa disposizione del capitale circolante, per ovvie ragioni, invece, sussistono in dottrina discordanze in relazione al capitale fisso. Difatti, mentre alcuni negano *in toto* la disponibilità di tali beni, altri, invece, la subordinano alla pronta ricostituzione del capitale mediante sostituzione del bene, altri ancora negano che qualsiasi differenza tra le due tipologie di beni possa essere effettuata e sono favorevoli alla piena disponibilità di essi da parte dell'Utilizzatore.

Un primo limite è rappresentato dal perseguimento dell'interesse aziendale: tutti gli atti di disposizione devono essere orientati verso il perseguimento dell'interesse aziendale.

L'altro limite, invece, è costituito dall'obbligo per l'Utilizzatore di provvedere alla reintegrazione del patrimonio aziendale allorquando l'atto di disposizione consista in un trasferimento a terzi di diritti attinenti ai beni aziendali, che importi un conseguente depauperamento dell'azienda medesima³²⁷.

Oltre a ciò, l'Utilizzatore, quale estrinsecazione del potere di disposizione dell'azienda, ha la possibilità di effettuare dei nuovi investimenti.

L'Utilizzatore che intenda effettuare degli investimenti deve provvedere, in primo luogo, a comunicarne l'esigenza, motivandola, al nudo proprietario (Società di *Leasing*), e, in secondo luogo, a corrispondergli gli eventuali interessi. Qualora, poi, la Società di *Leasing* rifiuti l'investimento, l'Utilizzatore può provvedervi ugualmente, ma, in tale ipotesi, deve assumersi il rischio di un mutamento in negativo dell'avviamento.

Data la titolarità meramente formale della proprietà dell'azienda in capo alla Società di *Leasing* e considerata la sua natura di intermediario, si ritiene suscettibile di applicazione direttamente la seconda opzione.

Ulteriormente, sempre nella stessa ottica, l'Utilizzatore ha la possibilità di trasformare ed eventualmente alienare le scorte di materie prime e l'obbligo di ricostituirle nel rispetto dei limiti determinati al momento della costituzione del rapporto di concessione del godimento.

E' da tenere sempre in considerazione che il potere di disposizione del complesso aziendale deve essere esercitato nel rispetto e conservazione sia della destinazione dell'azienda, che si esplicita nel divieto per l'Utilizzatore di modificarne l'oggetto³²⁸, sia dell'efficienza dell'organizzazione aziendale.

L'Utilizzatore, inoltre, ha la possibilità di sostituire i segni distintivi dell'azienda, ma solamente qualora gli stessi risultino economicamente più attrattivi, e siano, quindi, capaci di apportare un incremento maggiore dell'avviamento e della clientela aziendale.

Corollario ulteriore del potere di disposizione e di godimento è rappresentato dall'obbligo di provvedere all'esecuzione di tutti quegli adempimenti che si mostrino necessari al fine di conservare la compagine aziendale, temporaneamente trasferita. In ogni caso, è obbligo dell'Utilizzatore non lasciare l'azienda inattiva.

Si menziona ancora l'obbligo di esercitare l'azienda sotto la ditta che la contraddistingue e nella zona geografica predeterminata in contratto.

Al riguardo, si mette in rilievo l'interrogativo circa la possibilità per l'Utilizzatore di poter modificare la ditta, al pari di un qualsiasi altro acquirente dell'azienda.

³²⁷ La reintegrazione dei beni aziendali può avvenire sia mediante conferimento in natura (conferimento dello stesso bene, quando si tratti di beni fungibili), ovvero in denaro, mediante corresponsione della somma equivalente al valore del bene alienato. Mentre il conferimento in natura rappresenta la regola, il conferimento in denaro, invece, è soltanto un criterio sussidiario. Inoltre, i nuovi beni conferiti nel patrimonio aziendale prendono il posto di quelli alienati e su di essi si trasferisce il diritto di godimento e disposizione e tutti gli altri obblighi che discendono dalla costituzione di un rapporto di *leasing*.

³²⁸ In caso di mutamento della destinazione aziendale trova applicazione il disposto di cui agli artt. 1618 o 1015 c.c.

Ebbene, ritengo che la ditta non possa essere modificata *in toto*, tuttavia potrebbe essere consentito all'Utilizzatore di aggiungere il suo nome, a fianco logicamente a quello della Società di *Leasing* ovvero dell'imprenditore cedente.

Oltre a ciò, l'Utilizzatore si impegna a non trasferire la sede dell'azienda, senza previo consenso scritto del Concedente (Società di *Leasing*).

L'Utilizzatore, inoltre, deve tenere indenne il Concedente (Società di *Leasing*) da eventuali spese indebitamente sostenute.

In ogni caso, la gestione del patrimonio aziendale avviene sempre sotto la supervisione e controllo della Società di *Leasing* concessionaria.

Si ritiene, infatti, applicabile al *leasing* d'azienda il disposto di cui all'art. 1619 c.c. La Società di *Leasing*, nonostante soggetto esterno dell'operazione, può controllare il rispetto, da parte dell'Utilizzatore, di tali obblighi anche mediante l'accesso *in loco*. Si deve, tuttavia, precisare che l'Utilizzatore gode comunque di una maggior libertà nella gestione aziendale rispetto all'affittuario, considerato che la Società di *Leasing* è estranea all'attività imprenditoriale.

Ciò nonostante, anche qualora non si ritenga applicabile la soprannominata disposizione, è necessario predisporre una qualche forma di controllo dell'operato dell'Utilizzatore, come si vedrà in seguito e come anche già affermato in materia di beni immateriali e diritto di licenza. Forma di controllo che si estrinseca nell'obbligo di relazioni scritte da parte dell'Utilizzatore verso la Società di *Leasing* e verso il Garante, se previsto.

Oltretutto, ogni mutamento aziendale che l'Utilizzatore reputi necessario dovrà essere sottoposto al vaglio e consenso espresso della Società di *Leasing*. Si badi bene che comunque anche in caso autorizzazione nessun compenso potrà essere richiesto dall'Utilizzatore per eventuali miglioramenti, salvo, come accade di frequente nella prassi commerciale, il riconoscimento del diritto di ritenzione di beni e attrezzature immesse nell'azienda.

Elemento aggiuntivo e determinante per la qualificazione della posizione dell'Utilizzatore è, inoltre, rappresentato dall'assunzione di tutti i rischi inerenti al bene azienda e ai suoi componenti, di qualunque tipo³²⁹ essi siano, anche se dovuti a caso fortuito, forza maggiore o a cause non imputabili all'Utilizzatore³³⁰; ciò traducendosi in una clausola di esonero della responsabilità³³¹ in favore della Società di *Leasing*.

³²⁹ Tra i rischi assunti dall'Utilizzatore, si annoverano il rischio da ritardata o mancata consegna, rischio per vizi del bene, rischio per perimento del bene, rischio per danni a terzi. Si menziona al riguardo anche la responsabilità per violazione delle norme antinfortunistiche e la responsabilità per violazione delle norme antinquinamento.

³³⁰ Si vedano le norme sul mandato, l'art. 1588 c.c. e l'art. 1465 c.c. Si rileva, tuttavia, come, nella prassi, i rischi e la responsabilità dell'Utilizzatore vengono meno in caso di inutilizzo dell'azienda per caso fortuito, forza maggiore, calamità naturali.

³³¹ La Suprema Corte al riguardo statuisce che “*nel contratto di leasing la clausola di inversione del rischio della mancata consegna del bene, non è valida, in quanto la causa del contratto di leasing consiste, essenzialmente, nel mettere a disposizione dell'Utilizzatore il bene che ne costituisce oggetto. Ne deriva che nel caso di impossibilità giuridica di procedere all'immatricolazione di un veicolo per mancata consegna del libretto di circolazione da parte del Fornitore, l'Utilizzatore che non paga i canoni, non è inadempiente*”. Cass. Civ. Sez. III, 18 Giugno - 29 Settembre 2007 n. 20592. Resta salvo però sempre il limite di cui all'art. 1229 c.c. In merito, si veda anche l'art. 1585 c.c. ss. in ambito di contratto di locazione. Per la validità delle clausole che escludono la responsabilità della Società di *Leasing* dai vizi che

Nondimeno potrebbe giungersi a conclusioni differenti. Nessun rischio potrà essere addossato alla Società di *Leasing*, posto che la stessa riveste all'interno dell'operazione economica la qualifica di mero intermediario³³². Oltretutto, si instaura un rapporto diretto tra Fornitore e Utilizzatore.

In aggiunta, ci si domanda se tra i rischi assunti dall'Utilizzatore, al momento della costituzione del rapporto di *leasing*, rientri anche il rischio d'impresa o d'azienda³³³, ovvero il rischio attinente al mancato mantenimento di un avviamento costante o al presentarsi di perdite nella gestione aziendale. Questione che si pone soprattutto alla luce della tutela dei terzi e con riferimento ai rapporti tra i vari utilizzatori.

Ebbene, non può che risponderci in maniera affermativa: l'Utilizzatore assume su di sé ogni onere e rischio relativamente allo stato giuridico e di fatto dell'azienda.

Se egli vorrà ottenere una gestione positiva dell'azienda, dovrà provvedere ad una previsione del *risk management*³³⁴, la quale non potrà prescindere dalla valutazione dell'azienda e dei suoi equilibri interni.

A tal proposito, egli dovrà provvedere alla stesura di un piano di individuazione del rischio, mediante una descrizione analitica del medesimo, con previsione per ciascuna voce delle modalità e/o rimedi per fronteggiarlo. Piano di analisi dei rischi che dovrà essere, poi, pubblicizzato mediante annotazione nel registro delle imprese, in allegato al contratto di *leasing* stipulato, così da tutelare i terzi interessati dalla gestione aziendale.

Nonostante i rischi connessi all'operazione negoziale vengano accollati tutti sull'Utilizzatore, la Società di *Leasing* e il Fornitore dovranno comunque garantire la redditività dell'attività produttiva, l'esistenza di un determinato patrimonio sociale o aziendale, l'esistenza di un determinato bilancio. Garanzie che devono essere espressamente previste nel contratto di *leasing*³³⁵.

impediscono il godimento del bene si vedano le seguenti sentenze: Trib. Milano 17 marzo 1977; Trib. Milano 18 febbraio 1985 e Trib. Firenze 6 novembre 1982. Vedi anche Cass. 17 Maggio 1991 n. 5571, in *Contratto e Impresa*, 1994, pag. 168 ss. È discusso, inoltre, se risulti applicabile a tali clausole il regime di cui all'art. 1229 c.c. o quello di cui al disposto 1579 c.c. Vedi CALVO R., *Contratti e mercato*, in *Principi regole e sistemi*, Biblioteca di diritto privato a cura di Calvo R., Ciatti A. e De Cristoforo G., Giappichelli Editore, 2006 pag. 333 ss.

³³² Assunzione che non avviene neanche temporaneamente in capo al Concedente (Società di *Leasing*) - acquirente del bene, postulando così una nuova conformazione del trasferimento del diritto di proprietà. La giurisprudenza di merito ha osservato al riguardo che “ *Il contratto di locazione pone a carico del conduttore ogni rischio sulla gestione e perdita e/o deterioramento della cosa locata per cui il preteso mancato utilizzo non può essere comunque imputato alla Società di Leasing né può valere come esimente per giustificare il mancato pagamento dei canoni. Nel caso di inadempimento del Fornitore, la Società di Leasing ha diritto di chiedere all'opponente i canoni a scadere attualizzati sulla base del contratto in essere tra le parti e l'Utilizzatore può soltanto chiedere il risarcimento del danno al Fornitore.*” Tribunale di Milano sent. n. 7269/2001.

³³³ Si definisce rischio d'impresa il rischio di non ottenere i profitti sperati dallo svolgimento dell'attività produttiva, di non riuscire a valorizzare il capitale investito o meglio di non riuscire ad ottenere profitti dalla gestione del patrimonio. Rischio d'impresa, è, pertanto l'eventualità di un andamento sfavorevole della gestione aziendale. Esso dipende da variabili di vario genere (tempo, ambiente, struttura) e può essere fronteggiato mediante la definizione di strategie imprenditoriali adeguate. Si veda MIGALE L., *Il rischio di impresa, online*. Cfr. CARAIS I., *Il sistema dei rischi d'impresa*, Cagliari, 1983.

³³⁴ Si potrebbe prevedere, altresì, un obbligo di pianificazione di un *risk management*.

³³⁵ Vedi DE NOVA G., *Il Sale and Purchase agreement: un contratto commentato*, cit.

Oltre all'assunzione dei rischi, l'Utilizzatore risponde in via extracontrattuale dei danni cagionati a terzi dalla cosa ovvero dall'azienda e dai suoi beni.

Infine, può essere espressamente prevista nel contratto la facoltà per l'Utilizzatore di sublocare l'azienda³³⁶. Tale previsione risponde in particolare all'esigenza dell'Utilizzatore - imprenditore di ampliare la propria rete commerciale.

Di norma, le Società di *Leasing* non si oppongono all'esercizio di tale facoltà da parte dell'Utilizzatore, in quanto ciò può poi tradursi concretamente in una moltiplicazione soggettiva dell'obbligazione, a vantaggio della stessa Società di *Leasing*³³⁷.

Il *subleasing*, però, se previsto, deve essere obbligatoriamente sottoposto al vaglio e all'autorizzazione della Società di *Leasing*, la quale procederà all'opportuna istruttoria.

8 *Brevi cenni all'attività istruttoria e alla due diligence.*

Ruolo fondamentale nell'operazione di *leasing*, al pari di qualsiasi altra forma di trasferimento di azienda, è ricoperto dalla “*due diligence*”³³⁸, ovvero da quell'attività di analisi e di controllo posta in essere da un *team* di consulenti specializzati, volta a valutare preventivamente l'effettiva realtà aziendale³³⁹ e a vagliare la convenienza tecnico-economica dell'operazione.

Operazione preliminare all'esecuzione dell'operazione di *leasing* tanto che è proprio all'esito di un tale dettagliato studio che la Società di *Leasing* valuta l'opportunità di procedere all'operazione di *leasing* e individua le modalità più convenienti dell'operazione.

Si tratta di un'attività istruttoria³⁴⁰ riguardante, da una parte, l'operazione di *leasing*, con particolare riferimento agli aspetti fiscali, contabili e legali dell'operazione, ed eventualmente altri settori ulteriori, a seconda delle peculiarità del caso in esame, quali la sicurezza sul lavoro, la tutela ambientale ecc, e, dall'altra parte, la valutazione dell'azienda. Essa verte sia sulla valutazione commerciale dell'operazione, intesa come valutazione della congruità economica dell'acquisto effettuato, sia sulla valutazione fiscale, come verifica successiva da parte dell'Ufficio del Registro, sulla base di parametri relativi all'andamento del fatturato dell'azienda negli ultimi tre esercizi.

³³⁶ Nella locazione finanziaria tradizionale la possibilità per l'Utilizzatore di sublocare il bene, oggetto del contratto, costituisce, invece, un'anomalia in quanto stravolge la stessa natura dell'operazione economica in questione. In tal senso LA TORRE M. R., *Manuale della locazione finanziaria*, cit., pag. 244.

³³⁷ Ciò accade evidentemente laddove le parti della sublocazione si accordino perché il sub-Utilizzatore sia solidalmente responsabile con l'Utilizzatore di tutti gli obblighi a suo carico derivanti dal contratto di locazione finanziaria. Si verifica cioè un accollo esterno.

³³⁸ Letteralmente “diligenza dovuta”. Si veda DE NOVA G., *Il Sale and Purchase agreement: un contratto commentato*, cit., pag. 68 ss.

³³⁹ Cfr. BALDUCCI D., *L'affitto d'azienda*, cit., 61 ss. Per approfondimenti sull'argomento, vedi anche BALDUCCI D., *La valutazione dell'azienda*, Edizioni FAG Milano, 2008.

³⁴⁰ Al fine di agevolare l'attività istruttoria sarà necessario procedere alla stesura di una *check list*.

Oggetto di approfondito esame sono altresì i requisiti economici³⁴¹, finanziari, patrimoniali, amministrativi e giuridici dei soggetti coinvolti nell'operazione: il Fornitore, l'Utilizzatore ed eventualmente il Garante. Nel dettaglio, si analizzano i documenti societari e in particolare la documentazione contabile tenuta dal venditore dell'azienda, al fine di valutarne la situazione economico-patrimoniale e di attestare l'inesistenza di passività latenti all'atto del trasferimento alla Società di *Leasing*. Si controllano i risultati delle eventuali precedenti attività commerciali condotte dall'Utilizzatore, al fine di valutarne la solidità economica, le esposizioni finanziarie e le capacità come operatore del mercato. Si verifica la completezza dei contratti e la regolarità giuridica e formale dell'azienda, oggetto dell'operazione, al precipuo fine di accertare l'esistenza delle necessarie autorizzazioni amministrative. Laddove sia prevista anche la figura del Garante, saranno specificamente valutati anche la sua stabilità patrimoniale e le modalità previste per il suo eventuale intervento; il Garante deve essere evidentemente dotato di solidità e stabilità economica, e in particolare deve essere un soggetto più affidabile dell'Utilizzatore e del Fornitore che partecipano all'operazione.

Per quanto riguarda la valutazione dell'azienda e della sua consistenza, si precisa che l'attività istruttoria comporta anche la redazione di un inventario dei beni (allegato necessario del contratto di *leasing*).

Alla luce degli elementi emersi da una tale valutazione, la Società di *Leasing* sarà in grado di limitare al massimo i rischi connessi all'operazione economica, di valutare l'idoneità dell'Utilizzatore e dell'eventuale Garante.

Dal canto suo, l'Utilizzatore, mediante l'accesso alle risultanze istruttorie, potrà procedere all'elaborazione di un progetto di *risk management* dell'azienda, al fine di potersi meglio tutelare dal rischio d'impresa.

Atto finale dell'istruttoria è rappresentato dall'elaborazione e redazione del contratto di *leasing*, del bilancio straordinario di cessione, dell'eventuale regolamento di utilizzo dell'azienda (di cui si dirà in seguito).

Un'attività istruttoria di tale tenore dovrà, poi, essere svolta anche a conclusione dell'operazione di *leasing*, al fine di valutare la condotta contrattuale dell'Utilizzatore ed eventualmente procedere alle necessarie reintegrazioni, conguagli e risarcimenti del danno se si profilasse una qualche responsabilità in capo al medesimo.

Infine, si precisa che mentre nel caso di istruttoria preliminare il team di consulenti specializzati potrà essere liberamente scelto dalla Società di *Leasing*, se non anche costituito da organi interni alla stessa, nel caso di istruttoria successiva, invece, i consulenti dovranno essere scelti di comune accordo con l'Utilizzatore e il Garante e preferibilmente tra soggetti esterni alla stessa Società di *Leasing*, dotati di imparzialità rispetto all'operazione negoziale.

Dell'attività istruttoria, sia preventiva sia successiva che eventualmente periodica, dovrà essere redatta una relazione argomentata e analitica.

³⁴¹ Nella prassi commerciale le Società di *leasing* sono solite richiedere l'esibizione del certificato dei carichi fiscali.

Oltre alla suddetta relazione, riscontro di detta attività deve rinvenirsi direttamente nel contratto di *leasing*, nel quale si deve dare atto della garanzie all'uopo prestate dai soggetti dell'operazione³⁴².

9 *Segue La valutazione dell'azienda*³⁴³.

La complessità dall'azienda, quale entità composita e mutevole, pone la necessità di determinare i criteri e le modalità precise da adottare in sede di valutazione economica del complesso aziendale, la quale si mostra rilevante oltre che per lo svolgimento di una corretta e valida attività istruttoria sull'operazione, anche per l'elaborazione del piano di finanziamento nonché per le valutazioni finali in sede di reintegrazioni e conguaglio da effettuarsi in capo all'Utilizzatore, come previsto dall'art. 2562 c.c.

Un criterio potrebbe essere quello dell'inventario dei beni aziendali e della valutazione del valore di mercato che tali beni possiedono singolarmente. Il valore complessivo dell'azienda sarà dato dalla somma del valore dei singoli beni. Tale soluzione, inoltre, può ritenersi ammissibile ai sensi dell'art. 105 L. Fall., il cui disposto prevede una parcellizzazione dell'azienda; soluzione accolta altresì dalla Corte di Cassazione³⁴⁴.

Tuttavia, si puntualizza che se ciò risulta ammissibile e agevole in caso di universalità di beni pura e semplice, ugualmente non può dirsi per l'azienda. Il problema principale si pone non tanto riguardo ai beni mobili o immobili, quanto con riferimento ai beni immateriali.

La valutazione dell'azienda, si badi bene, non può comprendere solo il suo lato statico, rappresentato dai beni di cui è costituita, ma deve essere estesa anche al suo lato dinamico. L'azienda non è un mero insieme di beni, qualunque sia la loro natura, bensì un'entità variabile nel tempo a seconda del contesto economico - ambientale - imprenditoriale in cui si inserisce. Oggetto della valutazione sono poi non solo i dati quantitativi, ma anche quelli

³⁴² Il Fornitore così come l'Utilizzatore e il Garante, se previsto dovranno garantire (1) la loro valida costituzione sociale e la piena capacità di agire e di esercitare la propria attività, in forza delle autorizzazioni e/o licenze validamente rilasciate dalle competenti Autorità; (2) che non sono state, attualmente e in passato, sottoposte a fallimento e/o procedure concorsuali in genere; che non esistono pendenti nei loro confronti istanze di fallimento e/o di sottoposizione ad altre procedure concorsuali; che hanno sempre eseguito con regolarità e puntualità i propri pagamenti e non hanno subito negli ultimi anni procedimenti di ingiunzione, esecutivi e/o protesti cambiari. Il solo Fornitore dovrà garantire (3) che l'azienda è di esclusiva proprietà, non è gravata da patti di riservato dominio e/o da sequestri e/o pignoramenti, è immune da vizi e difetti che possano pregiudicare, anche parzialmente, l'uso per il quale è destinata e ceduta, nonché completa in ogni sua parte e/o componente ed in perfetto stato di manutenzione; che tutti i rapporti giuridici afferenti all'azienda sono di sua piena ed esclusiva titolarità; che le dotazioni dell'azienda sono in regola con le norme vigenti al riguardo, sono state tutte sottoposte a regolare manutenzione e sono, pertanto, in perfetta efficienza.

