

Concordato preventivo e contratto di leasing (di Luigi Amerigo Bottai, avvocato del foro di Roma)

Nel concordato preventivo gli effetti del contratto di leasing assumono una differente regolamentazione, a seconda che il rapporto negoziale sia già stato risolto o sia ancora pendente al momento del deposito della domanda di concordato, nonché in dipendenza del tipo di leasing oggetto del contratto (di godimento o traslativo). Dopo avere indagato su quale sia la disciplina applicabile nei vari casi sopra indicati, l'autore si sofferma sulle modalità con le quali può determinarsi, in ipotesi di risoluzione (di diritto), il risarcimento del danno spettante al lessor in presenza delle clausole penali normalmente contenute nei contratti standard.

Premessa

I principi della concorsualità pongono complessi problemi di compatibilità con le discipline, legali e pattizie, riguardanti i rapporti contrattuali pendenti – i.e. non compiutamente eseguiti da entrambi i contraenti – al momento dell'introduzione del procedimento di concordato preventivo (con il deposito della domanda da parte del debitore), poiché si deve stabilire come regolare, nell'ambito del concorso tra i creditori, il fenomeno contrattuale cogliendolo nel suo aspetto diacronico. Il tema tocca la parte più "viva" della crisi d'impresa, in quanto involge la dinamicità dell'attività aziendale nella sua fase patologica, che presenta esigenze regolamentari nettamente distinte rispetto all'assetto normativo di diritto comune (nel quale, peraltro, i rapporti negoziali sono considerati singolarmente e non coordinati nelle possibili interdipendenze di azioni e reazioni: di qui l'utilità dello studio dei c.d. costi di agenzia nell'analisi economica del diritto). Il tema in discorso rappresenta, altresì, un terreno di confronto fra opposti orientamenti, teorici e pratici (cfr., *in primis*, A. Jorio, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973; A. Dimundo-A. Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano, 1999; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 435 ss.), e con l'entrata in vigore delle nuove norme di cui agli artt. 169-bis, 182-quinquies e 186-bis l.fall. - introdotte dal d.l. 22.6.2012, n. 83, conv. con modif. nella L. 7.8.2012, n. 134, per le procedure avviate dall'11.9.2012 -, ha mostrato vieppiù come la diretta trasposizione nel concordato preventivo dei principi generali in materia contrattuale non risulti sempre agevole (cfr. A. Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, Fall., 2013, 262), specie per quanto attiene al contratto di *leasing*, negozio atipico per eccellenza (v. G. Bonfante, *La disciplina del leasing nel concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus e approfondimenti).

Non occorre indugiare sul diverso trattamento dei rapporti in corso di esecuzione fra il fallimento – ove la regola generale è quella della sospensione (art. 72 l.f., valida anche per il leasing: art. 72-*quater*, 1° periodo), tipica delle procedure liquidatorie, al fine di consentire al curatore di optare consapevolmente per lo scioglimento o il subentro nella medesima posizione contrattuale del fallito – e il concordato, in cui viceversa, stante l'obiettivo primario della conservazione dei fattori produttivi, la norma tendenziale è quella della prosecuzione (salva oggi la possibile autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento ex art. 169-bis: cfr. M. Fabiani, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, www.ilcaso.it, sez. Dottrina e Opinioni, 2013), finalizzata a consentire il superamento dello stato di crisi anche grazie al blocco dei pagamenti, con il miglior soddisfacimento dei creditori.

Si tutelano, in tal guisa, pure le ragioni del contraente *in bonis* e, più in generale, si ottiene un efficiente svolgimento delle attività strategiche (per il risanamento), al pari di quanto è disposto per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese (art. 50 d.lgs. n. 270/99).

I. Contratti pendenti e concordato preventivo rinnovato

Prendendo le mosse dal tema generale di apertura, incentrato sulla disciplina applicabile ai contratti ancora in corso di esecuzione prima del deposito della domanda di concordato, ancorché "prenotativa" ex art. 161, comma 6 l.f., è opportuno riassumere schematicamente il quadro normativo, rivoluzionato dall'intervento innovatore operato sulla legge fallimentare dal predetto decreto-legge n. 83/2012 (v., inoltre, i contributi di P.F. Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, nel sito ilcaso.it, sez. Dottrina e Opinioni, 2013; B. Inzitari, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato: l'art. 169-bis l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus Speciale Decreto Sviluppo).

