

Maggio 2016

NPLs: disciplina, oneri e rischi delle operazioni di cessione del credito

Margherita Domenegotti, Senior Associate, La Scala Studio Legale

Com'è noto, la costante crescita dei crediti deteriorati sta andando di pari passo con un numero sempre maggiore di operazioni volte alla cessione dei portafogli NPLs.

In particolare in Italia si sta assistendo ad una vera e propria “debancarizzazione” delle sofferenze che stanno divenendo sempre più “affare” degli investitori finanziari, interessati all'acquisto di crediti deteriorati, siano essi oggetto, o meno, di azioni di recupero giudiziale già pendenti.

In particolare, nell'ambito di cause giudiziali in corso, è sempre più frequente il verificarsi di operazioni di cessione del credito che vanno a modificare la rappresentazione del rapporto debito-credito cristallizzato nel titolo esecutivo. Ciò si verifica ancora di più con riferimento alle procedure esecutive immobiliari i cui tempi di durata sono purtroppo noti, tanto che le ultime riforme legislative hanno interessato principalmente il processo esecutivo.

La crescita delle operazioni di cessione del credito, soprattutto con azioni giudiziali già pendenti, rende quanto mai attuale l'analisi dell'istituto e della disciplina applicabile anche in relazione ai contributi emersi in ambito dottrinale e giurisprudenziale; il tutto con particolare riferimento alle operazioni di cessione “in blocco” previste dall'art. 58 T.U.B essendo ormai sempre più frequente il ricorso a questa particolare tipologia di cessione da parte degli istituti di credito e degli intermediari finanziari.

Disciplina

Nel valutare gli effetti che le operazioni di cessione hanno nell'iter esecutivo in corso preme, in primo luogo, evidenziare che non vi è, allo stato, alcuna legge che disciplini la successione *ex parte creditoris* con riferimento al processo esecutivo.

La fattispecie è stata, tuttavia, ripetutamente considerata dalla giurisprudenza per consentire la prosecuzione di tale processo dopo l'alienazione del credito sia al creditore originario sia al subentrante.

E' da premettere che se la successione si verifica prima dell'instaurazione del processo esecutivo non sorgono problemi interpretativi: l'art. 475 c.p.c., infatti, prevede

espressamente che “*la spedizione in forma esecutiva del titolo possa essere effettuata a favore della parte a beneficio della quale è stato pronunciato il provvedimento o stipulata l’obbligazione ovvero dei suoi successori*”.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che la stessa conclusione possa essere raggiunta in termini più generali ovvero qualora la successione nel credito avvenga ad esecuzione già avviata.

La Suprema Corte, (Cass. n. 14096/2005) infatti ha statuito che il successore nel titolo fatto valere quale titolo esecutivo, non avrebbe l’obbligo di dimostrare neppure documentalmente la propria posizione al soggetto che deve spedire il titolo in forma esecutiva (cfr. art. 475 c.p.c.), e allo stesso modo non dovrebbe farlo quando il debitore non contesti tale qualità attraverso un giudizio di accertamento negativo in sede di opposizione all’esecuzione.

Conseguentemente, il soggetto che, ad esempio, dovesse chiedere in sede di riparto l’attribuzione delle somme in forza del contratto di cessione, non avrebbe, secondo la Suprema Corte, l’onere di dimostrare la propria posizione di successore, salvo che il creditore cedente ovvero il debitore contestino, mediante opposizione, l’assunto dell’intervenuto.

Volendo inquadrare l’istituto della successione/cessione del credito nell’ambito codicistico, le uniche norme che disciplinano la vicenda successoria in corso di causa sono gli artt. 110 e 111 c.p.c., che - tuttavia - si riferiscono al processo di cognizione.

L’art. 110 c.p.c. stabilisce che se la parte viene meno per morte o per altra causa, il processo è proseguito dal successore a titolo universale o nei suoi confronti.