³⁴³ Sull'argomento BALDUCCI D., *La valutazione dell'azienda*, cit.; ID., *La cessione d'azienda*, cit.; CAPPELETTO R., *La valutazione del rischio d'impresa*, in www.phedro.it, a cura di Phedro Consulting Srl; FRUTTERO U., *La valutazione d'azienda*, in www.commercialistatelematico.com.

³⁴⁴ In tal senso si veda Cass. 10 luglio 2003 n. 10751 e Cass. 10 marzo 2010 n. 5766. La Suprema Corte, in tema di determinazione della base imponibile ai fini tributari discorre di valore dei beni e non di valore complessivo dell'azienda.

qualitativi. Invero, la fase preliminare ed essenziale del processo di valutazione dell'azienda è rappresentata dalla raccolta e analisi delle informazioni aziendali, interne ed esterne³⁴⁵.

E allora quale criterio di valutazione occorre adottare? Come determinare quel valore specifico dell'azienda rappresentato dall'avviamento e dalla clientela, dalla capacità produttiva, dalla valenza dell'azienda nel mercato? Come determinare il valore dei beni immateriali?

Rinvio deve essere effettuato sicuramente ai criteri contabili e fiscali e, si noti, diversi sono i metodi³⁴⁶ utilizzati dagli aziendali, in base al tipo di operazione aziendale cui ci si riferisce³⁴⁷.

Il metodo che, più di tutti, consente una valutazione più approfondita e completa è sicuramente quello misto in quanto tiene conto sia del patrimonio che del reddito e sia della prospettiva statica che di quella dinamica dell'azienda. Elementi che vengono presi in considerazione sono poi rappresentati dal patrimonio netto, dalla capacità reddituale e dalla capacità finanziaria.

Il primo elemento della funzione è rappresentato dalla valutazione del patrimonio, il quale è determinato facendo la somma dell'attivo e del passivo contabile esistente in bilancio e mediante una stima di ogni singola voce presente nel bilancio e nello stato patrimoniale. I beni materiali vengono stimati secondo il valore corrente in mercato, tenendo in dovuta considerazione il costo di sostituzione del bene in caso di deperimento o obsolescenza. I beni immateriali, invece, vengono valutati in base al costo per la realizzazione del bene o per

³⁴⁵ Le informazioni e la documentazione da reperire attengono all'assetto giuridico dell'impresa alla quale l'azienda è strumentale (ditta individuale, società di persone o società di capitali), alla struttura dell'azienda, ai rapporti commerciali dell'azienda sia con altre società che rispetto alle varie utenze (clienti, fornitori, concorrenti, ambienti finanziari, personale vario), alla capacità di autofinanziamento, alle modalità di gestione, alle prospettive economiche e produttive presenti e future, alla flessibilità ed efficienza dell'organizzazione aziendale. Ulteriori dati informativi sono costituiti dai documenti contabili, ovvero bilancio, conto economico, stato patrimoniale, note integrative, rendiconti finanziari, libri contabili, dichiarazioni fiscali. Da tale documentazione è dato evincere la situazione creditoria e debitoria, la situazione dei prestiti, la situazione delle immobilizzazioni materiali (sia tecniche, quali impianti, macchinari, fabbricati, arredamenti, sia civili, quali terreni, aree edificabili, immobili civili in genere) e immateriali. Altro elemento è rappresentato dalla verifica della liquidità dell'azienda, per la quale rilevano la consistenza della cassa aziendale, le ri.ba., i rapporti con le banche e gli altri enti e istituti di credito. Infine, è necessario l'inventario dettagliato dei beni aziendali, sia materiali che immateriali. La complessiva situazione aziendale cui si deve fare riferimento è quella afferente agli ultimi tre esercizi. Infine, la valutazione deve essere orientata all'abbattimento dell'inflazione. Qualora poi la vicenda circolatoria dell'azienda venga prevista sotto forma di cessione di azioni e quote sociali l'analisi valutativa avrà ad oggetto anche l'assetto sociale e tutti i documenti sociali esistenti (statuto, atto costitutivo, libro dei soci, patti parasociali, verbali dell'assemblea, bilanci previsionali ect.). Si veda anche l'art. 2343 ss. c.c.

³⁴⁶ I metodi principalmente utilizzati nella valutazione dell'azienda sono il metodo patrimoniale, il metodo reddituale e il metodo misto. La valutazione può essere effettuata con il metodo patrimoniale, che esprime il valore dell'azienda in funzione del suo patrimonio; con il metodo reddituale, che esprime il valore dell'azienda in funzione della sua capacità reddituale futura; con il metodo misto, che tiene conto sia dell'aspetto patrimoniale che dell'aspetto reddituale; con il metodo finanziario, che determina il valore in funzione dei flussi di cassa attesi; o, infine, con metodi diretti, che assumono come parametri gli indicatori di mercato. Per approfondimenti v. MORO VISCONTI-DE CANDIA-DE VITO, *op. cit.*, 95 ss. In generale BALDUCCI D., *La valutazione dell'azienda, cit.*

³⁴⁷ In tal senso, BALDUCCI D., *La valutazione dell'azienda, cit.*; ID., *La cessione d'azienda, cit.*, pag. 16.

la sua riproduzione, e alle sperate utilità che si ricavano dal loro utilizzo (logicamente in maniera ipotetica). Altri criteri per la determinazione del valore dei beni immateriali sono rappresentati dal costo sul mercato, dal tipo di beneficio/utilità che può ricavarsi dal bene immateriale considerato e dall'ipotetica durata dello stesso.

Il secondo elemento è espresso dalla capacità dell'azienda di generare reddito, la quale viene calcolata mediante un'attualizzazione del reddito conseguito anno per anno dall'azienda, oppure mediante riferimento al reddito medio aziendale in un certo arco temporale predefinito. Il tutto logicamente avverrà tenendo in debita considerazione il capitale aziendale. Il reddito nella parte eccedente il rapporto di equivalenza con il capitale costituisce l'avviamento.

All'interno di tali due voci vengono presi in considerazione il capitale investito, le uscite, i ricavi e i costi sostenuti.

Il terzo elemento è costituito dalla capacità finanziaria ovvero dalla liquidità di cassa aziendale disponibile o meglio dalla disponibilità di risorse finanziarie necessarie ad assicurare l'avviamento e la buona gestione aziendale.

Nella valutazione vengono, poi, esaminati i diversi equilibri sussistenti (equilibrio patrimoniale, equilibrio finanziario ed equilibrio finanziario economico).

Il valore dell'azienda, pertanto, sarà pari alla somma del valore del reddito aziendale con quello del patrimonio aziendale.

Una considerazione separata sarà rivolta ai beni che non sono necessari per la gestione: la loro valutazione sarà separata da quella dell'azienda.

Infine, un ruolo centrale è rivestito dalla valutazione dell'avviamento³⁴⁸, nelle due accezioni dell'avviamento internamente generato e dell'avviamento derivato. L'avviamento internamente generato è il risultato di un'efficiente gestione dei beni e delle risorse umane aziendali. L'avviamento derivato, invece, è dato dall'acquisizione di un'azienda o di una partecipazione, o da un'operazione di conferimento, fusione o scissione d'azienda³⁴⁹. Elemento di riferimento per la sua quantificazione è il reddito dell'azienda³⁵⁰. L'avviamento è direttamente proporzionale al reddito aziendale. Anzi, più nel dettaglio, l'avviamento è la percentuale di redditività media di cui ai ricavi accertati o dichiarati ai fini delle imposte sui redditi negli ultimi tre periodi di imposta anteriori al trasferimento, moltiplicato per tre³⁵¹.

³⁴⁸ Così nel nuovo Principio Contabile (OIC) n. 24, che definisce avviamento in generale *“l'attitudine di un'azienda a produrre utili in misura superiore a quella ordinaria, che derivi o da fattori specifici che, pur concorrendo positivamente alla produzione del reddito ed essendosi formato nel tempo in modo oneroso, non hanno un valore autonomo, ovvero da incrementi di valore che il complesso dei beni aziendali acquisisce rispetto alla somma dei valori dei singoli beni, in virtù dell'organizzazione dei beni in un sistema efficiente e idoneo a produrre utili?”*.

³⁴⁹ La distinzione tra le due forme di avviamento rileva ai fini della diversa disciplina contabile applicabile. Per quanto attiene in generale alla disciplina contabile relativa all'operazione di *leasing*, *“si evidenzia una continuità di esposizione secondo il metodo patrimoniale (che prevede la sola rilevazione in conto economico dei canoni leasing di competenza e dei canoni leasing da pagare nei conti d'ordine tra gli impegni). La novella normativa (apportata dal DLgs n. 6/2003) riguarda invece le informazioni da fornire nella nota integrativa, che si prefiggono di rappresentare extra - contabilmente le operazioni di leasing secondo il metodo finanziario previsto dallo LAS 17”*. Così BOZZOLAN, *Finanziare le acquisizioni: il leasing d'azienda*, in *Amministrazione e finanza* 20/2005, pag.8-9.

³⁵⁰ Il cosiddetto “fatturato”.

³⁵¹ Criterio utilizzato nella prassi commerciale.

La valutazione dell'avviamento, più di quella complessiva dell'azienda, assume preminente importanza ai fini della determinazione del prezzo dell'eventuale acquisto dell'azienda alla scadenza del contratto di locazione finanziaria, oltre che nei casi di risoluzione del contratto, di fallimento dell'Utilizzatore, di subentro del Garante³⁵²; o, in generale, in tutti i casi in cui l'azienda rientra nella disponibilità della Società di *Leasing*, e si deve attribuirle un valore.

In ogni caso a prescindere dal tipo di criterio applicato, la valutazione dell'azienda deve essere improntata ai caratteri dell'obiettività, della generalità, della razionalità e della stabilità. Dunque una valutazione che sia scevra di considerazioni soggettive e discrezionali, che sia attuata astraendo dagli interessi delle parti coinvolte nelle vicende aziendali, che non sia influenzata da fattori mutevoli e provvisori.

10 Disciplina applicabile. Profili generali.

Premessa l'analisi dei profili strutturali, oggettivi e soggettivi, del contratto di *leasing*, e pertanto vagliata la possibilità di configurazione di una tale operazione economico - giuridica, occorre ora procedere all'esame della disciplina applicabile al contratto di *leasing* d'azienda, tenendo presente che non sarà sempre possibile un'applicazione diretta della pura disciplina né della circolazione d'azienda né del *leasing*.

Punto di partenza potrebbe essere considerato, come suggerito dalla dottrina che si è occupata di tale istituto³⁵³, la scissione del rapporto di *leasing* d'azienda in due momenti, a ciascuno dei quali corrisponde una diversa fattispecie contrattuale. Il *leasing* potrebbe essere, quindi, inteso come un iniziale contratto di locazione e un successivo ed eventuale contratto di vendita e, alla luce di detta scansione temporale, potrà essere valutata la compatibilità vuoi con la disciplina dell'affitto d'azienda, vuoi con quella della vendita d'azienda.

Oltre a ciò sarà opportuno analizzare la disciplina del *leasing*, distinguendo tra l'azienda prima del trasferimento e l'azienda durante il godimento a titolo di *leasing* e discernendo tra situazioni giuridiche del Fornitore e situazioni giuridiche dell'Utilizzatore.

Ulteriore distinzione da tener presente è rappresentata dalle due ipotesi di esercizio dell'opzione di acquisto o di restituzione dell'azienda alla Società di *Leasing*.

Infine, occorre far riferimento ai tre momenti essenziali in cui l'operazione negoziale si articola, così meglio specificati: l'acquisto dell'azienda o di un suo ramo da parte della Società di *Leasing*; la locazione finanziaria dell'azienda tra Concedente (Società di *Leasing*) e Utilizzatore; l'eventuale esercizio dell'opzione di acquisto da parte dell'Utilizzatore alla scadenza del contratto.

³⁵² Per quanto riguarda in particolare l'ipotesi di subentro del Garante, tale soggetto assume un tale impegno, all'atto della stipulazione del contratto di locazione finanziaria, in base al valore che l'azienda e l'avviamento avevano in quel momento. Si discute allora se, laddove al momento dell'effettivo intervento, tali valori risultassero notevolmente ridotti, il Garante potrebbe muovere, per questo motivo, qualche contestazione alla Società di *Leasing*. Si ritiene trattarsi di un aspetto rientrante nel rischio dell'intera operazione negoziale, in questo caso, accollato al Garante, che non potrà, di conseguenza, nulla opporre alla Società di *Leasing*.

³⁵³ Vedi *supra*.

Si tratta, comunque, solo di un punto di partenza, giacché occorre contemperare il *leasing* d'azienda con i vari assetti di interessi che si prospettano nel rapporto, ovvero gli interessi della Società di *Leasing*, gli interessi dell'Utilizzatore, senza dimenticare gli interessi imprenditoriali e aziendali legati alla complessità dell'azienda, la tutela dei terzi e la natura temporanea del trasferimento, posto che l'acquisto e il trasferimento definitivo sono una mera eventualità.

Ciò premesso, si passa ora ad esaminare norma per norma la compatibilità rispetto al *leasing* della specifica disciplina dettata per la circolazione d'azienda e ad enucleare gli elementi nuovi e peculiari del *leasing* d'azienda.

Ebbene, al pari di una qualsiasi altra vicenda circolatoria dell'azienda, profili effettuali di rilevante importanza sono rappresentati dalla successione dell'Utilizzatore nei contratti, debiti e crediti aziendali e nell'applicazione, da vagliare, del divieto di concorrenza.

Si afferma, tuttavia, preliminarmente, che alcun problema di applicazione della disciplina della circolazione dell'azienda si pone nel caso in cui la Società di *Leasing* si assuma il rischio d'investimento.

11 Segue. La successione nei contratti.

La prima vicenda effettuale da analizzare è rappresentata dalla successione nei contratti.

Data per presupposta la *ratio* di tale vicenda circolatoria, che si configura nella necessità di mantenere costante l'utilità produttiva dell'azienda, e stabilito che la normativa di riferimento è costituita dalle disposizioni di cui agli artt. 2558 e 2562 c.c., si può affermare quanto segue.

Innanzitutto, la dottrina³⁵⁴ ritiene che l'art. 2558 c.c. possa essere, in generale, applicato al *leasing* e che si verifichi, quindi, in capo all'Utilizzatore un subingresso nei contratti afferenti all'azienda ceduta in godimento.

Ulteriormente, viene rilevato come, posta la natura derogabile dell'art. 2558 c.c., ritenuto applicabile, è vero che le parti possono accordarsi per la determinazione dei contratti in relazione ai quali escludere la successione, ciò nondimeno esse non possono disporre in merito ai contratti essenziali per l'esercizio dell'impresa, che coinvolgono cioè beni indispensabili, i quali seguono necessariamente le vicende circolatorie dell'azienda. Parimenti, ai sensi dell'art. 2112 c.c., non è ammesso neanche l'accordo volto a escludere la successione nei rapporti di lavoro: in relazione ai contratti di lavoro si verificano sempre la successione dell'acquirente nel rapporto contrattuale e il permanere della responsabilità solidale dell'alienante per i debiti preesistenti.

Occorre, in ogni caso, mettere in luce le diverse precisazioni svolte al riguardo.

Un autore³⁵⁵ ritiene che la successione dell'Utilizzatore nei contratti, conclusi anteriormente alla stipulazione del contratto di *leasing* e non ancora eseguiti, avvenga

³⁵⁴ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578. BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 6 ss. CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring, cit.*, pag. 160 ss. MARTORANO F., *Il Leasing d'azienda*, in *Banca borsa titoli di credito*, n.1, gennaio-febbraio 2010, pag. 3 ss.

³⁵⁵ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578 ss.

immediatamente e il trasferimento sia definitivo o temporaneo³⁵⁶, a seconda che l'Utilizzatore eserciti o meno l'opzione di acquisto.

Secondo un altro autore³⁵⁷, sempre considerato il ruolo neutrale della Società di *Leasing*, la successione nei contratti non potrà che essere limitata a quei rapporti da reputarsi indispensabili per l'azienda e che importino un *plus* ai fini gestionali.

Un altro autore³⁵⁸ afferma sia possibile una successione nei contratti solo nella forma diretta, ovvero solo ove la stessa avvenga in forza di un rapporto esterno ma connesso con il principale contratto di *leasing*, e intercorrente tra Utilizzatore e Fornitore. In questo modo, precisa l'autore, da una parte, si garantisce all'Utilizzatore un trasferimento completo dell'azienda e, dall'altra parte, viene tutelata sia la Società di *Leasing*, in quanto rimane esterna alla vicenda, che i terzi, nei confronti dei quali viene limitato il più possibile il rischio di effetti ingannevoli e falsi affidamenti.

Sempre in tale ottica, un altro autore³⁵⁹ configura una successione nei contratti sia integrata che separata, con possibilità per la Società di *Leasing* di prevedere una sua esclusione convenzionale da detta vicenda successoria.

Un altro autore³⁶⁰ ritiene che, pur sussistendo una successione nei contratti, permanga una responsabilità dell'imprenditore cedente per le spese effettuate per l'esecuzione di contratti stipulati anteriormente al trasferimento, tanto da dover tenere indenne da esse l'Utilizzatore e/o la Società di *Leasing* che le onorino.

La dottrina si mostra, invece, concorde nell'attribuire al terzo contraente, in applicazione del secondo comma dell'art. 2558 c.c., la possibilità di recedere dal contratto, entro il termine di tre mesi decorrenti dal momento della conoscenza della cessione del compendio aziendale e quindi dal momento della stipula del contratto di *leasing*. Si afferma, infatti, che giammai il termine potrà decorrere dall'esercizio dell'opzione di acquisto in quanto il trasferimento, anche se temporaneo, si verifica sin dalla concessione dell'azienda in *leasing* e sin da tale momento è possibile per il terzo valutare l'affidabilità dell'Utilizzatore e l'eventuale sussistenza di una giusta causa di recesso dal contratto.

Con riferimento, invece, ai contratti stipulati dall'Utilizzatore, qualora lo stesso, al termine del *leasing*, non intenda esercitare l'opzione, ma restituisca l'azienda alla Società di *Leasing*, ricorrono in dottrina due precisi orientamenti.

Secondo alcuni autori³⁶¹, ha luogo una retrocessione e si ritiene ugualmente applicabile ai contratti stipulati dall'Utilizzatore il disposto di cui all'art. 2558 c.c., operando un trasferimento di ritorno, per i contratti già in essere al momento della costituzione del *leasing*,

³⁵⁶ Subingresso legale temporaneo. In tal senso PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578 ss.

³⁵⁷ BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 6 ss.

³⁵⁸ CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring, cit.*, 2002, pag. 160 ss.

³⁵⁹ MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 3 ss.

³⁶⁰ TROISI B., ordinario di diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari. Ritengo, al riguardo, che una tale posizione potrebbe essere ammissibile in caso di trasferimento indiscriminato di tutti i contratti esistenti anteriormente al trasferimento e comunque in relazione ai contratti che non esplichino una qualche utilità per l'attività imprenditoriale dell'Utilizzatore.

³⁶¹ MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 3 ss. Cfr. Cassazione Civile, III sez., 7 novembre 2003 n. 16724.

e un trasferimento *ex novo*, per i contratti sorti successivamente, con relativa cessione di responsabilità.

Secondo altri autori³⁶², invece, considerato il principio di relatività del contratto di cui all'art. 1372 c.c. e posto che nessun acquisto potrà avvenire in capo alla Società di *Leasing*, data la sua natura di mero intermediario, si afferma la loro intrasferibilità alla Società di *Leasing* a seguito di restituzione dell'azienda. Non ha luogo, quindi, alcuna cessione *ex novo*, ma i contratti stipulati dall'Utilizzatore si risolvono per mutuo consenso o per termine. L'Utilizzatore, infatti, qualora già dal principio non intenda esercitare, per svariati motivi, l'opzione di acquisto può sempre prevedere un termine di efficacia dello stipulando contratto. Comunque unico responsabile e obbligato rimane l'Utilizzatore.

Tutto ciò premesso e alla luce degli orientamenti presenti in dottrina e giurisprudenza, si può giungere ad affermare quanto segue.

Innanzitutto, nella fase iniziale del rapporto di *leasing*, ovvero dal momento della sua costituzione sino a quando l'Utilizzatore non eserciti l'opzione di acquisto, l'art. 2558 c.c. si applicherà sicuramente ai contratti d'azienda non aventi carattere personale, mentre la cessione di altre eventuali differenti tipologie contrattuali, tra le quali si annoverano i contratti d'impresa, rimarrà subordinata all'espressa pattuizione dei contraenti in tal senso.

Successivamente all'esercizio dell'opzione e pertanto con la cessione definitiva del complesso aziendale, troverà, invece, piena applicazione l'art. 2558 c.c. e la cessione avverrà automaticamente per tutti i contratti, qualunque sia la loro qualificazione e, se rilevanti, anche per i contratti d'impresa.

