

Civile Ord. Sez. 3 Num. 8603 Anno 2022

Presidente: RUBINO LINA

Relatore: CRICENTI GIUSEPPE

Data pubblicazione: 16/03/2022

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso iscritto al n. 3402-2019 R.G. proposto da

Aquileia Capital Service srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, via Savoia, 72 presso lo studio dell'avv. Gianluca Moriani che la rappresenta e difende unitamente all'avv. Ciro Carano;

- *ricorrente* -

contro

RPS Electronics snc di Rizzi Gabriele & C., Gabriele Rizzi, Valetter Rigon, Loris Rigon, Daniel Paluello, Marco Sartore, elettivamente domiciliati in Roma, via Vincenzo Monti, n. 29, presso lo studio dell'avv. Filippo Papa e

rappresentati e difesi dall'avv. Rossana Russi;

– controricorrenti –

avverso la sentenza della Corte di Appello di Trieste n. 751/ 2018, depositata il 19/12/ 2018;

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 9.2.2022 dal Consigliere GIUSEPPE CRICENTI

La Corte osserva quanto segue.

1.-La società RPS Electric SRL stipulava con la società Hypo Alpe Adria Bank SPA, ora Aquileia Capital service SRL, un contratto di locazione finanziaria di immobile da costruire, nel quale la valuta di riferimento, ai fini della determinazione del valore dell'operazione, era stata stabilita nel franco svizzero, ma con previsione di pagamento del canone in euro. Il contratto conteneva una clausola di indicizzazione dei canoni ancorata a due parametri: il *Libor* CFH, riscontrato ogni tre mesi, ed il cambio franchi svizzeri- euro. Le variazioni di quei due parametri (Libor e cambio tra le due valute) non incidevano sul canone, il cui ammontare rimaneva sempre lo stesso, ma determinavano guadagni e perdite di ciascuna delle parti, da regolare a parte e con diversa periodicità per il concedente e per l'utilizzatore.

Poiché la società RPS si rendeva inadempiente all'obbligo di pagamento di alcuni canoni, la società concedente, Aquileia, otteneva decreto ingiuntivo dal Tribunale di Udine, che veniva opposto dalla società RPS.

2.-Il Tribunale di Udine accoglieva l'opposizione, dopo aver espletato consulenza tecnica sugli aspetti finanziari del contratto di leasing in essere fra le parti; riteneva che la clausola di indicizzazione dei canoni così come concepita costituisse uno strumento finanziario speculativo, e che dunque la società convenuta avesse violato le norme sugli obblighi dell'intermediario finanziario che impongono a quest'ultimo di dare adeguata informazione al cliente circa le caratteristiche dei prodotti proposti.

2. 1 - La Corte di appello di Trieste rigettava l'appello di Aquileia e confermava la decisione del giudice di prime cure, osservando come la clausola di 'rischio

L.R.

[Signature]

cambio', particolarmente complessa, e quasi inintelligibile nella sua formulazione, avrebbe dovuto svolgere la funzione di ottenere l'equivalenza finanziaria di un contratto stipulato direttamente in valuta estera, ma risultava in effetti avere funzione puramente speculativa, incompatibile con le effettive necessità di un contratto di leasing, nel quale introduceva tra l'altro un elemento di squilibrio tra le parti.

3.- Avverso tale decisione la società Aquileia ha proposto ricorso con due motivi. La società società RPS ha contraddetto con relativo controricorso.

4.- Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 1362, 1363, 1366, 1367 e 1371 del codice civile oltre che dell'articolo 1 legge numero 58 del 1998, nonché l'omesso esame di fatti decisivi e rilevanti. La ricorrente contesta ai giudici di merito di aver letto e interpretato la clausola sul cambio fuori dal contesto contrattuale, e dunque come fosse una clausola autonoma e a sé stante, senza tener conto della comune intenzione delle parti e del loro comportamento complessivo.