L’art. 111 c.p.c., invece, prevede che la successione a titolo particolare nella titolarità del diritto controverso ha un’incidenza specifica sullo svolgimento del processo solo se avviene *mortis causa*, perché in tal caso la prosecuzione è possibile solo nei confronti del successore; in mancanza il processo è interrotto.

Se, invece, la successione avviene a titolo particolare per atto *inter vivos*, allora la vicenda successoria non impedisce lo svolgimento del processo tra le parti originarie.

Come detto, queste disposizioni riguardano il processo di cognizione e, in merito all’applicabilità di tali norme con particolare riferimento al processo esecutivo, sia in dottrina che in giurisprudenza si rinvencono posizioni differenti.

Parte della giurisprudenza (vedi ad es. Cass. n. 73/2003; Cass. n. 14096/2005) ritiene che al processo esecutivo possa essere applicato il principio generale dettato dall’art. 111 c.p.c. per il giudizio contenzioso che consente la successione nel diritto controverso anche quando essa si determini in pendenza del processo esecutivo.

Di diverso avviso altra parte della giurisprudenza e della dottrina.

La Corte d'Appello di Napoli, con la sentenza n° 2666 dell' 11 settembre 2009, ha confermato la sentenza di primo grado con cui il Tribunale aveva ritenuto non applicabile l'art. 111 c.p.c. al procedimento esecutivo ed aveva reputato tardiva la costituzione del cessionario-esecutante in quanto avvenuta solo dopo l'eccezione sollevata dalla parte esecutata.

Infatti, nel primo giudizio di opposizione all'esecuzione, la ricorrente, che era assoggettata ad esecuzione forzata immobiliare, eccepiva la carenza di diritto a procedere esecutivamente in capo all'ente bancario cedente; ciò alla luce della cessione del credito vantato nei confronti dell'opponente.

Quest'ultimo palesava non solo una carenza di legittimazione attiva in capo al creditore-esecutante rimasto privo del titolo esecutivo, ma evidenziava altresì che a tale situazione non poteva supplire la società cessionaria - non solo per l'inapplicabilità dell'art. 111 c.p.c. al processo esecutivo - ma anche per essere intervenuta nel giudizio di opposizione all'esecuzione solo dopo il formale rilievo del vizio da parte dell'esecutata (e la conseguente sospensione dell'esecuzione).

Tali eccezioni venivano di fatto accolte dal Tribunale di Napoli e confermate dalla Corte d'Appello: entrambi i Tribunali aderivano, pertanto, all'orientamento già espresso dalla Corte di Cassazione e, segnatamente, alla sentenza n. 9211 del 2001.

In particolare, il precedente della Suprema Corte (Cass. n. 9211/2001) aveva stabilito che il secondo ed il terzo comma dell'art. 111 c.p.c. non sono applicabili in nessun caso al procedimento esecutivo; mentre se si potesse adattare il primo comma, si dovrebbe soltanto desumere che il debitore conserva il diritto di non vedersi esecutato da chi non è più titolare del diritto con la conseguenza che, allorché tale eccezione è sollevata dall'esecutato prima della costituzione del nuovo acquirente del credito, essa paralizzerebbe il procedimento (che però, vale la pena ribadire, potrà in ogni caso essere da questi riproposto).

Con la sentenza n. 1105/2013 emessa dal Tribunale di Cagliari si è aggiunto un altro tassello in tema di oneri probatori in campo alla cessionaria.

La sentenza ha rigettato la domanda formulata dalla cessionaria per ottenere la revoca di una vendita immobiliare ritenuta pregiudizievole alle ragioni creditorie sorte in capo al cedente poiché priva della documentazione attestante l'intervenuta cessione del credito.

Il Tribunale di fatto, a seguito delle contestazioni di controparte, non ha ritenuto sufficiente ai fini della prova dell'avvenuta cessione, la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della comunicazione della cessione in quanto inidonea a comprovare che il credito oggetto della causa fosse incluso nei rapporti giuridici ceduti in blocco col contratto ivi richiamato.