In linea di principio, dal sistema degli artt. 161, 7° comma, 168, 169-bis, 186-bis, 3° comma l.f. si evidenzia come i rapporti preesistenti non esauriti da ambo i lati continuino ad avere esecuzione al di fuori del concorso e senza necessità di autorizzazioni giudiziali (se non per contratti e atti urgenti di straordinaria amministrazione, v. art. 167, sulla cui definizione la giurisprudenza è copiosa quanto non univoca); la ragione è individuabile nella mancanza di uno spossessamento pieno del potere gestorio del debitore (art. 167 l.f.) e nella cristallizzazione solo attenuata della debitoria complessiva (arg. dalle disposizioni appena citate).

La prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, tuttavia, non consente *ipso facto* di poter pagare i debiti sorti per le prestazioni anteriori al deposito del concordato, occorrendo all'uopo l'inderogabile autorizzazione del tribunale sulla base dei presupposti di cui al 4° comma dell'art. 182-*quinquies* l.f. (c.p. in continuità e doppia attestazione del professionista). E qui emerge la rilevanza della distinzione tradizionale tra contratti di durata (quali, ad es., locazione, somministrazione, apertura di credito, leasing e assicurazione) e contratti ad esecuzione istantanea (compravendita, mutuo, cessione di crediti, appalto in genere ex art. 1665 c.c., ecc.): per questi ultimi l'inadempimento del debitore darà luogo a crediti concorsuali della controparte, laddove nei contratti ad esecuzione continuata o periodica si pone il problema della sorte dei crediti per le prestazioni pregresse, in ordine al quale la giurisprudenza appare ancora oscillante. Da ultimo sembra prevalere la tesi della scindibilità delle prestazioni e, quindi, la falcidiabilità dei crediti pregressi siccome concorsuali (cfr. F. Fimmanò, *Gli effetti del nuovo concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, ilcaso.it, sez. Dottrina e Opinioni, 2007; A. Patti, *La disciplina dei rapporti giuridici preesistenti nel nuovo concordato preventivo*, Fall., 2010, 262. In giur. v. Cass. 12.1.2007, n. 578; Cass. 16.3.2005, n. 10429, fino alla capostipite del *revirement*, Cass. S.U. 22.5.1996, n. 4715; *contra*, rappresentativa dell'orientamento ormai superato, Cass. 23.3.1992, n. 3581. Per l'appalto rilevano talora i s.a.l.: v. Cass. 17.6.1995, n. 6852).

Ciò, però, potrebbe indurre il creditore-fornitore a sospendere le erogazioni e/o a sollevare l'eccezione d'inadempimento, ai sensi degli artt. 1461 e 1460 c.c., oltre che a procedere alla risoluzione del rapporto negoziale. Nella pratica degli affari, invero, i fornitori agiscono sovente in tal senso. Per taluni contratti, tuttavia, sembra lecito dedurre, in ipotesi di invocazione dell'art. 1460 (v. Cass. 15.5.2012, n. 7550), che possa difettare il

presupposto della contestualità dei termini di adempimento (in genere nei contratti di durata come il leasing, di cui ci si sta occupando, il fornitore ha già eseguito la prestazione e deve limitarsi a consentire il godimento del bene o del servizio all'utilizzatore), come pure talvolta il rifiuto si manifesta contrario alla buona fede atteso che in presenza di determinati presupposti la controprestazione gode della prededucibilità.

Mentre la facoltà di sospendere la propria prestazione "in autotutela", ex art. 1461 c.c., non appare esercitabile allorché "sia prestata idonea garanzia"; e nel leasing, a mero titolo esemplificativo, la garanzia è costituita dalla proprietà del bene, che permane in capo al concedente. Di talché in siffatti negozi neppure questo rimedio risulterebbe esperibile.

Resta la risolubilità del rapporto (*post* concordato), la quale però - nei contratti ad esecuzione istantanea - darebbe origine a crediti risarcitori che, in virtù dell'efficacia retroattiva di cui all'art. 1458 permarrebbero puramente concorsuali e, come tali, soggetti all'abbattimento concordatario.