Secondo la ricorrente, infatti, un corretto uso dei criteri ermeneutici suddetti avrebbe portato a comprendere come la reale intenzione delle parti fosse di strutturare l'operazione in valuta estera, e non già in valuta nazionale, ed evidenzia che, esaminando la fattispecie nei termini corretti, le clausole di indicizzazione si rivelavano più semplicemente come normali clausole, diffuse nella prassi bancaria in un rapporto acceso in divisa estera a tassi variabili da un residente in area euro che pertanto pagava in valuta nazionale; che comunque quella clausola non poteva avere natura di strumento finanziario derivato in quanto la differenziabilità che essa creava era solo finanziaria, e non già derivativa, nel senso che non mirava a far lucrare ad una delle parti solo il differenziale registrato sulle differenze di valore ma mirava semmai a precisarlo. Inoltre, osserva la ricorrente, requisito precipuo del contratto derivato è l'autonomia rispetto al contratto ospite, nel senso che esso diventa scorporabile da quest'ultimo e autonomamente negoziabile sui mercati finanziari: caratteristiche entrambe assenti nella stipulazione in questione.

5.- Con il secondo motivo, invece, la ricorrente fa valere la violazione dell'articolo 1322, secondo comma, del codice civile oltre che l'omesso esame di fatti rilevanti

L. R.

Fisch

e controversi: si osserva cioè che la clausola in esame non rientra in alcuna delle ipotesi di immeritevolezza del contratto atipico individuate da questa Corte nei suoi precedenti, ed in particolare non pone le parti in una condizione di soggezione dell'una rispetto all'altra, quanto all'andamento del cambio, né crea alcuna disparità di trattamento; piuttosto quelle pattuizioni *"vedevano un impegno reciproco a regolare le differenze future come è in concreto accaduto ... ergo si trattava di scommessa pattuita ex ante e che ex post poteva essere vinta in un senso o nell'altro con reciproci vantaggi svantaggi"* (p 18).

6. - Ciò premesso, prima di tutto, merita fare un cenno alla illustrazione dei meccanismi introdotti dalla clausola di doppia indicizzazione del canone.

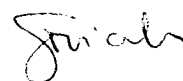
Come si è accennato, il contratto prevedeva che il canone fosse indicizzato mediante il riferimento a due parametri: la variazione del cosiddetto tasso Libor, e la variazione del tasso di cambio tra Franco svizzero ed Euro.

Il tasso *Libor* è un tasso di interesse indicativo medio al quale alcune banche (facenti parte di una selezione) si concedono reciprocamente prestiti nel mercato londinese. E' un tasso di interesse non relativo a transazioni effettive, ma ipotizzate in relazione a parametri predeterminati. Il tasso *Libor* può essere astrattamente nominato in cinque diverse valute correnti, e può essere rilevato a periodicità diverse: nel contratto in questione si è previsto che il tasso *Libor* di riferimento fosse quello nominato in franchi svizzeri e rilevato a tre mesi.

La particolarità di questa pattuizione, poi, rispetto alle normali clausole di indicizzazione, sta nel fatto che le variazioni, sia in aumento che in diminuzione, del tasso *Libor*, non vengono conteggiate sul canone direttamente, ma vengono conteggiate a parte, tramite rimesse in conto a scadenze concordate (non necessariamente omogenee per le due parti).

Il contratto oggetto di causa prevedeva, oltre alla indicizzazione legata al tasso Libor, un'altra clausola di indicizzazione ad adeguamento del canone, ossia seguendo il rapporto di cambio tra euro e franco svizzero: il mutamento di questo rapporto di cambio incide dunque sull'ammontare del canone, facendolo aumentare o diminuire a seconda che il valore del franco svizzero aumenti o diminuisca rispetto all'euro.

Ancora una volta si prevede che l'aumento e la diminuzione del tasso vengano



contabilmente regolati a parte- quindi senza incidere sul valore nominale del canone- con rimesse da parte dell'utilizzatore al concedente in caso di mutamento favorevole a quest'ultimo, e viceversa.

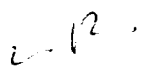
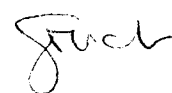
7. - Si tratta di accordi in ordine ai quali si può discutere della determinatezza della clausola di indicizzazione, nonché della natura e funzione di tale clausola: se sia un derivato implicito, e dunque tale da costituire uno strumento di speculazione, oppure, se anche non essendolo, la clausola, così inserita nel contratto di leasing possa incidere sulla funzione di quest'ultimo, snaturandola o piegandola verso altri scopi: in questa ultima prospettiva, v'è poi da chiedersi se l'incidenza di tale clausola, quando anche cioè non se ne ammetta l'autonomia funzionale (quella di un derivato) valga a trasformare il contratto di leasing in un contratto misto, oppure incida sulla causa in concreto del contratto, che non sarà più quella propria del leasing, ma un'altra; e con quali esiti sulla validità. Oppure, infine, se l'inserimento nel contratto di leasing di una clausola simile sia del tutto innocuo, nel senso che non contribuisce affatto agli scopi propri della locazione finanziaria, non li influenza, e dunque è una clausola che nell'economia dell'operazione economica e finanziaria del leasing non incide in alcun modo, non avendo di conseguenza influenza sul regime giuridico di quel contratto.

