iusTrend

IL VERSO DEL DIRITTO

Credito cartolarizzato e attività di recupero del credito: il moto perpetuo...

GIUGNO 2024

LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI

www.lascalaw.com - www.iusletter.com

Milano | Roma | Torino | Bologna | Vicenza | Ancona | Napoli

Crisi, Restructuring e Utp | Crisi e procedure concorsuali | 11 giugno 2024

Credito cartolarizzato e attività di recupero del credito: il moto perpetuo…

A che punto eravamo… La pronuncia della Corte di Cassazione n. 7243 del 18 marzo 2024

Il tema relativo alla legittimazione dei servicer non iscritti all'albo ex art. 106 TUB a compiere attività di recupero crediti di natura giudiziale è stato ampiamente trattato nel nostro contributo "Credito cartolarizzato e attività di recupero del credito: l'attività dei servicer" pubblicato su questa Rivista in data 2 aprile 2024.

In estrema sintesi, l'approfondimento riguardava le pronunce dei giudici di merito emesse soprattutto nell'ambito di procedure esecutive immobiliari avviate dalle SPV resesi acquirenti del credito a seguito di operazioni di cartolarizzazione, con le quali veniva posto l'accento sul difetto di legittimazione o rappresentanza ad agire in capo ai c.d. servicer delegati all'attività di recupero e riscossione dei crediti e non iscritti all'albo previsto dall'art. 106 TUB.

Si riteneva che un punto fermo fosse stato posto grazie all'intervento della Suprema Corte che, con la pronuncia del 18 marzo 2024 n. 7243, ha precisato che: "dal combinato disposto degli artt. 2, comma 6, della Legge 30 aprile 1999, n. 130, e 106 T.U.B. – secondo cui il servizio di riscossione dei crediti ceduti nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione può essere svolto da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari – non deriva la nullità del conferimento dell'incarico di recupero (anche forzoso) dei crediti ad un soggetto diverso dai predetti; né tale invalidità, che affligge il mandato, si ripercuote sugli atti compiuti nell'esercizio dell'attività."

La Suprema Corte ha, in particolare, precisato che: "ad avviso del Collegio, le succitate norme non hanno alcuna valenza civilistica, ma attengono alla regolamentazione (amministrativa) del settore bancario (e, più in generale, delle attività finanziarie), la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri (anche sanzionatori) facenti capo all'autorità di vigilanza (cioè, alla Banca d'Italia) e presidiati anche da norme penali".

Quindi, secondo la Suprema Corte, il dibattito giurisprudenziale venutosi a formare doveva e poteva essere risolto in maniera anche piuttosto tranchant sul presupposto che non fosse il giudice civile a dover valutare se i servicer (non iscritti all'albo ex art. 106 TUB) avessero svolto (o meno) attività riservata ma, al più, l'organo di vigilanza e il giudice penale.

La giurisprudenza di merito successiva alla pronuncia della Suprema Corte.

Subito dopo la pubblicazione della menzionata ordinanza, alcuni Tribunali (cfr. il Tribunale di Busto Arsizio con la pronuncia resa in data 10 aprile 2024), chiamati a pronunciarsi sulla questione e, in particolare, sulla richiesta di sospensione delle procedure esecutive, si sono immediatamente allineati ai principi espressi dalla Suprema Corte rigettando così le contestazioni mosse dai debitori esecutati.

Come voce fuori dal corso si pone il Tribunale di Modena che, con provvedimento del 26 marzo 2024 e, quindi, a distanza di pochi giorni dalla pubblicazione della pronuncia resa dalla Suprema Corte, pur richiamando i principi espressi in tale pronuncia, ha ritenuto di enfatizzare alcuni temi solo tratteggiati dalla Suprema Corte ed ha disposto la trasmissione degli atti del giudizio sia a Bankitalia sia alla Procura della Repubblica.

Nel dettaglio, il Tribunale ha affermato che "In parziale dissenso con le premesse espresse nella motivazione della pronuncia appena richiamata, laddove si afferma che la disciplina di cui agli artt. artt. 2, comma 6, della Legge 30 aprile 1999, n. 130, e 106 T.U.B, non sarebbe connotata in termini imperativi" sussiste "il divieto di esercizio di attività finanziarie indirizzato alla generalità degli operatori economici, soggetti non iscritti al precitato Albo".

