

Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI UDINE
SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Giudice dott. Francesco Venier, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di primo grado iscritta al n° 27/2014 del R.A.C.C. in data
07/01/2014, iniziata con atto di citazione notificato in data 8 gennaio 2014

d a

- **D L G**, in qualità di titolare della impresa individuale “**REdi D L G**”, con

domiciliataria, per procura speciale a margine dell’atto di citazione,

a t t o r e – o p p o n e n t e

c o n t r o

- “**Banca**”, con il procuratore e domiciliatario avv per

procura speciale a margine del ricorso per decreto ingiuntivo,

c o n v e n u t o – o p p o s t o

avente per oggetto: leasing – 1.43.121,

trattenuta a sentenza all’udienza di precisazione delle conclusioni del
21/09/2015,

nella quale le parti hanno formulato le seguenti

CONCLUSIONI



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

- per l'attore: "Preliminarmente:

provvedere alla sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto per i motivi tutti esposti in narrativa e in ogni caso perché l'opposizione è fondata su prova scritta e di pronta soluzione.

In via principale:

per i motivi tutti esposti in narrativa, annullare, dichiarare nullo, annullabile o comunque inefficace il decreto ingiuntivo opposto ed in ogni caso dichiarare che nulla di quanto preteso è dovuto dalla opponente alla Banca

In via riconvenzionale, per tutti i motivi di cui in narrativa, accertare e dichiarare la nullità del contratto di leasing *sub iudice* e, per l'effetto, condannare Banca alla restituzione delle somme pagate da RE in esecuzione del contratto, il tutto, oltre interessi e rivalutazione monetaria, addizionati con anatocismo.

In subordine, per tutti i motivi di cui in narrativa, dichiarare la risoluzione del contratto di leasing 329779/1, e per l'effetto condannare Banca alla restituzione delle somme pagate da RE in esecuzione del contratto, il tutto, oltre interessi e rivalutazione monetaria, addizionati con anatocismo.

- in ogni caso, condannare al risarcimento del danno Banca, seguito alla condotta illecita evidenziata per la somma che verrà determinata in corso di causa o che comunque sarà ritenuta di giustizia dovuta e determinata anche in via equitativa, il tutto, oltre interessi e rivalutazione monetaria, addizionati con anatocismo.

- in caso di riconoscimento di usura *ab origine*, condannare Hypo Alpe



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

Adria Leasing S.r.l. alla restituzione di tutti gli interessi versati da RE dalla data di sottoscrizione del contratto ad oggi, il tutto, oltre interessi e rivalutazione monetaria, addizionati con anatocismo.

- in caso di riconoscimento di usura sopravvenuta, condannare Banca alla restituzione di quanto pagato ultra soglia L. 108/96 il tutto,

oltre interessi e rivalutazione monetaria, addizionati con anatocismo.

- in via autonoma e principale, condannare la Banca al risarcimento del danno ex Cass. Pen. 46669/11 per la somma che verrà determinata in corso di causa o che comunque sarà ritenuta di giustizia dovuta e determinata anche in via equitativa, il tutto, oltre interessi e rivalutazione monetaria, addizionati con anatocismo.

In estremo subordine:

- dichiarare la compensazione tra le somme reciprocamente dovute dalle parti in ragione delle domande spiegate tra le medesime.

In ogni caso:

spese di lite interamente rifuse, oltre oneri di legge.”

- per la convenuta: “Rigettarsi l’opposizione e le domande e le richieste avversarie tutte, così come proposte ed avanzate, confermandosi, per l’effetto, in ogni sua parte, il decreto ingiuntivo opposto n. 2555/13 Ing. e n. 5992/13 R.A.C.C. del Tribunale di Udine, e/o, comunque, condannarsi l’opponente D L G, titolare dell’impresa individuale RE di D L G, a pagare a Banca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, la capital somma di €

122.220,13, ovvero quella diversa, maggiore o minore, accertata in corso di



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

causa e/o, comunque, ritenuta di giustizia, con gli interessi al tasso di mora contrattualmente previsto, ovvero, dal dovuto al saldo.

Spese di causa rifuse.”

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato a mezzo del servizio postale in data 8 gennaio 2014 D L G, titolare della ditta individuale “REdi D L G”, ha proposto opposizione avverso il decreto con il quale gli era stato ingiunto il pagamento in favore di Banca della somma di € 122.220,13, oltre interessi e spese, richiesta a titolo di canoni non pagati di un contratto di locazione finanziaria immobiliare concluso in data 4.8.2008 con Banca e da questa ceduto alla società ricorrente.