A fronte della eccezione proposta dalla resistente, l'opponente avrebbe dovuto pertanto dimostrare, attraverso la produzione del contratto in forma scritta, i fatti costitutivi del diritto di credito vantato ed in particolare che la titolarità del credito si era trasferita in capo al cessionario mediante un'operazione di cessione in blocco conforme ai parametri normativi.

Sul punto sia in giurisprudenza che in dottrina si rinvencono posizioni diverse, che di seguito si diranno; tuttavia, al fine di esaminare compiutamente le problematiche connesse alle operazioni di cessione del credito appare opportuno procedere all'analisi della tipologia più frequente di cessione del credito ovvero la cosiddetta "cessione in blocco".

Cessione in blocco ex art. 58 T.U.B.

La cessione del credito è uno strumento a cui, da sempre, si è fatto ricorso nelle operazioni economiche, ma, come già accennato, oggi assume un'importanza ed un'influenza certamente maggiore rispetto al passato, atteso che è ormai sempre più frequente il ricorso da parte degli istituti di credito e degli intermediari finanziari a operazioni di cessione disciplinate dall'art. 58 del T.U.B. .

In particolare l'art. 58 commi 2, 3 e 4, del T.U.B. prevede:

- a) la notificazione della cessione mediante pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale;
- b) l'iscrizione della cessione presso il Registro delle Imprese;
- c) la conservazione dei privilegi e delle garanzie ipotecarie stabilite a favore del cedente senza bisogno di alcuna formalità (vi è, dunque, l'esonero della disposizione di cui all'art. 2843 c.c.).

Il rinvio alla disciplina dell'art. 58 T.U.B. consente una grande semplificazione dell'operazione dato che, con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e l'iscrizione nel Registro delle Imprese, la cessione dei crediti diviene opponibile *erga omnes*. La formalità della pubblicazione ed iscrizione è quindi equiparata, a tutti gli effetti, alla notificazione ed all'accettazione della cessione da parte dei debitori ceduti, secondo la previsione dell'art. 1264 c.c..

Inoltre, effetto di non poca rilevanza, a decorrere dal medesimo momento, tutte le garanzie, reali e personali, che assistono i crediti ceduti, si trasferiscono automaticamente al cessionario, senza la necessità di osservare le speciali formalità richieste dalla legge per il trasferimento delle diverse tipologie di garanzie.

Significato di “cessione in blocco”

L'art. 58 T.U.B. che disciplina, per l'appunto, la cessione dei crediti in massa, condiziona l'applicabilità della disciplina in esso contenuta al requisito della individualità in blocco della pluralità dei crediti.

Deve cioè trattarsi di crediti che, seppure autonomi, sono considerati unitariamente sotto il profilo funzionale, in quanto gli stessi sono raggruppabili in forza di criteri predeterminati tali da assicurarne la omogeneità economica/finanziaria.

Al fine della configurabilità della nozione di crediti ceduti in blocco non pare quindi necessaria un'identità strutturale tra i singoli crediti che costituiscono il blocco oggetto di cessione, bastando la sola comunanza di un elemento distintivo.

Si potrà, quindi, affermare l'individuabilità in blocco dei crediti solo allorché coesistano i due presupposti: a) della omogeneità giuridica e finanziaria, cioè della loro appartenenza al medesimo genere, e b) della predeterminabilità, tramite il ricorso ai criteri contenuti nel singolo regolamento contrattuale.

La Banca d'Italia (cfr. Bollettino di vigilanza n. 7 /2001) ha definito i rapporti giuridici individuabili in blocco come quei crediti, debiti e contratti che presentano un comune elemento distintivo che può rinvenirsi nella forma tecnica, nei settori economici di destinazione, nella tipologia della controparte, nell'area territoriale e in qualunque altro elemento comune che consenta l'individuazione del complesso dei rapporti ceduti.