Conseguentemente, pur avendo rigettato l'istanza di sospensione della procedura esecutiva formulata dal debitore, il Tribunale ha disposto la trasmissione degli atti relativi al giudizio alla Banca d'Italia ed alla competente Procura della Repubblica specificando, in motivazione, che è stato "Ritenuto infine doveroso che, a presidio dell'accertamento e della repressione di eventuali condotte vietate, questo Giudice si faccia carico della segnalazione alla Autorità di vigilanza e alla Procura della Repubblica in sede del possibile esercizio abusivo di attività finanziaria riservata da parte del servicer [omissis] e/o delle persone fisiche ad esso preposte, con l'ulteriore precisazione che, come già evidenziato, l'ordinamento riserva al SERVICER iscritto all'albo ex art. 106 TUB le attività di controllo e gestione delle operazioni di cartolarizzazione (cfr. supra, pag. 2), e non già quelle di mera riscossione dei crediti ceduti e dei servizi di cassa e pagamento di cui all'art. 2, comma 3, lett. c) della legge n. 130/1999, laddove, pare ricavarsi dai contenuti della Circolare Banca d'Italia n. 288/2015, il delegante assolva ai compiti deputati al servicer" .

Sul punto, naturalmente, occorrerà attendere per verificare quali saranno le posizioni che Bankitalia e Procura assumeranno anche se, sin d'ora, ci pare che difficilmente si possa effettivamente configurare un'ipotesi di reato.

Dopo tale pronuncia, anche il Tribunale di Brindisi, con ordinanza del 16 aprile 2024, si è pronunciato sollevando questioni ulteriori rispetto a quelle già esaminate dalla Suprema Corte. La tematica che ci occupa è stata infatti affrontata sotto il diverso profilo relativo al coordinamento della normativa antiriciclaggio a livello europeo rispetto alla disciplina domestica in tema di cartolarizzazioni previste dalla L. n. 130/99.

In tale prospettiva il Tribunale ha sollevato alcuni dubbi circa il ruolo dei servicer nell'ambito delle operazioni di cartolarizzazione ed ha, nel dettaglio, rilevato che "l'articolato e crescente apparato rimediale di contrasto al riciclaggio specie di provenienza sovranazionale, pone il problema della sorte del contratto di cessione di grandi quantità di crediti a fronte di corrispettivi di particolare entità, specie quando intervenga fra due soggetti entrambi non iscritti nell'albo ex art. 106 TUB e, dunque, non qualificati né vigilati né conformati nel proprio assetto organizzativo".

E, nell'aggiungere che "nel caso di specie si tratta, invece, di chiarire quali conseguenze giuridiche discendano sulle cessioni in blocco dal già menzionato quadro regolatorio ogniqualvolta lo stesso, per effetto delle modalità soggettive dei negozi traslativi violino, o meglio, eludino le predette norme" ha richiesto alla Cassazione di "pronunciarsi sulla validità o meno del contratto di cessione stipulato con soggetto non iscritto al registro ex art. 106 TUB alla luce della normativa antiriciclaggio di fonte interna e comunitaria, così come del generale principio di trasparenza (che è ipotesi diversa da quella già affrontata dalla Corte, per quanto in un mero obiter dictum, della sorte giuridica del mandato o della procura conferite per l'incasso dei correlati crediti" .

I numerosi quesiti sollevati dal Tribunale di Brindisi sono stati affrontati dalla Suprema Corte con provvedimento del 17 maggio 2024 sul quale si tornerà di seguito.

Ciò in quanto, sempre nell'ambito della giurisprudenza di merito, occorre dare atto di una recentissima ordinanza, resa in data 27 maggio 2024, dal Tribunale di Firenze che ha voluto espressamente prendere le distanze da quanto statuito con l'ordinanza n. 7243 del 18 marzo 2024 della Suprema Corte.