Nei rapporti di durata, invece, l'effetto estintivo non si estende alle prestazioni già eseguite, le quali, rimaste prive di corrispettivo, subiranno la falcidia, a differenza di quelle successive alla domanda di concordato, le quali saranno pagate integralmente per le ragioni sopra illustrate (G. Bonfante, *La nuova disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, www.ilfallimentarista.it, sez. Focus Speciale Decreto Sviluppo). Sul punto, però, relativamente ai contratti di leasing, si v. i paragrafi successivi sull'applicabilità e gli effetti dell'art. 1526 c.c. e delle clausole penali.

Al debitore residua uno strumento allo scopo di non creare debiti prededucibili derivanti da suoi inadempimenti di contratti pendenti: ed è quello oggi opportunamente fornito dall'art. 169-bis l.f., mediante la richiesta di autorizzazione allo scioglimento del rapporto, la quale, diversamente dal recente passato, conferisce certezza giuridica in ordine alla natura concorsuale della somma dovuta a titolo di indennizzo e commisurata al danno conseguente al mancato adempimento.

Anche nell'ipotesi in cui il contratto di leasing - preso qui in particolare riferimento avendo ad oggetto, in genere, importanti beni strumentali dell'impresa - sia rimasto inadempito da parte dell'utilizzatore e il concedente si sia avvalso della clausola risolutiva espressa (presente nella gran parte dei moduli contrattuali) prima del deposito del ricorso per concordato, la disciplina degli effetti derivanti dalla risoluzione comporta delle conseguenze di natura sia economica sia giuridica sulla proposta concordataria, che meritano un'apposita trattazione.

II. Il contratto di leasing

E' ben noto che il leasing, o locazione finanziaria, è, nell'ordinamento italiano, contratto atipico (dunque, non regolato *ex lege*, se non per alcuni profili, prevalentemente d'ordine tributario), "coniato" negli Stati Uniti d'America e "importato" in Europa negli anni Settanta. La ragione della "creazione" di questa figura contrattuale è da ravvisare nell'esigenza, per l'impresa, al contempo, di non immobilizzare il capitale occorrente all'acquisto di beni a rapida obsolescenza tecnologica e di poterne acquisire la disponibilità, anche in difetto delle risorse necessarie. In altre parole, all'origine della fattispecie vi è la concorrenza di due funzioni, di finanziamento e di godimento. Siccome contratto atipico, il leasing ha, da subito, posto alle corti il problema di stabilire quale fosse lo schema contrattuale di riferimento, nell'ordinamento positivo, al quale richiamarsi, in

via analogica, per colmare le lacune del regolamento pattizio e, prim'ancora, per verificare la liceità delle clausole del regolamento medesimo.

Tuttavia, ben presto il quadro si è complicato, perché il ricorso al leasing, nella prassi, si è rivolto verso tipologie di beni e di utenti diversi dagli originari: non più solo l'impresa, ma anche i consumatori; non più solo beni a rapida obsolescenza tecnologica, ma anche beni di consumo e beni durevoli nel tempo, anzi, persino passibili di un incremento di valore (ad es. gli immobili).

Si è giunti, per tal via, alla "tipizzazione" giurisprudenziale di due "sottotipi" o "articolazioni" del leasing: il leasing c.d. "di godimento" e il leasing c.d. "traslativo". A partire dal 1993, infatti, le Sezioni Unite della Cassazione hanno tracciato una linea di demarcazione tra: i) contratti di leasing in cui i canoni sono commisurati esattamente alla vita economica del bene e l'importo delle singole rate rappresenta il corrispettivo per il mero godimento (e la remunerazione del finanziamento erogato), con la conseguenza che l'esercizio dell'opzione d'acquisto (sempre prevista nei contratti di leasing), sebbene per un prezzo irrisorio, è una mera evenienza; e ii) contratti di leasing in cui il canone non è commisurato al godimento, siccome incorpora una quota del prezzo di acquisto (oltre a remunerare il capitale impiegato dal concedente), e la durata non è rapportata alla vita economica del bene (perché il bene è destinato a durare nel tempo), sì che il prezzo d'opzione non sarà affatto irrisorio, epperò largamente inferiore rispetto al valore di mercato del bene, con la conseguenza che l'esercizio dell'opzione potrà ritenersi, nel fisiologico svolgersi del rapporto, connotato da certezza (cfr. Cass., S.U., n. 65/1993).

