

Il leasing



Prof. Avv. Francesco Caputo Nassetti
Corso di *Diritto Bancario*
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Ferrara

Avvertenza

- ❖ Il contenuto di questo documento presuppone la lettura e lo studio della materia trattata ed ha il solo scopo di riassumere i principali temi di analisi.
- ❖ Le informazioni contenute sono necessariamente sommarie e incomplete.

Indice

- ◆ La struttura del contratto
- ◆ Leasing finanziario ed operativo nel settore pubblico
- ◆ La natura del contratto
- ◆ Le clausole di esonero da responsabilità
- ◆ La risoluzione del contratto
- ◆ Il leasing nel tub
- ◆ Il leasing immobiliare
- ◆ Aspetti di disciplina fallimentare

La struttura del contratto

- L'art. 17, l. 183/76 contiene una definizione generale ed astratta del contratto: “per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta o indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati, al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito....”
- Necessità di un bene in godimento; impegno del concedente a reperirlo presso un fornitore; per il godimento l'utilizzatore paga un canone periodico il cui valore comprende il valore del bene; al termine del contratto l'utilizzatore può restituire il bene, ottenere una proroga, acquistare il bene.

Leasing finanziario ed operativo nel settore pubblico (1/4)

- Le operazioni di Partenariato Pubblico Privato (“PPP”) rappresentano oltre al 30% del mercato delle opere pubbliche.
- La PA non effettua pagamenti a favore della società che realizza l'opera. E' il caso in cui la società costruisce e gestisce un'infrastruttura pubblica e finanzia i relativi costi facendo gravare gli oneri sugli utenti. In questo caso la PA non effettua pagamenti in denaro o in natura e laddove siano stati trasferiti i principali rischi e benefici dell'operazione al soggetto privato, l'infrastruttura dovrebbe essere registrata nei conti patrimoniali della società concessionaria o di leasing, senza nessuna incidenza sui conti pubblici. Si tratta di “**opere calde**”.

...segue

Leasing finanziario ed operativo nel settore pubblico (2/4)

- La PA effettua periodicamente pagamenti a favore della società che realizza l'opera. E' il caso in cui la PA stipula un contratto con una società per la costruzione di un'infrastruttura utilizzata per fornire servizi, nel rispetto delle specifiche e degli standard stabiliti dalla stessa amministrazione, che costituiscono una spesa per consumi finali delle amministrazioni pubbliche. In questi casi la PA si impegna a versare regolarmente un certo importo alla società per tutta la durata del contratto e può anche essere previsto il trasferimento della proprietà giuridica dell'infrastruttura dalla società alla PA. Il criterio principale da utilizzare ai fini della determinazione della rappresentazione contabile delle operazioni realizzate è il criterio dei "rischi e benefici". Si tratta di **"opere tiepide o fredde"**.

...segue

Leasing finanziario ed operativo nel settore pubblico (3/4)

- Nel caso di rischi e benefici che gravano sulla società (trattamento contabile assimilabile al **leasing operativo**), sul bilancio pubblico avranno incidenza solo i pagamenti periodici e l'eventuale prezzo pagato per il trasferimento dell'opera alla fine del contratto. Solo nel caso di riscatto l'opera sarà iscritta nel conto del patrimonio dell'amministrazione come "investimenti fissi lordi" in contropartita del conto "Altri trasferimenti in conto capitale" e non si produrranno effetti sull'indebitamento della PA.
- Nel caso di rischi e benefici che gravano sulla PA (trattamento contabile assimilabile al **leasing finanziario**), l'infrastruttura realizzata è iscritta nei conti patrimoniali della PA tra gli investimenti fissi lordi ed incide sull'indebitamento essendo registrato, in contropartita, un debito di pari importo. In questo caso i canoni connessi alla gestione pagati dalla PA dovranno essere distinti nella quota di rimborso del debito (quota capitale) e nella remunerazione per la società concessionaria o di leasing (quota interessi) che inciderà sulla spesa corrente per interessi.