L’opponente:

- ha eccepito la nullità del contratto per violazione della normativa in materia di investimenti finanziari ed ha chiesto la restituzione di tutte le somme da lui versate, offrendo a sua volta la restituzione dell’immobile;
- ha eccepito la nullità del contratto per indeterminatezza della clausola che prevede la quantificazione dei corrispettivi, a causa della assenza di un piano finanziario;
- ha chiesto in via subordinata la che il contratto venga dichiarato nullo, ovvero risolto, per violazione da parte del concedente delle regole di comportamento previste dall’art. 21 del T.U.F. e dal Regolamento della Consob n. 16190 del 2007;
- ha chiesto la condanna della controparte contrattuale al risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale o precontrattuale;



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

- ha chiesto che venga accertato a mezzo di una C.T.U. che il contratto prevede la applicazione di interessi moratori ad un tasso superiore al tasso soglia previsto dalla normativa antiusura o che interessi usurari sono stati comunque applicati in corso di rapporto, ed ha chiesto la restituzione di tutte le somme versate a titolo di interessi ed il risarcimento dei danni.

La società convenuta opposta ha contestato che il contratto di leasing concluso da Hypo Alpe Adria Bank s.p.a. avesse il contenuto di uno strumento finanziario, ha negato che ricorressero i presupposti per dichiarare nullo o risolvere il contratto, ha eccepito la genericità della allegazione avversaria della applicazione di interessi usurari ed ha chiesto la conferma del decreto ingiuntivo opposto o la condanna dell'opponente al pagamento della somma corrispondente all'importo dallo stesso portato.

Sospesa la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto ai sensi dell'art. 649 c.p.c., la causa è stata istruita mediante una C.T.U. diretta a verificare se sulla base dei dati contrattuali fosse possibile determinare il piano finanziario, quali fossero le modalità di calcolo dei canoni fatturati, come fosse stato determinato il tasso effettivo indicato in contratto, se il TEG effettivamente applicato superasse i tassi soglia previsti dalla normativa antiusura, come operasse la clausola di indicizzazione in caso di differenza negativa tra il tasso di riferimento e quello attuale, in che modo venissero calcolati i canoni mensili indicizzati, se le modalità di indicizzazione contrattualmente previste e la clausola di rischio cambio fossero state correttamente applicate e se la clausola di rischio cambio fosse stata applicata prima della consegna dell'immobile all'utilizzatore.

Acquisita la relazione del C.T.U. prof. Stefano Miani, nell'udienza del 21



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

settembre 2015 i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive conclusioni come in epigrafe ed il Giudice istruttore ha trattenuto la causa a sentenza a norma dell'art. 281 *quinquies* c.p.c., assegnando i termini di legge per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica.

La prima e principale contestazione sollevata dall'opponente attiene al fatto che il contratto di leasing da lui concluso con Banca celebre o comunque conterrebbe un contratto di finanza derivata, soggetto alla disciplina del d.lgs. 24/2/1998, n. 58 (T.U.F.), il cui mancato rispetto comporterebbe la nullità del contratto o, comunque, la sua risoluzione.

Nell'atto di citazione la contestazione è stata riferita esclusivamente alla clausola di "rischio cambio", mentre nella articolata e ben argomentata comparsa conclusionale dell'attore si è attribuito contenuto di strumento derivato sia alla clausola di "rischio cambio", che a quella di indicizzazione, che alla previsione di un *floor*, ovvero di un limite agli effetti della clausola di indicizzazione qualora il parametro di riferimento scendesse al di sotto di una certa soglia.

L'assunto secondo cui la clausola di "rischio cambio" integra uno strumento finanziario è fondato.

La clausola non era contenuta nel contratto inizialmente concluso da D L G con Banca (doc. 8 del fascicolo di parte del procedimento monitorio), anche se questo, nelle sue condizioni generali, prevedeva le modalità di applicazione di una tale clausola, ed è

stata inserita solamente nel verbale di consegna dd. 23.2.2009 (doc. 8 del



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

fascicolo di parte del procedimento monitorio), nel quale sono stati definitivamente determinati il prezzo globale del bene immobile locato e l'importo dei canoni.

Contrariamente a quanto in un primo momento era apparso, il C.T.U. prof. Miani ha accertato (e sul punto non vi sono contestazioni delle parti) che nel periodo di prelocazione, ovvero prima della consegna del bene, nessuna somma è stata addebitata all'attore a titolo di rischio cambio.

La clausola contestata prevede che *“In caso di canoni determinati sulla base del rapporto di cambio euro/valuta convenzionalmente stabilito nella quotazione indicata alla lettera L (in quanto, in tal caso, la provvista del Locatore per il pagamento dell'intero prezzo del bene – imponibile oltre IVA – è rapportato, con il consenso del Conduttore, al predetto rapporto di cambio), i canoni saranno altresì variabili secondo il seguente criterio.*

Il Locatore determinerà mensilmente la variazione tra il cambio storico ed il cambio di scadenza del canone, intendendosi per tale il cambio di riferimento giornaliero della Banca Centrale Europea rilevabile su “Il Sole 24 Ore” – o da altra fonte disponibile in caso di mancata pubblicazione – del giorno della scadenza del canone. (...) Se la variazione è positiva, il canone oltre IVA maturato sarà suddiviso per il cambio di scadenza del canone e moltiplicato per la differenza tra il cambio storico e quello attuale della scadenza del canone. L'importo risultante, aumentato dell'IVA di legge, costituirà il rischio di cambio del mese a carico del Conduttore. Se la variazione è negativa, la quota capitale del canone imponibile maturato sarà suddiviso per il cambio di scadenza del canone e moltiplicato per la differenza tra il cambio storico e quello attuale della scadenza del canone.