Una tale definizione dell'applicazione dell'art. 2558 c.c. al contratto di *leasing* d'azienda mostra però alcuni problemi.

Infatti, in mancanza di un'espressa manifestazione di volontà dell'Utilizzatore di esercitare l'opzione di acquisto, è impossibile valutare, sin dal momento costitutivo del rapporto, se lo stesso, al termine del contratto, acquisti o restituisca l'azienda.

In ogni caso, non vengono meno le problematiche sottese al trasferimento dei contratti. Quale sarà la sorte dei contratti non trasferiti all'Utilizzatore? Rimarranno validi ed efficaci in capo alla Società di *Leasing* o si risolveranno per mutuo consenso ovvero sarà possibile prospettare una sorta di sospensione di efficacia degli stessi, temporalmente circoscritta all'efficacia del *leasing*? Quali gli effetti verso i terzi?

Ebbene, non può certo ritenersi possibile una sospensione temporanea di efficacia. In primo luogo, la sospensione degli effetti contrattuali nella fase esecutiva, se non preventivamente convenuta dalle parti, è ammessa dal nostro ordinamento solo nelle ipotesi tassativamente indicate dalla legge (come nel caso del fallimento di una delle parti). In secondo luogo, verrebbero lesi gli interessi dei terzi contraenti, estranei alla logica del *leasing* d'azienda. Oltretutto non avrebbe alcuna utilità la cessione in capo alla Società di *Leasing* di tutti i contratti se poi gli stessi rimangono ineseguiti perché non successivamente ceduti all'Utilizzatore in sede di *leasing*.

³⁶² PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578 ss.

Si deve conseguentemente affermare che le modalità di cessione dei contratti dovranno essere determinate senza che possa essere effettuata una scissione tra esercizio o non esercizio del diritto di opzione di acquisto da parte dell'Utilizzatore, non essendo ammissibile una situazione intermedia di sospensione limitatamente ad alcune sole tipologie contrattuali.

Si mostra fuor dubbio che i contratti d'azienda, in quanto parte integrante dell'azienda, essendo vincolati a tutti o a una sola parte dei beni che la costituiscono, siano ceduti di diritto all'Utilizzatore e ancor prima alla Società di *Leasing*, senza che ricorra alcuna problematica di sorta né per la posizione della Società di *Leasing* né per la tutela dei terzi.

Le altre tipologie contrattuali, in quanto prevalente esplicazione dell'attività imprenditoriale, potranno essere cedute all'Utilizzatore se egli vanta un concreto interesse verso le stesse, rappresentato dall'attinenza all'attività imprenditoriale che si accinge a svolgere.

Inoltre, considerato che tali contratti attengono all'esercizio dell'attività d'impresa, la loro cessione dovrà essere estranea al *leasing* benché alla stessa collegata. La cessione di tali tipologie contrattuali dovrà essere oggetto di un'autonoma contrattazione di cessione interveniente tra Fornitore e Utilizzatore, con il limite dei contratti necessari e indispensabili per l'esercizio dell'attività d'impresa. La disciplina sarà, in tal caso, quella generale di cui agli art. 1406 ss. c.c.

In merito, si ritiene favorevole una struttura trilaterale dell'operazione, sotto ogni profilo, senza però snaturare del tutto il ruolo e la funzione della Società di *Leasing* nell'intermediazione. Questione che potrà essere ovviata per mezzo della creazione di un collegamento contrattuale triplo, intercorrente tra contratto di vendita, contratto di *leasing* e contratto di cessione dei contratti, che consente di tutelare gli interessi di tutti i soggetti dell'operazione negoziale.

In caso di mancata cessione, tali contratti saranno sciolti per mutuo consenso (accordo tra Fornitore e terzo) in seguito a sopravvenuta mancanza di interesse nella continuazione del rapporto stante la cessione dell'azienda di riferimento.

Ad ogni modo, è fatta salva la facoltà del terzo di recedere dal contratto, nel primo caso, e di non prestare il consenso alla cessione, nel secondo caso.

Le considerazioni sinora esplicitate riguardano logicamente i contratti stipulati antecedentemente alla stipulazione e inizio del rapporto di *leasing* e quindi quelli nella titolarità dell'imprenditore Fornitore.

Per quanto riguarda i rapporti contrattuali stipulati dall'Utilizzatore, nel periodo di godimento dell'azienda, si deve, innanzitutto, affermare la responsabilità dell'Utilizzatore per tutto il periodo di efficacia del *leasing*.

Nessun problema si presenta in caso di esercizio del diritto di opzione, considerato che il soggetto contraente risulterà sempre parte di tali contratti in veste diversa: nel primo momento, quale Utilizzatore, titolare di un diritto personale di godimento, nel secondo momento, invece, quale imprenditore titolare del diritto di proprietà dell'azienda.

Nell'ipotesi in cui l'Utilizzatore non intenda esercitare l'opzione, ma restituisca l'azienda alla Società di *Leasing*, ritengo che, stante il dovere dell'Utilizzatore di mantenere costante

l'avviamento e di tutelare l'identità aziendale, terminato il contratto di *leasing*, dovrà procedersi ad una cessione ai sensi dell'art. 2558 c.c. di tutti quei contratti che, non avendo un qualche indice di personalità, avuto riguardo alla persona dell'Utilizzatore, siano ormai diventati parte integrante dell'azienda o comunque una loro esclusione dal complesso aziendale comporterebbe una diminuzione dell'avviamento e un qualsiasi danno o pregiudizio per l'azienda stessa. Si pensi, ad esempio, ai nuovi contratti di fornitura di beni, ovvero ai contratti di reintegrazione del patrimonio aziendale. A tal riguardo si richiamano le considerazioni già svolte in merito alla differenza tra contratti d'impresa e contratti d'azienda.

Occorre, tuttavia, differenziare le ipotesi in cui l'azienda venga tempestivamente fatta oggetto di un nuovo contratto di *leasing*, da quelle in cui l'azienda venga semplicemente restituita alla Società di *Leasing* e da quelle in cui, infine, sia previsto un patto di riacquisto in capo al Fornitore. Infatti, nel primo caso si avrà la cessione dei contratti d'azienda al nuovo Utilizzatore e una cessione autonoma degli altri contratti, in base all'esigenze imprenditoriali di questo; nel secondo caso, verranno ceduti solo i contratti d'azienda che non importino dispendio di risorse ovvero attività onerose in capo alle parti, salvo l'esercizio del dovere di conservazione del rapporto nei limiti dell'ordinaria amministrazione; nell'ultimo caso avverrà la cessione automatica di tutti i contratti indistintamente in capo al Fornitore. In quest'ultima ipotesi, sarebbe preferibile uno schema contrattuale trilaterale con un rapporto diretto Fornitore – Utilizzatore, come quello prima prospettato.

Logicamente la scelta dei contratti, oggetto di cessione, non potrà che avvenire caso per caso, tenendo in considerazione il valore dell'avviamento e il ruolo svolto dal contratto all'interno dell'azienda.

Unica problematica può ravvisarsi nell'individuazione del soggetto cui spetta tale scelta: la Società di *Leasing*, l'Utilizzatore, entrambi o ancora il soggetto gestore temporaneo dell'azienda o il Garante dell'operazione?

Ebbene, si ritiene che una simile scelta debba essere fatta nel modo più oggettivo possibile, cercando di contemperare gli interessi dei soggetti che subentrano nella gestione del compendio aziendale. Fuor dubbio che la scelta verrà eseguita dal gestore temporaneo dell'azienda o dal Garante dell'operazione, magari mediante consultazione delle altre parti investite dal rapporto o dal *team* deputato all'attività istruttoria dell'operazione negoziale.

In conclusione, una cessione dei contratti è possibile, ma deve essere governata dal principio di indispensabilità rispetto all'azienda, sotto il profilo anche del mantenimento costante dell'avviamento.

Tuttavia, nella prassi commerciale viene adottato un meccanismo altamente semplificativo, in forza del quale i contratti vengono risolti prima della stipulazione del contratto di *leasing* ed eventualmente stipulati *ex novo* dall'Utilizzatore. Parimenti avviene per i contratti stipulati durante il *leasing*: l'Utilizzatore si impegna a risolverli prima della retrocessione dell'azienda. In questo modo si evitano tutte le problematiche attinenti all'individuazione del soggetto responsabile, tutelando i terzi contro falsi affidamenti. Nello stesso senso avviene per i rapporti di lavoro. L'azienda, infatti, viene ceduta senza

dipendenti, senza merci e senza rapporti pendenti, ad eccezione di quelli strutturalmente necessari³⁶³.

Una nota finale merita la cessione del contratto di locazione dell'immobile nel quale viene eseguita prevalentemente l'attività imprenditoriale o nel quale sono spazialmente localizzati e riposti i beni aziendali.

La cessione del contratto di locazione dell'immobile³⁶⁴ è effetto legale del contratto di cessione di azienda come discende dal disposto dell'art. 36 L. 27 luglio 1978, n. 392. Pertanto, il locatore non può opporsi al subingresso del cessionario. Potrebbe, invece, opporsi ad una cessione del contratto di locazione fatta direttamente dall'originario conduttore-Fornitore a favore dell'Utilizzatore.

Si ritiene, dunque, opportuno che tale contratto sia ceduto, insieme con l'azienda, alla Società di *Leasing*, la quale, a sua volta, farà subentrare l'Utilizzatore in forza del contratto di *leasing*, che, come effetto legale, per analogia con l'affitto d'azienda, comporta il subingresso dell'Utilizzatore nel contratto di locazione dell'immobile.

12 *Segue La successione nei crediti.*

La seconda vicenda effettuale è rappresentata dalla cessione dei crediti, la cui normativa di riferimento è costituita dall'art. 2559 c.c.

Anche in tal caso, stando alla disciplina dell'affitto, la cessione a favore dell'Utilizzatore avviene solo se prevista dalle parti.

Con tale assunto concordano pure la dottrina e la giurisprudenza prevalenti.

Infatti, la dottrina maggioritaria³⁶⁵ afferma, in linea di principio, la possibilità di cessione dei crediti ove ne ricorra un'espressa pattuizione delle parti in tal senso e al riguardo rinvia alla specifica disciplina in materia di cessione del credito di cui agli artt. 1260 ss. c.c.

Un autore³⁶⁶ ritiene possibile una cessione dei crediti solo nell'ipotesi di un *leasing* traslativo e quindi con possibile e/o probabile riscatto dell'azienda. Alcune cessioni potranno essere previste, invece, nel caso di *leasing* di godimento posta la temporaneità del rapporto costituito. L'Utilizzatore, infatti, non è ancora titolare dell'azienda e, conseguentemente, non acquista la titolarità dei crediti aziendali. La situazione giuridica soggettiva dell'Utilizzatore è un'ipotesi al di fuori della fattispecie prevista dal primo comma dell'art. 2559 c.c., che discorre espressamente di trasferimento.

³⁶³ Invero, verranno risolti, a titolo meramente esemplificativo, i contratti di assicurazione sui beni aziendali, i contratti di assicurazione sulla responsabilità civile, i contratti di assicurazione sulla responsabilità da prodotto, i contratti pubblicitari, i contratti di vendita alla clientela dei beni e dei servizi prodotti dall'Azienda, i contratti di distribuzione, i contratti di somministrazione, i contratti di prestazione d'opera, i contratti di *leasing* e i contratti di comodato. Per contro verranno mantenuti, con il relativo subentro dell'Utilizzatore, i contratti relativi alla fornitura di acqua, gas, energia elettrica e del servizio telefonico, che dovranno essere volturati.

³⁶⁴ Il subingresso dell'Utilizzatore nel contratto di locazione si rende necessario per consentire l'esercizio dell'attività aziendale, posto che nell'immobile è materialmente localizzato il complesso aziendale.

³⁶⁵ CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, cit., pag. 160 ss.

³⁶⁶ MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 3 ss.

Un altro autore³⁶⁷ ritiene inapplicabile il disposto di cui all'art. 2559 c.c. al *leasing*, tuttavia ne distingue due ipotesi. (1) Nella fase tra la costituzione del rapporto di *leasing* e l'esercizio del diritto di opzione, i crediti permangono in capo al Concedente (Società di *Leasing*) in quanto l'Utilizzatore non è proprietario dell'azienda, bensì mero titolare di un diritto di godimento. (2) Nell'ipotesi di esercizio dell'opzione di acquisto, posto che in tale modo l'Utilizzatore diviene proprietario dell'azienda, verranno ceduti anche tutti i crediti e persino quelli riscossi dalla Società di *Leasing* e comunque anteriori alla costituzione del rapporto. Alla luce di ciò, l'autore si auspica l'inserimento in contratto di una clausola condizionale per la cessione dei crediti. Clausola che potrà prevedere finanche una semplice non riscossione dei crediti da parte del Concedente (Società di *Leasing*) nelle more del *leasing*.

A mio parere, invece, la cessione dei crediti in favore dell'Utilizzatore dovrebbe operare ogni volta che ciò importi un incremento all'azienda, che si mostri rilevante per la sua consistenza e che consenta di garantire all'Utilizzatore un godimento maggiore e/o migliore.

Logicamente tale assunto deve essere coordinato a seconda della tipologia di credito.

Se, infatti, si tratta di un bene o di una prestazione di *facere* la sua inerenza all'azienda e la sua rilevanza ai fini del valore aziendale ceduto è pressoché semplice da valutare. Punto di riferimento è l'attività imprenditoriale dell'Utilizzatore.

Maggiormente discusso potrebbe essere il caso di un'obbligazione pecuniaria, anche se l'incremento patrimoniale risulterebbe *in re ipsa*.

Ad ogni buon conto, in caso di trasferimento di crediti troveranno piena applicazione gli artt. 1266 e 1267 c.c. Il rischio di insolvenza ricadrebbe, come sempre, sull'Utilizzatore, salvo patto contrario, e sarebbe, quindi, auspicabile la pattuizione da parte del Fornitore, della Società di *Leasing*, ma ancor meglio del Garante dell'operazione, di una garanzia della solvenza del debitore.

Qualora, invece, i crediti non vengano ceduti all'Utilizzatore per espressa pattuizione delle parti o perché si ritiene applicabile uno dei summenzionati orientamenti della dottrina, si pone un problema di titolarità. In tal caso, infatti, in applicazione dell'art. 2559 c.c. alla vendita d'azienda intercosa tra Fornitore e Società di *Leasing*, essi permarrebbero in capo alla Società di *Leasing*. Si noti, però, che, data la sua funzione di mero intermediario nell'operazione contrattuale in oggetto, risulterà difficile un'estinzione del rapporto obbligatorio di riferimento e, dunque, una riscossione del credito medesimo.

Si potrebbe, allora, prevedere che i crediti vengano ceduti alla Società di *Leasing* e permangano in capo alla stessa a garanzia del buon fine dell'operazione negoziale e delle obbligazioni contratte verso l'Utilizzatore; insomma una sorta di garanzia atipica. In ogni caso, solo allorquando l'Utilizzatore eserciti l'opzione di acquisto dell'azienda, tali crediti verranno ceduti automaticamente.

Senonché lo stesso art. 2559 c.c. fa salvo il patto contrario. Pertanto, al momento della stipulazione del contratto di vendita, Fornitore e Società di *Leasing* possono determinarsi nel senso di escludere dalla vicenda circolatoria i crediti d'azienda. Eventualmente i crediti

³⁶⁷ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578 ss.

potranno essere ceduti dal Fornitore direttamente all'Utilizzatore in applicazione del sopraenunciato criterio oppure gli stessi potranno essere estinti per remissione.

Nonostante ciò, un profilo che occorre analizzare è quello relativo all'adempimento da parte del terzo debitore direttamente nei confronti della Società di *Leasing*, con particolare riferimento al caso in cui ciò avvenga prima della concessione in godimento all'Utilizzatore o in caso di esclusione di un subingresso dell'Utilizzatore stesso.

Quale sarà la sorte dell'incremento patrimoniale? Questo opererà solo a favore della Società di *Leasing*?

Ebbene, a mio parere, potrebbe ipotizzarsi una sorta di compensazione tra il credito aziendale della Società di *Leasing* verso terzi, dunque l'incremento patrimoniale consequenziale, e il credito vantato nei confronti dell'Utilizzatore a titolo di pagamento di canoni di godimento. In tal modo si ovvia anche al problema della sorte dei crediti non ceduti dalla Società di *Leasing*, nell'ipotesi di cessione parziale.

Le considerazioni sinora svolte devono essere estese anche ai crediti dell'Utilizzatore sorti nel periodo di godimento dell'azienda al fine di valutare l'opportunità di una (retro)cessione *ex novo* in capo alla Società di *Leasing*.

In questa ipotesi, si potrebbe prospettare un'attribuzione dei crediti direttamente all'Utilizzatore in qualità di compenso per l'incremento apportato all'avviamento ovvero a tutto il complesso aziendale. Tale asserzione se può avere un qualche significato in sede di crediti pecuniari, qualche problema sorge qualora il credito sia un *facere* o abbia ad oggetto una cosa determinata. In tali ultimi due casi, occorrerà valutare se effettivamente l'Utilizzatore ha un interesse estraneo all'attività aziendale a ricevere dette prestazioni. Qualora un interesse non vi fosse, il credito potrebbe essere ceduto ovvero il titolo sul quale si fonda estinto (si pensi, ad esempio, ad una remissione del debito da parte dell'Utilizzatore).

È opportuno, altresì, valutare se nel caso in cui i crediti non vengano trasferiti alla Società di *Leasing*, ma permangano in capo all'Utilizzatore, senza essere imputati a compenso, sia possibile un'azione di ingiustificato arricchimento ai sensi dell'art. 2041 c.c. da parte della Società di *Leasing* e degli altri Utilizzatori successivi verso l'Utilizzatore; o se l'Utilizzatore dovrà corrispondere un conguaglio alla Società di *Leasing*.

Ebbene, la risposta a detto interrogativo non può essere che negativa avuto riguardo alla circostanza per cui l'arricchimento a seguito di riscossione dei crediti è avvenuta in base ad una causa giustificativa, rappresentata dal rapporto di *leasing* e dall'intrasferibilità dei crediti nelle more. Tutt'al più le parti potrebbero prevedere l'obbligo dell'Utilizzatore di versare un conguaglio pari al valore del credito ovvero l'obbligo di cedere tali crediti alla Società di *Leasing* o al futuro Utilizzatore entrante.

In ultimo, è possibile prevedere una cessione dei crediti dell'Utilizzatore in capo alla Società di *Leasing* a titolo di incremento d'avviamento.

Si evidenzia, infine, che nella prassi commerciale non ha luogo la cessione dei crediti, ma questi permangono in capo al loro titolare, individuato, rispettivamente, a seconda del momento costitutivo, nel Fornitore o nell'Utilizzatore.

13 Segue La successione nei debiti.

Terza vicenda effettuale della circolazione d'azienda è rappresentata dal trasferimento dei debiti.

Normativa di riferimento è costituita dal disposto di cui all' artt. 2560 c.c.

La natura tendenzialmente temporanea del diritto di godimento imporrebbe un divieto di subingresso dell'Utilizzatore nei debiti precedenti alla costituzione del *leasing*, e ciò in quanto i debiti costituiscono una passività aziendale e dunque un peso per l'azienda stessa. La presenza di debiti si imporrebbe come limite al pacifico godimento del complesso aziendale e proprio per questa ragione il trasferimento è generalmente facoltativo, posto che si paleserebbe un'assunzione da parte dell'Utilizzatore del rischio di un'azienda in perdita.

Ciò nonostante, occorre puntualizzare che mentre alcun problema ricorre in caso di esercizio dell'opzione di acquisto, successivamente alla quale si applica tranquillamente il disposto di cui all'art. 2560 c.c., qualche incertezza si mostra con riguardo al caso di esercizio del solo godimento dell'azienda.

Con l'opzione di acquisto, l'Utilizzatore acquista la proprietà dell'azienda e di conseguenza subentra nei debiti aziendali preesistenti che risultino dai libri aziendali o che, in qualsiasi modo, erano da lui conosciuti o conoscibili, divenendone personalmente obbligato aggiuntivamente e solidalmente con la Società di *Leasing* o con il Fornitore.

Se, però, l'opzione di acquisto non viene esercitata, l'Utilizzatore non può essere onerato anche del pagamento dei debiti aziendali anteriori al trasferimento dell'azienda.

Tuttavia, si rimarca che non può propendersi per l'una o per l'altra delle soluzioni appena prospettate fino al momento della stipulazione del *leasing*, posta l'impossibilità di una tale previsione. L'opzione è un diritto potestativo dell'Utilizzatore ed il suo esercizio può essere deciso dal medesimo persino al termine del contratto di *leasing*. La situazione imprenditoriale dell'Utilizzatore è caratterizzata, al pari di qualsiasi altra situazione imprenditoriale, da mutevolezza nel tempo, tale da escludere una qualsiasi forma di previsione.

Ciò premesso e considerato che la circolazione dell'azienda comporta comunque una successione nei debiti, punto focale, sul quale occorre fare chiarezza, concerne, quindi, l'individuazione del soggetto sul quale sorge la responsabilità per i debiti aziendali preesistenti alla costituzione del *leasing*. Si rende necessario, nello specifico, analizzare se la responsabilità per i debiti pregressi permanga in capo al solo Fornitore o si estenda anche alla Società di *Leasing* e/o all'Utilizzatore.

Al riguardo, è importante richiamare la posizione di dottrina e giurisprudenza, le quali si mostrano tendenzialmente unanimi.