La distinzione operata dalla Suprema Corte tra leasing di godimento e leasing traslativo ha immediate ricadute applicative in punto di applicabilità, in via analogica, della disciplina della locazione ovvero della vendita rateale con riserva della proprietà e, dunque, rispettivamente, in caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, dell'art. 1458 c.c., che disciplina gli effetti della risoluzione nei contratti di durata (ai quali, naturalmente, vanno ricondotti i contratti di godimento), ovvero dell'art. 1526 c.c., che regola gli effetti della risoluzione nei contratti di vendita con riserva della proprietà (ancora Cass., S.U., n. 65/1993: *"a questo nuovo tipo di locazione finanziaria [leasing traslativo] si è negata la natura di contratto ad esecuzione continuata o periodica e si è ritenuto, quindi, inapplicabile il regime dell'art. 1458, 1° comma, seconda ipotesi, non essendo in esso ravvisabile quella perfetta corrispettività a coppie delle prestazioni reciproche e periodiche che caratterizzano invece il leasing tradizionale [leasing di godimento], poiché tali prestazioni non solo non sono separabili giuridicamente ed economicamente dalle precedenti e dalle successive, ma non realizzano costantemente, durante la vita del rapporto, l'equilibrio sinallagmatico tra prestazione e controprestazione, costituendo ciascun canone il corrispettivo sia della concessione in godimento, per la parte già eseguita fino al momento della risoluzione, sia del previsto trasferimento della proprietà del bene, sicché non sussiste equivalenza delle posizioni delle parti al momento dell'anticipata risoluzione del rapporto e difetta quindi il presupposto essenziale per l'applicazione della disciplina dell'art. 1458 citato"*).

L'applicazione, al(la risoluzione del) leasing di godimento, della prima disciplina importa la salvezza dei canoni versati; l'applicazione, al(la risoluzione del) leasing traslativo, della seconda, il diritto a ripetizione dei canoni corrisposti, salvo il versamento, da parte dell'acquirente inadempiente, di un equo compenso (che, nella vendita con riservato dominio, dovrebbe remunerare il godimento della res) e il risarcimento del danno. Quanto al danno risarcibile, peraltro, il contratto di vendita può stabilire – secondo la previsione del secondo comma dell'art. 1526 – che le rate versate restino acquisite al venditore a titolo di "indennità", nel qual caso essa può essere giudizialmente ridotta.

Giova subito chiarire, a tale ultimo riguardo, che l'“indennità” di cui fa parola l'art. 1526, comma 2, è ipotesi applicativa della generale fattispecie di cui all'art. 1382 c.c., vale a dire la clausola penale, attraverso cui si liquida forfetariamente ex ante (i.e. al tempo della stipulazione del contratto) il danno da inadempimento.

III. ... e gli effetti dell'avvenuta risoluzione del contratto: determinazione del danno risarcibile

Dunque – limitando l'attenzione al leasing traslativo, in quanto ben più frequente nella pratica –, intervenuta (*recte*, comunicata, in forza di clausola risolutiva espressa) la risoluzione, trova applicazione analogica il meccanismo riequilibratore delle prestazioni previsto nella disciplina della vendita con riserva della proprietà, di cui all'art. 1526 cod. civ. (espressione di un principio generale dell'ordinamento, volto ad evitare l'ingiustificato arricchimento della parte che ha predisposto il regolamento convenzionale (Cass. n. 4969/2007). Pertanto, il concedente, oltre alla restituzione del bene: 1) avrà diritto ad un equo compenso, che, nel leasing, viene a rifondere non solo il godimento del bene, ma anche il deprezzamento per la non commerciabilità di esso come nuovo (quantunque, con riguardo agli immobili, questa “voce” appaia difficilmente riscontrabile; altro è a dirsi, ad es., per il leasing di autovetture) e per il normale logoramento dipendente dall'uso (cfr., per una concreta determinazione dell'importo dell'equo compenso, Cass. n. 575/2005, che richiama la precedente Cass. n. 9161/2002 e così statuisce: “la Corte ha indicato a cosa devono corrispondere, da un lato l'equo compenso, dall'altro il risarcimento del danno, l'equo compenso comprende la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo, il logoramento per l'uso; non comprende invece, il risarcimento del danno che può derivare da un deterioramento anormale della cosa né comprende il mancato guadagno”); 2) avrà, altresì, diritto al risarcimento del danno e, di contro, 3) avrà l'obbligo di restituire i canoni percepiti fino a quella data (poiché, come rilevato, non trova applicazione l'art. 1458 cod. civ.).

