

## LA QUALIFICAZIONE CAUSALE DEL CONTRATTO DI FACTORING NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

Il tema del factoring per anni è stato confinato ad un dibattito teorico sulla distinzione tra contratti tipici ed atipici ma una indagine diacronica rivelò l'inconsistenza di tale disputa rispetto ad una disciplina che si imponeva come diritto vivente a prescindere da una concreta previsione legislativa.

Nacque così la categoria dei contratti atipici ma socialmente tipici, che conteneva una intima contraddizione interna.

La legge 21 febbraio 1991 n. 52 "Disciplina della cessione dei crediti di impresa" poteva far venir meno l'interesse dottrinario alla disputa ma la giurisprudenza continua a definire il factoring un contratto atipico complesso.

Di solito siamo abituati a copiare dagli ordinamenti stranieri le cose peggiori o che mai si attagliano alle nostre tradizioni.

Basti pensare al processo penale alla "Perry Mason" che ha un senso nel diritto americano dove il P.M. non ha l'obbligatorietà dell'azione penale ed il Giudice rinvia il processo ad horas.

Da noi il rinvio è ad un anno.

In precedenza il processo penale durava qualche ora, ora dura qualche anno.

Bastava istituzionalizzare l'incidente probatorio e prevedere la regola dell'interrogatorio da parte del Giudice, con le opportune garanzie della difesa.

Ma, nel caso del factoring, forse, l'esperienza straniera è stata utile.

La duplice e/o alternativa funzione di gestione dei crediti e di strumento di finanziamento, inserita in un sistema in cui l'imprenditore rischia di fallire per modesti debiti verso l'INPS a fronte di ingenti crediti non riscossi per le note lungaggini giudiziarie, costituisce una seria opportunità ed una boccata di ossigeno per l'intero sistema economico.

Altra felice circostanza è che la giurisprudenza di legittimità in subiecta materia appare forse pilatesca ma stranamente chiara, sostanzialmente consolidata, non equivoca e complessivamente stabile, pur con qualche differenza o sfumatura.

La funzione nomofilattica, o se si preferisce monofilattica, è in crisi. Essa presuppone una Corte Suprema stabile, di pochi membri, non cinque o sei sezioni con collegi variabili e contrasti all'interno della stessa sezione, anche a distanza di giorni, o con le Sezioni Unite.

Ad esempio, nonostante da oltre un ventennio le Sezioni Unite avessero sancito la necessità del litisconsorzio in tema di costituzione di servitù coattiva, le sezioni semplici erano state costanti nel disapplicare tale principio, privilegiando la possibilità di

regolare negozialmente con alcuni interessati la questione, senza citarli in giudizio.

Solo la nuova rimessione alle Sezioni Unite ha riaffermato il principio disapplicato.

Carnelutti diceva che in Cassazione si trova di tutto, ora più modestamente può dirsi che arriva di tutto.

Sono pendenti oltre 100.000 cause ed in un sistema giurisprudenziale quale è ormai il nostro, non essendovi più sostanziale differenza con quello di common law, l'autorità del precedente ha un senso se è consolidata, costante e inequivoca.

La giurisprudenza di legittimità in tema di factoring si muove nelle seguenti direttrici: a) la determinazione dell'oggetto della cessione in massa di crediti futuri; b) il rapporto tra debitore ceduto, cessionario e cedente, con relativi diritti ed obblighi; c) i profili in tema di fallimento; d) l'autonomia del rapporto sottostante ; e) la causa.

Limitando l'indagine ad un ventennio si rinvengono 45 massime che sostanzialmente riproducono fedelmente i principi espressi dalle sentenze, diversamente da quanto avviene in altri settori in cui è stato accertato l'errore della massima rispetto alla decisione ( ad esempio in tema di prescrizione presuntiva, in cui una massima fa propendere per la possibilità che il debitore possa eccepirarla senza limiti mentre la sentenza riguarda l'ipotesi in cui il ricorso del debitore è stato respinto).

Da qualche tempo si è positivamente affermata la prassi, non ancora consolidata, che la massima provvisoria sia redatta dallo stesso estensore della sentenza per evitare la massimazione di un principio non espresso dalla sentenza.

Peraltro i magistrati addetti al massimario sono stati destinati alla sezione tributaria per smaltirne l'arretrato di circa 50.000 cause.

Il tema della qualificazione causale del contratto di factoring comporta l'interpretazione della volontà delle parti, attività ermeneutica prerogativa del Giudice di merito che, se adeguatamente motivata, sfugge al sindacato di legittimità.