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

L'importo risultante, aumentato dell'IVA di legge, costituirà il rischio di cambio del mese a favore del Conduttore. Il Conduttore pertanto dichiara di accettare fin d'ora ogni variazione dei canoni e del prezzo dell'opzione finale di acquisto conseguente al mutato rapporto di cambio euro/valuta, obbligandosi a pagare la variazione in aumento dei canoni con rimessa diretta a mezzo procedura R.I.D., mentre le variazioni in diminuzione saranno accreditate mediante rimessa diretta. Il Conduttore prende atto che la presente clausola, per quanto attiene al rischio di cambio, ha carattere aleatorio".

Il cambio di riferimento indicato nel verbale di consegna è quello di 1 Euro = 1,4965 Franchi svizzeri; la clausola e il rapporto di cambio di riferimento non sono stati modificati dalla scrittura privata del 18.1.2011 che ha prolungato la durata della locazione finanziaria (doc. 10 del fascicolo di parte del procedimento monitorio).

Come si è detto, secondo l'attore, il riconoscimento a carico o a favore delle parti di importi differenziali calcolati sulla variazione tra il cambio storico di riferimento concordato e il cambio effettivo del giorno di scadenza costituirebbe una operazione finanziaria, soggetta alla normativa dettata dal d.lgs. 58/1998 e dal Regolamento Consob 16190 del 2007.

Come risulta dalla sua lettura, la clausola in questione è alquanto complessa, ma consente di comprendere come sarebbero state quantificate le somme dovute dall'utilizzatore o all'utilizzatore a titolo di rischio cambio.

A differenza della indicizzazione dei canoni, che opera mediante una variazione del piano finanziario, formulato sulla base del parametro



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

costituito dal Libor CHF al tasso convenzionale del 2,60% (poi ridotto allo 0,40%) e destinato a modificarsi con il variare di tale tasso, in forza della clausola di "rischio cambio" l'importo dei canoni varia a seconda del variare del rapporto tra il cambio storico tra euro e franco svizzero convenzionalmente stabilito dalle parti e il cambio corrente, e la variazione viene immediatamente rapportata al canone in scadenza secondo le diverse modalità previste in caso di variazione positiva (ovvero di apprezzamento dell'euro sulla valuta svizzera) o negativa (ovvero di apprezzamento della valuta svizzera sull'euro).

In tal modo all'utilizzatore è addossato un doppio rischio, quello della variazione del Libor, che incide sul piano finanziario e determina una variazione del canone, sia pure liquidata a parte rispetto al pagamento dell'importo "base" del canone, che rimane costante nelle misure indicate nel verbale di consegna (€ 3.317,48) e poi nella scrittura privata del 18.1.2011 (€ 3.317,48 per le prime 22 rate, € 2.300,00 per altre 12 rate e € 3.317,36 per le restanti 193 rate), e quello della variazione del cambio Euro/CHF, che pure determina addebiti o accrediti autonomi.

Si tratta di un rischio che le parti hanno convenzionalmente voluto ed accettato, dando altresì atto nel contratto che la clausola che prevede il c.d. "rischio cambio" ha carattere aleatorio.

Il fatto che la clausola di "rischio cambio" sia stata oggetto della volontà negoziale delle parti non esclude che ad essa si applichino le norme in materia di intermediazione finanziaria, come sostenuto dall'attore.

La questione è già stata affrontata da questo Tribunale, che l'ha risolta attribuendo prevalenza alla causa del contratto di leasing rispetto al



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

contenuto della clausola contestata, che pare difficile non far rientrare nell'ambito di applicazione del d.lgs. 24.2.1998, n. 58.

E' indubbio che di per sé la locazione finanziaria non rientra tra i servizi e le attività di investimento né fra gli strumenti finanziari di cui all'art. 1 commi 2 e 5 T.U.F.; neppure le clausole di indicizzazione del corrispettivo del *leasing* mutano la causa tipica del contratto o il suo oggetto, atteso che tali clausole fungono solamente da meccanismo per adeguare il valore di un'obbligazione pecuniaria, alla scadenza, all'andamento di parametri reali, monetari, finanziari o valutari, al fine di preservare l'equilibrio fra contrapposte prestazioni contrattuali.

E' vero che, nel caso di specie, non è stato dedotto e comunque non è stato provato che l'investimento effettuato da Banca per l'acquisto dell'immobile sia in qualche modo collegato alla valuta svizzera e che di conseguenza la indicizzazione al Libor CHF abbia la funzione di assicurare alla banca concedente (ovvero alla società che le è succeduta nel contratto) il mantenimento di detto equilibrio, ma la causa tipica del contratto di *leasing* non viene stravolta neppure dall'inserimento di elementi di rischio a rispettivo carico delle parti, in funzione aleatoria, o di "scommessa".