8. - Questo tipo di accordi è stato già oggetto più volte di valutazione da parte di questa Corte.

Innanzitutto, tre precedenti si sono occupati della validità delle clausole di indicizzazione sotto l'aspetto della sufficiente determinatezza del loro contenuto, e dunque della conseguente validità.

La prima decisione (n. 16907 del 2019), in fattispecie assolutamente analoga, ha ritenuto che, per come era emerso dalla CTU effettuata in primo grado, la clausola non consentiva alle parti di sapere con sufficiente determinatezza quale fosse il criterio di indicizzazione, e quindi come potesse variare il canone al variare di quel criterio, ed ha concluso per la nullità.

La seconda (n. 26538 del 2021), in una fattispecie non del tutto coincidente, ove la clausola di indicizzazione era più semplice, non facendo riferimento alcuno al tasso Libor, e comunque determinando un diverso regolamento di interessi rispetto a quella in esame, ha ritenuto errata l'interpretazione fornita dal giudice



di merito circa la portata della clausola di indicizzazione. Quel giudice aveva inteso la clausola come a solo favore del finanziatore, decretandone la nullità, mentre, secondo il citato precedente, essa andava intesa come una clausola "bidirezionale", ossia che mirava a far perdere o guadagnare entrambi a seconda di un meccanismo aleatorio preciso (p. 10). Inoltre, la clausola non poteva ritenersi nulla per essere stata unilateralmente imposta, non essendo questo aspetto ricavabile da una corretta interpretazione della medesima.

La terza decisione (n. 23655/ 2021) si è occupata pure della determinatezza della clausola di indicizzazione dei mutui con riferimento a valute estere, ed ha preso atto della circostanza che, proprio in quella fattispecie, l'Agicom aveva ritenuto quelle clausole non sufficientemente chiare in quanto *"«non espongono in modo trasparente il funzionamento concreto dei citati meccanismi della doppia indicizzazione, finanziaria e valutaria, del deposito fruttifero e di rivalutazione monetaria caratterizzanti il prodotto....»"* (p. 18), ed ha cassato con rinvio la sentenza di merito che, nel ritenere chiare e comprensibili le clausole contrattuali di indicizzazione del capitale dato a mutuo, non aveva tenuto in alcuna considerazione il provvedimento dell'AGCM che aveva, invece, affermato il contrario.

8.- La sentenza 4659 del 2021, relativa ad un contratto pressoché identico a questo, affronta la questione se la clausola di indicizzazione costituisca un autonomo contratto derivato oppure no, e la risolve in senso negativo, enunciando il seguente principio di diritto: *"la clausola di indicizzazione al cambio di valuta straniera, inserita in un contratto di "leasing in costruendo", non è uno strumento finanziario derivato, poiché è assimilabile solo finanziariamente, ma non giuridicamente, al "domestic currency swap", costituendo esclusivamente un meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria, privo di autonomia causale rispetto al negozio cui accede e non idoneo a circolare liberamente sul mercato"*.

Dopo aver osservato, citando una decisione di merito, che tale clausola non *"ha alcun effetto, né sulla natura né sulla causa del leasing, che rimangono dunque inalterate, posto che con essa le parti hanno inteso unicamente prevedere un meccanismo per ancorare ad un parametro oggettivamente certo il corrispettivo"*

dovuto" aggiunge che ciò è dovuto al fatto che la clausola "non dà vita ad una operazione autonoma, ovvero sganciata dal contratto di leasing finanziario, in quanto ... le parti adeguano il valore del corrispettivo per il godimento dei beni strumentali ai valori di mercato senza costituire una diversa.. operazione negoziale avente natura di investimento finanziario"(p. 15, punto 6.1.4.2.).