L'opera dell'interprete è tipico accertamento in fatto istituzionalmente riservato al giudice del merito, censurabile in sede di legittimità soltanto per violazione dei canoni legali d'ermeneutica, oltre che per vizi di motivazione nell'applicazione di essi; pertanto, onde far valere una violazione sotto entrambi i due cennati profili, il ricorrente per cassazione deve, non solo fare esplicito riferimento alle regole legali d'interpretazione mediante specifica indicazione delle norme asseritamente violate ed ai principî in esse contenuti, ma è tenuto, altresì, a precisare in qual modo e con quali considerazioni il giudice del merito si sia discostato dai canoni legali assuntivamente violati o questi abbia applicati sulla base di argomentazioni illogiche od insufficienti.

Di conseguenza, ai fini dell'ammissibilità del motivo di ricorso sotto tale profilo prospettato, non può essere considerata idonea - anche

ammesso ma non concesso lo si possa fare implicitamente - la mera critica del convincimento, cui quel giudice sia pervenuto, operata mediante la mera ed apodittica contrapposizione d'una difforme interpretazione a quella desumibile dalla motivazione della sentenza impugnata, trattandosi d'argomentazioni che riportano semplicemente al merito della controversia, il cui riesame non è consentito in sede di legittimità (e pluribus, Cass. 9.8.04 n. 15381, 23.7.04 n. 13839, 21.7.04 n. 13579, 16.3.04 n. 5359, 19.1.04 n. 753).

Peraltro, a seguito della riformulazione della norma di cui all'art. 360 n. 5 cc , disposta dall'art. 54 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134, è denunciabile in cassazione solo l'omesso esame del fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti (Cass. 8 ottobre 2014, n. 21257, Rv. 632914).

Il vizio motivazionale previsto dal n. 5) dell'art. 360 c.p.c., pertanto, presuppone che un esame della questione oggetto di doglianza vi sia pur sempre stato da parte del giudice di merito, ma che esso sia affetto dalla totale pretermissione di uno specifico fatto storico.

Sotto altro profilo, come precisato dalle Sezioni Unite, la riformulazione dell'art. 360, 1 comma, n. 5, c.p.c., deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12

delle preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione ( S.U. n.8053/2014).

Può essere pertanto denunciata in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali.

Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione.

Non è più denunciabile genericamente un mero vizio di motivazione.

Tali concetti sulla interpretazione del contratto e sui limiti del sindacato di legittimità sono ribaditi dalla recentissima Cass. 2 maggio 2019 n.11589.

Il factoring per il nostro legislatore è come l'Araba fenice, istituto che c'è ma non c'è e che anche quando c'era egualmente non c'era.

Di factoring si parla, invero, in vari decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze in tema di classificazione delle

operazioni creditizie e di pubblicazione dei tassi effettivi globali, del Ministero della Giustizia in tema di onorari per consulenze, in deliberazioni del Comitato del Credito e del Risparmio ma non in testi legislativi.

La giurisprudenza di legittimità, in ordine alla determinazione dell'oggetto, ha sancito che occorre che sia indicato il debitore ceduto in ordine ai crediti che sorgeranno da contratti da stipulare in un periodo di tempo non superiore a 24 mesi ma non è necessario anche che i crediti sorgano nel biennio di durata del contratto ( Cass. 27.11.2018 n. 30611).

In tema di autonomia del rapporto sottostante ha sancito: a) che il debitore ceduto può opporre in compensazione al cessionario un proprio credito nei confronti del cedente sorto in epoca successiva alla notifica dell'atto di cessione, atteso che nella cessione di crediti futuri l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui questi vengono ad esistenza e non invece anteriormente, all'epoca di stipulazione del contratto ( Cass. 3.8.2017 n. 19341); b) che in tema di contratto atipico di factoring la cessione dei crediti che lo caratterizza non produce modificazioni oggettive del rapporto obbligatorio e non può pregiudicare la posizione del debitore ceduto in quanto avviene senza o addirittura contro la sua volontà; ne consegue che il debitore ceduto può opporre al factor cessionario le eccezioni concernenti l'esistenza o la validità del negozio da cui deriva il credito trasferito ed anche le eccezioni

riguardanti l'esatto adempimento del negozio, mentre quelle che investono fatti estintivi o modificativi del credito ceduto sono opponibili al factor cessionario solo se anteriori alla notizia della cessione comunicata al debitore ceduto e non ove successivi, in quanto, una volta acquisita la notizia della cessione, il debitore ceduto non può modificare la propria posizione nei confronti del cessionario mediante negozi giuridici posti in essere con il creditore originario ( Cass. 2.12.2016 n.24657); c) nell'ipotesi in cui il credito oggetto di cessione derivi dalla compravendita di un bene mobile, la legittimazione passiva in ordine alla domanda di riduzione del prezzo conseguente all'esistenza di vizi della cosa venduta, spetta alla società venditrice e non al factor, atteso che quest'ultimo non è cessionario del contratto ma soltanto del credito ( Cass. 13.2.2015 n. 2869).