La indicizzazione della prestazione di una delle parti è frequente sia nei contratti bancari che nelle attività finanziarie e non è dubbio che le parti possano lecitamente pattuirla; essa rimane intrinsecamente collegata allo schema del contratto di *leasing*, in quanto interviene a modificare il piano finanziario e ciò indipendentemente dal fatto che il collegamento al tasso interbancario di scambio della valuta svizzera abbia o meno una



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

giustificazione: essa non muta la causa tipica del contratto, ma costituisce una previsione accessoria che incide sul contenuto del sinallagma negoziale.

Se, al pari della clausola di rischio cambio, la clausola di indicizzazione costituisce un “derivato incorporato” nel contratto di leasing (categoria nota non solo ai principi contabili internazionali richiamati dall’attore nella sua comparsa conclusionale, ma, oggi, anche alla normativa civilistica, che la prevede nell’art. 2426 comma 11-bis c.c.), si tratta di un derivato che, sempre alla stregua dei principi contabili internazionali codificati dall’IFRS, non è scindibile dal contratto *host*, atteso che le sue caratteristiche economiche e i suoi rischi sono strettamente correlati a quelli del contratto primario e non va da questo separato e contabilizzato separatamente; trasportati tali concetti sul piano civilistico, si tratta di una clausola che non assume una causa autonoma rispetto a quella del contratto di leasing in cui è inserita.

Alla medesima conclusione non può giungersi con riguardo alla clausola di “rischio cambio”.

Anche tale clausola prevede dei flussi monetari collegati all’andamento di una valuta estera (nel caso specifico il Franco svizzero), che vengono regolati autonomamente rispetto alle obbligazioni tipiche del contratto di leasing e che altro non sono che l’oggetto di un contratto a termine (perché scadente periodicamente), la cui esecuzione avviene mediante il pagamento di un differenziale in contanti; un contratto di questo contenuto rientra tra gli “strumenti finanziari derivati”, a norma dell’art. 1 comma 2 lett. g) del d.lgs. 58/1998 ed è assimilabile ad un “*interest rate swap*”.



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

In relazione alla clausola di “rischio cambio”, il canone mensile costituisce solamente la base di calcolo per determinare il differenziale spettante all’una o all’altra parte, con una mera funzione aleatoria, visto che gli effetti della sua applicazione non sono né quelli di “riequilibrare” le prestazioni contrattuali, né quelli di “compensare” gli effetti dell’indicizzazione, come risulta evidente dal fatto che l’investimento effettuato da Banca per l’acquisto e la costruzione dell’immobile (il “prezzo globale dell’opera” indicato nel verbale di consegna) era in Euro e che il conduttore doveva versare il canone periodico in Euro, sicché non vi era alcuna necessità di mantenere nel tempo un equilibrio nella quantità di Euro necessari ad acquistare Franchi svizzeri per il rimborso del finanziamento.

Come osservato dal Collegio di Milano dell’Arbitro bancario finanziario nella decisione n. 3645 dell’8 luglio 2013, con riferimento ad un contratto analogo a quello oggetto di causa, il meccanismo di ancoraggio al tasso di cambio tra l’Euro ed un’altra valuta include “una evidente componente derivativa all’interno dello stesso accordo, verosimilmente riconducibile al modello di una *quantity-adjusting option* (o in breve, nel gergo dei mercati, *quanto option*). Si tratta di un’opzione il cui regolamento ha luogo in una valuta diversa da quella in cui è denominata l’attività fondamentale e gli operatori di norma se ne avvalgono quando nutrano timori circa la stabilità della valuta di denominazione. La *quanto option* è un derivato altamente speculativo per la parte concedente, il cui rischio è direttamente correlato alla probabilità di oscillazione del cambio, e di norma il suo rilascio è compensato attraverso un premio particolarmente elevato. Nello



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

specifico, l'addossamento del rischio di cambio alla ricorrente comportava, nella sostanza, la vendita da parte della medesima alla banca di una quanto option sul cambio euro/yen. Di fatto, insomma, il contratto di leasing per l'acquisto di un bene strumentale andava ad incorporare uno strumento derivato valutario il cui oggetto (produzione di differenziali sui corsi delle valute assunte a fondamentale) avrebbe potuto condurre anche a sensibili dilatazioni (quantity adjusting per l'appunto) del valore dei canoni periodici".

In linea più generale, Cass. sez. I, 19 maggio 2005, n. 10598 ha affermato che nel concetto di valore mobiliare ai fini dell'assoggettamento alle norme in materia di intermediazione finanziaria rientra "anche il domestic currency swap, inteso come contratto aleatorio, con il quale due parti si obbligano, l'una all'altra, a corrispondere alla scadenza di un termine, convenzionalmente stabilito, una somma di denaro (in valuta nazionale) quale differenza tra il valore (espresso in valuta nazionale) di una somma di valuta estera al tempo della conclusione del contratto e il valore della medesima valuta estera al momento della scadenza del termine stabilito".