Alcuni autori³⁶⁸ ritengono che a seguito dell'instaurazione di un rapporto di *leasing* sorge una responsabilità solidale tra la Società di *Leasing* e il Fornitore limitatamente ai debiti preesistenti e sempre che l'Utilizzatore non eserciti il diritto di opzione d'acquisto dell'azienda. In tale ultimo caso, l'Utilizzatore subentra nei debiti pregressi limitatamente a quelli conosciuti o conoscibili e/o risultanti dalle scritture contabili. Nessuna cessione ha

³⁶⁸ GIANFELICI E., *op. cit.*

luogo né alcuna responsabilità solidale sorge, invece, per i debiti contratti nelle more dell'esecuzione del *leasing*, i quali graveranno esclusivamente sull'Utilizzatore, e, di conseguenza i creditori potranno soddisfare il loro interesse solo sul patrimonio personale di questo e non anche su quello aziendale.

Tale posizione viene, da altri autori³⁶⁹, giustificata in base all'assunto per cui il disposto normativo di riferimento concerne debiti pregressi ad una vicenda circolatoria e contratti dal titolare dell'azienda: l'Utilizzatore subentra nel solo godimento e non anche nella titolarità dell'azienda, per di più a carattere meramente temporaneo; unico proprietario effettivo è la Società di *Leasing*. La mancanza di un tale presupposto comporta, quindi, l'inammissibilità della cessione dei debiti sia nella fase iniziale di cessione dell'azienda sia nella fase finale di trasferimento "di ritorno".

Alle medesime considerazioni aderisce anche un altro autore³⁷⁰, il quale fa salva la possibilità di liberazione del Fornitore su manifestazione di volontà espressa e univoca del creditore interessato.

Un autore³⁷¹, pur giungendo alle medesime conclusioni, appena prospettate, discorre di generica responsabilità del locatore, senza alcuna distinzione tra Fornitore e Società di *Leasing*.

Un altro autore ancora³⁷² ritiene che la cessione dei debiti sia sottoposta all'esercizio di una *due diligence* da parte della Società di *Leasing*, la quale, al momento dell'acquisto dell'azienda, deve provvedere ad operare una valutazione del grado di indebitamento dell'azienda ed essere abile nel porre a carico dell'Utilizzatore i rischi connessi. Logicamente ciò potrà avvenire solo sulla base di un esame concreto della situazione patrimoniale e finanziaria sia dell'Utilizzatore che del Fornitore.

Infine, un altro autore³⁷³ considera assolutamente inapplicabile il disposto di cui all'art. 2560 c.c. al *leasing*. Posizione che pare suffragata anche dalla giurisprudenza³⁷⁴.

Dunque, appare alquanto unanime in dottrina così come in giurisprudenza l'inammissibilità del trasferimento dei debiti in capo all'Utilizzatore. Base normativa che si rinviene nella disciplina dell'usufrutto e dell'affitto d'azienda: l'affittuario e l'usufruttuario, data la natura temporanea del diritto da loro acquistato, non subentrano nel rapporto debitorio.

Una disciplina specifica concerne i debiti derivanti da rapporti di lavoro. L'art. 2112 c.c. opera in tutti i casi di trasferimento dell'azienda, dunque, si ritiene, anche in un'operazione di locazione finanziaria. Società di *Leasing* e Utilizzatore riscattante sono imperativamente obbligati in solido per i crediti che il prestatore di lavoro aveva al tempo del trasferimento dell'azienda in ragione del lavoro prestato. Si pongono allora i rischi già evidenziati a carico

³⁶⁹ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578 ss. Cfr. MARTORANO F., *op. cit.*, pag. 3 ss.

³⁷⁰ TRIGOGNA R., *op. cit.*, pag. 419 ss.

³⁷¹ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578 ss.

³⁷² BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 6 ss.

³⁷³ CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 160 ss.

³⁷⁴ Cass. Civ. 3 luglio 1958 n. 2386.

sia dell'Utilizzatore che della Società di *Leasing* in caso di insolvenza, rispettivamente, dell'uno o dell'altro soggetto³⁷⁵.

Ebbene, non può che concordarsi con quanto affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Tuttavia, analizzando gli interessi e i ruoli dei vari soggetti intervenienti nell'operazione negoziale, si rileva quanto segue.

Innanzitutto, poiché trattasi di debiti afferenti all'azienda, dalla quale sono inscindibili, essi seguiranno le vicende di circolazione della stessa e di conseguenza i creditori aziendali faranno valere le loro pretese nei confronti del titolare dell'azienda e, quindi, per ciò che concerne i crediti anteriori al contratto di *leasing*, oltre che nei confronti del Fornitore, loro debitore originario, soltanto nei confronti della Società di *Leasing*, attuale proprietaria dell'azienda. Nessuna azione potrà essere esperita verso l'Utilizzatore, dato che lo stesso è titolare solo di un potere di godimento peraltro temporaneo.

Tuttavia, considerata la sua funzione di intermediazione, laddove la Società di *Leasing* si trovasse a pagare un debito anteriore alla stipulazione del contratto di cessione con il Fornitore, avrebbe, però, diritto ad essere tenuta indenne da quest'ultimo³⁷⁶. Ricorrerebbe, pertanto, una responsabilità solidale tra Fornitore e Società di *Leasing* verso i terzi e una responsabilità esclusiva del Fornitore, nei rapporti interni.

Nondimeno si rileva che l'esclusione di una qualche responsabilità dell'Utilizzatore è di difficile ammissibilità, posta la necessità di rinvenire un qualche soggetto responsabile di riferimento, soprattutto in relazione all'effettivo e attuale legame con l'azienda. Non è possibile slegare totalmente i debiti dall'attuale gestione aziendale.

La tipologia del diritto di cui è titolare (si ribadisce, diritto di godimento temporaneo), comporta che l'Utilizzatore, se costretto a pagare i debiti anteriori, avrebbe diritto ad essere tenuto indenne dalla Società di *Leasing*, quale diretta controparte contrattuale, che dovrebbe pertanto rispondere dei debiti inerenti all'azienda e alla sua precedente gestione. Ricorrerebbe una responsabilità solidale tra Utilizzatore e Società di *Leasing* verso i terzi e una responsabilità esclusiva della Società di *Leasing*, nei rapporti interni.

Ancora una volta sono evidenti i rischi e le gravosità a carico della Società di *Leasing* e valgono anche in questa ipotesi tutte le considerazioni fatte in precedenza.

³⁷⁵ Secondo alcuni autori, riguardo ai crediti dei lavoratori, in analogia a quanto accade alla scadenza del contratto di affitto di azienda, si potrebbe configurare una successione necessaria della Società di *Leasing* nei rapporti di lavoro in corso. Peraltro, il rischio è attenuato dalla circostanza che, proprio in forza del subingresso nel contratto di *leasing*, spetterà al Garante dell'operazione fare fronte ai predetti debiti. In tal senso TROISI B., ordinario di diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari. Nella stessa ottica, secondo un orientamento della Cassazione, la fattispecie del trasferimento d'azienda regolata dall'art. 2112 c.c. ricorre anche nell'ipotesi di restituzione dell'azienda dall'affittuario al suo Concedente, purché quest'ultimo utilizzi i beni in funzione dell'attività di cui gli stessi sono strumento. Sempre secondo la Cassazione, la disciplina prevista da detta norma trova applicazione, ove rimanga immutata l'organizzazione dei beni aziendali, con lo svolgimento della medesima attività, anche quando il Concedente, anziché proseguire direttamente l'attività già in precedenza esercitata dall'affittuario, sostituisca a questi senza soluzione di continuità un altro soggetto nella stessa posizione, configurandosi in tal caso un'indiretta utilizzazione del complesso aziendale da parte del Concedente a mezzo dell'affittuario. Si veda Cass. Civ. 7 luglio 1992 n. 8252.

³⁷⁶ Come già osservato, la fattispecie che si realizza in forza dell'art. 2560 c.c. è quella di un acollo interno *ex lege*; la Società di *Leasing* potrà chiedere al Fornitore - debitore originario il rimborso di quanto pagato.

Anche l'Utilizzatore si troverebbe in una posizione potenzialmente rischiosa. Laddove si riconosca una responsabilità solidale tra Utilizzatore e Società di *Leasing*, il rischio dell'insolvenza di quest'ultima ricade sull'Utilizzatore. I creditori aziendali potrebbero soddisfarsi per l'intero sull'Utilizzatore solidalmente obbligato, in applicazione della disciplina posta dall'art. 1292 c.c. Ulteriormente, l'Utilizzatore, data l'incapienza del patrimonio della Società di *Leasing*, non potrebbe essere tenuto indenne dal pagamento sostenuto.

Inoltre, ciò costituirebbe senz'altro per l'Utilizzatore un deterrente alla conclusione di contratti di *leasing* d'azienda, tanto più che lo stesso non è in grado di valutare preventivamente con esattezza l'effettiva opportunità economica dell'operazione, e tutti i rischi ad essa connessi.

Può comunque riconoscersi all'Utilizzatore la possibilità di avvalersi nei confronti della Società di *Leasing* delle azioni giudiziarie a tutela del complesso aziendale acquistato (garanzia per vizi, responsabilità per inadempimento ect.), oltre che di opporre ai creditori le eccezioni pertinenti alla legittimità di eventuali richieste avanzate dai creditori del soggetto alienante. L'Utilizzatore può anche tutelarsi preventivamente attraverso una fideiussione, prestata da un terzo, per obbligazioni future (il credito di regresso), o mediante una garanzia ipotecaria.

La Società di *Leasing*, in ogni caso, in qualità di proprietaria dell'azienda, rimane, pur se limitatamente, sempre responsabile per tutti i debiti aziendali, anche se a solo titolo di garante verso la massa di creditori.

È, altresì, vero che la Società di *Leasing* potrebbe prevedere un patto o una clausola di esclusione della propria responsabilità per i debiti pregressi ovvero una clausola o patto di esclusione della successione nei debiti *in toto*. Unico obbligato rimarrebbe quindi il Fornitore e, in caso di esercizio dell'opzione di acquisto, l'Utilizzatore, nuovo titolare dell'azienda, risulterebbe obbligato in solido con il primo, ma ciò solo in un secondo momento. La Società di *Leasing* ne resterebbe totalmente estranea, anche se con riguardo ai rapporti interni all'operazione di *leasing*.

Dunque, in caso di semplice godimento temporaneo dell'azienda, posta la facoltatività della cessione delle situazioni debitorie aziendali e stante la presumibile esclusione di una cessione degli stessi a favore della Società di *Leasing*, unico obbligato risulterebbe il Fornitore. Fornitore che, in qualità di accollato³⁷⁷, dovrà rimborsare le somme corrisposte ai creditori dall'Utilizzatore o dalla Società di *Leasing*.

Tale assunto non convince, però, più di tanto posto che in tal modo il Fornitore resterebbe sempre e comunque l'unico obbligato, senza potersi mai slegare totalmente dall'azienda ceduta, ciò mostrandosi in contrasto con la stessa logica di tutta l'operazione di cessione. Quale quindi la soluzione alternativa?

Una soluzione potrebbe essere rappresentata da una responsabilità diretta del patrimonio aziendale. Si potrebbe cioè stabilire che, siccome i debiti sono stati contratti per l'esercizio dell'azienda, il loro adempimento non potrà essere slegato dall'entità aziendale e pertanto sul medesimo complesso di beni sorge un vincolo di garanzia al soddisfacimento degli stessi. In

³⁷⁷ Si tratta di un accollo esterno cumulativo. Potrebbe essere ideato anche un semplice accollo interno.

forza di detto legame, sarà l'Utilizzatore, nella sua qualità soggetto che dispone materialmente dell'azienda, a doversi fare carico dei debiti in solido con il Fornitore che li ha contratti. Logicamente la presenza di debiti dovrà esser fatta oggetto di una piena e trasparente informativa all'Utilizzatore e il loro ammontare dovrà essere computato nella determinazione del canone periodico ovvero del prezzo di opzione o del maxicanone.

Altra soluzione alternativa potrebbe essere la costituzione di un patrimonio separato dall'azienda nella disponibilità della Società di *Leasing*, gestita però da una figura diversa e ulteriore, quale quella di un garante nei confronti della massa di creditori aziendali. Ciò però si mostra dispendioso per tutti i soggetti dell'operazione. Dovrebbero poi determinarsi i criteri e le modalità di costituzione e gestione del fondo, nonché i soggetti dell'operazione che dovrebbero essere tenuti al conferimento.

Un'altra soluzione, la quale sembrerebbe una tra le più corrette, sarebbe quella di una valorizzazione della figura del Garante dell'operazione, il quale sarà ritenuto responsabile per i debiti aziendali sia nelle more dell'esercizio dell'opzione d'acquisto sia successivamente nell'eventuale situazione di giacenza dell'azienda presso la Società di *Leasing*.

Infine, è sempre possibile la stipulazione da parte dell'Utilizzatore di una fideiussione³⁷⁸ con riferimento ai debiti aziendali, magari mediante una previsione di un obbligo a suo carico in tal senso. La fideiussione dovrà avere quale importo massimo garantito l'importo complessivo dei debiti aziendali anteriori al trasferimento.

Per quanto concerne i debiti contratti dall'Utilizzatore durante il periodo di *leasing*, si afferma che essi permangono in capo all'Utilizzatore, il quale risulta unico obbligato, e nessuna cessione avverrà nei confronti della Società di *Leasing*, per le considerazioni sopra svolte (aggravamento situazione patrimoniale azienda) e come confermato anche dalla previsione di un accollo del rischio d'azienda sull'Utilizzatore.

Stabilito ciò, ci si chiede se di tali debiti risponde solo l'Utilizzatore con il suo patrimonio personale o anche l'azienda. In particolare, i creditori potranno aggredire solo il patrimonio dell'Utilizzatore, o meglio dell'ex Utilizzatore, o anche l'azienda?

Al riguardo, ritengo che di tali debiti risponda l'Utilizzatore con il suo patrimonio personale, potendo al massimo prevedersi una responsabilità sussidiaria in capo al patrimonio aziendale, entro limiti convenuti.

Ci si interroga, ancora, su cosa accada nel caso in cui l'azienda divenga in perdita a seguito della gestione dell'Utilizzatore. Quale sarà la sorte dell'azienda in perdita? Potrà essere prevista una responsabilità in capo all'Utilizzatore e in che termini?

In tali ipotesi sarà difficile una successiva e nuova allocazione dell'azienda nel mercato. Sicuramente occorrerà valutare l'operato dell'Utilizzatore, le possibili cause dell'andamento

³⁷⁸ Un autore sostiene che gli unici debiti per i quali occorrerebbe garantirsi (magari con la previsione di un obbligo, a carico dell'Utilizzatore, di stipulare una polizza fideiussoria o altro) sono quelli che sfuggono sia alla regola della non trasmissibilità alla Società di *Leasing*, in quanto titolare dell'azienda, perché riguardanti la gestione della stessa ad opera dell'Utilizzatore (si tratta, per esempio, dei debiti nei confronti dei lavoratori), sia al meccanismo della cessione di azienda al Garante a scopo di garanzia. In tal senso TROISI B., ordinario di diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari.

aziendale in perdita e, se si ravvisa un comportamento colposo o doloso, sorgerà una responsabilità contrattuale dell'Utilizzatore, posta l'assunzione anche di un tale rischio.

Infine, si riscontra come nella prassi commerciale l'operazione di *leasing* d'azienda è altamente semplificata tanto che viene esclusa una successione nei debiti aziendali. Si conviene, infatti, che il Fornitore sarà responsabile per i debiti antecedenti al trasferimento, mentre l'Utilizzatore risponderà dei debiti sorti durante la sua gestione in *leasing* dell'azienda.

14 Segue Il divieto di concorrenza.

Dalla circolazione dell'azienda discende anche il divieto di concorrenza di cui all'art. 2557 c.c., il quale risulta parimenti oggetto di discussa applicazione.

Invero, alcuni autori³⁷⁹ affermano che tale divieto non grava per nulla in capo alla Società di *Leasing*, considerata la sua posizione di pura intermediazione. La Società di *Leasing* è un semplice "veicolo" per la circolazione del godimento dell'azienda e, pertanto, mancano i requisiti necessari per l'imposizione di un tale divieto: alcun interesse allo svolgimento dell'attività di cui all'azienda concessa in *leasing* si rinviene in capo alla stessa.

Un altro autore³⁸⁰, partendo dall'analisi della disciplina dell'affitto in materia di divieto di concorrenza, sostiene che il divieto in questione sarà applicato comunque anche alla Società di *Leasing*, nella sua qualità di titolare dell'azienda e quindi di concedente il godimento, sin dalla stipulazione del *leasing*. In particolare, si afferma che il divieto opera per tutta la durata del *leasing*, a prescindere dalla circostanza per cui l'Utilizzatore eserciti o non eserciti l'opzione di acquisto dell'azienda. In tale ultimo caso (esercizio dell'opzione), il divieto continua ad operare per i cinque anni successivi.

Un altro autore³⁸¹, invece, asserisce che il divieto di concorrenza operi in capo alla Società di *Leasing* nei limiti della cosiddetta concorrenza differenziale, ovvero nei limiti in cui la Società di *Leasing* impieghi conoscenze tecniche maturate nel tempo e attinenti alla gestione aziendale a vantaggio di un'impresa diversa da quella dalla quale sono state "estrapolate" (si pensi, ad esempio, a conoscenze gestionali carpite da un Utilizzatore uscente).

Un altro autore ancora³⁸² ritiene che il divieto di concorrenza operi solo nei confronti del Fornitore, quale unico possibile controinteressato all'esercizio dell'attività imprenditoriale, attinente all'azienda ceduta. Parimenti un divieto di concorrenza sorge in capo all'ex Utilizzatore o Utilizzatore uscente che non eserciti l'opzione di acquisto, a tutela degli Utilizzatori successivi.

L'autore, inoltre, distingue tra *leasing* infraquinquennale e *leasing* ultraquinquennale. Nel primo caso, non si pone alcun problema di applicazione, anzi il pacifico godimento è ampiamente garantito e nell'ipotesi di esercizio dell'opzione il termine è prorogato di altri cinque anni. Nel secondo caso, invece, si ritiene che il divieto di concorrenza operi per soli

³⁷⁹TRIGOGNA R., *op. cit.*, pag. 379 ss. Cfr. MARTORANO F., *op. cit.*

³⁸⁰ PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 578 ss.

³⁸¹ CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, *cit.*, pag. 160 ss.

³⁸² MARTORANO F., *op. cit.*

cinque anni, e se, successivamente, l'azienda subisce una diminuzione dell'avviamento a seguito di atti di concorrenza sleale del Fornitore, l'Utilizzatore è, per tale diminuzione, esente da responsabilità in sede di restituzione del complesso aziendale. In ogni caso l'Utilizzatore è tutelato mediante il rinvio alla buona fede.

In senso contrario si esprime un altro autore³⁸³, il quale sostiene che “*se il contratto si è protratto per più di cinque anni, allora l'avviamento si deve ritenere consolidato in capo all'utilizzatore e, pertanto, l'acquisto a titolo definitivo dell'azienda da parte di quest'ultimo (mediante esercizio dell'opzione al termine del rapporto) non può determinare l'estensione della protezione per l'ulteriore (ed ingiustificato) quinquennio dal trasferimento della proprietà*”.

Dunque, riassumendo, l'art. 2557 c.c. si applicherà senz'altro all'imprenditore titolare originario dell'azienda (Fornitore) sin dal momento in cui si verifica la cessione aziendale a favore della Società di *Leasing*, finalizzata alla concessione in godimento.

La natura di soggetto di mera intermediazione, proprio della Società di *Leasing*, depone per l'esclusione di un simile divieto nei suoi confronti.

Nessun dubbio ricorre con riferimento all'Utilizzatore nel momento in cui restituisce l'azienda, con finalità di tutela dei successivi Utilizzatori dell'azienda medesima ovvero del Fornitore, in caso di patto di riacquisto.

Ulteriormente, se neanche un minimo problema sorge per il *leasing* infraquinquennale, per quanto riguarda, invece, l'ipotesi di un *leasing* ultraquinquennale ci si interroga sul tipo di tutela che potrà essere garantita all'Utilizzatore.

Ebbene le soluzioni possono essere diverse.

È possibile la previsione di un divieto di concorrenza convenzionale³⁸⁴; si noti però che il disposto di cui all'art. 2557 c.c. prevede il termine di cinque anni come termine inderogabile sia *in peius* che *in melius*.

Potrebbe essere accordata all'Utilizzatore una tutela preventiva, quale l'inibitoria da determinate condotte, qualora sussistano indizi rilevanti di un pregiudizio per l'azienda, o posteriore, mediante risarcimento dei danni cagionati all'avviamento e alla clientela.

Infine, il tutto potrebbe essere configurato come assunzione pura e semplice del rischio d'impresa da parte dell'Utilizzatore.

La soluzione che appare più ammissibile è sicuramente quella che attribuisce all'Utilizzatore una tutela posteriore e privilegiata in termini di esonero da responsabilità ovvero di risarcimento del danno subito.

Si evidenzia, tuttavia, che, nella prassi commerciale, il divieto di concorrenza viene disciplinato dai soggetti dell'operazione mediante una semplice rinuncia espressa a far valere l'eventuale violazione, soprattutto allorquando tra Utilizzatore e Fornitore ricorre una

³⁸³ MARCHISIO E., *Circolazione dell'azienda, tutela dell'avviamento e divieto di concorrenza*, in *Rivista del Notariato*, 2011, 06, pag. 1367 ss.