A norma di quanto stabilito nell'art. 58 T.U.B., la notizia dell'avvenuta cessione avviene mediante pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (o eventualmente attraverso forme integrative di pubblicità fissate dalla Banca d'Italia). Tali adempimenti producono gli effetti indicati nell'art. 1264 c.c. nei confronti dei debitori ceduti, rendendo irrilevante l'accettazione o la notifica singolare dal momento che, dalla data della pubblicazione, la cessione si intende notificata ai debitori con tutte le conseguenze giuridiche proprie.

La legge, nulla dice circa il contenuto che deve avere l'avviso da pubblicarsi nella Gazzetta Ufficiale, motivo per cui Banca d'Italia, nell'emanare le disposizioni di attuazione, ha precisato che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale deve consentire ai soggetti interessati di acquisire informazioni sulla propria situazione.

Nello specifico ha previsto che la pubblicazione debba indicare gli elementi distintivi che consentono l'individuazione dell'oggetto della cessione (ad esempio, la forma tecnica, il settore economico di destinazione, la tipologia della controparte, l'area territoriale) quindi del complesso dei rapporti giuridici da trasferire. Quanto precede oltre, naturalmente, alla data di efficacia della medesima e, ove necessario, le modalità (luoghi, orari, ecc.) attraverso le quali ogni soggetto interessato può acquisire informazioni sulla propria situazione. Alla cessionaria è comunque fatto obbligo di dare

notizia della cessione al singolo soggetto interessato alla prima occasione utile (estratto conto, rata di mutuo da pagare, ecc.).

In tema di pubblicità in Gazzetta Ufficiale, ex art. 58 T.U.B., è doveroso precisare che la dottrina si divide in due correnti predominanti: una (Capriglione F., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II ed., 462) che ricollega gli effetti della pubblicità in esame al tipo dichiarativo (sebbene certe volte l'adempimento pubblicitario richiesto sembri eccedere la normale portata di tale pubblicità), l'altra secondo la quale tale pubblicità si avvicina maggiormente alla cosiddetta pubblicità notificativa.

Quest'ultima corrente di pensiero si è andata vieppiù consolidando negli anni più recenti. Il fondamento normativo di tale tipo di pubblicità si basa sul disposto dell'art. 2193 co. 2 c.c., secondo il quale *“la disciplina prevista non rappresenta il regolatore della funzione positiva della pubblicità dichiarativa, se così fosse, infatti, si tratterebbe di una disposizione superflua, ben potendo l'efficacia erga omnes dell'atto pubblicato ricavarsi traducendo in positivo quanto statuisce il comma 1 della medesima norma”* (Belli F. et al., *Commento al d.lgs 1 settembre 1993, n. 385*, 889).

In considerazione di ciò, tal tipo di pubblicità notificativa ha piena autonomia, esplicandosi sul piano della conoscenza legale.

Diversamente dalla pubblicità dichiarativa, il cui compito si svolge sul differente piano dell'efficacia, seguendo l'orientamento prevalente e quindi quello che ritiene la pubblicità dell'art. 58 TUF di tipo notificativo, è interessante svolgere alcune considerazioni attinenti all'efficacia dell'atto di vendita in tema di cartolarizzazione, ricollegandosi al trasferimento dei crediti dalla Banca cedente alla Società Veicolo.

La dottrina prevalente (Belli F. et al., *Commento al d.lgs 1 settembre 1993, n. 385*, 902) ritiene che *“in caso di trasferimento di rapporti giuridici individuabili in blocco, la responsabilità del cessionario dovrà ritenersi circoscritta alle obbligazioni indicate nell'atto di cessione, o, in assenza di puntuale indicazione, a quelle che, attraverso un ragionevole svolgimento interpretativo della volontà negoziale delle parti contraenti, appariranno inerenti all'oggetto della cessione”* non viene invece fatta alcuna menzione a quanto sia stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, rendendo ragionevole credere che, qualora vi siano incongruenze fra l'atto di cessione e quanto pubblicizzato ex art. 58 T.U.F., a prevalere sia l'aspetto sostanziale piuttosto che quello formale.