Quindi l'ininfluenza causale della clausola sulla intera operazione è fatta discendere dalla circostanza che quella clausola non ha natura autonoma, rispetto al contratto che la ospita.

In quella decisione si esclude la natura autonoma della clausola in base ad un altro argomento: si sostiene che non può la clausola di indicizzazione essere assimilata ad un contratto di *swap*, ed in particolare di "*domestic currency swap*", che, per contro, darebbe luogo ad una clausola autonoma. Vale a dire: che la clausola di indicizzazione non sia funzionalmente autonoma rispetto al contratto che la ospita (il leasing) deriva dal fatto che è una clausola diversa da quella che ha ad oggetto lo strumento finanziario dello *swap*. Quest'ultimo è patto funzionalmente autonomo, la clausola in questione, no.

Questa conclusione è condivisa dalla già citata Cass. n. 23655/ 2021 che , aderendo a tale prospettazione, conclude: "*non a caso, la giurisprudenza di questa Corte in un caso analogo, ha affermato recentemente che la clausola di indicizzazione al cambio di valuta straniera, inserita in un contratto di «leasing in costruendo», non è uno strumento finanziario derivato, poiché è assimilabile solo finanziariamente, ma non giuridicamente, al domestic currency swap, costituendo esclusivamente un meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria, privo di autonomia causale rispetto al negozio cui accede e non idoneo a circolare liberamente sul mercato"* (p. 28).

E tuttavia, essa non appare del tutto persuasiva.

Come si è accennato, nel caso in esame il contratto di leasing prevedeva che l'indicizzazione dei canoni avvenisse attraverso due criteri: il *Libor* CHF tre mesi (base 1,25), ed il cambio CHF/ Euro (base 1,58). Ciò detto, che la clausola in questione avesse questa funzione speculativa è ammesso dalla stessa ricorrente, la quale a pagina 18 osserva che "*la clausola di indicizzazione del cambio (al pari di quella sul tasso) vedevano un impegno reciproco a regolare le differenze*

future, come è in concreto accaduto.... Ergo si trattava di <<scommessa>> pattuita ex ante e che ex post poteva essere vinta in un senso o nell'altro, con reciproci vantaggi/svantaggi (i.e. le contropartite erano previste in favore/sfavore di entrambe le parti)" .

Come osservato sia dalle Sezioni Unite (n. 11094/ 2015), richiamate nel precedente qui evocato, oltre che secondo una diffusa opinione, il derivato non è un contratto tipico, e neanche può dirsi che abbia tipicità sociale: il derivato è un effetto, sia finanziario che giuridico, contenuto in clausole che, a volte, hanno natura autonoma, altre volte, come nel caso che ci occupa, sono incorporate in un altro contratto. Non è un'autonoma fattispecie negoziale, ma un effetto riconducibile a fattispecie negoziali tra loro diverse.

Ed è pacifico che il derivato è tale, ossia è un derivato sia dal punto di vista finanziario che giuridico, anche quando è incorporato in un finanziamento, cioè quando non ha autonomia funzionale e di fattispecie. Infatti, il comma 3 dell'articolo 62 del DL n. 112 del 2008, come successivamente modificato (l. finanziaria del 2014), vieta alle pubbliche amministrazioni di "*stipulare contratti di finanziamento che includono componenti derivate*"; l'articolo 2246, comma 11 bis, del codice civile, impone di tener conto nel bilancio, iscrivendoli alla voce del *fair value*, "*gli strumenti finanziari derivati, anche se incorporati in altri strumenti finanziari*", e via dicendo.

Si tratta di indici normativi del fatto che un derivato resta tale anche quando non ha causa autonoma, né regime di circolazione autonomo (ossia non può essere ceduto autonomamente), ma è invece integrato in uno strumento finanziario diverso, come il leasing.

9. - Poiché sulle questioni all'esame si registrano pronunce non convergenti nella giurisprudenza della Prima e della Terza sezione civile della Corte, questa Sezione ritiene di dover rimettere gli atti al Primo Presidente, affinché valuti l'opportunità di sottoporre la causa all'attenzione delle Sezioni Unite.