...segue

Leasing finanziario ed operativo nel settore pubblico

(4/4)

- Il rischio di costruzione (*construction risk*) copre notoriamente eventi quali: il ritardo nei tempi di consegna, il mancato rispetto degli standard di progetto, l'aumento di costi in corso d'opera, gli inconvenienti di tipo tecnico nell'opera, il mancato completamento dell'opera, ecc.
- Il rischio di disponibilità (*availability risk*) è legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità. Affinché il rischio sia effettivamente trasferito è necessario che i pagamenti pubblici siano correlati all'effettivo grado di disponibilità fornito dal privato, al loro volume e secondo la qualità predeterminata, in applicazione del principio del take-and-pay.
- Il rischio di domanda (*risk on demand*) si origina dalla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato dal concessionario dell'infrastruttura. Tale variabilità risulta, invece, dipendente da altri fattori, quali per esempio la presenza di alternative più convenienti per gli utenti: il ciclo di business, nuove tendenze del mercato, ecc.

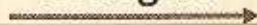
La natura del contratto

- Una lunga disputa dottrinale e giurisprudenziale ha portato a rappresentare il leasing come contratto atipico, meritevole di tutela giuridica, ma numerose incertezze tutt'ora sussistono.
- Integrazione del contratto: **1)** se prevale lo scambio tra godimento del bene e canone la causa si avvicina alla **locazione**; **2)** se prevale la finalità traslativa il contratto è assimilabile alla **vendita con riserva di proprietà**; **3)** se prevale l'aspetto finanziario (il totale dei canoni corrisponde al rimborso di un finanziamento) è assimilabile al **mutuo**.
- La presenza del contratto tra concedente e fornitore pone il quesito se il contratto è una fattispecie trilaterale complessa o, piuttosto, se si tratta di un collegamento negoziale tra due contratti. In giurisprudenza sono state affermate entrambe le tesi.
- Non appare necessario assimilare il leasing ad una figura tipica. E' la volontà delle parti che porta a definire i contenuti del contratto alla luce degli scopi perseguiti determinando la prevalente natura del contratto (locazione, vendita con riserva di proprietà, mutuo; fattispecie unica o collegamento negoziale, traslativo od operativo....).

Le clausole di esonero della responsabilità (1/2)

- Essendo atipico il contratto le società di leasing tendono ad inserire varie clausole di esonero di responsabilità a loro favore.
- **Mancata o ritardata consegna del bene:** è stato sostenuto che la consegna della cosa non costituisce oggetto dell'obbligazione assunta dal concedente e che non esiste corrispettività tra consegna e pagamento dei canoni, in quanto l'impegno del concedente sarebbe limitato all'impiego del capitale per l'acquisto del bene. Altra giurisprudenza ha affermato la nullità di tale clausola in quanto la causa di scambio (e non di finanziamento) si concreta tra pagamento del canone e godimento del bene che il concedente ha l'obbligo di procurare. Conseguentemente, l'utilizzatore ha il diritto di sospendere i pagamenti del canone per impossibilità sopravvenuta non imputabile (ex art. 1463 cc).
- **Vizi della cosa fornita:** la cassazione ha riconosciuto **all'utilizzatore la legittimazione a fare valere direttamente nei confronti del fornitore tutte le azioni tese all'adempimento del contratto di fornitura ed al risarcimento del danno**, anche in assenza di specifiche clausole nel contratto di leasing. In tal caso non potrebbe sospendere il pagamento dei canoni.

...segue



Le clausole di esonero della responsabilità (2/2)

- **Perdita della cosa fornita per causa non imputabile all'utilizzatore:** se il leasing è considerato **traslativo il rischio di perimento** (anche per caso fortuito o forza maggiore) **è dell'utilizzatore** (similmente nella vendita a rate la proprietà passa con il pagamento dell'ultima rata). Il concedente ha diritto di ricevere i canoni al netto dell'indennizzo assicurativo. L'utilizzatore ha azione nei confronti del terzo danneggiante ex art. 2043 cc.
- Se l'utilizzatore è un consumatore (l. 52/96, d.lgs 206/05 Codice del consumo, art. 33) diverse clausole di imputazione dei rischi sopra citate possono essere considerate inefficaci se determinano un notevole squilibrio nel rapporto contrattuale. Ad esempio: clausole che a) in caso di perdita del bene l'utilizzatore deve continuare a pagare il canone, b) in caso di risoluzione anticipata del leasing il concedente può trattenere i canoni ricevuti e pretendere quelli a scadere, c) attribuiscono al concedente il diritto incondizionato di chiedere variazioni di prezzo, d) attribuiscono al concedente la facoltà di recedere senza che tale analoga facoltà spetti all'utilizzatore.