³⁸⁴ In tal senso si è espresso un autore, il quale ha affermato che unico limite alla derogabilità del divieto sia costituito dall'esclusione per il cedente di esercitare qualsiasi attività professionale. Secondo P.A. le parti possono dare un contenuto più ampio al divieto rispetto a quanto previsto normativamente. BALDUCCI D., *La cessione d'azienda*, cit., pag. 360 ss. In senso conforme si veda MARCHISIO E., *op. cit.*, pag. 1367 ss.

qualche rapporto interno, diverso dal rapporto di *leasing* (per esempio, un rapporto associativo).

15 *Segue Le autorizzazioni amministrative.*

Le autorizzazioni, licenze e concessioni amministrative, posta la loro natura prettamente personale, sono intrasferibili, ma possono circolare mediante un accordo di voltura.

Il vincolo di accessorietà, che le lega all'azienda, comporta che la voltura debba avvenire prima a nome dell'acquirente dell'azienda, e pertanto della Società di *Leasing*, e soltanto dopo in capo all'affittuario, e quindi in capo all'Utilizzatore.

È prassi costante, inoltre, che, nei contratti d'affitto d'azienda, la mancata voltura in capo al titolare - concedente venga posta quale clausola risolutiva espressa; disciplina da ritenersi applicabile anche al *leasing* d'azienda.

16 *Le vicende del leasing d'azienda.*

Ora è necessario analizzare le vicende funzionali e/o patologiche del *leasing* d'azienda, con specifico riferimento all'inadempimento contrattuale dell'Utilizzatore.

Rinvio va fatto a tutta la disciplina in materia di *leasing*, la quale risulta applicabile anche qualora l'oggetto sia costituito da un'azienda³⁸⁵.

Devono, comunque, essere fatte alcune precisazioni.

In primo luogo, si deve verificare se risulta applicabile anche al *leasing* d'azienda la distinzione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo. Distinzione che può essere effettuata solo alla luce della concreta valutazione dell'azienda.

Orbene, è pacifica la qualificazione del *leasing* d'azienda come *leasing* traslativo.

Invero, l'azienda conserva un valore proprio, intrinseco che generalmente va oltre la durata del *leasing*. Inoltre, la scelta circa l'esercizio dell'opzione di acquisto è sempre una libera autodeterminazione dell'Utilizzatore, derivante dalla sua strategia imprenditoriale e mai legata ad una questione di valore e funzionalità dell'azienda avuta in godimento. Anche qualora l'azienda si mostri in perdita a seguito dell'esercizio svolto dall'Utilizzatore, è presente un qualche valore economico: il complesso aziendale mantiene comunque sempre una qualche utilità economica.

Si badi bene anche che l'azienda è un'entità in continuo mutamento, tanto da non potersi escludere in maniera assoluta la presenza di un qualche valore residuale oltre la "scadenza" del contratto di *leasing*.

Ciò nonostante, quanto alla disciplina, seppure si rende applicabile l'art. 1458 c.c., in conformità a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità sul *leasing* traslativo

³⁸⁵ Vedi *supra*.

tradizionale, si ritiene di dover prevedere un'applicazione congiunta sia dell'art. 1526 che dell'art. 1458 c.c.

Ebbene, tenuto conto dell'assetto d'interessi di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione, la risoluzione del contratto di *leasing* avrebbe effetti *ex nunc*, la Società di *Leasing* tratterrebbe presso di sé, a titolo di corrispettivo del godimento dell'azienda, i canoni riscossi sino a quel momento e l'Utilizzatore sarebbe tenuto al risarcimento del danno costituito dalla lesione dell'interesse negativo e positivo e concretizzantesi, più nello specifico, nella verifica di un maggior rischio d'investimento per la Società di *Leasing*.

Secondariamente, occorre esaminare nel dettaglio la tipologia di inadempimento dell'Utilizzatore, la quale si mostra di maggiore complessità rispetto al *leasing* tradizionale, in quanto comprende non solo il mancato pagamento dei canoni, ma altresì il mancato rispetto dei poteri/doveri e obblighi che discendono dall'azienda e dal suo godimento. Ogni volta che si analizza l'inadempimento dell'Utilizzatore dovranno, pertanto, tenersi in considerazione tutti i vari profili.

Tra le ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing* d'azienda possono annoverarsi, a titolo esemplificativo, il mancato rispetto degli obblighi di uso, custodia, manutenzione dell'azienda o di sue parti e/o componenti ovvero l'uso, custodia, manutenzione dell'azienda o di sue parti e/o componenti in modo negligente e difforme dalle istruzioni del Fornitore o della Società di *Leasing* oppure in violazione di norme di legge e/o regolamenti; il mancato pagamento del canone di *leasing*; il mancato pagamento di spese, imposte e tasse aziendali; la mancata tutela dei diritti della Società di *Leasing* sull'azienda o su sue parti e/o componenti; la mancanza di veridicità e/o inesattezza della situazione finanziaria, economica, patrimoniale, giuridica ed amministrativa dell'Utilizzatore, dichiarata sin dall'istruttoria preventiva e la mancata ottemperanza agli obblighi di informazione circa eventuali mutamenti della stessa; la mancata stipulazione delle polizze assicurative e/o della fideiussione o la mancata conservazione della validità e/o efficacia delle stesse, se già esistenti; la perdita del possesso dei requisiti necessari per il mantenimento dell'intestazione delle autorizzazioni e/o licenze relative all'azienda; la risoluzione di uno o più contratti di locazione finanziaria mobiliare, immobiliare e/o di finanziamento finalizzato all'attività aziendale o al contratto di *leasing*, funzionalmente collegati, se reputati di non scarsa importanza per l'intera operazione negoziale; la presenza di una forte passività dell'azienda per come gestita dall'Utilizzatore.

Frequente è la previsione di una clausola che disponga la risoluzione del contratto in caso di peggioramento della situazione finanziaria, economica o patrimoniale dell'Utilizzatore, tale da poter far ritenere altamente probabile una sua insolvenza nell'adempimento degli obblighi contrattuali convenuti.

Anche la mancata consegna dell'azienda al termine del contratto costituisce inadempimento contrattuale, a fronte del quale la Società di *Leasing* può recedere dal contratto; l'Utilizzatore dovrà persino corrispondere la somma di cui alla cessione d'azienda, aumentata degli interessi.

Infine, la risoluzione del contratto può essere richiesta se l'Utilizzatore muta stabilmente la destinazione economica dell'azienda, senza la previa comunicazione e assenso della Società

di *Leasing*, e, in generale, in caso di inadempimento di uno qualsiasi degli altri obblighi, se valutato di non scarsa importanza, come discende dalla disciplina generale (artt. 1454 ss. c.c.) o se previsto nel contratto mediante clausola risolutiva espressa.

Non sono ammissibili, invece, clausole che prevedano la risoluzione del contratto come conseguenza diretta del fallimento dell'Utilizzatore.

Ulteriormente, in caso di risoluzione anticipata, la Società di *Leasing* ha diritto di ottenere dall'Utilizzatore il pagamento dei canoni scaduti e rimasti insoluti, oltre il risarcimento dell'ulteriore maggior danno.

A tutela della Società di *Leasing* dal rischio di inadempimento dell'Utilizzatore, potrebbe ben essere prevista una polizza fideiussoria da stipularsi da parte dell'Utilizzatore e in favore della Società di *Leasing*.

Oggetto della polizza sono non solo i debiti aziendali, ma anche i canoni di *leasing* dovuti. L'importo massimo garantito, infatti, dovrà coprire sia il valore della cessione d'azienda, comprensiva di debiti aziendali, sia un congruo numero di ratei di *leasing* ed in particolare quelli la cui mancata corresponsione non è tollerata dalla Società di *Leasing*, bensì dà luogo a richiesta di risoluzione per inadempimento.

In ultimo, si puntualizza che l'inadempimento può essere anche del Fornitore. Ipotesi specifiche sono il mancato pagamento degli importi dovuti in relazione a rapporti aziendali pregressi e pendenti al momento della cessione; il mancato adempimento dell'obbligo di manlevare e tenere indenne la Società di *Leasing* o l'Utilizzatore da qualsiasi situazione aziendale afferente al periodo precedente la cessione.

17 *Leasing d'azienda e fallimento.*

Per quanto concerne gli effetti del fallimento di uno dei soggetti dell'operazione sul *leasing* d'azienda, si rinvia a quanto già esposto nella parte generale del presente lavoro³⁸⁶.

Doverosa si mostra qualche precisazione.

In primo luogo, in caso di fallimento del Fornitore, l'eventuale coinvolgimento della Società di *Leasing* nelle passività aziendali, posta la sua titolarità del diritto di proprietà dell'azienda, riguarderà i soli debiti risultanti dai libri contabili obbligatori, come discende dal disposto dell'art. 2560 c.c.; ciò solo nell'ipotesi in cui il patrimonio del fallito sia insufficiente a soddisfare i creditori aziendali³⁸⁷.

Tuttavia, la natura di mero intermediario della Società di *Leasing* comporterà il sorgere in capo all'Utilizzatore dell'obbligo di tenerla indenne anche da tali debiti.

³⁸⁶ Vedi *supra*.

³⁸⁷ Si segue, infatti, la disciplina generale. I creditori aziendali che vantino un credito, che sia antecedente alla cessione dell'azienda, si insinueranno nel passivo del fallimento del Fornitore. Se il fallimento soddisfa tutte le pretese creditorie non si pone alcun problema, in caso contrario ricorrerà la responsabilità della Società di *Leasing* e dell'Utilizzatore.

Il tutto potrà essere risolto mediante la previsione di un Garante dell'operazione, che, in caso di fallimento di uno dei soggetti dell'operazione (Società di *Leasing*, Utilizzatore, Fornitore), subentrerà nella titolarità dell'azienda e in tutte le situazioni giuridiche correlate.

Alcun problema sorge se si ritiene, come accade nella prassi, che il *leasing* non comporti il trasferimento anche dei debiti contratti durante la gestione aziendale operata dal Fornitore, il quale rimarrà unico responsabile. In tal caso, infatti, il fallimento del Fornitore non avrà nessuna ripercussione sull'operazione negoziale, potendo i creditori esercitare le proprie pretese unicamente nei confronti di tale soggetto.

In secondo luogo, quanto alla disciplina applicabile, a mio avviso, l'art. 72 *quater* L. Fall. deve essere coordinato con l'art. 79 L. Fall., in materia di contratto di affitto d'azienda.

Ebbene, nel caso di *leasing* d'azienda, il fallimento non è causa di scioglimento del contratto, come discende dalla disciplina generale, e in ogni caso è fatta salva la possibilità per le parti (sia alla curatela che alle altre parti non in fallimento – a seconda dei casi, Utilizzatore, Società di *Leasing*, Fornitore, Garante dell'operazione-) di recedere dal contratto, corrispondendo un equo indennizzo alla controparte³⁸⁸.

18 Il regime del leasing d'azienda al decorrere del termine finale di efficacia.

Analizzata la disciplina esecutiva del contratto di *leasing* d'azienda, occorre, ora, considerare il profilo conclusivo dell'operazione negoziale.

Orbene, decorso il termine finale, il *leasing* o si scioglie o si trasforma in una vendita d'azienda mediante esercizio dell'opzione d'acquisto da parte dell'Utilizzatore.

Nella prima ipotesi, l'Utilizzatore diviene proprietario dell'azienda e si verifica un pieno trasferimento ai sensi degli artt. 2556 ss. c.c.

Se, invece, l'opzione d'acquisto non viene esercitata, il *leasing* volge a termine, l'azienda deve essere restituita alla Società di *Leasing* ovvero al terzo subentrante.

Nel primo caso, si avrà una retrocessione, nel secondo caso, invece, una cessione ordinaria quale quella avvenuta in capo all'Utilizzatore, inizialmente (contratto di *leasing*) o a seguito di opzione d'acquisto (vendita).

Le modalità di definizione del rapporto dipendono comunque dalle pattuizioni raggiunte dalle parti.

Si procede, pertanto, ad esaminare nel dettaglio tali prospettive a partire dall'ipotesi della retrocessione in capo alla Società di *Leasing* senza alcuna previsione delle parti in merito al futuro regime dell'azienda.

³⁸⁸ L'indennizzo può essere determinato sull'accordo delle parti oppure dal giudice, nell'equo contemperamento di tutti gli interessi. L'indennizzo dovuto alla curatela è determinato ai sensi e nei modi di cui all'art. 111 n. 1 L. Fall.

19 *La retrocessione: struttura.*

Aspetto importante della complessa operazione di *leasing* d'azienda è rappresentato dalla retrocessione dell'azienda al termine del contratto di *leasing*.

Innanzitutto, occorre mettere in evidenza la sua eventualità, giacché l'Utilizzatore potrebbe esercitare l'opzione di acquisto o richiedere il rinnovo del *leasing*, mediante rinegoziazione delle condizioni contrattuali, non rendendosi necessaria alcuna retrocessione, ovvero l'azienda potrebbe essere ceduta a terzi (nuovo Utilizzatore, Garante dell'operazione, terzo acquirente).

In secondo luogo, sotto il profilo della natura giuridica, si può affermare trattarsi di un negozio giuridico di adempimento di un obbligo sorgente a seguito del contratto di *leasing* e in particolare dell'obbligo di restituzione dell'azienda al termine del contratto.

Analizzando più da vicino la struttura, la retrocessione può manifestarsi sia come negozio unilaterale recettizio, in cui rileva unicamente la volontà dell'Utilizzatore, sia come negozio bilaterale intercorrente tra Utilizzatore e Società di *Leasing*. Si specifica che la bilateralità si rende necessaria qualora la retrocessione comprenda anche il subingresso della Società di *Leasing* nelle nuove situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, costituite dall'Utilizzatore.

Oggetto sarà in ogni caso l'azienda, così come risultante dalla gestione svolta dall'Utilizzatore, previa eventuale reintegrazione, monetaria o in natura, in base ad un giudizio di comparazione con lo *status* aziendale al momento della concessione del *leasing* e avuto riguardo all'avviamento.

La causa è quella di adempimento di un obbligo (negozio esecutivo o di attuazione), nascente dallo stesso contratto di *leasing*.

La forma, in forza del principio della simmetria, da applicarsi rispetto al contratto di *leasing* d'azienda, è quella scritta *ad probationem* e, come discende dall'art. 2556 c.c., si rende necessaria altresì l'iscrizione nel Registro delle imprese.

Si ritiene, tuttavia, sia sufficiente una semplice annotazione a margine del contratto di *leasing*. L'iscrizione sarà sempre necessaria nelle ipotesi di un mutamento considerevole del complesso aziendale tale da rendere l'azienda talmente diversa da quella inizialmente concessa in godimento.

20 *Segue La retrocessione: effetti.*

Per quanto concerne il piano degli effetti, si può affermare che effetto principale della retrocessione è rappresentato dal ritrasferimento in capo alla Società di *Leasing* del possesso e detenzione del complesso aziendale.

Quanto all'oggetto specifico del trasferimento si rinvia a quanto già affermato in ambito di successione di contratti, debiti e crediti³⁸⁹.

Conseguenza ulteriore e diretta della retrocessione è poi costituita dalla verifica e valutazione dell'attuazione delle necessarie reintegrazioni del compendio aziendale. Infatti, in ossequio alla disciplina dell'affitto d'azienda, è onere oltre che dovere dell'Utilizzatore verificare la consistenza finale del compendio aziendale e provvedere alle necessarie reintegrazioni, nell'ottica secondo la quale l'azienda deve essere restituita nel rispetto della sua destinazione e consistenza iniziale.

Orbene, cessato il rapporto, l'Utilizzatore deve procedere alla redazione dell'inventario dei beni sussistenti nell'azienda al momento della sua conclusione, e, previa comparazione con l'inventario stilato al momento della costituzione del rapporto di godimento, provvedere alle relative reintegrazioni e conguagli.

Tuttavia, si rileva come parte della dottrina³⁹⁰ ha sottolineato l'incompatibilità della reintegrazione del patrimonio aziendale, mediante conguaglio in denaro, in caso di differenze tra inconsistenze d'inventario all'inizio e al termine del *leasing*, da una parte, e la connotazione finanziaria della causa del contratto di *leasing* d'azienda, dall'altra parte. L'intermediario-Concedente (Società di *Leasing*), si afferma, effettua l'ammortamento finanziario del prezzo anticipato per l'acquisto dell'azienda dal Fornitore mediante la riscossione dei canoni periodici di *leasing*. Nel caso in cui l'Utilizzatore, alla scadenza del contratto, scelga di non esercitare il diritto di opzione, la Società di *Leasing* ha interesse alla restituzione del complesso o del ramo aziendale locato nella sua integrità, nello stato cioè in cui era all'inizio del contratto. Integrità materiale e non di solo valore. Dovrebbe, allora, conseguentemente escludersi la possibilità per l'Utilizzatore di effettuare e dedurre gli ammortamenti sui beni aziendali oggetto del contratto di locazione finanziaria³⁹¹. La reintegrazione, se necessaria, potrà avvenire solo in natura.

A tal riguardo si rende, inoltre, necessario valutare cosa accade se l'azienda restituita si presenti depauperata e, in particolare, ci si interroga se sorge una qualche responsabilità in capo all'Utilizzatore.

A prima vista, potrebbe semplicemente risponderci che la problematica è ampiamente risolta con il sistema delle reintegrazioni, come mutuato dalla disciplina dell'usufrutto e dell'affitto di azienda.

Tuttavia, bisogna precisare che, qualora il depauperamento del complesso aziendale sia la conseguenza di un uso improprio o negligente dell'azienda, sorgerà in capo all'Utilizzatore

³⁸⁹ Vedi *supra*. Secondo un autore dovrebbe applicarsi la disciplina dettata in materia di affitto d'azienda e non quella della cessione d'azienda. TROISI B., ordinario di diritto civile presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Cagliari.

³⁹⁰ Vedi BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 8.

³⁹¹ Come rileva l'autore, sotto il profilo fiscale, ai sensi dell'art. 14 D.P.R. n. 42/1998, la deducibilità degli ammortamenti in capo all'affittuario, e quindi, nell'ambito di un contratto di *leasing* d'azienda, in capo all'Utilizzatore, è consentita solamente se viene applicata la disposizione di cui all'art. 2561 c.c. (dato il suo carattere di norma derogabile) relativa all'obbligo di conservazione dell'efficienza dei beni ammortizzabili. Vedi BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 8.

una responsabilità contrattuale (avuto come riferimento l'obbligo di mantenere costante l'avviamento e il dovere di rispettare il trend o regolamento aziendale stabilito dalla Società di *Leasing*). Responsabilità che seguirà comunque la disciplina ordinaria di cui agli artt. 1218 ss c.c.

Al riguardo, potrebbe anche prevedersi a favore della Società di *leasing* un'indennità per perdita di avviamento da corrispondersi a carico dell'Utilizzatore, costruita sulla falsariga di quanto previsto per la locazione commerciale all'art. 69 L. 392/1978.

Ulteriore problematica che sorge in sede di retrocessione attiene, poi, alla possibilità di riconoscere all'Utilizzatore un "compenso" per l'incremento apportato all'avviamento dell'azienda nel corso della sua gestione.

Dottrina e giurisprudenza hanno affrontato il problema in relazione al contratto di affitto d'azienda, ma ritengo che le conclusioni raggiunte possano essere riferite anche alla fattispecie del *leasing* d'azienda.

Infatti, la giurisprudenza³⁹² prevalente dà risposta negativa al problema: l'avviamento non può essere concepito distintamente dall'azienda, e pertanto esso alla scadenza del contratto rientrerebbe nel patrimonio del Concedente (Società di *Leasing*), senza comportare la corresponsione di alcuna somma di denaro all'Utilizzatore.

La dottrina dominante³⁹³, invece, si è espressa in senso contrario, ritenendo che l'Utilizzatore, che con la sua gestione abbia apportato un incremento all'avviamento dell'azienda, ha diritto ad un'indennità separata corrispondente ai miglioramenti (ossia all'incremento) apportati.

Inoltre, se si ritiene applicabile in via analogica il disposto di cui all'art. 985 c.c., l'Utilizzatore, al pari dell'usufruttuario, ha diritto ad un'indennità per i miglioramenti apportati all'azienda, nella misura della minor somma tra la spesa sostenuta e l'aumento di valore conseguito.

Nessun compenso o indennità, invece, potrà essere corrisposto all'Utilizzatore se si applica la disciplina della locazione o della vendita. Anzi, in tale ipotesi potrebbe esclusivamente essere attribuito, come avviene nella prassi commerciale, un solo potere di ritenzione dei beni e attrezzature immessi nell'azienda, con il limite del mantenimento costante dell'avviamento. La ritenzione dei beni non potrà essere attuata qualora ciò incida, diminuendolo, sull'avviamento.

L'esclusione di un compenso, infine, trova, a mio avviso, la sua giustificazione anche nel complesso assetto di interessi, nella causa di finanziamento e nelle modalità di allocazione dei vari rischi, sottesi all'operazione negoziale di *leasing* d'azienda.

³⁹² Secondo una parte della giurisprudenza, l'avviamento non deve essere considerato neppure se valutabile economicamente, ferma restando comunque la possibilità per le parti di accordarsi diversamente in contratto e prevedere ad esempio, appunto, un compenso per l'affittuario che abbia incrementato l'azienda con la sua gestione. Su tutte, v. Cass. Civ. 12 giugno 1995 n. 6591, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, 1193.

³⁹³ La dottrina dominante "è orientata a riconoscere all'affittuario un diritto al compenso per l'incremento di valore dell'avviamento, ma è indennizzabile soltanto il maggior avviamento ricollegabile all'opera o alle spese dell'affittuario, con esclusione di quello derivante da circostanze esterne". Così BALDUCCI D., *L'affitto d'azienda*, cit., pag. 179. Cfr. ID., *Formulario di tutti i contratti pubblici e privati*, Edizioni FAG, Milano, 2007, pag. 54.