Cass. 7.7.2017 n. 16850 distingue le due ipotesi in cui vi è la gestione dei crediti cui consegue una commissione o l'anticipazione sui crediti ceduti, nel qual caso spettano al factor, oltre alla commissione, anche gli interessi sulle somme anticipate mentre Cass. 2.10.2015 n. 19716 contempla una sola ipotesi ( la causa vendendi) prevedendo che il contratto di factoring, ove postuli una cessione dei crediti a titolo oneroso in favore del factor, attribuisce a quest'ultimo la titolarità dei crediti medesimi e, quindi, la legittimazione alla loro riscossione in nome e per conto proprio e non in qualità di semplice mandatario, sicchè il pagamento



eseguito dal debitore ceduto si configura quale adempimento di un debito non del cedente verso il factor ma proprio del debitore ceduto verso quest'ultimo, per cui, seppur eseguito dopo il fallimento del cedente, non comporta alcuna sottrazione di risorse alla massa e non è sanzionato con l'inefficacia prevista dall'art. 44 L.F.

Quanto al debitore ceduto, nell'ipotesi di contratto di factoring con cessione pro solvendo di crediti futuri, ricevuta la comunicazione della cessione, non può liberarsi delle proprie obbligazioni adempiendo in favore di (altro) soggetto indicato dal creditore cedente ( Cass. 31.10.2014 n. 23175); il factor che si limiti a notificargli l'avvenuta cessione omettendo negligenemente di informarsi presso di lui dell'esistenza dei crediti non può pretendere il risarcimento dei danni per pretesa violazione di un inesistente obbligo di informazione ( Cass. 21.10.2010 n.21599); trattandosi di cessione concretantesi in res inter alios rimane estraneo al rapporto relativo e non ha obblighi verso il cedente ( Cass. 8.2.2007 n. 2746).

Soffermandosi più specificamente sulla qualificazione causale Cass. 15.2.2013 n. 3829 sembra configurare nella cessione dei crediti di impresa una causa prevalente di scambio; Cass. 3.12.2012 n. 21603 sancisce che la cessione del credito costituisce un elemento essenziale della causa del contratto di factoring per cui il giudice che ritenga di qualificare come mandato un contratto

definito come factoring ha l'onere di una esaustiva motivazione; sembrerebbe confermato che la regola non sia il mandato.

La qualificazione della fattispecie e la ricostruzione degli effetti giuridici voluti dalle parti, al fine di verificare se abbiano optato per la causa vendendi o per la causa mandati o per altra ancora sono considerate necessarie sia per i contratti stipulati prima che per quelli dopo l'entrata in vigore della legge 21.2.1991 n. 52 ( Cass. 7.3.2008 n. 6192 e Cass. 24.6.2003 n.10004).

Anche da altre decisioni resta confermata la necessità di un accertamento in fatto sia in tema di valutazione della convenzione sia in tema di individuazione della data certa della cessione e della consapevolezza della scientia decotionis in caso di fallimento.

La giurisprudenza di merito appare, pertanto, la protagonista nel verificare se le cessioni abbiano trasferito la titolarità del credito o la sola legittimazione all'incasso anche se, soprattutto in presenza di anticipazioni, non sembra possa parlarsi sic et simpliciter di mera gestione dei crediti non rispondendo al canone della buona fede una anticipazione non garantita.

Il concetto di cessione dei crediti in via immediata fa pensare alla causa vendendi e non ad un semplice mandato, che deve risultare inequivocamente dalle pattuizioni, valutando in particolare il profilo delle anticipazioni, che, tuttavia, può essere ambivalente: anticipo perché sono delegato a riscuotere o perché cessionario del credito.

L'equivoco di fondo risiede nel fatto che, nonostante la previsione legislativa della cessione in massa dei crediti di impresa, il factoring sia ancora considerato un contratto atipico, donde la necessità di cristallizzare la effettiva volontà delle parti.

Vincenzo Correnti

Consigliere della Corte Suprema di Cassazione