Non sono, peraltro, mancate opinioni difformi, che, muovendo dalla novellazione della legge fallimentare, con l'introduzione dell'art. 72-*quater*, circa gli effetti dello scioglimento del contratto di leasing in caso di fallimento dell'utilizzatore, hanno ritenuto di poter argomentare il superamento della distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo.

Per celerità di lettura, giova riportare il comma 2 dell'art. 72-*quater* l.f.: “In caso di scioglimento del contratto, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene stesso avvenute a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale; per le somme già riscosse si applica l'articolo 67, terzo comma, lettera a)” e, dunque, le rate versate sono definitivamente acquisite al concedente, non essendo passibili di revocatoria fallimentare. Peraltro, precisa il comma 3, che “il concedente ha diritto ad insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e quanto ricavato dalla nuova allocazione del bene”.

E' manifesto che le disposizioni ora riportate non tracciano alcuna distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo, pur se, in ragione dell'ultraventennale consolidato orientamento giurisprudenziale, deve ritenersi che quella distinzione fosse ben presente al legislatore. In considerazione di ciò, parte della dottrina e taluni giudici di merito (v. Trib. Torino, 23.4.2012, n. 1241, in Fall., 2013, 229; Trib. Udine, 10.2.2012 e Trib. Treviso, 6.5.2011, in www.ilcaso.it) hanno suggerito l'applicazione analogica della disciplina fallimentare (art. 72-*quater*) anche alle ipotesi di risoluzione del contratto di leasing al di fuori del fallimento, sostenendo il superamento della predetta distinzione e la

necessità di far capo ad una disciplina unitaria, posto che l'applicazione delle clausole contrattuali contemplanti i diritti del concedente di ritenere i canoni versati e di pretendere il pagamento di quelli insoluti e a scadere – in attuazione delle penali pattuite –, con il bilanciamento del rimborso all'utilizzatore del ricavo netto dall'allocazione del bene, consente di assimilare la regolamentazione convenzionale a quella introdotta dalla legge fallimentare).

In particolare, il legislatore della novella fallimentare ha voluto: (i) distinguere la specifica disciplina (art. 72-*quater*) relativa allo scioglimento del curatore dal contratto di leasing finanziario, da quella (art. 73) relativa allo scioglimento dal differente contratto di vendita con riserva di proprietà (ricalcando solo per quest'ultima il tenore letterale dell'art. 1526 previsto per la risoluzione); (ii) introdurre testualmente (art. 72-*quater*, comma 2) l'accezione prettamente finanziaria di "credito residuo in linea capitale"; (iii) eliminare totalmente, dal comma 4 dell'art. 72-*quater*, l'originario riferimento al contratto di locazione finanziaria "a carattere traslativo".

Tale ricostruzione, però, per quanto suggestiva, non convince la maggioranza degli interpreti, ad avviso dei quali la regolamentazione fallimentare inerisce solo a fattispecie di natura concorsuale, allorché si debbano disciplinare gli effetti di un rapporto contrattuale in corso alla data del fallimento, senza pretese di carattere sistematico (per tutti, Buonocore, *La locazione finanziaria, Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2008; E. Frascaroli Santi, *I problemi della revocatoria del contratto di leasing*, Fall., 2013, 464; ma v. anche, in termini di contro dubitativi, Riva, *Leasing di godimento v. leasing traslativo: debolezze di una dicotomia*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2011, 587).

Essa, tuttavia, fornisce utili indicazioni di raffronto circa l'equilibrio (economico e normativo) raggiungibile tra le opposte pretese in ordine ad un'equa distribuzione del valore del bene oggetto del leasing.

IV. ...l'applicazione della clausola penale

Premesse le superiori notazioni d'ordine generale, si può, ora, affrontare (attraverso l'esame dei modelli contrattuali comunemente invalsi nella prassi) la funzione e l'applicazione concreta della clausola penale, sempre nell'ambito degli effetti della risoluzione del leasing per inadempimento dell'utilizzatore.