Nello stesso senso la sentenza della Corte d'Appello di Milano 13 giugno 2003, secondo cui rientrano nell'ambito di applicabilità del T.U.F. "i contratti costituenti "strumenti finanziari collegati a valute", ossia quelli in cui concretamente non si comprano e si vendono valute, ma le loro mutevoli quotazioni rappresentando il dato a cui è "collegato" il vero oggetto del contratto" che è "costituito dai guadagni o dalle perdite infine scaturiti dalle fluttuazioni di cambio".

La clausola di "rischio cambio" introduce dunque nel contratto uno



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

strumento finanziario, dotato di causa propria ed autonoma rispetto al contratto di leasing, la cui autonomia è sottolineata dalla liquidazione separata dei flussi finanziari che la sua esecuzione determina e dalla evidenza data nel contratto al suo carattere aleatorio.

Non si è dunque in presenza di un contratto complesso, la cui causa contrattuale (intesa come lo scopo, di contenuto economico, che le parti perseguono con la conclusione di uno specifico accordo) è unica, ma di un collegamento negoziale tra più contratti, ciascuno dotato della sua causa.

È fuor di dubbio che il rapporto contrattuale intercorrente tra D L G e Banca intendesse realizzare lo scopo principale di far disporre all'attore di un determinato bene al fine dello svolgimento della propria attività, senza dover pagare subito l'intero prezzo d'acquisto; tale bene è stato costruito dalla banca convenuta, che l'ha poi concesso in uso alla ditta REcontro il pagamento di canoni mensili.

E' però altrettanto evidente che nella fattispecie sussistevano altri scopi perseguiti al contempo dalle parti e che essi non erano puramente accessori rispetto al fine principale (di finanziamento), ma dotati di una rilevanza tale da integrare una autonoma ipotesi contrattuale.

A nulla rileva il fatto che il rapporto contrattuale nel suo complesso venga qualificato dalle parti come "contratto di locazione finanziaria"; la giurisprudenza di merito (in tema di polizze "index linked") ha infatti affermato che: *"Nel caso in cui ... la prestazione ... sia legata ... al valore di strumenti finanziari assunti quale riferimento, la causa del contratto deve ritenersi estranea a quella tipica del contratto di assicurazione,*



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

divenendo del tutto irrilevante il nomen iuris attribuito al contratto dalle parti, con la conseguenza che ad esso devono essere applicate le norme relative alla intermediazione finanziaria” (Trib. Venezia, 24.6.2010, in Resp. Civ. e Prev., 2011, 4, 869).

La autonomia del rapporto contrattuale costituito con la clausola di “rischio cambio” comporta che le somme versate dall’utilizzatore in forza di essa non sono un corrispettivo del contratto di leasing; la sua natura di strumento finanziario imponeva invece alla banca concedente (che lo ha negoziato per conto proprio) il rispetto delle norme di condotta previste per gli intermediari finanziari dal d.lgs. 58/1998 e dalla normativa regolamentare applicabile.

Non vi è questione sul fatto che gli obblighi previsti da tali norme non siano stati rispettati, atteso che la banca convenuta non ha considerato la clausola in questione come uno strumento finanziario; così non ha adempiuto agli obblighi informativi, attivi e passivi, nonché agli obblighi di valutazione dell’adeguatezza dello strumento finanziario rispetto al profilo soggettivo del cliente ed alle formalità conseguenti.

L’attore ha eccepito la nullità della clausola di rischio cambio (*rectius*: del contratto collegato ad essa sotteso) ai sensi dell’art. 23 del d.lgs. 58/1998, non essendo stata preceduta la sua conclusione dalla stipula in forma scritta di un “contratto quadro”.

La nozione di contratto quadro ha un senso ed un contenuto in relazione al rapporto tipico instaurato tra l’intermediario e l’investitore, nell’ambito del quale quest’ultimo impartisce all’intermediario singole e potenzialmente plurime disposizioni di acquisto e vendita di strumenti finanziari.



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

Si tratta di un contratto normativo che deve avere il contenuto previsto dall'art. 37 del Regolamento Consob 16190/2007, ovvero: specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche; stabilire il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini e istruzioni; prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire all'investitore a rendiconto dell'attività svolta; indicare e disciplinare, nei rapporti di esecuzione, ricezione e trasmissione di ordini, la soglia delle perdite oltre la quale è prevista la comunicazione al cliente; indicare le remunerazioni spettanti all'intermediario o i criteri per la loro determinazione; indicare modalità e contenuti della eventuale prestazione al cliente di consulenza in materia di investimenti; indicare le altre condizioni contrattuali convenute per la prestazione del servizio; indicare le eventuali procedure di conciliazione e arbitrato per la risoluzione stragiudiziale di controversie.

Nel caso di una singola operazione di investimento, alla quale è assimilabile la clausola di "rischio cambio" inserita da Banca nei contratti di leasing, è ben possibile che quanto prescrive la norma regolamentare richiamata, ovviamente nei limiti richiesti dalla specifica operazione, sia già contenuto nel contratto che regola la operazione di investimento.