In particolare, il Tribunale, richiamati alcuni precedenti della stessa Suprema Corte, afferma che "Nel caso di specie, la disposizione di cui all'art. 2 presenta un contenuto precettivo specifico e chiaro ponendo un determinato requisito in capo ad una delle parti del rapporto (iscrizione all'albo ex art. 106 TUB), ovvero il soggetto incaricato della riscossione. Si tratta di una norma imperativa in quanto, in difetto di determinate condizioni soggettive (iscrizione all'albo ex art. 106 TUB), è vietata la stipula stessa del contratto, ovvero la delega delle attività di riscossione, ponendosi quindi tali atti in diretto contrasto con la norma. La riscossione dei crediti di cui sono titolari le società veicolo configura un'attività "riservata" ai soli soggetti iscritti all'albo di cui all'art. 106 TUB (salva la facoltà, a certe condizioni, di delega da parte di questi ultimi ai cd. sub-servicer di talune attività, i quali operano sotto la vigilanza dei primi). Si tratta di requisiti che evidentemente il legislatore ritiene necessari in considerazione degli interessi coinvolti nell'operazione, in particolare, la tutela degli investitori che acquistano titoli dalle società veicolo e gli obblighi di controllo che la stessa legge pone in capo a tali soggetti (art. 6-bis). Come affermato dalla Banca d'Italia "La scelta di rimettere a banche e intermediari finanziari i compiti di servicing nelle operazioni di cartolarizzazione dei crediti risponde all'esigenza di assicurare un effettivo presidio di conformità su tali operazioni, mediante il coinvolgimento diretto di soggetti vigilati e specializzati nella gestione dei crediti e dei flussi di pagamento". L'autorità di vigilanza

ha affermato che la "cornice normativa" è "fondata sulla centralità del servicer quale soggetto sottoposto a vigilanza prudenziale". L'omessa iscrizione consente invece agli operatori di sottrarsi agli obblighi di controllo esercitati dalla Banca d'Italia sui soggetti vigilati e quindi impedisce il raggiungimento degli obiettivi dettati dall'art. 2 della Legge sulle cartolarizzazioni.

Non appare quindi condivisibile l'affermazione secondo cui "il mero riferimento alla rilevanza economica (nazionale e generale) delle attività bancarie e finanziarie non vale di per sé a qualificare in termini imperativi tutta l'indefinita serie di disposizioni del cd. "diritto dell'economia", contenute in interi apparati normativi (come il T.U.B. o il T.U.F.)", né tale principio sembra conforme all'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità nella materia de qua.

Le Sezioni Unite hanno affermato che le norme previste in materia di intermediazione finanziaria hanno carattere imperativo in quanto " dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari (come è ora reso esplicito dalla formulazione del D. Lgs n. 58 del 1998, art. 21, lett. a, ma poteva ben ricavarsi in via d'interpretazione sistematica già nel vigore della legislazione precedente), si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti (Cassazione civile sez. un., 19/12/2007, n.26724).

La Cassazione ha altresì ritenuto "interessi di carattere generale" quelli "che vanno dalla tutela dei risparmiatori uti singuli, a quella del risparmio pubblico, come elemento di valore della economia nazionale, a quella della stabilità del sistema finanziario…alla esigenza di preservare il mercato da inquinamenti derivanti dall'impiego di risorse provenienti da circuiti illegali, a quella di rendere efficiente il mercato dei valori mobiliari con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica, interessi tutti chiaramente prevalenti su quelli del privato, che pure di riflesso ne rimane tutelato, e che attribuiscono alla iscrizione nell'albo, alla autorizzazione, ai successivi controlli una valenza che trascende la formale e ordinata gestione dell'attività ed investe l'atto in cui essa si sostanzia, essendo interesse dell'ordinamento rimuoverlo, per le turbative che crea sul sistema finanziario generale". (Cass. 5114/2001) (cfr. Trib. Firenze, 27 maggio 2024 a conclusione del giudizio n. 3368/23 RG).

Il Tribunale ha così concluso nel senso che la disposizione che riserva ai servicer iscritti all'albo ex art. 106 TUB l'attività di riscossione dei crediti cartolarizzati ha natura imperativa. Di talchè la sanzione civilistica della nullità, data la coincidenza dell'interesse del debitore con quello dell'ordinamento rispetto alla legalità dell'attività di recupero del credito cartolarizzato, è pertanto quella che assicura in maniera migliore l'effettività della norma imperativa posta a presidio di interessi pubblici:

"Alla stregua delle considerazioni che precedono si deve ritenere che l'atto con cui la società veicolo conferisce direttamente la procura per la riscossione dei propri crediti ad una società non iscritta all'albo ex art. 106 TUB è nulla per violazione di norme imperativa e la società procuratrice risulta priva del potere di rappresentanza sostanziale non potendo riscuotere i crediti in nome e per conto di

quest'ultima. Tale nullità si riverbera sul potere di rappresentanza processuale della società incaricata ex art. 77 c.p.c. (…)".