In tutti i modelli si prevede invero: a) che i canoni scaduti (indipendentemente dalla circostanza che siano stati pagati, o non) restino acquisiti al concedente (e, dunque, se non versati, vadano immediatamente corrisposti); b) che sia in "facoltà" del concedente richiedere, a titolo di "indennità", il pagamento dei canoni a scadere, nonché del prezzo d'opzione, previa attualizzazione dei relativi importi. In tale evenienza, inoltre, l'(ex) utilizzatore avrà diritto a vedersi accreditare, al netto dei costi all'uopo occorrenti, il ricavato della vendita dell'immobile sul mercato.

Procedendo con ordine e rammentando quanto rilevato in precedenza, la prima previsione (obbligazione, subito esigibile, di versare i canoni scaduti, con ritenzione di quelli percetti) va qualificata come clausola penale. La ragione della distinzione delle due fattispecie, nei modelli contrattuali, può forse ravvisarsi nel non riuscito tentativo delle società di leasing di considerare il diritto alla ritenzione dei canoni scaduti quale corrispettivo del godimento del bene, dunque, con implicito richiamo alla norma dell'art. 1458 c.c.. Tentativo non riuscito, perché – lo si è rimarcato a più riprese – al leasing traslativo si applica l'art. 1526, comma 2, di talché la penale, pari alle rate versate (ma nei

contratti si stabilisce che essa è pari alle rate scadute), resta acquisita al venditore, salva riduzione giudiziale, come per qualsiasi penale, d'altronde.

Anche la seconda previsione (pagamento dei canoni a scadere e dell'opzione), va ricondotta alla clausola penale di cui all'art. 1384 c.c. (di cui l'art. 1526, comma 2, costituisce fattispecie applicativa). Vi è una peculiarità, tuttavia, e cioè che il diritto al risarcimento del danno, *sub specie* di penale, dipende, in questo caso, dalla richiesta del concedente. Si potrà discutere se la richiesta del concedente sia evento condizionante l'insorgenza del diritto ovvero presupposto di esigibilità di un diritto (al risarcimento del danno) venuto ad esistenza per effetto dell'inadempimento: in ogni caso, in difetto di richiesta del concedente, non vi sarà, in capo all'utilizzatore, alcuna obbligazione immediatamente esigibile (quand'anche sia venuta ad esistenza). Qualora, però, la richiesta venga formulata, allora l'utilizzatore avrà diritto all'accreditamento del ricavato dalla vendita dell'immobile; previsione che consente di svolgere due considerazioni: i) la richiesta del concedente impone a quest'ultimo di avviare immediatamente le operazioni di alienazione dell'immobile, pur se trattasi di obbligazione non espressamente regolata (per il vero, può anche immaginarsi che il concedente decida di non vendere il cespite, nel qual caso, necessariamente, il valore di riferimento, da accreditare, diverrà quello periziato al tempo della risoluzione del contratto – anche ai fini della stipula di un nuovo contratto di leasing – e si realizzeranno anche i presupposti di liquidità ed esigibilità di cui al punto successivo); ii) il credito dell'utilizzatore riveniente dalla vendita del bene diviene certo a seguito della richiesta della penale, ma non può propriamente dirsi liquido ed esigibile, perché liquidità ed esigibilità sono funzione della vendita effettiva.

La Corte di Cassazione, specie a partire dall'inizio dello scorso decennio, ha cominciato a dedicare crescente attenzione alle clausole penali pattuite nei contratti di leasing. Se può dirsi pacifica, in tesi generale, l'affermazione per cui la risoluzione del leasing (traslativo) importa l'obbligo, per il concedente, di restituire i canoni riscossi e, per l'utilizzatore, di riconsegnare il bene, corrispondere l'equo compenso (che, unitamente al valore residuo del bene, dovrebbe consentire di rifondere il capitale investito (così Cass. n. 4969/2007; Cass. n. 1936/2010) e risarcire il danno (Cfr., *e plurimis*, Cass. n. 73/2010; Cass. n. 18195/07), meno pacifica, almeno a seguire un recentissimo orientamento della Suprema Corte (Cass. n. 19732/2011), è la "sorte" della posta risarcitoria, se preventivamente liquidata, com'è prassi, attraverso una clausola penale (dovendosi rammentare che essa abitualmente si articola in una duplicità di previsioni, a seconda che abbia riguardo ai canoni scaduti ovvero ai canoni a scadere e al prezzo di riscatto).