Non per nulla i soggetti preposti (per es. autorità giudiziaria, Conservatoria) all'esatta individuazione del rapporto ceduto non possono ritenere esaustiva in tal senso la pubblicazione ex art. 58 T.U.B..

Per quanto concerne le verifiche a carico dell'autorità giudiziaria, nel caso in cui il cessionario depositi ad esempio nel corso di una procedura esecutiva la comparsa di costituzione con la quale comunica l'intervenuta cessione, fermo quanto statuito dalla

Cassazione in ordine alla circostanza che l'unico soggetto legittimato ad eccepire la carenza di legittimazione attiva è il debitore ovvero il cedente, è onere del Giudice esaminare i documenti posti alla base della richiamata cessione e, dunque, la corrispondenza tra il titolo azionato e i criteri identificativi del credito così come indicati nell'estratto della Gazzetta Ufficiale.

Inoltre, ad ulteriore titolo esemplificativo, qualora il cessionario di un rapporto ceduto ex art. 58 T.U.B. voglia per qualunque motivo cancellare la relativa ipoteca (evidentemente ancora iscritta a nome del cedente) il Conservatore non si può accontentare della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale che individua il blocco senza esplicitare i rapporti ceduti con i dati del debitore e del rapporto, e richiede quindi una documentazione integrativa che dimostri con certezza che il rapporto in argomento con la connessa ipoteca siano parte del "blocco", per esempio l'estratto autentico del contratto con il relativo allegato dei rapporti ceduti.

Secondo alcuni tale atteggiamento contrasta apertamente con le finalità dell'art.58 T.U.B. dal momento che, *"se il regime derogatorio previsto dall'art. 58 T.U.B. è quello di agevolare le operazioni di cessione in blocco, la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dovrebbe essere di per sé stessa sufficiente ad introdurre una presunzione assoluta di conoscenza dell'avvenuta cessione, assicurando, senza la necessità di ulteriore documentazione, oltre al trasferimento automatico delle garanzie, gli effetti favorevoli in tema di opponibilità della cessione nei confronti dei debitori ceduti, dei loro creditori e dei terzi in genere"* (Falasconi, Lo speciale meccanismo pubblicitario delle Cessioni in blocco, in *Magistra, Banca e Finanza* - www.magistra.it - ISSN: 2039-7410, 2009).

Alcuni orientamenti giurisprudenziali

In tema di cessione si segnala la recente pronuncia (Cass. n. 3184/16) pubblicata il 18 febbraio 2016 con la quale la Suprema Corte smentisce quella parte della dottrina secondo cui l'accettazione della cessione del credito avrebbe natura di riconoscimento di debito.

La Corte ha, pertanto, ribadito che la notifica ex art. 1264 c.c. (*"la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto quando questi l'ha accettata o quando gli è stata notificata"*) serve soltanto ad escludere l'efficacia liberatoria del pagamento che eventualmente il debitore ceduto può effettuare in buona fede al cedente invece che al cessionario.

Il debitore, reso edotto della cessione, non viola il principio della buona fede nei confronti del cessionario se non contesta il credito. Né il suo silenzio può avere il valore di conferma del debito.

Secondo la Cassazione, pertanto, il debitore che accetta la cessione del credito, in modo tacito o meno, non riconosce per ciò solo di dover adempiere all'obbligazione: la sua, infatti, è una mera dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale ed il

cessionario non risulta dunque esentato dall'onere di provare sussistenza ed entità del credito.

Con particolare riferimento alle cessioni in blocco è doveroso segnalare due recenti pronunce emesse dalla Sezione penale della Corte di Cassazione e più precisamente la n. 28839/2015 e 38821/15.

Tali sentenze sono state emesse nell'ambito del procedimento (incidente di esecuzione) promosso da due banche creditrici - per entrambe i giudizi cessionarie di un credito derivante da mutui ipotecari - a seguito dell'avvenuta confisca dell'immobile concesso in garanzia alla Banca cedente.