La risoluzione del contratto

- I contratti di leasing contengono una clausola risolutiva espressa - ritenuta legittima - che consente la risoluzione automatica nel caso di mancato pagamento anche di un solo canone (non si ritiene applicabile l'art. 1525 cc).
- Quid iuris dei **canoni pagati fino alla risoluzione**? Se leasing di **godimento** si ritiene applicabile l'art. 1458 cc con conseguente **diritto di trattenere i canoni pagati** (per il godimento ottenuto), mentre **se traslativo** si ritiene applicabile l'art. 1526 cc e conseguentemente il concedente **dovrà restituire i canoni percepiti al netto di un equo compenso** (il bene rimane del concedente e non passa in proprietà all'utilizzatore).
- Se un leasing di godimento prevede il pagamento dei canoni a scadere questi hanno natura di penale e l'utilizzatore può chiederne la riduzione ai sensi dell'art. 1384 cc. L'importo dei canoni a scadere deve essere al netto dei proventi della vendita del bene da parte del concedente e della componente di interessi maturandi.

Il leasing nel tub

- L'art. 1, ii comma, lett. F, n. 3 elenca il "leasing finanziario" tra le "attività ammesse al mutuo riconoscimento". Nel tub non vi è menzione alcuna del leasing operativo (svolto dal produttore/fornitore del bene). Con dm 29/09 (emesso in attuazione dell'art. 106 tub) vengono ricomprese tra le attività finanziarie le "locazioni finanziarie" eliminando ogni dubbio sulla riserva di attività in merito al leasing.

Il leasing immobiliare

- Gli immobili tendono a rivalutarsi nel tempo e, pertanto, al termine del contratto di leasing il prezzo dell'opzione di acquisto tende ad essere notevolmente inferiore al valore del bene accentuando la funzione traslativa del contratto.
- **Sale and lease back:** applicabilità divieto di patto commissorio (art. 2744 cc) se viene ricostruito come mutuo con garanzia atipica. La giurisprudenza ritiene valido il lease back, salvo che sia provato lo scopo di garanzia (il che può risultare dalla situazione creditoria preesistente, dalla sproporzione tra prezzo e valore di mercato del bene, dalla situazione economica del venditore...).
- Se il lease back ha funzione traslativa dovrebbe applicarsi l'art. 1526 cc che comporta la restituzione dei canoni ricevuti in caso di risoluzione anticipata. La presenza di tale clausola esclude la violazione del patto commissorio. Inoltre, si ritiene l'applicazione dell'art. 1526 imperativa e le clausole contrarie nulle.

Aspetti di disciplina fallimentare (1/2)

- Art. 72-quater l.f.: in caso di fallimento dell'utilizzatore il contratto di leasing rimane **sospeso** fino a quando il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, opta per il subentro o lo scioglimento. Durante la sospensione il concedente può mettere in mora il curatore facendogli assegnare dal giudice un termine (max 60 giorni) decorso il quale si intende risolto. Se il curatore subentra deve pagare in prededuzione i canoni scaduti e a scadere.
- La sospensione non si applica in caso di esercizio provvisorio dell'impresa utilizzatrice fallita.
- In caso di scioglimento conseguente al fallimento dell'utilizzatore, il concedente ha diritto alla restituzione del bene, ma deve versare l'eventuale arricchimento, cioè la differenza tra il valore ricavato dalla vendita o dal nuovo leasing e la somma dei canoni non pagati. Se, invece, residua un credito a favore del concedente questo si insinua nel passivo e viene pagato in moneta fallimentare. La ratio legis è di consentire al concedente di recuperare la somma messa a disposizione per acquisire il bene e nulla più.

...segue

Aspetti di disciplina fallimentare (2/2)

- I canoni pagati sono esenti da revocatoria.
- Il contratto di leasing può essere revocato ex art. 67, i comma, se concluso entro l'anno anteriore al fallimento e accusi una sproporzione superiore ad un quarto tra valore del bene e somma dei canoni e importo riscatto. Può essere revocato ex art. 67, ii comma, se concluso entro i sei mesi anteriori e il curatore dimostri la conoscenza dello stato di insolvenza. In caso di successo della revocatoria il concedente deve restituire tutti i canoni e il curatore il bene.
- In caso di risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore di un leasing traslativo, il concedente ha diritto solo ad un equo compenso per l'uso del bene, ma tale compenso può essere inferiore alla somma messa a disposizione per acquistare il bene.
- In caso di fallimento del concedente è prevista l'automatica prosecuzione del contratto.
- E' revocabile il contratto di leasing con la conseguenza che il curatore deve pagare in moneta fallimentare i canoni ricevuti.