Nel caso di specie, il regolamento negoziale (la specificazione del servizio fornito e delle sue caratteristiche) era stabilito dalla clausola in questione, l'operazione era collegata sotto il profilo temporale al contratto di leasing e non vi era possibilità di rinnovo, le modalità di modifica della clausola



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

erano le medesime del contratto di leasing, D L G non avrebbe dovuto impartire ulteriori ordini e la rendicontazione avveniva a mezzo delle fatture, non vi era continuità nella ricezione e trasmissione di ordini, le eventuali perdite per il cliente, corrispondenti alle utilità percepite dal concedente, corrispondevano agli importi fatturati, non era prevista alcuna ulteriore attività di consulenza, né il contratto conteneva clausole compromissorie.

Il requisito formale imposto dall'art. 23 del d.lgs. 58/1998 è dunque assolto dallo stesso contratto in cui è inserita la clausola, che non incorre nella nullità invocata dalla società attrice.

Piuttosto, il mancato assolvimento degli obblighi previsti dal T.U.F., da ritenersi pacifico, atteso che Hypo Alpe Adria Bank s.p.a. non ha considerato come uno strumento finanziario il derivato che ha negoziato mediante la clausola di "rischio cambio", integra un grave inadempimento, che giustificerebbe la risoluzione della clausola integrante il contratto di intermediazione finanziaria.

In particolare, non sono state rispettate le previsioni del Regolamento Consob del 29.10.2007, n. 16190 ed in particolare quelle dell'art. 39, non risultando che siano state chieste all'attore le necessarie informazioni circa la sua *"conoscenza ed esperienza nel settore di investimento rilevante per il tipo di strumento o di servizio"*, la sua *"situazione finanziaria"* e i suoi *"obiettivi di investimento"*, quelle degli artt. 40 e 42, non risultando che la banca abbia valutato *"sulla base delle informazioni ricevute dal cliente, e tenuto conto della natura e delle caratteristiche del servizio fornito"* l'adeguatezza e l'appropriatezza dell'operazione, né risultando che



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

ricorressero le condizioni per omettere le predette informazioni e valutazioni, ai sensi dell'art. 43.

La inosservanza delle norme regolamentari ridonda nella violazione dei doveri prescritti in via generale dall'art. 21 comma 1 lett. a) e b) del d.lgs. 58/1998, che impone all'intermediario finanziario di *"comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati"* e di *"acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati"* nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori.

La domanda di risoluzione formulata dall'attore è però riferita all'intero contratto di leasing, e non può trovare accoglimento limitatamente ad una parte di esso, pur ritenuta integrare un autonomo contratto collegato.

Può invece venire riferita agli effetti dannosi della violazione delle norme in materia di intermediazione finanziaria (costituente sul piano civilistico una condotta illecita) la domanda di risarcimento del danno proposta "in ogni caso" dall'attore.

Tale danno si è concretizzato nell'addebito delle somme fatturate a titolo di "rischio cambio" nel corso del rapporto, che ammontano, fino alla sessantesima rata, in base alla verifica effettuata dal C.T.U., a € 32.810,17, importo dal quale va detratto quello delle note di accredito emesse dalla società concedente per asseriti errori di conteggio (€ 711,70) e per lo storno dell'I.V.A. dalla base di calcolo (€ 3.809,68).

Banca non ha eccepito che per effetto della clausola di rischio cambio D L G si è visto anche accreditare



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

somme per complessivi € 20.815,77, che potevano andare a compensare il danno da questi patito, sicché non può operarsi la *compensatio lucri cum damno*.

Già si sono espone le ragioni per cui a conclusioni analoghe a quelle cui si è pervenuti in merito alla clausola di "rischio cambio" non può giungersi in relazione alla clausola di indicizzazione.

Quanto alla terza clausola cui l'attore attribuisce natura di strumento finanziario derivato, quella che prevede un *floor* alla operatività della clausola di indicizzazione, la ricostruzione dell'attore secondo cui con tale clausola il concedente non si sarebbe assunto nessun rischio, sicché il rischio unilateralmente assunto dall'utilizzatore (e il conseguente vantaggio per la controparte contrattuale) avrebbe un prezzo di mercato e costituirebbe una opzione venduta dal cliente alla banca, si fonda su una errata interpretazione.

Non è infatti vero che la banca non si sarebbe assunta nessun rischio nel caso di riduzione del tasso Libor: la clausola prevede che "*le variazioni in diminuzione del canone non opereranno oltre la riduzione di due punti dell'indice di base per l'indicizzazione dei canoni*", non dice che non opereranno se l'indice di base è inferiore al 2%, come parrebbe intendere l'attore.

E' vero, come ha evidenziato anche il C.T.U. dott. Miani, che la riduzione dell'indice di riferimento dal 2,60% allo 0,40% ha reso impossibile che al cliente fossero riconosciute le variazioni fino ad un massimo di due punti percentuali, ma ha mantenuto la possibilità (sia pure astratta) che il tasso scendesse al di sotto dello 0.40% e che di conseguenza la indicizzazione



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

variasse anche a favore del cliente.

E' possibile che il nuovo parametro comportasse, in via di fatto, uno squilibrio del rischio a carico delle due parti, ma ciò non determina la nullità della clausola e rientra nell'ambito della autonomia contrattuale delle parti.