In entrambi i casi la cessionaria proponeva istanza di ammissione del credito ex D.Lgs. 159/11 eccependo la buona fede dell'istituto erogante (cedente) stante l'antiorità del finanziamento e della garanzia ipotecaria rispetto al provvedimento ablativo (sequestro)

Com'è noto il codice antimafia (D.Lgs 159/2011) ha introdotto un procedimento ad hoc che consente ai creditori, al ricorrere di determinate condizioni, di poter soddisfare il proprio diritto di credito nonostante il bene posto a garanzia dello stesso sia stato oggetto di confisca e pertanto divenuto di proprietà dello Stato a titolo originario.

In particolare ai sensi dell'art. 52 D.Lgs 159/2011 la *“confisca non pregiudica il diritto di credito dei terzi che risultino da atti aventi data certa anteriori al sequestro al ricorrere di alcune condizioni che devono essere accertate in sede giudiziale e che si sostanziano fondamentalmente nell'accertamento della buona fede dell'istituto bancario in sede di erogazione del credito”*

Alla luce di tale normativa, pertanto, il creditore che propone istanza di ammissione del credito è tenuto a provare che, nel momento genetico del credito, non vi era trascritto il decreto di sequestro finalizzato alla confisca; qualora la prova sia positiva, il creditore deve provare che il credito non era strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce frutto o reimpiego o in alternativa, di avere ignorato in buona fede il nesso di causalità.

Le sentenze in esame, però, sono state chiamate a decidere nel caso in cui il creditore istante non sia l'originario titolare del credito trattandosi in entrambi i casi di creditori divenuti tali a seguito di cessioni in blocco ex art. 58 T.U.B. tra l'altro avvenute in un momento successivo alla trascrizione del sequestro e della confisca di prevenzione dell'immobile.

La Suprema Corte con dette pronunce ha statuito che, nel caso in cui il cessionario non sia l'originario creditore ma divenga titolare del diritto a seguito di modificazioni del lato attivo del rapporto obbligatorio la legge non distingue tra terzo originario creditore e terzo creditore derivato.

Quindi non può prescindersi dall'inequivoco dato letterale in base al quale il terzo (sia esso il creditore originario o il creditore ad esso succeduto in virtù di negozi giuridici) che sia diventato creditore del proposto in data successiva alla trascrizione del sequestro, è costituito *ipso iure in mala fede*, secondo l'interpretazione che si è data dell'art. 52 D.Lgs 159/11.

Di contro il terzo cessionario gode della medesima tutela del creditore originario se l'iscrizione del titolo o dell'acquisto del diritto è anteriore al provvedimento intervenuto nel procedimento di prevenzione e sussista altresì la buona fede intesa come affidamento incolpevole.

Sul punto è doveroso evidenziare che la Suprema Corte con tali sentenze si è discostata espressamente da altro orientamento (meno recente) in cui si era ritenuto che la modalità di cessione in blocco di rapporti giuridici renderebbe inesigibile, da parte del cessionario, la previa verifica delle condizioni giuridiche di tutti i beni correlati a crediti ceduti; questa modalità di circolazione dei crediti influirebbe sull'onere della diligenza richiesta.

Nelle sentenze in esame, invece, i Giudici hanno valorizzato il fatto che l'acquisto massivo di crediti non viene effettuato "al buio" considerato che solo l'analisi della qualità e della quantità dei crediti consente di determinare il prezzo di vendita. Secondo l'orientamento sopra citato, infatti, la verifica sui beni correlati ai crediti ceduti "in blocco" non è affatto impossibile e anzi, è doverosa e, in ogni caso, non consente di derogare al principio tassativo di diligenza.

In considerazione della costante crescita delle operazioni di cessione del credito e delle criticità individuate dalle pronunce della Suprema Corte, sopra citate, è ragionevole immaginare futuri contributi giurisprudenziali in materia; di certo sarebbe auspicabile un intervento del legislatore finalizzato a scongiurare eventuali pregiudizi in capo ai cessionari del credito, oltre che a colmare le lacune della normativa in vigore.