Ad avviso dei giudici di legittimità, infatti, la clausola contenente la previsione dell'obbligo di pagamento dei canoni futuri (maggiorati del prezzo d'opzione o di riscatto che dir si voglia) sarebbe nulla per violazione della norma imperativa dell'art. 1526. "*Il concedente [si legge in Cass. n. 19732/2011], in caso di risoluzione contrattuale, mantenendo la proprietà del bene ed acquisendo i canoni maturati fino al momento della risoluzione, non può e non deve conseguire un indebito vantaggio derivante da un cumulo di utilità (somma dei canoni e valore residuo del bene) in contrasto con lo specifico dato normativo di cui all'art. 1526 c.c.*", dove, addirittura, parrebbe adombrarsi la nullità anche della (parte della) penale relativa ai canoni versati.

Quest'ultima evenienza pare recisamente da escludersi, sol che si abbiano a coordinare il primo e il secondo comma dell'art. 1526 c.c.: ne discende che il danno risarcibile ben può essere forfetariamente determinato attraverso una penale consistente ne(l(la ritenzione de)i canoni versati, che, quindi, non andranno restituiti. Piuttosto, è la

penale relativa ai canoni a scadere e al prezzo di riscatto a non trovare fondamento nell'art. 1526, specie nel secondo comma, e – ma solo ad una lettura superficiale – a far sorgere l'interrogativo circa la nullità di essa per contrasto con la richiamata disposizione: tuttavia, se di questa potenziale previsione pattizia non si rinviene traccia nel secondo comma dell'art. 1526 è perché essa sarebbe vuota di significato nella vendita con riservato dominio. Risoltasi, infatti, la compravendita per inadempimento dell'acquirente, il venditore, che mai ha dismesso la proprietà del bene, si libera dal vincolo della prospettiva traslazione del dominio; il diritto di proprietà sul bene, in altre parole, non assolve a quella funzione di garanzia della restituzione del finanziamento a cui, viceversa, assolve, nel leasing, l'attribuzione al concedente del diritto di proprietà. Appare, dunque, evidente, da un canto, che la (ri)vendita del bene da parte del proprietario, dopo la risoluzione per altrui inadempimento, è un'evenienza rimessa alla libera scelta di questo, tale da non poter incidere sull'entità del danno risarcibile; dall'altro, e di conseguenza, che sarebbe manifestamente sovradimensionata, rispetto al potenziale danno sofferto, una penale che prevedesse il pagamento dell'intero prezzo a beneficio del venditore, in quanto rimasto proprietario del bene.

Vero è che il concedente, come qualsiasi parte non inadempiente, ha diritto al ristoro del danno sofferto, nelle tradizionali componenti del danno emergente (la diminuzione patrimoniale sofferta) e del lucro cessante (il mancato guadagno). Più in particolare, al concedente dev'essere assicurato un utile non inferiore a quello atteso dalla regolare esecuzione del contratto, rapportato al tempo in cui il capitale è stato impiegato. Questo, peraltro, non significa che il risarcimento del danno vada, necessariamente, commisurato all'intera differenza occorrente a raggiungere il guadagno atteso, perché la restituzione anticipata del bene si traduce (*recte*, può tradursi) in un utile per il concedente, che va detratto dalla somma che l'utilizzatore avrebbe dovuto ancora versare, ove fosse proseguito il rapporto (così Cass. n. 73/2010 e Cass. n. 574/2010).

Se quanto precede è indubitabile, perché piana applicazione dei principi generali in tema di risarcimento del danno, e se l'art. 1526 "*costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento, volto ad evitare l'ingiustificato arricchimento di quella parte che ha predisposto il regolamento convenzionale*" (Cass. n. 4969/2007), non v'è alcuna ragione di predicare la nullità della clausola penale dei modelli contrattuali di leasing oggetto di esame. In essi, infatti, non v'è rischio di indebita locupletazione del concedente ai danni dell'utilizzatore, dal momento che quest'ultimo ha diritto a vedersi accreditare il netto ricavo riveniente dalla vendita del bene (arg. da Cass. n. 23620/2012).