Ad ogni modo, si rileva che, di solito, nella prassi commerciale, qualora l'azienda venga venduta o riutilizzata, la differenza tra il ricavo ottenuto dalla vendita o riutilizzo rispetto alla completa esecuzione del *leasing*, se positivo sarà dovuta all'Utilizzatore. Unica ipotesi di indennità o compenso all'Utilizzatore. Anzi è lo stesso Utilizzatore, a seconda dei casi, a dover corrispondere un *surplus* alla Società di *Leasing*. Infatti, se la suddetta differenza risulta di segno negativo sarà pretesa dalla Società di *Leasing* all'Utilizzatore.

21 Segue. L'immissione del possesso e lo status dell'azienda nelle more tra la retrocessione e il nuovo contratto di leasing. Rinvio.

Effetto diretto della retrocessione è comunque rappresentato dall'immissione della Società di *Leasing* nel possesso dell'azienda. L'azienda viene dismessa dall'Utilizzatore e trasferita alla Società di *Leasing*, la quale provvederà ad immetterla di nuovo nel mercato.

Se l'azienda viene tempestivamente riallocata nel mercato non si pongono problemi di alcun genere in quanto ricorre comunque una certa continuità nella gestione ed utilizzo della stessa. Non ricorre nessuna situazione di stallo e, se si propende per la codificazione di un regolamento d'uso dell'azienda, non si pone nemmeno il problema di una continuità gestionale da parte del susseguirsi dei vari Utilizzatori, soprattutto sotto il profilo dell'affidamento dei terzi. In questo modo, infatti, la gestione dell'azienda diviene una problematica squisitamente interna, presentandosi l'azienda, all'esterno, immutata quanto a servizi e utili derivanti in capo ai terzi.

Addirittura, in tal caso e qualora il terzo Utilizzatore sia stato già determinato e individuato, la retrocessione avrà natura prettamente formale, dovendosi procedere ad una cessione diretta tra Utilizzatori ovvero prevedendosi un subingresso nel precedente rapporto di *leasing*.

Qualora, invece, il terzo acquisti l'azienda il trasferimento avrà luogo nei confronti della Società di *Leasing*, unica proprietaria, ma potrà sempre prevedersi una consegna materiale dell'azienda direttamente da parte dell'Utilizzatore.

Più problematica si mostra, invece, l'ipotesi in cui la Società di *Leasing* non collochi tempestivamente l'azienda nel mercato e quindi la stessa si trovi a subire una situazione, per così dire, di stallo. Questione che sorge non tanto con riferimento al compendio mobiliare e immobiliare di cui si costituisce, ma riguardo ai rapporti giuridici pendenti (contratti, debiti, crediti, rapporti di lavoro), senza contare che una tale situazione di inerzia rappresenta sicuramente fonte di effetti negativi per l'avviamento e la clientela.

Difatti, la Società di *Leasing* è, sì, proprietaria dell'azienda, ma svolge un'attività di mera intermediazione. Essa non ha alcun potere gestionale né tanto meno un interesse all'uso e godimento dell'azienda al fine di svolgere un'attività imprenditoriale. Il suo diritto di proprietà è puramente formale. Anche il precedente imprenditore titolare non ha più alcun interesse gestionale, neanche per conto di terzi, né un tale interesse può ravvisarsi in capo all'Utilizzatore uscente.

Si palesa, quindi, l'esigenza di trovare una qualche soluzione al problema, da una parte, di allocazione del rischio d'investimento e, dall'altra parte, di tutela e salvaguardia di un'entità complessa quale l'azienda.

Ulteriore questione attiene al regime giuridico che deve applicarsi all'azienda nel periodo di giacenza, qualora non si ritenga possibile o soddisfacente nessuna delle soluzioni prospettate. Al riguardo, potrebbe prospettarsi un regime di sospensione di tutti i rapporti giuridici pendenti, soprattutto a carattere periodico o in genere di durata, con previsione di una sorta di indennità o di compenso per i terzi coinvolti per il periodo di sospensione dei contratti e la conservazione dei relativi rapporti, pur se inattivi. Soluzione, questa, che si mostra però alquanto discutibile e dispendiosa, oltre che priva di una qualche utilità pratica diretta per i soggetti dell'operazione, tanto che risulterebbe scarsamente applicata nella pratica degli affari.

Nessun problema sorge comunque con la previsione di un Garante dell'operazione o di curatore aziendale.

Per la soluzione di tutti questi aspetti, si rinvia, per completezza, a quanto già affermato in merito alla configurabilità concreta dell'operazione di *leasing* d'azienda e a quanto si dirà nel proseguo.

22 Leasing d'azienda e tutela dell'operazione negoziale: la figura del Garante dell'operazione.

L'operazione negoziale del *leasing* d'azienda può essere facilitata e resa effettivamente praticabile mediante la previsione della figura del Garante, che consentirebbe una riduzione dei rischi e dei profili di incertezza, come prima analizzati, costituendo così un importante incentivo alla conclusione del contratto sia per la Società di *Leasing* che per l'Utilizzatore. L'azienda verrebbe gestita con continuità, senza alcun periodo di giacenza presso la Società di *Leasing*, e si eviterebbe anche la decadenza dei beni immateriali a seguito di non uso.

L'intervento del Garante nel *leasing* d'azienda comporta, infatti, la prospettazione di un'operazione negoziale che, sebbene strutturalmente più complessa del *leasing* ordinario, consente un profilo esecutivo più snello e sicuro per tutti i soggetti intervenienti.

L'operazione negoziale troverà la sua fonte in un collegamento contrattuale triplo: contratto di cessione d'azienda, contratto di *leasing* e contratto di subentro e riacquisto da parte del Garante dell'operazione o, in alternativa a quest'ultimo, contratto di riacquisto da parte dell'imprenditore cedente (Fornitore).

Stretto collegamento funzionale che si manifesta, oltre che nella partecipazione e consenso di tutti i soggetti a tale vicenda, in una dipendenza, quanto all'efficacia, dell'un rapporto rispetto all'altro.

Difatti, tutte le parti devono esprimere, sin dalla stipulazione del contratto di *leasing*, il loro consenso alla previsione di tale nuova figura di garanzia³⁹⁴.

Inoltre, tutti i soggetti, compreso il Garante, e, in qualche operazione, anche l'imprenditore cedente (Fornitore), dovranno partecipare alle operazioni aziendali. In particolare, il Garante deve partecipare in maniera diretta alle vicende dell'azienda sin dalla loro costituzione ed è necessario che lo stesso manifesti il suo consenso in relazione ad ogni singola operazione o rapporto nel quale dovrà poi subentrare. Nondimeno, si precisa che se per quelle più importanti è richiesto l'esplicito consenso alla singola vicenda aziendale, per le vicende minoritarie sarà sufficiente una costante informativa reciproca ed eventuali periodici incontri di discussione e rendiconto.

Infine, laddove vengano meno i contratti di cessione e di locazione finanziaria, verrà meno anche l'impegno del Garante, il quale è, in questo senso, funzionalmente dipendente dagli altri due contratti.

Ecco perché, e si reputa opportuno sottolinearlo, nei casi in cui è previsto l'intervento del Garante come quarto soggetto dell'operazione, il suo impegno al subentro o all'acquisto rappresenta uno dei presupposti cardine della struttura contrattuale, al pari del contratto di cessione d'azienda e del contratto di locazione finanziaria della stessa.

Le medesime considerazioni devono essere estese al patto di riacquisto del Fornitore.

Ciò premesso, concentrando l'attenzione sul Garante dell'operazione, occorre analizzare nel dettaglio le modalità di istituzione di tale figura e i poteri e le funzioni ad essa attribuiti.

La previsione del Garante viene, generalmente, convenuta contestualmente alla stipulazione del contratto di *leasing* e la sua persona (sia essa persona fisica o giuridica) può essere direttamente individuata sin da tale momento oppure le parti possono addivenire ad una contrattazione per persona da nominare.

In ogni caso, deve trattarsi di un soggetto di gradimento della Società di *Leasing* e avente capacità economiche, giuridiche, finanziarie idonee a garantire un'effettività e stabilità del subingresso. Al riguardo si reputa necessaria un'adeguata attività istruttoria preventiva, quale quella svolta sulla persona dell'Utilizzatore, sull'azienda e sull'intera operazione di *leasing* d'azienda.

Per di più, nella prassi si richiede, quale fonte di ulteriore garanzia, che tra il Garante e l'Utilizzatore intercorra un qualche rapporto associativo o un qualsivoglia vincolo. Criterio di scelta che assicura così l'effettività del ruolo di tale nuova figura all'interno dell'operazione di *leasing*.

Il suo intervento nel contratto si attua principalmente con il subingresso nel contratto di *leasing* e negli ulteriori contratti e rapporti aziendali nel frattempo stipulati e sorti, attraverso la cessione degli stessi da parte dell'Utilizzatore. Con un tale meccanismo il Garante succede nella complessiva titolarità delle situazioni economiche e giuridiche aziendali.

Presupposto del subingresso è costituito da una situazione di criticità, rappresentata dall'inadempimento dell'Utilizzatore, di qualsiasi tipo, dal fallimento dell'Utilizzatore, dal

³⁹⁴ Tutti i contratti collegati, di cui si costituisce la complessa operazione negoziale, sono sottoscritti da tutti i soggetti intervenienti.

mancato esercizio dell'opzione di acquisto e, in generale, da qualsiasi ipotesi di risoluzione del contratto di *leasing*³⁹⁵. Situazioni in cui la Società di *Leasing* subisce un rischio non indifferente dall'operazione economica e che proprio per questo non possono che essere analiticamente individuate in base alle concrete esigenze delle parti.

Il subingresso deve avvenire a prima richiesta della Società di *Leasing* e senza eccezioni di sorta ed ha luogo in maniera progressiva.

Il Garante, si ribadisce, partecipa ad ogni singola operazione aziendale sin dall'inizio, affiancando l'Utilizzatore nella gestione dell'azienda. In tal modo egli ha anche la disponibilità dell'azienda, seppur mediata dalla persona dell'Utilizzatore, tanto che il suo subingresso non rende necessaria nemmeno la consegna dell'azienda in sede di retrocessione.

Avvenuto il subentro, il Garante può continuare il godimento dell'azienda in regime di *leasing* oppure può risolvere il contratto di *leasing* e stipulare un nuovo contratto di locazione finanziaria o, in alternativa, acquistare l'azienda stessa. Ciò, logicamente, allorquando il suo intervento avvenga nelle more del contratto di *leasing*, ovvero quando questo è ancora efficace. Invero, se il contratto di *leasing* è giunto a termine, non si pone alcuna necessità di procedere ad una risoluzione del medesimo, semplicemente l'azienda viene trasferita al Garante che deciderà di acquistarla o di gestirla, ancora una volta, in *leasing*.

Più precisamente, il Garante, al pari dell'Utilizzatore, è titolare di un'obbligazione alternativa e vanta, per di più, un doppio diritto di opzione: (1) un'opzione di acquisto dell'azienda, con o senza estinzione anticipata del contratto di *leasing*; (2) un'opzione di subentro nel contratto di *leasing*.

Nel dettaglio, il Garante, nei casi di criticità, subentra, senza soluzione di continuità, in tutti i contratti (*leasing* d'azienda, *leasing* mobiliari e finanziamenti), acquisendo tutte le obbligazioni residue facenti capo all'Utilizzatore; può stipulare nuovi contratti di *leasing* d'azienda, *leasing* mobiliare e finanziamenti; può acquistare l'azienda, i beni mobili ed estinguere i finanziamenti ad un prezzo pari ad eventuali canoni a scadere, interessi, oltre a quanto necessario per tenere la Società di *Leasing* indenne da tutte le conseguenze pregiudizievoli inerenti all'insorgenza di eventuali passività fiscali o ad oneri di altro genere. Inoltre, nel caso in cui sia stato stipulato un contratto di sublocazione da parte dell'Utilizzatore, tutti gli obblighi gravanti sul Garante si intenderanno riferiti non solo al contratto di *leasing*, ma anche al contratto di sublocazione. Ancora, il Garante si obbliga a risolvere eventuali contenziosi che dovessero insorgere con i dipendenti dell'azienda in seguito alla riconsegna dell'azienda stessa, espressamente obbligandosi a manlevare e tenere integralmente indenne la Società di *Leasing* da qualsivoglia richiesta o pretesa dei predetti dipendenti.

Inoltre, il Garante può individuare un altro soggetto, gradito dalla Società di *Leasing*, che subentri al suo posto. Si tutela, così, anche il soggetto Garante, che può escludere il suo subentro, ad esempio, laddove si verifichi una situazione particolarmente critica dell'Utilizzatore o dell'azienda, tale da non rendere più conveniente il suo intervento. Tutela ulteriore viene offerta anche alla Società di *Leasing*, la quale così verrebbe garantita contro un

³⁹⁵ Vedi *supra*.

eventuale inadempimento del Garante. Ecco che le parti potrebbero congeniare una clausola per il subentro e il riacquisto per sé o per persona da nominare o una clausola di recesso del Garante condizionata alla nomina di un altro soggetto con le stesse sue caratteristiche e la stessa o simile sua solidità economica.

Tuttavia, si rileva come nella prassi commerciale una tale evenienza è ammessa solo quando il subentro del Garante nel contratto di *leasing* avvenga *in itinere*. Il subentro di un terzo è ristretto al solo periodo residuale di efficacia del contratto di *leasing*. Difficilmente è ammissibile una totale sostituzione ed estraneazione del Garante dall'operazione negoziale, proprio per una tutela sicura ed effettiva della Società di *Leasing*.

Oltre a ciò, il Garante, per tutta la durata dell'operazione, ha significativi poteri istruttori e di controllo sulla gestione dell'azienda e sull'andamento della vicenda azienda e negoziale in generale.

Innanzitutto, il Garante ha un potere di controllo (una sorta di vigilanza sia informativa che ispettiva) sull'andamento gestionale dell'azienda da parte dell'Utilizzatore, svolgendo in tal senso anche una funzione di maggior responsabilizzazione di quest'ultimo. L'Utilizzatore in quanto sottoposto al diretto controllo sia del Garante che della Società di *Leasing* sarà indotto all'uso di una maggior diligenza nella gestione dell'azienda e nell'adempimento del contratto di *leasing*.

Il potere di controllo del Garante si esplicherà in verifiche periodiche accompagnate da relazioni formali che verranno inviate alla Società di *Leasing* e sulle quali potrà essere prevista un'azione di responsabilità o disciplinare preventiva circa eventuali danni, rischi e/o inadempienze dell'Utilizzatore, così come eventuali concreti accorgimenti per una migliore gestione aziendale.

Il Garante, peraltro, quale presupposto del potere di controllo della Società di *Leasing*, ha un potere di informativa verso la Società di *Leasing* circa tutte le vicende dell'operazione negoziale e della gestione aziendale³⁹⁶.

Ulteriormente, al Garante sono riconosciuti poteri di conservazione dell'azienda e poteri di sostituzione in caso di inerzia dell'Utilizzatore, che si giustificano nella tutela della situazione giuridica di aspettativa facente capo allo stesso.

Infine, è possibile per il Garante far valere le eccezioni spettanti alla Società di *Leasing* nei confronti dell'Utilizzatore, previo consenso espresso di questa e con il limite di quelle riguardanti l'uso dell'azienda. Le azioni fondate sul rapporto di *leasing* spetteranno esclusivamente alla Società di *Leasing* (si pensi, ad esempio, all'azione afferente al mancato pagamento dei canoni).

È manifesta, quindi, la centralità di una tale nuova figura.

Un ultimo aspetto che occorre analizzare concerne il fallimento del Garante e i suoi effetti sull'operazione negoziale in questione.

Il fallimento del Garante dell'operazione, se successivo al subentro e all'acquisto dell'azienda, non comporta alcuna conseguenza pregiudizievole per la Società di *Leasing*,

³⁹⁶ Senza un'adeguata informativa la Società di *Leasing* non potrebbe esercitare adeguatamente il suo potere di controllo sull'Utilizzatore.

neanche, come discende dalla disciplina generale³⁹⁷, in termini di revoca dell'atto. L'azienda è entrata a far parte del patrimonio del Garante fallito e seguirà le vicende fallimentari al pari di qualsiasi altra situazione giuridica dello stesso. Nessun legame intercorre più con la Società di *Leasing*.

Se, invece, il subentro e l'acquisto non sono ancora avvenuti, la Società di *Leasing* vedrà vanificata la sua garanzia, e dovrà augurarsi che l'Utilizzatore sia adempiente. In previsione di tale ultima ipotesi, comunque, sarà opportuno convenire, al momento della stipulazione del contratto di *leasing* e di quello di subingresso e riacquisto, una polizza fideiussoria o assicurativa o una qualche altra forma di garanzia, anche atipica.

La cessione a scopo di garanzia a favore del Garante, in ultimo, non può essere oggetto di revocatoria posto che la stessa viene stipulata in adempimento di un obbligo contrattuale preesistente.

Ad ogni buon conto, si precisa che la garanzia offerta da tale soggetto è solo eventuale, pertanto qualora non sia prevista o qualora la stessa non trovi riscontro effettivo per mancanza dei presupposti, prima evidenziati, la Società di *Leasing* potrà sempre far ricorso alle altre garanzie contrattualmente stabilite (fideiussione, assicurazione, clausola penale)³⁹⁸ o agli ordinari mezzi di tutela previsti nei confronti dell'Utilizzatore o dell'imprenditore cedente (Fornitore).

23 Segue La natura giuridica della figura del Garante dell'operazione.

Sotto il profilo della configurazione giuridica dell'intervento del Garante, si può affermare quanto segue.

In primo luogo, può essere previsto nel contratto di *leasing* un obbligo o un'opzione di subentro a favore del Garante dell'operazione.

Si evidenzia, però, il carattere aleatorio di tale previsione: il Garante potrebbe non adempiere all'obbligo di subentro o non esercitare l'opzione e l'operazione negoziale non verrebbe così più garantita dal rischio d'investimento, che dovrebbe, di conseguenza, essere accollato dalla Società di *Leasing*. L'inadempimento del Garante condurrebbe solo ad un risarcimento del danno per equivalente in quanto la natura incoercibile dell'obbligo esclude una tutela in forma specifica.

In secondo luogo, l'intervento del Garante potrebbe essere congeniato come un contratto preliminare unilaterale sottoposto alla condizione sospensiva del mancato esercizio dell'opzione di acquisto da parte dell'Utilizzatore o al verificarsi delle altre situazioni di criticità³⁹⁹.

³⁹⁷ Vedi *supra*.

³⁹⁸ Se si accoglie la previsione della figura del Garante, assicurazione e fideiussione sono, da questa, assorbiti.

³⁹⁹ Si veda al riguardo la sentenza della Cass. Civ. 7 ottobre 1999 n. 8771.

In tale ipotesi, qualora il Garante non adempia, la Società di *Leasing* e l'intera operazione negoziale sarà ulteriormente tutelata dalla possibilità di agire contro il Garante per l'esecuzione forzata dell'obbligo di concludere il contratto, ai sensi dell'art. 2932 c.c.

Ulteriormente, l'impegno al subentro potrebbe essere strutturato quale contratto unilaterale ai sensi dell'art. 1333 c.c. Il Garante si impegna con una proposta irrevocabile al subentro nella complessità del rapporto aziendale.

Infine, potrebbe essere previsto l'automatico subentro del Garante nel contratto di *leasing* (senza cioè previa risoluzione dello stesso) e il riacquisto dell'azienda.

Trattasi della forma più efficace di garanzia, in quanto, in questo modo, si limitano in modo significativo i rischi dell'operazione, che sarebbero quasi interamente riversati sul Garante. Qualsiasi cosa accada il Garante subentra nel contratto di *leasing* e nella gestione aziendale.

In ogni caso, si precisa che qualunque sia la forma utilizzata, l'impegno al subentro e all'acquisto realizza una garanzia accessoria atipica, seppur simile, per certi versi, alla fideiussione⁴⁰⁰, al contratto autonomo di garanzia⁴⁰¹ e alla cessione a scopo di garanzia⁴⁰².

Il Garante, subentrando nel contratto, garantisce non solo l'adempimento, ma si assume il debito (da intendersi comprensivo di tutte le situazioni giuridiche aziendali passive e attive) dell'Utilizzatore con tutte le relative situazioni che ne derivano, come accade nell'accollo esterno: il Garante accollante assume il debito dell'Utilizzatore accollato, e la Società di *Leasing*, creditore accollatario, acquista il diritto nei confronti del nuovo debitore, vedendosi maggiormente tutelata rispetto ad una semplice garanzia fideiussoria, soprattutto qualora l'accollo non sia liberatorio e novativo.

La garanzia è accessoria rispetto all'obbligazione e alla complessa situazione negoziale dell'Utilizzatore, in quanto da questa dipendente, e il suo ammontare è determinato *de relato*. L'importo massimo garantito dal Garante dell'operazione corrisponde al costo complessivo dell'operazione, aumentato della remunerazione del capitale investito; parametri di riferimento che non consentono una determinazione aprioristica dell'effettiva garanzia, vista la mutevolezza della realtà aziendale.