E' comunque assorbente la considerazione che, se anche la clausola *floor* fosse in sé uno strumento finanziario derivato e fosse nulla, o comunque obbligasse la società convenuta ad un risarcimento, alla sua invalidità non è collegata alcuna domanda di contenuto economico dell'attore, né si vede quale sia il danno che, in assenza di quel limite alla variabilità della indicizzazione, l'attore avrebbe evitato.

La C.T.U. disposta in corso di causa ha smentito le ulteriori contestazioni mosse dall'attore alla validità del contratto di leasing e delle sue clausole.

Secondo il prof. Miani, le cui argomentazioni sono pienamente condivisibili, il piano di ammortamento del finanziamento concesso da Banca a D L G è determinabile in base al contenuto del verbale di consegna e della scrittura privata che lo ha modificato; ovviamente esso non poteva essere determinato già al momento della conclusione del contratto di leasing, visto che in quel momento non erano noti i costi di realizzazione dell'immobile sulla base dei quali sarebbe stato quantificato l'ammontare dei canoni.

Anche la applicazione di tassi di interesse usurari è stata esclusa dal C.T.U., che ha accertato che il TEG effettivamente applicato era di poco superiore a quello indicato nel contratto ed era comunque inferiore ai tassi soglia previsti dalla normativa di contrasto all'usura.



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

Contrariamente a quanto sostenuto dall'attore, le variazioni del canone per effetto della indicizzazione non incidono sulla verifica del rispetto dei tassi soglia che, a norma dell'art. 1 del d.l. 29.12.2000, n. 394, convertito con legge 28.2.2001, n. 24, va condotta rapportando il tasso di interesse concordato con il contratto (comprensivo di commissioni, remunerazioni e spese) con il tasso soglia previsto alla medesima data.

In ogni caso, l'attore non ha fornito elementi di sorta che confermino che il tasso soglia stabilito alla data di conclusione del contratto sia stato superato nel corso del rapporto, colmando la notevole differenza esistente tra il TEG iniziale (4,0819%) e il tasso soglia del febbraio 2009 (10,23%), sicché la C.T.U. richiesta da D L G per accertare la fondatezza delle sue contestazioni avrebbe avuto un inammissibile contenuto esplorativo e per tale ragione il quesito sottoposto al prof. Miani non è stato esteso a tale accertamento.

Analoga considerazione vale per il tasso di mora, che alla data di conclusione del contratto corrispondeva al 9,97% a fronte di un tasso soglia del 10,635%; l'attore ha però sostenuto che sommando al tasso di mora le ulteriori spese e costi e considerando l'effetto della capitalizzazione, il tasso soglia verrebbe superato.

La considerazione degli interessi di mora ai fini della verifica del superamento dei tassi soglia trova avallo in una pronuncia della S.C., secondo cui, appunto, il riferimento contenuto nell'art. 1, comma 1 del d.l. n. 394/2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" sarebbe comprensivo degli interessi moratori (affermazione avvalorata da un *obiter dictum* della Corte costituzionale, contenuto nella sentenza 25 febbraio



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

2002, n. 29, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 1 comma 2 del d.l. 394/2000, secondo cui *"il riferimento, contenuto nell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 394 del 2000, agli interessi "a qualunque titolo convenuti" rende plausibile - senza necessità di specifica motivazione - l'assunto, del resto fatto proprio anche dal giudice di legittimità, secondo cui il tasso soglia riguarderebbe anche gli interessi moratori"*.

E' indubbio che la generale dizione dell'art. 1 del d.l. 394/2000 (*"a qualunque titolo"*) è suscettibile di essere intesa come comprensiva non solamente degli interessi corrispettivi, ma anche di quelli moratori, ma trascura la considerazione che il medesimo disposto di legge, cui viene comunemente attribuita portata di interpretazione autentica della legge 108/1996 (Cass. sez. III, 25 gennaio 2011, n. 1748), contiene un preciso riferimento alle disposizioni dettate in materia di interessi usurari dal codice penale e dal codice civile (*"Ai fini dell'applicazione dell'art. 644 del codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile"*) e che entrambe le norme richiamate fanno riferimento ai soli interessi corrispettivi, specificamente a quelli dovuti in base ad un contratto di mutuo l'art. 1815 comma 2 c.c., più in generale a quelli dovuti *"in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità"* l'art. 644 c.p. (ed anche il terzo comma dell'art. 644 c.p., che prevede che *"la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari"* va letto come riferito alla previsione sanzionatoria del primo comma e dunque agli interessi – corrispettivi – in essa menzionati).

In ogni caso, non si vede per quale motivo commissioni, spese e costi dovrebbero essere sommati al tasso degli interessi di mora, piuttosto che al



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

tasso degli interessi corrispettivi, essendo correlati alla esecuzione del contratto e non all'inadempimento dell'utilizzatore; quanto agli effetti della loro capitalizzazione, non si comprende come avverrebbe tale capitalizzazione, visto che non si è in presenza di un rapporto di conto corrente e gli interessi di mora maturerebbero su ciascuna delle rate non pagate senza ulteriori effetti anatocistici.