Una mitigazione rispetto ad un approccio così severo, e a nostro avviso non condivisibile, si rinviene laddove lo stesso Tribunale toscano afferma che "Tali rischi risultano però, ad avviso del Tribunale, scongiurati dalla previsione dell'art. 182 c.p.c. che consente al creditore di procedere alla regolarizzazione della propria costituzione in giudizio mediante conferimento del potere di rappresentanza ad un soggetto regolarmente autorizzato ex art. 106 TUB e che, nel caso di specie, risulta peraltro già indicato nel prospetto informativo.."

In poche parole, quindi il Tribunale di Firenze, pur argomentando in modo articolato il proprio convincimento in contrasto con il principio sancito dalla Suprema Corte, lascia aperta la porta alla sanatoria del vizio di legittimazione in capo al servicer ripercorrendo, seppur in altri termini, lo stesso iter logico-argomentativo seguito da altri Tribunali con pronunce rese prima dell'ordinanza della Suprema Corte (si veda, ad esempio, il Tribunale di Monza con la pronuncia resa in data 22 gennaio 2024).

L'ordinanza appena citata arriva, in ordine cronologico, in epoca successiva alla pronuncia resa dalla Cassazione con riguardo ai quesiti posti dal Tribunale di Brindisi di cui si è fatto cenno sopra e non considera, per inciso, alcune delle osservazioni in essa contenute.

La pronuncia del 17 maggio 2024 n. 13749 della Cassazione in riscontro ai quesiti posti dal Tribunale di Brindisi

In dettaglio, la risposta ai numerosi quesiti posti dal Tribunale di Brindisi è giunta con il provvedimento reso dalla Prima Presidente della Suprema Corte che, con il decreto n. 13749, reso in data 17 maggio 2024, ha, appunto, risposto alla questione interpretativa ex art. 363 bis c.p.c. sollevata dal Tribunale salentino.

In particolare, con il decreto del 17 maggio 2024, la Corte di Cassazione ha ribadito il principio già sancito nella pronuncia resa dalla Suprema Corte in data 18 marzo 2024 n. 7243.

La Suprema Corte, ha preliminarmente affermato che "la questione non presenta il requisito della grave difficoltà interpretativa, giacché nella giurisprudenza di legittimità si rinviene l'enunciazione di principi suscettibili di orientare la risoluzione del dubbio posto dal rimettente". La Corte, inoltre, ha, dapprima, richiamato il principio statuito con l'ordinanza del 20 febbraio 2024 ricordando poi che, con altra recentissima pronuncia resa dalla Terza Sezione Civile (appunto l'ordinanza n. 7243 del 18 marzo u.s.), è stato precisato che "Soccorre altresì Cassazione Sez. III, 18 marzo 2024 n. 7243 la quale ha stabilito che il conferimento dell'incarico di recupero dei crediti cartolarizzati ad un soggetto non iscritto nell'albo di cui all'art. 106 TUB e i conseguenti atti di riscossione da questo compiuti non sono affetti da invalidità,

in quanto l'art. 2, comma 6, della legge n. 130/1999 non ha immediata valenza civilistica, ma attiene, piuttosto, alla regolamentazione amministrativa del settore bancario e finanziario, la cui rilevanza pubblicistica è specificamente tutelata dal sistema dei controlli e dei poteri, anche sanzionatori, facenti capo all'autorità di vigilanza e presidiati da norme penali, con la conseguenza che l'omessa iscrizione nel menzionato albo può assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con la predetta autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici.

Nella pronuncia da ultimo evocata, la Terza Sezione ha affermato che dall'omessa iscrizione nell'albo ai sensi dell'art. 106 Tub del soggetto concretamente incaricato della riscossione dei crediti non deriva alcuna invalidità, pur potendo tale mancanza assumere rilievo sul diverso piano del rapporto con l'autorità di vigilanza o per eventuali profili penalistici. Di qui la conclusione secondo cui, ai fini della validità del controricorso, non rileva che la società (rappresentante sostanziale di altra società a sua volta mandataria della società veicolo, cessionaria del credito bancario) sia iscritta, oppure no, nell'albo degli intermediari finanziari".