⁴⁰⁰ Una tale previsione non integra una fideiussione per obbligazioni future, pur presentando alcuni aspetti di vicinanza ad essa (accessorietà e dipendenza da un'obbligazione principale, garanzia di un'obbligazione altrui presente o futura). Il Garante presta la sua garanzia all'atto della stipulazione del contratto di locazione finanziaria d'azienda e in vista anche di eventuali futuri contratti stipulati nella gestione dell'azienda, e quindi non ancora esistenti all'atto della prestazione della garanzia. Il Garante non si limita a garantire, al pari di un semplice fideiussore, un'obbligazione altrui, ma si impegna a subentrare nella titolarità di una posizione contrattuale complessa, nell'ambito di quella che risulta essere una cessione del contratto a scopo di garanzia. Oltretutto posto che l'importo garantito non è determinabile a priori, una fideiussione non sarebbe comunque ipotizzabile. L'azienda è una realtà mutevole, indeterminabile.

⁴⁰¹ La garanzia opera a prima richiesta e senza eccezioni di sorta ed è volta a tenere indenne il creditore dai rischi dell'inadempimento del debitore, al pari di quanto avviene nell'ipotesi di subentro del Garante.

⁴⁰² La cessione o alienazione a scopo di garanzia ha effetto traslativo di situazioni giuridiche, ha efficacia *erga omnes* e, come indica il suo stesso nome, ha scopo di garanzia. Caratteri, questi, che si rinvengono nella previsione del subentro del Garante.

Si rileva però che la costruzione dell'intervento del Garante, così come prospettata, è incompleta. Il Garante non s'impegna solo al subentro, ma assume all'interno dell'operazione negoziale tutta una serie di altri obblighi e funzioni.

Si ritiene, pertanto, che la forma più idonea sarebbe quella di una lettera di *patronage* con annessa garanzia atipica⁴⁰³. In questo modo il Garante non solo fornisce delle credenziali o raccomandazioni sulla figura dell'Utilizzatore (fonte ulteriore di garanzia e rilevante ai fini dell'istruttoria preventiva su tutta l'operazione negoziale), ma assume, nella forma di cui all'art. 1333 c.c., tutta quella serie di obblighi di controllo della gestione aziendale operata dall'Utilizzatore e di informazione della Società di *Leasing* finanche la garanzia dell'adempimento delle obbligazioni e l'impegno al subentro e all'acquisto dell'azienda (impegno al subentro che avverrà automaticamente).

Ciò, logicamente, potrà essere attuato, se, come avviene di frequente nella prassi commerciale, Garante e Utilizzatore sono legati da un qualche rapporto associativo o di gruppo e se l'Utilizzatore è proposto alla Società di *Leasing* dal Garante (sia esso terzo o anche proprietario dell'azienda). In caso contrario, i poteri di controllo e informazione potrebbero essere ricompresi all'interno della garanzia assunta da parte del Garante, sulla falsariga di quanto accade nel contratto autonomo di garanzia⁴⁰⁴.

24 Leasing d'azienda, alternanza gestionale dell'azienda e tutela dei terzi: la creazione di un regolamento di utilizzo dell'azienda.

Un'altra problematica attiene alla tutela dei terzi derivante dalla diversità e alternanza gestionale dei singoli Utilizzatori, qualora l'azienda venga fatta oggetto di una serie ripetuta e continua di contratti di *leasing*.

Invero, come appare l'azienda nei confronti dei terzi? Quale la tutela da eventuali inganni da continuo mutamento della gestione aziendale? La gestione dell'azienda da parte di vari Utilizzatori deve essere considerata in maniera continua oppure la si deve ritenere frazionata in riferimento a ciascun periodo di gestione individuale?

L'alternanza gestionale, la diversità di attività imprenditoriali svolte, le differenze anche di prodotti e servizi offerti non soltanto dal punto di vista tipologico, ma soprattutto qualitativo e quantitativo, comporta sicuramente un problema di tutela dei terzi che confidano nel vedere soddisfatte aspettative indotte dalle precedenti gestioni⁴⁰⁵. Terzi rappresentati sia

⁴⁰³ Per approfondimenti si veda GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, ESI, 2009, pag. 676.

⁴⁰⁴ Nel contratto autonomo di garanzia l'obbligazione del terzo è autonoma e diversa rispetto a quella del debitore, seppur alla stessa collegata. Del pari l'obbligazione di garanzia del Garante potrebbe essere prevista con un oggetto più ampio rispetto a quella dell'Utilizzatore, quale quello di controllo, informazione e sostituzione nella gestione aziendale.

⁴⁰⁵ Si precisa, tuttavia, che l'alternanza tra i vari utilizzatori non incide sul complesso aziendale, il quale mantiene comunque la sua autonomia e la sua integrità, dovendo essere considerato a sé stante rispetto ai singoli soggetti che subentrano nel godimento.

dall'utenza cliente dei beni e servizi, ovvero dai consumatori, sia dai soggetti operatori del sistema imprenditoriale (creditori, debitori, fornitori aziendali e altri contraenti).

Si rende, pertanto, necessaria un'armonizzazione delle varie gestioni e una considerazione unitaria delle stesse⁴⁰⁶, che, a mio avviso, può essere attuata sia mediante la predisposizione di un modello o regolamento di condotta e gestione aziendale sia attraverso l'adozione di una garanzia atipica.

Quanto a quest'ultima, si ritiene possa essere soddisfatta attraverso la previsione di un Garante dell'operazione con ampi poteri di controllo⁴⁰⁷.

Con riferimento alla prima, sarebbe ideale la previsione di un vincolo di destinazione dell'azienda di modo che i vari Utilizzatori dovranno usare l'azienda concessa in *leasing* per svolgere la stessa o simile attività imprenditoriale e produrre gli stessi o simili beni, evitando così una qualche forma di inganno o falso affidamento. Potrebbe, per esempio, prevedersi un determinato oggetto sociale, una determinata quantità e/o qualità e/o tipologia di beni e servizi da offrire nel mercato. Al riguardo si pensi alla valenza del marchio e/o della ditta nella loro funzione di segni identificativi di un determinato prodotto o attività imprenditoriale, sinonimo anche di qualità e di determinate caratteristiche dell'attività cui si riferiscono.

Il vincolo di destinazione potrebbe essere espresso attraverso un regolamento interno all'azienda o mediante un contratto normativo accessorio al contratto di *leasing* oppure attraverso un contratto di *leasing* standard con determinazione di precisi e dettagliati obblighi dell'Utilizzatore afferenti a quella particolare tipologia di azienda.

In ogni caso, il regolamento d'uso dell'azienda dovrà essere determinato in base alle caratteristiche peculiari del compendio aziendale e al pregresso utilizzo imprenditoriale esercitato da parte dell'imprenditore-Fornitore. Ecco allora che, ancora una volta, riveste massima importanza, nella pianificazione dell'operazione di *leasing* d'azienda, l'attività di istruttoria preventiva⁴⁰⁸.

Quanto sinora prospettato trova riscontro teorico, normativo e pratico.

In primo luogo, il regolamento d'uso dell'azienda si mostra essere il fondamento del dovere/obbligo dell'Utilizzatore di non cambiare il tipo di attività cui è destinata l'azienda, fintanto che non ne diventi proprietario. Tale sistema poi si mostra essere funzionale alla primaria necessità di mantenimento costante dell'avviamento.

In secondo luogo, è presente una base normativa di riferimento, rappresentata dal dettato di cui all'art. 23 della L. marchi, in cui si discorre di un obbligo di “[...] usare il marchio per contraddistinguere prodotti o servizi eguali a quelli corrispondenti messi in commercio o prestati nel territorio dello Stato con lo stesso marchio dal titolare o da altri licenziatari”; di “modo di utilizzazione del marchio, alla natura dei prodotti o servizi per i quali la licenza è concessa, al territorio in cui il marchio può essere usato o alla qualità dei prodotti fabbricati e dei servizi prestati dal licenziatario” e si stabilisce che “dal

⁴⁰⁶ L'azienda è unica e l'attività di gestione deve essere considerata unitaria senza soluzione di continuità tra i vari Utilizzatori subentranti.

⁴⁰⁷ Vedi *supra*.

⁴⁰⁸ Vedi *supra*.

trasferimento e dalla licenza del marchio non deve derivare inganno in quei caratteri dei prodotti o servizi che sono essenziali nell'apprezzamento del pubblico”.

Inoltre, una conferma, seppur indirettamente, viene data dalla dottrina⁴⁰⁹.

Riscontro pratico si rinviene, infine, nella prassi, adottata in altri ordinamenti⁴¹⁰, quali la Spagna, di inserire nel contratto di *leasing* precise clausole al riguardo.

25 I profili contabili e fiscali del leasing d'azienda.

Un profilo di rilevante importanza è rappresentato dagli aspetti contabili e fiscali dell'operazione del *leasing* d'azienda.

Tuttavia, la complessità della materia e la conseguente necessità di competenze tecniche specifiche rendono necessario il rinvio diretto sia alle fonti contabili e fiscali sia al contributo degli operatori del settore.

“Dal punto di vista contabile la disposizione che assume rilievo per la rappresentazione delle operazioni di leasing finanziario avente ad oggetto un'azienda (o un suo ramo) da parte dell'utilizzatore si identifica nell'art. 2427 c.c. nr.22). Dall'esame di tale disposto normativo si evidenzia una continuità di esposizione delle operazioni in oggetto secondo il metodo patrimoniale (che prevede la sola rilevazione in conto economico dei canoni leasing di competenza e dei canoni da pagare nei conti d'ordine tra gli impegni). La novella normativa (apportata dal D.Lgs. n. 6/2003) riguarda invece le informazioni da fornire nella nota integrativa, che si prefiggono di rappresentare extra-contabilmente le operazioni di leasing secondo il metodo finanziario previsto dallo LAS 17. Il principio contabile internazionale prevede l'iscrizione, nello stato patrimoniale e tra le immobilizzazioni, dell'asset oggetto del contratto di leasing (nel nostro caso saranno iscritti i beni materiali ed immateriali componenti l'azienda) oltre a quella del debito attualizzato per canoni da pagare tra le passività finanziarie. Sempre lo LAS 17 richiede la scomposizione, in conto economico, del canone di leasing di competenza tra «ammortamento» dell'asset ed oneri finanziari. Oltre a recepire gli effetti della rappresentazione contabile delle operazioni di locazione finanziaria secondo il suddetto principio contabile internazionale, la nota integrativa dei bilanci nazionali deve contenere l'esposizione del valore attuale dei canoni non scaduti utilizzando tassi d'interesse pari all'onere finanziario effettivo sottostante il singolo contratto di leasing. E' necessario indicare altresì l'ammontare complessivo al quale i beni (nel nostro caso componenti l'azienda) sarebbero stati iscritti alla data di chiusura dell'esercizio qualora fossero stati considerati immobilizzazioni (con separata indicazione di ammortamenti, rettifiche e riprese di valore)⁴¹¹. E'

⁴⁰⁹ BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 8. PLASMATI M., *op. cit.*, pag. 597 ss.

⁴¹⁰ LABIANCA M. - PARENTE F., *Garanzia e autonomia privata nel leasing e nel factoring*, Editore Jovene, Napoli, 1981, pag. 43 ss. Si veda anche Ley n. 25.248. Cfr. Contratto de *leasing*, Novembre 2000, online.

⁴¹¹ *“In tal senso occorre precisare che il documento OIC 1 (per la consultazione si veda Principi contabili cd-rom e opera a schede mobili, Ipsoa) specifica come il valore del bene (o del complesso di beni) da esporre non necessariamente è pari al costo originariamente sostenuto dalla società di leasing, ma va individuato come il minore tra il prezzo teorico del bene per il suo acquisto in contanti e il valore attuale dei canoni di locazione e del prezzo di riscatto. Nel caso in cui l'intermediario finanziario avesse sostenuto, in fase di acquisto, il pagamento di una somma a titolo di avviamento commerciale dell'azienda si ritiene che, pur non potendosi individuare una concreta «locazione» dello stesso e concordando con la natura finanziaria della causa dei contratti in esame, tra i beni da includere nella rappresentazione in nota integrativa del leasing secondo lo LAS 17 vada inserito anche il*

opportuno, infine, segnalare la fiscalità differita legata alla diversa deduzione fiscalmente operata dalla contabilizzazione dei canoni leasing rispetto a quella degli ammortamenti e interessi passivi in bilancio⁴¹².

Quanto all'imposizione fiscale diretta e indiretta, "La sopra citata Risposta ad istanza di interpello dell'Agenzia delle Entrate protocollo n.2005/78112 del 24 maggio 2005 ha esaminato la disciplina fiscale dell'istituto del leasing d'azienda. Ai fini delle imposte dirette è stato innanzitutto chiarito che il canone di leasing è deducibile ai fini Ires ed Irap (nei limiti ovviamente della «quota capitale») solamente qualora: (a) i beni oggetto del corpus aziendale siano ammortizzabili fiscalmente (attrezzature, avviamento, immobili); (b) la durata del contratto di leasing risulti maggiore o uguale a otto anni nel caso in cui sia presente un bene immobile ovvero, in sua assenza, alla metà del periodo di ammortamento del bene (materiale o immateriale) caratterizzato dal coefficiente fiscale più basso.

Se l'azienda si compone di beni non ammortizzabili (es.: terreni) occorrerà determinare la parte di canone deducibile in proporzione alla percentuale rappresentata dal valore dei beni ammortizzabili rispetto al valore dell'intero complesso aziendale.

Con riferimento all'imposizione indiretta viene ribadita dall'Agenzia l'imponibilità Iva dei canoni leasing (con aliquota ordinaria del 20%), sottolineando la natura di prestazione di servizi della locazione finanziaria. Viene precisato, inoltre, che in caso di esercizio, da parte dell'utilizzatore, dell'opzione di riscatto del complesso aziendale occorre applicare l'imposta di registro ordinariamente prevista per i trasferimenti d'azienda (e pari al 3% per i beni e i diritti per i quali non è prevista un'aliquota specifica, come i beni immobili) con riferimento non tanto al prezzo di riscatto contrattualmente previsto quanto al valore venale⁴¹³ dell'azienda riscattata⁴¹⁴.

Di fondamentale importanza si mostra poi la disciplina di cui al TUIR, con particolare riguardo agli artt. 102 e 103⁴¹⁵.

Si dispone, infatti, che "Per i beni concessi in locazione finanziaria l'impresa concedente che imputa a conto economico i relativi canoni deduce quote di ammortamento determinate in ciascun esercizio nella misura risultante dal relativo piano di ammortamento finanziario e non è ammesso l'ammortamento anticipato; indipendentemente dai criteri di contabilizzazione, per l'impresa utilizzatrice è ammessa la deduzione dei canoni di locazione a condizione che la durata del contratto non sia inferiore alla metà del periodo di ammortamento corrispondente al coefficiente stabilito a norma del comma 2, in relazione all'attività esercitata dall'impresa stessa, se il contratto ha per oggetto beni mobili, e comunque con un minimo di otto anni ed un massimo di quindici anni se lo stesso ha per oggetto beni immobili. Con lo stesso decreto previsto dal comma

predetto avviamento (rispettando il principio della prevalenza della sostanza sulla forma)". In tal senso BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 8 ss.

⁴¹² In tal senso BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 8 ss. BISINELLA I.-NESSI M.-TRABALLI A., *Leasing, Lease back, factoring*, Napoli 2004, pag. 123 ss.

⁴¹³ "Ciò con buona pace delle argomentazioni proposte dall'istante, finalizzate a ravvisare in tale impostazione la violazione del principio di alternatività Iva- registro. Secondo la tesi proposta, infatti, dato che i canoni periodici rappresentano il pagamento dilazionato del prezzo dell'azienda, emergerebbe una doppia imposizione indiretta sulla parte del valore venale (comprendente l'avviamento valutato secondo criteri predefiniti dall'Amministrazione finanziaria) eccedente il prezzo di riscatto". In tal senso BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 8 ss.

⁴¹⁴ In tal senso BOZZOLAN E., *op. cit.*, pag. 9 ss.

⁴¹⁵ In tal senso BISINELLA I.-NESSI M.-TRABALLI A., *op. cit.*, pag. 89 ss. CIGOGNANI A., voce *Azienda (diritto tributario)*, in *Enc. giur. Treccani*, pag. 5. Alcuni autori fanno riferimento anche gli artt. 67 e 68 TUIR. In merito si veda COLANGELO M., *op. cit.*, pag. 7 ss.

3, il Ministro dell'economia e delle finanze provvede ad aumentare o diminuire, nel limite della metà, la predetta durata minima dei contratti ai fini della deducibilità dei canoni, qualora venga rispettivamente diminuita o aumentata la misura massima dell'ammortamento di cui al secondo periodo del medesimo comma 3". Ancora, "per le aziende date in affitto o in usufrutto le quote di ammortamento sono deducibili nella determinazione del reddito dell'affittuario o dell'usufruttuario. Le quote di ammortamento sono commisurate al costo originario dei beni quale risulta dalla contabilità del concedente e sono deducibili fino a concorrenza del costo non ancora ammortizzato ovvero, se il concedente non ha tenuto regolarmente il registro dei beni ammortizzabili o altro libro o registro secondo le modalità di cui all'articolo 13 del decreto del Presidente della Repubblica 7 dicembre 2001, n. 435, e dell'articolo 2, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1996, n. 695, considerando già dedotte, per il 50 per cento del loro ammontare, le quote relative al periodo di ammortamento già decorso. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano nei casi di deroga convenzionale alle norme dell'articolo 2561 del codice civile, concernenti l'obbligo di conservazione dell'efficienza dei beni ammortizzabili"⁴¹⁶.

Per i beni immateriali, invece, si statuisce specificatamente che "1. Le quote di ammortamento del costo dei diritti di utilizzazione di opere dell'ingegno, dei brevetti industriali, dei processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite in campo industriale, commerciale o scientifico sono deducibili in misura non superiore a un terzo del costo; quelle relative al costo dei marchi d'impresa sono deducibili in misura non superiore ad un decimo del costo 2. Le quote di ammortamento del costo dei diritti di concessione e degli altri diritti iscritti nell'attivo del bilancio sono deducibili in misura corrispondente alla durata di utilizzazione prevista dal contratto o dalla legge. 3. Le quote di ammortamento del valore di avviamento iscritto nell'attivo del bilancio sono deducibili in misura non superiore a un diciottesimo del valore stesso. 4. Si applica la disposizione del comma 8 dell'articolo 102"⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Art. 102 TUIR.

⁴¹⁷ Art. 103 TUIR. Per approfondimenti vedi GULMANELLI E., *Voce: Beni immateriali (diritto tributario)*, in *Enc. giur. Treccani*.

Conclusioni: Il caso pratico

Alla luce di quanto argomentato ed esposto si può affermare con certezza che il *leasing* d'azienda è configurabile.

Come è stato ampiamente dimostrato, è possibile rinvenire un riscontro sia teorico che pratico di una siffatta operazione.

La dottrina e la giurisprudenza, sia italiana che straniera, ammettono una simile figura negoziale.

Riferimenti sono presenti, seppur indirettamente, nella normativa vigente.

Infine, l'effettività di una tale configurazione è data dalla sua diffusione nella prassi contrattuale commerciale, nonostante gli alti rischi insiti nell'operazione ne limitano fortemente l'uso da parte delle società operanti nel campo del *leasing* o comunque rendano indispensabile una prudente contrattazione.

Il *leasing* d'azienda, infatti, viene praticato esclusivamente con una stretta cerchia di soggetti ed elementi imprescindibili, in quanto fonte di garanzia e di limitazione dei rischi connessi all'operazione negoziale in questione, sono individuati nell'interesse del Fornitore al mantenimento dell'azienda e nella sussistenza di un rapporto associativo tra Fornitore e Utilizzatore.

Fulcro di tutta l'operazione è rappresentato dall'interesse del Fornitore a mantenere l'azienda o il ramo aziendale, beneficiandone nelle more del *leasing* e riscattandola al termine di *leasing*, qualora l'Utilizzatore non eserciti l'opzione. L'*input* per l'intera operazione negoziale è dato, infatti, dal Fornitore.

La previsione della sussistenza di un rapporto associativo tra Fornitore e Utilizzatore, generalmente costituito da un rapporto di affiliazione, consente poi un maggior controllo dell'operato dell'Utilizzatore e se, da una parte, snellisce e rende più sicura l'operazione di *leasing*, dall'altra, la fa diventare più complessa. Per l'appunto, l'intera operazione viene così a basarsi su tre rapporti: (1) il rapporto di *leasing* tra Società di *Leasing* e Utilizzatore, (2) il rapporto di cessione tra Società di *Leasing* e Fornitore e (3) il rapporto associativo tra Fornitore e Utilizzatore. Trattasi di rapporti tra loro legati da un collegamento bidirezionale o reciproco, tanto che l'uno influisce sull'altro. La risoluzione del rapporto associativo tra Fornitore e Utilizzatore, si sottolinea, comporta poi la risoluzione del contratto di *leasing*.

L'oggetto è costituito da un ramo d'azienda; difficilmente vengono cedute in *leasing* azienda intere, considerati gli alti rischi.

Inoltre, l'azienda viene ceduta senza merci e senza rapporti pendenti. Il complesso aziendale concesso in *leasing* è costituito del locale e dell'attrezzatura minima.

Tutti i contratti, salvo quelli strettamente necessari (quali la locazione dell'immobile, la fornitura di energia, acqua e gas), vengono risolti dal Fornitore prima della cessione alla Società di *Leasing* e, se reputati indispensabili, saranno stipulati *ex novo* dall'Utilizzatore per la sola durata del *leasing*. L'Utilizzatore può anche provvedere alla stipulazione di contratti diversi da quelli preesistenti, che saranno collegati al contratto di *leasing* anche

temporalmente, di tal guisa che la risoluzione del *leasing* comporta necessariamente la risoluzione degli altri contratti collegati.