In particolare, segnala l'opportunità di approfondire se una clausola quale quella sopra indicata costituisca un mero meccanismo di indicizzazione del canone o se piuttosto, sotto l'apparenza di costituire una indicizzazione del canone, costituisca invece un patto con cui le parti scommettono sulle variazioni di quel

Spid

canone, attraverso indici finanziari (Libor, e tasso di cambio), e incida sul contratto di leasing, strumentalizzandone la funzione tipica e piegandola a funzioni speculative (secondo il criterio della causa concreta), o se introduce nel leasing una ulteriore funzione, un ulteriore scopo, che incide sulla complessiva operazione negoziale (contratto misto).

Oppure ancora, come avvertita dottrina ha sottolineato, se tale accordo comporti violazione dell'obbligo di buona fede, per la mancanza di chiarezza ed informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola.

Le precedenti decisioni, ed in particolare quelle da ultimo citate, potrebbero non essere sufficienti a risolvere il problema, che ne abbiano o meno fatto condivisibile premessa: affermare che la clausola di indicizzazione non è autonoma, ma è solo una parte del contratto che la ospita, così come dire che non ha natura di strumento derivato- almeno in senso giuridico- non significa aver risolto la questione se essa abbia comunque una influenza causale su quel contratto, nei termini sopra accennati.

E ciò ovviamente a prescindere dalla fondatezza della premessa stessa: che si tratti di un derivato solo finanziariamente e non giuridicamente tale.

10. - Dunque, insistono sulla questione posta dal ricorso alcune questioni di particolare importanza, a parte l'incidenza che la soluzione può avere su un numero notevole di casi simili: da un lato, v'è l'esigenza di definire se una clausola a contenuto speculativo come quella che in esame contenga solo criteri di indicizzazione del canone, o sia piuttosto volta ad accogliere una scommessa e dunque ad una speculazione, e se essa possa ritenersi un derivato anche da un punto di vista giuridico, e non solo finanziario, con tutto ciò che ne consegue (a tal proposito è sufficiente ricordare che il difetto di razionalità dell'alea fa escludere il derivato dal novero delle scommesse tollerate ex art. 23, 5° comma del TUF, ed in linea con tale norma Cass. Sez. Un. 8770 del 2020).

Occorre poi chiedersi se comunque, al di là della sua qualificazione in termini di derivato, la clausola di indicizzazione qui descritta abbia sul contratto l'effetto di incidere sulla causa del leasing in modo significativo: rimane indifferente che si parta da una visione della causa come astratta funzione economico- sociale, caso nel quale l'incidenza dello scopo speculativo strumentalizza la causa tipica

L.R.

Sia

(esempio di strumentalizzazione, in quest'ottica è l'articolo 1344 c.c.), o che invece si accolga la nozione di causa in concreto, nel qual caso si dovrà dare risposta alla questione se la causa, per l'appunto concreta, del contratto sia anche quella di speculare sulle variazioni di quei due cambi; e così è indifferente altresì che, per contro, si voglia guardare alla operazione come ad un contratto misto che combina in sé lo scopo di finanziamento con quello di speculazione o di investimento finanziario.

In sostanza, è questione di particolare importanza stabilire se un tale accordo di indicizzazione, ossia un accordo che in un contratto di leasing introduca un elemento speculativo sull'andamento del Libor e del cambio di valuta, sia un accordo di cui il leasing ha bisogno, o che, nella economia di tale contratto, risponda alla esigenza di ampliare l'autonomia delle parti rispetto a quanto offerto dalla schema di base, o se piuttosto la clausola di indicizzazione non è affatto necessaria per realizzare gli interessi sottostanti, quelli affidati al contratto di leasing. Deve anche valutarsi se la clausola, autonoma o meno che sia, secondo un criterio di pura fattispecie, valga ad inquinare il contratto di leasing con la sua funzione speculativa.

11.- Né può del resto escludersi, oltre alla esigenza di affrontare le sopra menzionate questioni di "particolare importanza", altresì quella di comporre un contrasto relativamente alla sufficiente determinatezza della clausola di indicizzazione che fa riferimento al tasso Libor ed a quello di cambio valuta: affermata da Cass. 16907/ 2019 ed in parte da Cass. 23655/ 2021 e negata da Cass. 26538/ 2021. Questione che incide su quella, pure rilevante, della violazione degli obblighi di chiarezza ed informazione che gravano sull'intermediario, o su chi propone un investimento finanziario al cliente.

P.Q.M.

La Corte rimette gli atti al Primo Presidente affinché valuti l'opportunità di rimettere la questione alle Sezioni Unite Civili.