Nella comparsa conclusionale, l'attore ha affermato che il superamento del tasso soglia deriverebbe dalla sommatoria degli interessi corrispettivi con quelli moratori; si tratta, oltre che di una deduzione nuova, di una prospettazione ripetutamente smentita da questo Tribunale.

La diversa funzione e i diversi presupposti di applicazione degli interessi corrispettivi (che servono per determinare il piano di ammortamento e rimangono compresi nelle rate del leasing) e di quelli moratori (che sanzionano l'inadempimento dell'obbligo di pagare i canoni alle scadenze pattuite), impongono di considerare i due tassi singolarmente e, se mai, di rapportare ciascuno di essi al tasso soglia stabilito ai sensi della legge 108/1996.

Nel caso di specie, come si è visto, il tasso degli interessi moratori non supera il tasso soglia, sicché la clausola che lo determina rimane valida e pienamente efficace.

In definitiva, respinta ogni altra sua domanda, all'attore va riconosciuto il credito corrispondente alle somme addebitategli a titolo di "rischio cambio", ammontanti in linea capitale a € 28.288,79, al netto degli accrediti successivi; tale importo va maggiorato della rivalutazione monetaria e degli interessi legali sugli importi via via rivalutati dalla data di ciascun addebito.



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

al saldo; l'importo risultante andrà detratto dal debito maturato dall'utilizzatore nei confronti della società convenuta.

Il riconoscimento di un minor credito di Banca rispetto a quello portato dal decreto ingiuntivo comporta la revoca di questo; la impossibilità di eseguire la compensazione in questa sede comporta che la presente pronuncia deve limitarsi ad accertare i reciproci crediti, demandando alle parti di effettuare i calcoli necessari per quantificare la somma effettivamente dovuta dall'attore alla società convenuta.

Per effetto della revoca del decreto ingiuntivo opposto le relative spese rimarranno a carico della società ricorrente; l'accoglimento solamente parziale delle domande attoree ed il riconoscimento di un maggior credito della società convenuta giustificano la compensazione altrettanto parziale delle spese del giudizio di opposizione, che nella quota residua, che si liquida come in dispositivo, vanno poste a carico dell'attore opponente.

Il costo della C.T.U. può venire ripartito tra le parti nella stessa proporzione del complesso delle spese di causa, ovvero per tre quarti a carico dell'attore e per un quarto a carico della società convenuta.

p. q. m.

Il Giudice, ogni diversa domanda ed eccezione reiette ed ogni ulteriore deduzione disattesa, definitivamente pronunciando,

1) Accerta e dichiara che "Banca" è creditrice nei confronti di De Luca Gennaro, quale titolare della impresa individuale "RE di D L G", per le causali di cui al ricorso per

decreto ingiuntivo depositato in data 5 novembre 2013, al lordo di quanto



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

dovrà essere restituito in forza del successivo capo del dispositivo, della somma di € 122.220,13, oltre agli interessi al tasso di mora contrattualmente previsto, da contenersi comunque entro i limiti della normativa vigente, dal 5 novembre 2013 al saldo;

2) Accerta e dichiara che D L G, in qualità di titolare della impresa individuale “RE di D L G”, è creditore nei confronti di “Banca”, a titolo di risarcimento dei danni, della somma di € 28.288,79, corrispondente alle somme fatturate a titolo di “rischio cambio”, al netto dei successivi accrediti, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali sugli importi via via rivalutati dalla data di ciascun addebito al saldo;

3) Condanna D L G, in qualità di titolare della impresa individuale “RE di D L G”, a pagare a “Banca”, in persona del legale rappresentante, la somma risultante dalla parziale compensazione degli importi di cui ai capi del dispositivo che precedono, oltre agli interessi moratori, come da capo 1);

4) Revoca il decreto ingiuntivo n. 2555/13 pronunciato dal Giudice designato di questo Tribunale in data 8 novembre 2013 nei confronti di D L G, in qualità di titolare della impresa individuale “RE di D L G”;

5) Compensa per metà tra le parti le spese della presente causa e condanna D L G, in qualità di titolare della impresa individuale “RE di D L G”, a rimborsare a “Banca”, in persona del legale rappresentante, la quota residua, liquidata in €

18,50 per esborsi, in € 1.250,00 per la fase di studio, in € 800,00 per la fase



Sentenza n. 263/2016 pubbl. il 29/02/2016

RG n. 27/2014

Repert. n. 586/2016 del 29/02/2016

introduttiva, in € 2.700,00 per la fase istruttoria, in € 2.050,00 per la fase decisoria ed in € 1.020,00 per rimborso forfettario delle spese, oltre IVA e CPA.

5) Pone in via definitiva la spesa della C.T.U. per tre quarti a carico di D L G, in qualità di titolare della impresa individuale "RE di D L G", e per un quarto a carico di "Banca".

Sentenza provvisoriamente esecutiva *ex lege*.

Così deciso in Udine, il 29 febbraio 2016.

Il Giudice

- Dott. Francesco Venier -