Le situazioni passive ed attive pregresse fanno capo al solo Fornitore e devono essere da lui risolte, non rientrando nella cessione. Il Fornitore è l'unico responsabile dei debiti pregressi ed è a suo carico l'esigibilità dei crediti aziendali.

Per quanto riguarda i debiti e i crediti contratti durante la gestione aziendale nell'esecuzione del *leasing*, di essi è responsabile esclusivamente l'Utilizzatore.

L'adempimento delle obbligazioni aziendali e di quelle sorgenti dal contratto di *leasing* è comunque garantito dal Fornitore, il quale dovrà "intervenire" a tutela dei terzi e in manleva della Società di *Leasing*.

Il Fornitore subentrerà sia in caso di mancato esercizio dell'opzione di acquisto da parte dell'Utilizzatore sia in presenza di alcune situazioni di criticità predeterminate, tra le quali si annoverano, perché specifiche, la presenza di una forte situazione passiva dell'Utilizzatore in conseguenza dell'uso dell'azienda, il mancato pagamento di debiti aziendali, il venir meno del rapporto associativo con il Fornitore e qualsiasi altra causa di risoluzione del rapporto di *leasing*.

Si precisa anche che se il subentro si rende necessario nelle more del *leasing*, le Società di *Leasing* consentono al Fornitore di nominare un altro Utilizzatore, sempre a lui legato da un rapporto associativo, il quale subentri per il restante periodo di efficacia del *leasing*. Quando il subentro avvenga al termine di *leasing*, invece, unico subentrante è il Fornitore.

Dunque, si osserva, un'alternanza gestionale può avvenire solo all'interno del medesimo rapporto di *leasing*, se questo si risolve nei confronti dell'Utilizzatore per i motivi prima indicati.

Il Fornitore è il Garante di tutta l'operazione di *leasing* d'azienda. La sua solidità economica e il suo interesse al mantenimento dell'azienda, si ribadisce, costituiscono il nucleo centrale della garanzia atipica del *leasing* d'azienda. Si precisa altresì che il Fornitore si impegna puramente e semplicemente e mai si obbliga.

Ecco la semplificazione dell'operazione e la limitazione del rischio d'investimento.

Quanto alle modalità d'uso dell'azienda, il regolamento dell'azienda e persino lo stesso divieto di concorrenza sono elementi estranei al *leasing* d'azienda. Essi attengono ai rapporti interni tra Fornitore e Utilizzatore. Del pari non rilevano, se non in tali rapporti interni, le oscillazioni di avviamento ed eventuali problematiche afferenti ai beni immateriali. Parimenti, la consegna dell'azienda o del ramo di azienda viene regolamentata direttamente nei rapporti interni tra Fornitore e Utilizzatore, evitando così mezzi passaggi inutili.

Tutta l'operazione è preceduta da un'approfondita attività istruttoria, svolta nei confronti di ogni singolo soggetto. Particolare elemento è rappresentato dalla verifica dei carichi fiscali sorgenti in capo ai soggetti ed effettuata mediante l'esibizione e il controllo dei relativi certificati.

Orbene, appare chiara la complessità di una tale operazione, ma altresì rilevanti sono i vantaggi e le prospettive economiche e fiscali che ne discendono.

Il contratto di *leasing* d'azienda mostra, di fatto, massima rilevanza nella sua spendibilità sia in ambito giuridico che in ambito economico.

Sotto il profilo giuridico si manifesta quale innovazione della comune figura del *leasing* finanziario, prevedendo una sua estensione anche all'ambito dell'azienda.

Sotto il profilo economico il *leasing* finanziario d'azienda potrebbe rappresentare uno strumento di stimolo per l'iniziativa economica privata con conseguente incremento dell'intera produttività economica.

Non solo le imprese potrebbero avere la possibilità di adeguare più facilmente il proprio patrimonio aziendale all'esercizio dell'attività economica e/o imprenditoriale, ma ciò consentirebbe anche a tutti quei neoimprenditori che vogliono intraprendere un'attività d'impresa, ma non abbiano gli strumenti patrimoniali necessari, di reperire mediante uno strumento contrattuale quale il *leasing* finanziario un'azienda idonea allo scopo imprenditoriale prefissato. Inoltre, la possibilità di restituire l'azienda alla società fornitrice consentirebbe all'imprenditore di ammortizzare tutti quegli eventuali costi ed oneri che potrebbero conseguire ad una non buona riuscita dell'attività imprenditoriale intrapresa.

L'applicabilità della figura del *leasing* all'azienda risulta compatibile e vantaggiosa pure con riguardo alla situazione di imprese in perdita o di imprese che necessitano di pronta liquidità, ottenibile attraverso l'applicazione della variante contrattuale del *sale and lease back*. Questa fattispecie negoziale, infatti, consente all'imprenditore, che abbia necessità di una pronta liquidità, di vendere l'azienda ad una Società di *leasing*, che gliela concederà in *leasing* dietro pagamento di un canone periodico. Così l'imprenditore continuerà a mantenere il godimento e l'utilizzo dell'azienda e lucrerà altresì la liquidità necessaria ai fini dello svolgimento della sua attività imprenditoriale.

Parimenti detta operazione negoziale si rende utile e vantaggiosa nelle ipotesi di imprenditori che vogliono dismettere la propria azienda per cessazione dell'attività imprenditoriale. In tale caso, oltre al vantaggio del prezzo di vendita dell'azienda per l'imprenditore cedente, si consente di non disperdere risorse economiche comunque utilizzabili e redditizie.

La configurabilità di un *leasing* d'azienda, inoltre, risulta compatibile non solo con riguardo alle imprese private, ma anche nell'ambito del settore pubblico.

La Pubblica Amministrazione potrebbe utilizzare il contratto del *leasing* d'azienda non solo per mantenere adeguate le strutture e di conseguenza i servizi dalla stessa offerta, ma potrebbe essere un'utile risorsa di risparmio della spesa pubblica con riguardo all'attuazione di progetti ed opere pubbliche che necessitino dell'apporto di un apparato aziendale, snellendo conseguentemente anche le procedure di aggiudicazione ed appalto di lavori.

Si auspica, pertanto, proprio per le diverse implicazioni positive, sia giuridiche sia economiche, che ne potrebbero discendere, una maggiore diffusione di tale nuova fattispecie negoziale.

Bibliografia

- ALBANESE M.-ZEROLI A., *Leasing e factoring*, Edizioni FAG, Milano, 2006.
- ALBANESE M.-ZEROLI A., *Leasing*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, in *Diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendom, vol. XIII, pag. 132 ss.
- ALBANO G., *La locazione finanziaria di beni immateriali tra vuoti legislativi e interpretazione analogica*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, I, pag. 614 ss.
- ANDERLONI L., *La gestione dei beni oggetto di locazione finanziaria nelle società di leasing*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 377 ss.
- ANDERSON R., *UCC*, 1971.
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè Editore, 1960.
- AULETTA G., voce *Azienda (diritto commerciale)*, in *Enc. Giur. Treccani*.
- AULETTA G., *Alienazione dell'azienda e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, pag. 1223 ss.
- AULETTA G. - SALANITRO N., *Diritto commerciale*, Giuffrè Editore, 2006.
- AA. VV., *Commentaire Code Monétaire et Financier*, Dalloz, 2013.
- BALDUCCI D., *La cessione d'azienda*, Milano, Edizioni FAG, 1996.
- BERLINGUER A., *Finanziamento e internazionalizzazione di impresa*, Giappichelli editore, Torino, 2007.
- BISINELLA I.-NESSI M.-TRABALLI A., *Leasing. Lease back, factoring*, Napoli, 2004.
- BONFANTE G. COTTINO G., *L'imprenditore*, in COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, 2000, vol. I.
- BORTOLUZZI A., *Il trasferimento d'azienda*, Utet, 2010.
- BOZZOLAN E., *Finanziare le acquisizioni: il leasing d'azienda*, in *Amministrazione e finanza*, 20/2005, pag. 6 ss e in *www. Ilcorrieregiuridico.it*.
- BUONOCORE V., *La locazione finanziaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu A. e Messineo F., Giuffrè Editore, 2008.
- BUONOCORE V., *Cassazione e Leasing: riflessioni sulla giurisprudenza dell'ultimo quinquennio*, in *Contratto e Imprese*, 1994, pag. 153 ss.
- BUONOCORE V. - LUMINOSO A., *Contratti d'impresa*, in AA.VV. *Casi e materiali di diritto commerciali*, Milano Giuffrè Editore, 1953, pag. 1459 ss.

- BUONOCORE V., *Il leasing. Profili privatistici e tributari*, Milano, Giuffrè Editore, 1975.
- BUSSANI M. - CENDOM P., *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e giurisprudenza. Leasing Factoring Franchising*, Giuffrè Editore, 1989.
- BUSSANI M., *Contratti moderni. Factoring. Franchising. Leasing.*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da Rodolfo Sacco*, vol. IV, *I singoli contratti*, Torino, 2004.
- CARRETTA A. - DE LAURENTIS G., *Manuale del leasing*, in AA.VV., *Banche e mercati finanziari*, EGEA, 1998.
- CAGNASSO O. - COTTINO G., *I contratti commerciali*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da COTTINO G., Cedam, 2000, vol. IX.
- CALOME F., *Brevi cenni sui profili comparatistici in tema di locazione finanziaria immobiliare*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 391 ss.
- CALVO R., *Contratti e mercato*, in *Principi regole e sistemi, Biblioteca di diritto privato* a cura di Calvo R., Ciatti A. e De Cristiofo G., Giappichelli editore, 2006 (Cap. X *Il leasing* pag. 333 ss.).
- CAMPOBASSO G.F., *Manuale di Diritto Commerciale*, UTET, 2004.
- CASANOVA M., *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, 1938.
- CASELLI G., *Leasing*, in *Contratto e Impresa*, 1985, pag. 213 ss.
- CAPPELETTO R., *La valutazione del rischio d'impresa*, a cura di Phedro Consulting Srl, in www.phedro.it.
- CAVAZZUTI F., voce *Leasing (diritto privato)*, in *Enc. Giur. Treccani*.
- CHINDEMI D., *L'art. 1526 c.c. non è applicabile al contratto di leasing*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1995, pag. 732 ss.
- CIAN G., *Rapporto fideiussorio e trasferimento dell'azienda* (nota a Cass., sez. I, 12 aprile 2001), in *Giur. comm.* 2001, II, pag. 545 ss.
- CIGOGNANI A., voce *Azienda (diritto tributario)*, in *Enc. giur. Treccani*.
- CINTIOLI F. - D'AMICO G. - GUERRERA F. - LATELLA D., *I trasferimenti di azienda*, coordinato da Guerrera F., in *Appendice tributaria* di Buccisano A., Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- CIPOLLA O., *Cessazione del contratto di affitto di azienda e successione nei contratti da parte del locatore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, 1204 ss.
- CIPOLLA O., *Cessione, affitto e restituzione d'azienda: brevi note sulla sorte di debiti e contratti*, in *Giurisprudenza italiana*, 1, 2005, pag. 82 ss.
- CLARIZIA R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, 1989, UTET.
- CLARIZIA R., *La Locazione finanziaria*, in *Nuova Giurisprudenza civ. comm.*, 1985, II, pag. 35 ss.

- CLARIZIA R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, sez. II, Tomo 4, Torino, 2002.
- CLARIZIA R., *Il cosiddetto leasing usufrutto*, in *Riv It. Leasing*, 1986, pag. 457.
- COACCIOLI A., *Know How*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, in diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendom, vol. XIII, pag. 39 ss.
- COLANGELO M., *Leasing di beni immateriali*, in Quaderni Assilea.
- CORRADINI G., *Formulario commentato di contrattualistica commerciale. Inghilterra – Italia*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pag. 235 ss.
- COTTINO G., *Diritto Commerciale*, CEDAM, 1993.
- COTTINO G., *Diritto Commerciale*, CEDAM, 2000.
- CREMONESE A., *Il leasing in Francia*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2004.
- CRISCONIO A., *Il contratto di leasing*, in www.businessonline.it.
- DE NOVA G., *Leasing*, in *Digesto disc. Priv.*, pag. 462 ss.
- DE NOVA G., *Il contratto di leasing con sentenze e altri materiali*, in *Collana di diritto ed economia* diretta da Velo D., Giuffrè editore, 1995.
- DE NOVA G., *Identità e validità del lease back*, in *Riv It. Leasing*, 1989, fasc. 3, pag. 471 ss.
- DE NOVA G., *Il Sale and Purchase agreement: un contratto commentato*, Giappichelli Editore, Torino, 2011.
- DE NOVA, *Nuovi contratti*, UTET, Torino 1990, pag. 152 ss.
- DE VITA A., *Lease*, in *Digesto disc. Priv.*, pag. 443 ss.
- DELL'ATTI V., *L'azienda di Leasing*, Cacucci Editore, Bari, 1996.
- DENOZZA F., *La Cassazione e la risoluzione del leasing*, in *Giur. comm.*, 1991, I, pag. 845 ss.
- DE ROSA M. L., *Lease Back e patto commissorio*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc.1, pag. 213 ss.
- DI CAMILLO F., *La struttura del contratto di leasing finanziario e l'inadempimento del fornitore. Cassazione civile sez. III, sentenza 29.09.2007 n. 20592*, in www.altalex.com.
- DOLCE R. - CORRADINI G. - ROMANI B., *Formulario commentato di contrattualistica commerciale. Germania – Italia*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pag. 390 ss.
- DURANTON G., *Crédit-bail immobilière*, in *Répertoire commercial Dalloz*.
- DURANTON G., *Crédit-bail mobilière*, in *Répertoire commercial Dalloz*.
- FANTOZZI, *Impresa e imprenditore (diritto tributario)*, in *Enc. giur. Treccani*.
- FERRANTI G. MIELE L., *Beni materiali e immateriali, Ammortamento Leasing Affitto d'azienda*, in *Temi di Reddito d'impresa* diretto da G. Ferranti, Ipsoa, 2008.
- FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949.

- FERRARI B., voce *Azienda (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Giuffrè Milano, 1959, pag. 692 ss.
- FERRARINI G., *Il leasing internazionale nel progetto UNIDROIT*, in *Riv. It. Leasing*, 1988, pag. 9 ss.
- FOSSATI G., *Il leasing moderna tecnica di finanziamento delle imprese*, Milano, Pirola Editore, 1980.
- FRANCESCHELLI R., *Sui beni immateriali*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1956, I, pag. 381 ss.
- FRIGNANI A., *Spunti critici sui recenti sviluppi in tema di leasing*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 39 ss.
- FRIGNANI A., *La locazione finanziaria negli ordinamenti di civil e common law*, in *Riv. It. Leasing*, pag. 19 ss.
- FRIGNANI A., *Factoring Leasing Venture capital Leverage buy out Hardship clause Countertrade Cash and carry Merchandising Know how*, Torino, Giappichelli Editore 1993, pag. 123 ss.
- FRUTTERO U., *La valutazione d'azienda*, in www.commercialistatelematico.com.
- GALGANO F., *Diritto civile e Commerciale*, Cedam 2004.
- GALGANO F., *Diritto commerciale. Edizione compatta, L'imprenditore. Le società*, Zanichelli, 2010.
- GALIMBERTI G. M., *Il leasing industriale e il leasing immobiliare*, Giuffrè Editore, 1983.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, ESI, 2009.
- GHIA L., *I contratti di finanziamento dell'impresa. Leasing e factoring*, Giuffrè Editore, 1997.
- GHIDINI M., *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950.
- GIANFELICI E., *Guida al leasing*, Giuffrè Editore, 1993.
- GIOVANOLI M., *Le crédit – bail (leasing) en Europe: développement et nature juridique*, Paris, Librairies techniques, 1980.
- GRECO P., *I diritti sui beni immateriali: ditta, marchi, opere dell'ingegno, invenzioni industriali*, Torino, Giappichelli Editore, 1948.
- GULMANELLI E., *Voce: Beni immateriali (diritto tributario)*, in *Enc. giur. Treccani*.
- HARICHAUX-RAMU M., *Le transfer de garanties dans le credit bail mobilier*, in *Rev. Trim. Droit comm.*, 1978, pag. 209 ss.
- HERNANDEZ J. L. M., *La empresa y los negocios juridicos sobre la empresa*, in *Introduccion al derecho mercantil* a cura dell'Universidad de les Illes Balears, Campus Extens, online.
- LABIANCA M. - PARENTE F., *Garanzia e autonomia privata nel leasing e nel factoring*, Editore Jovene, Napoli, 1981.
- LA TORRE M. R., *Un precipitato storico: il leasing usufrutto*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc. 2, pag. 449 ss.

- LA TORRE M. R., *Effetti del fallimento utilizzatore sul contratto di locazione finanziaria*, in *Riv It. Leasing*, 1985, pag. 189 ss.
- LEGEAIS D., *Crédit-bail mobilier*, in *SCP Com.*, 2012, pag. 371 ss.
- LUDOVICI A., *Il contratto di leasing: le varie figure giuridiche del contratto di leasing*, in *www.guidaldiritto.it* e *www.diritto&diritti.it*.
- LUMINOSO A., *Natura del leasing e oggetto dello scambio*, in *Riv It. Leasing*, 1989, pag. 525 ss.
- LUMINOSO A., *La compravendita*, Giappichelli, 2006.
- LUPI, *Disciplina applicabile al leasing finanziario*, in *Società*, 1993, pag. 773 ss.
- MARCHISIO E., *Circolazione dell'azienda, tutela dell'avviamento e divieto di concorrenza*, in *Rivista del Notariato*, 2011, 06, pag. 1367 ss.
- MARTORANO F., *Il Leasing d'azienda*, in *Banca borsa titoli di credito*, n. 1, gennaio –febbraio, 2010.
- MARTORANO F., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale* fondato da Buonocore e diretto da Costi, Torino, Giappichelli Editore, 2010.
- MEI C., *Vendita in garanzia e patto commissorio. Cenni al contratto di lease back*, in *www.overlex.it*.
- MESSINETTI D., *Voce: Beni immateriali*, in *Enc. giur. Treccani*.
- MUNARI A., *Subleasing e cessione del contratto*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 343 ss.
- NASTRI M. P., *L'affitto di azienda*, in *I quaderni della fondazione italiana per il notariato*, Gruppo Sole 24 ore, 1/2010.
- OPPO, *Impresa e Imprenditore*, in *Enc. giur. Treccani*.
- PACIFICO L., *Aspetti civilistici del lease back*, in *Riv. It. Leasing*, 1989, fasc. 3, pag. 477 ss.
- PANDOLFI, *Leasing di godimento e leasing traslativo*, in *Contratti*, 1999, pag. 692 ss.
- PETTI D., *Il trasferimento volontario d'azienda*, 1970.
- PLASMATI M., *Il leasing d'azienda*, in *Contratto e Impresa*, 2007, pag. 578 ss.
- PRESTI G. RESCIGNO M., *Corso diritto commerciale*, Vol. I, Zanichelli, 2006.
- PROCOPIO, *Leasing (diritto tributario)*, in *Enc. Giur. Treccani*.
- PURCARO D., *I problemi di struttura del leasing*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 543 ss.
- RAIS R., *Cessione d'azienda e responsabilità per i debiti ceduti*, in *Giur. comm.*, 2011, 1, pag. 123 ss.
- RESCIO G. A., *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, Milano, Giuffrè Editore, 1989.
- RÍOS VALLEDEPAZ J., ROJO RAMIREZ A., *El arrendameinto de empresa y su aplicaci3n en entprnos economicos de alta incertidumbre*, online.
- ROMAGNOLI E., *Voce: Affitto*, in *Enc. Giur. Treccani*.

- RUOZZI R. - MOTTURA P. - CARETTA A., *Leasing 80'*, Giuffrè Editore, 1977.
- SANTORO F.-ALBANO M.-MAIMERI M., *Operazioni bancarie*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di P. Cendon, vol. XX *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, Banca borsa e titoli di credito, Torino, 2004.
- SAVIANO A., *Il contratto di leasing*, in www.overlex.it.
- SBISA' G. e VELO D., *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, in *Collana di diritto ed economia* diretta da Velo D., Università degli studi di Pavia, Giuffrè Editore, 1983.
- SCHÜTZ R. N., *Crédit-bail*, in *Enc. Dalloz*, 2012.
- SORDELLI L., *Voce Know How*, in *Enc. Giur. Treccani*.
- TRIGOGNA R., *La circolazione d'azienda*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, in *Diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, vol XIII, pag. 379 ss.
- TROVATO M., *Progetto leasing*, Milano, Etas libri, 1981.
- TROVATO M., *Manuale delle operazioni di leasing*, Milano, Etas libri, 1975.
- VANZETTI A., *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, pag. 539 ss.
- VILLA C., *Patto commissorio e contratto di lease back*, in www.legalionline.com
- VISALLI N., *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, pag. 643 ss.
- VISENTINI G., *Osservazioni sulla giurisprudenza della Cassazione del 1989 in merito all'applicabilità dell'art. 1526 c.c. alla locazione finanziaria*, in *Riv. It. Leasing*, 1990, pag. 289 ss.
- ZANNELLA G.M., *Leasing*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza* a cura di Paolo Cendon, vol. III, *La colpa nella responsabilità civile*, Torino, 2006.
- ZENO ZENCOVICH, *Il leasing di programmi per elaboratore elettronico*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 49 ss.
- ZIRILLO Avv. B., *Contratto di leasing: l'utilizzatore ha legittimazione ad agire in caso di RCA?*, in www.diritto.it.
- ZUDDAS G., *L'opzione di acquisto nel contratto di leasing*, in *Riv. It. Leasing*, 1987, pag. 468 ss.