Di conseguenza "le due richiamate decisioni delineano un quadro convergente e forniscono, nel quadro di una nomofilachia circolare, precise indicazioni, utilizzabili dal giudice di merito ai fini della risoluzione del caso sottoposto al suo esame, concernendo, l'una, i presupposti per l'applicazione dell'art. 106 TUB (obbligo di iscrizione nell'albo degli intermediari finanziari), e, l'altra, l'esclusione di tale obbligo per le società incaricate della riscossione, anche coattiva, del credito".

Sulla scorta di tali considerazioni la Cassazione ha affermato che "ai sensi dell'art. 363bis c.p.c., quando il dubbio ermeneutico sollevato è in realtà risolvibile senza gravi difficoltà, non vi è spazio per l'intervento preventivo della Corte di Cassazione. Infatti, la ratio del rinvio pregiudiziale consiste nell'affrontare questioni giuridiche di rilevante complessità che, per il loro carattere di novità, richiedano l'intervento nomofilattico preventivo della Corte al fine di orientare, fin da subito, i giudici di merito. L'istituto è stato disegnato dal legislatore al fine di rendere con tempestività un indirizzo di legittimità in settori di interesse generale, senza che si debba attendere che la questione dibattuta giunga, dopo anni, all'attenzione della Corte attraverso la trafila degli ordinari mezzi di impugnazione (…)

L'ordinanza di rimessione, per vero, mostra in più punti, di voler porre in discussione l'approdo cui è giunta la Corte di Cassazione. Riferendosi specificatamente a Cass. Sez. III n. 7243 del 2024, il Tribunale di Brindisi, per verso, relega la pronuncia della Corte ad un mero inciso espresso incidenter tantum, affermando che essa si è pronunciata sulla validità del mandato con procura, concesso ad una società terza e senza alla stessa fosse posto anche il problema della coerenza della soluzione, poi prescelta, con la normativa antiriciclaggio nazionale e, soprattutto, di rango comunitario. Secondo il giudice a quo, in particolare, la fattispecie ineriva alla legittimazione del soggetto, incaricato della riscossione e, dunque, del materiale incameramento del credito, non anche del cessionario (in blocco) e, perciò non atteneva alla validità della cessione quale vicenda traslativa del credito. (…)

In realtà il rinvio pregiudiziale non può trasformarsi in un improprio meccanismo rivolto a riconsiderare o a censurare, sotto questo o quel profilo, decisioni già adottate in sede di legittimità. Esso non può essere incentrato sul dissenso da un precedente di legittimità.

Il che porta a ritenere in conclusione che la novità della questio iuris è esclusa dalla presenza di pronunce suscettibili di rappresentare una guida orientativa per il giudice di merito nella soluzione dei casi concreti, non rilevando che il giudice a quo abbia manifestato di non condividere tali pronunce. L'istituto della nomofilachia preventiva non può trasformarsi in mezzo rivolto a sollecitare impropriamente una riconsiderazione della giurisprudenza di legittimità".

La decisione in commento, attraverso il richiamo al precedente reso dalla Terza sezione della Suprema Corte n. 7243, parrebbe chiudere quindi (nuovamente) la porta ad ogni ulteriore dubbio interpretativo circa la legittimazione dei servicer non iscritti all'albo ex art. 106 TUB nell'ambito delle attività di recupero, in sede giudiziale, dei crediti cartolarizzati.

Il condizionale è tuttavia obbligatorio se solo si considerano le più diverse (e se vogliamo talvolta singolari) argomentazioni sollevate sul punto nel corso degli ultimi mesi, da parte dei Giudici di merito anche in contrasto con i principi espressi dalla Suprema Corte come nel caso del Tribunale di Firenze la cui pronuncia segna un ritorno alle "origini" del dibattito giurisprudenziale.

Autori:

Luciana Cipolla – l.cipolla@lascalaw.com

Luca Sblendorio – l.sblendorio@lascalaw.com

Contatti: redazione@iusletter.com

Supplemento a IusLetter del 11/06/2024

Testata registrata il 24.09.2001, presso il Tribunale di Milano, al n. 525/01.

LaScala

SOCIETÀ TRA AVVOCATI