Piuttosto – anche avendo riguardo a possibili costi sostenuti dall'utilizzatore, i quali, incrementando il valore immobiliare, restino acquisiti al concedente (si pensi al caso di interventi di completamento strutturale o di radicale ristrutturazione del cespite) – occorrerà interrogarsi se la penale nel concreto applicata all'utilizzatore inadempiente debba ritenersi manifestamente eccessiva. La valutazione, in specie, andrà condotta "*sul piano dell'equilibrio delle prestazioni, con riferimento al margine di guadagno che il concedente si riprometteva di trarre dall'esecuzione del contratto*" (così Cass. n. 4969/2007; Cass. n. 4209/2001). Troverà, in altre parole, applicazione la norma dell'art. 1384 c.c. laddove si prevede che la penale, ove manifestamente eccessiva avuto riguardo all'interesse del creditore all'adempimento, può essere ridotta dal giudice (anche *ex officio*, dopo l'arresto delle Sezioni Unite n. 18128/2005). La valutazione in ordine alla manifesta eccessività, giova ancora aggiungere, avrà come limite massimo del danno risarcibile la differenza tra il valore complessivo del contratto di leasing – che in sé, giocoforza, incorpora l'utile

dell'operazione per il concedente – e il valore di mercato del bene, definitivamente acquisito al patrimonio del concedente medesimo per effetto della risoluzione del contratto.

V. La corretta qualificazione del debito nel concordato preventivo

Un'ultima notazione merita l'eventuale accantonamento di un fondo rischi, nella prospettiva dell'accesso dell'impresa utilizzatrice alla procedura di risanamento di cui all'art. 160 l.f.. In particolare, giova chiedersi se le somme accantonate a tale titolo (penali da leasing o altro, ad es., contenziosi passivi) vadano considerate, o non, quali debiti concorsuali soggetti a falcidia, atteso che la relativa richiesta potrebbe avverarsi dopo il deposito della domanda di concordato.

Per il vero, il rischio del pagamento della penale è differente dal rischio di soccombenza in un contenzioso passivo, in quanto, nel primo caso, si è dinanzi ad un c.d. "credito condizionale" (dipendendo, quel credito, dalla richiesta del concedente), mentre, nel secondo, si è dinanzi ad un c.d. "credito contestato". Ora, per quanto concerne i crediti contestati, sulla scorta dell'art. 176 l.f. si ritiene che essi debbano conteggiarsi nel totale della debitoria – ai fini del voto – in base alla fondatezza *prima facie* delle contestazioni del debitore (salvo successivo giudizio ordinario di accertamento; il piano, poi, in punto di fattibilità, dovrà prevedere risorse a servizio di quel rischio), al fine di evitare condotte opportunistiche, che possano alterare la determinazione del monte crediti (cfr. S. Ambrosini, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, 50).

Diversamente dai crediti in contenzioso, tuttavia, il rischio della passività da penale non presenta margini di incertezza, se non in quanto l'attualità di questa posta dipende dalla relativa richiesta da parte del concedente. Appare, peraltro, possibile annoverarla tra i debiti condizionali, che comunque, a termini dell'art. 55, partecipano al concorso e dunque votano.

Occorre, infine, precisare che, seppure la richiesta di pagamento della penale da parte del *lessor* pervenisse successivamente alla pubblicazione del ricorso per c.p. nel registro delle imprese, il presupposto genetico (ossia la comunicazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa) sarebbe anteriore e, come tale, il credito concorsuale verrebbe falcidiato a norma dell'art. 184 l.f.. Qualora, invece, l'inadempimento dell'utilizzatore si verificasse dopo il deposito della domanda di concordato, la risoluzione del contratto – fermi gli effetti esaminati sopra e nei precedenti paragrafi e richiamata la c.d. scindibilità delle prestazioni – darebbe luogo a debiti extraconcorsuali (da soddisfare integralmente) per quelle non eseguite in quella frazione temporale della procedura, a differenza di quelle antecedenti. Naturalmente in simili circostanze non avrebbe ragione di applicarsi la disposizione dell'art. 45 l.f., cui rinvia l'art. 169 per il concordato, in quanto non si tratta di opporre formalità ai creditori concorrenti, bensì del legittimo esercizio di un diritto del creditore danneggiato.