

Finanziamento - Cartolarizzazione dei crediti - Costi *recurring* - Difetto di legittimazione passiva – fattispecie (d.lgs. n. 385/1993, artt. 58 e 125-sexies); l. n. 130/1990, art. 4).

FATTO

La materia oggetto del contendere origina da un contratto di mutuo, della durata di centoventi mesi decorrenti dal 1° maggio 2010, stipulato dal ricorrente con una società incorporata dall'intermediario resistente. Detto contratto veniva ceduto, in data 11 dicembre 2013, nell'ambito di un'operazione di cartolarizzazione ed estinto anticipatamente, previa emissione di conteggio estintivo, nel febbraio del 2016. Nell'aprile del 2016, il ricorrente, proponeva reclamo alla società cessionaria, chiedendo il rimborso di commissioni, oneri e premi assicurativi non maturati stante l'estinzione anticipata del rapporto. Attesa l'infruttuosità del reclamo, il mutuatario presentava quindi ricorso all'ABF in data 26 luglio 2016; il ricorso veniva tuttavia dichiarato inammissibile, giacché il soggetto avverso cui era stato proposto non rivestiva la qualifica di intermediario finanziario ai sensi delle Disposizioni regolanti il sistema dell'ABF. Il ricorrente si rivolgeva pertanto all'intermediario originario mutuante, cedente nell'operazione di cartolarizzazione, presentando reclamo anch'esso infruttuoso. Propone quindi ricorso all'ABF contro lo stesso intermediario, il quale eccepisce la propria carenza di legittimazione passiva, in ragione della cessione pro soluto del credito de quo attuata con l'operazione di cartolarizzazione, avvenuta in data 11 dicembre 2013 e dunque ben prima dell'estinzione del finanziamento.

DIRITTO

La questione principale posta dall'ordinanza di rimessione all'attenzione di questo Collegio concerne la legittimazione passiva dell'intermediario cedente nei giudizi innanzi all'ABF, a seguito di una operazione di cartolarizzazione dei crediti.

La cartolarizzazione consiste nella cessione, a titolo oneroso, di una massa di crediti, o altre attività finanziarie non negoziabili capaci di generare flussi di cassa, e nella loro conversione in titoli negoziabili. Il soggetto che cede i crediti a titolo oneroso (una banca, una società finanziaria) prende il nome di "Originator", mentre "Special Purpose Vehicle" ("SPV") è la società cessionaria della massa dei crediti, appositamente costituita per la cartolarizzazione, che trasforma tali attività in strumenti finanziari. Infine, "Servicer" è il soggetto che svolge il servizio di gestione e incasso, cura il recupero dei crediti, nonché gli altri adempimenti previsti dalla legge e dalla normativa secondaria. Il Servicer può anche coincidere con l'Originator, ma agisce sempre nell'ambito di un rapporto di mandato.

La cartolarizzazione è volta a ottenere principalmente la segregazione patrimoniale dei cespiti ceduti nonché altri benefici per gli intermediari cedenti, quali la trasformazione dei cespiti in strumenti finanziari negoziabili e collocabili quali collateral, e altri benefici in termini di bilanci.

In seguito alla riforma del Titolo V del TUB disposta con il d.lgs. n. 141/2010, i soggetti cessionari dei crediti, ossia le SPV, non sono più qualificati come intermediari finanziari. L'operazione di cartolarizzazione si struttura e sviluppa, essenzialmente, nelle seguenti fasi:

- (i) il soggetto che intende compiere un'operazione di cartolarizzazione (l'Originator) effettua la cessione a titolo oneroso di un determinato portafoglio di crediti alla SPV, la quale diventerà per ciò cessionaria dei crediti;
- (ii) la SPV finanzia l'acquisto dei crediti trasformando le attività cedute in obbligazioni, denominate asset-backed securities ("ABS") o notes, che saranno eventualmente collocate sul mercato dei capitali. In sostanza, il pagamento all'Originator cedente del prezzo della cessione avviene mediante il ricavo ottenuto dal collocamento degli ABS presso il pubblico, presso investitori professionali o presso lo stesso Originator che li riacquista;
- (iii) il recupero dei crediti acquistati permette alla SPV di remunerare, con il pagamento di un interesse, il capitale investito dagli acquirenti degli ABS e di rimborsare, alla scadenza, il capitale.

Nel quadro delle operazioni di cartolarizzazione, emerge dunque la questione oggetto del caso di specie, concernente – come già detto – la legittimazione passiva nei giudizi ABF dell'Originator (intermediario cedente). In particolare, occorre stabilire se, una volta intervenuta la cessione del credito disposta con la cartolarizzazione, il debitore ceduto (nel caso di specie, mutuatario di un finanziamento), il quale abbia estinto il finanziamento successivamente alla cartolarizzazione, possa convenire innanzi all'ABF la banca sua mutuante per chiedere la restituzione dei costi c.d. recurring, relativi a servizi e prestazioni collegate con il finanziamento ma non interamente goduti a causa dell'anticipata cessazione del rapporto. Oppure se, essendo tenuta alla restituzione la società veicolo (SPV) cessionaria del credito e non già la banca cedente (Originator), la legittimazione passiva all'esercizio della pretesa restitutoria del cliente vada posta esclusivamente in capo alla prima, con la conseguenza del difetto di competenza dell'ABF a conoscere della controversia, stante che le SPV non sono intermediari finanziari soggetti alla vigilanza della Banca d'Italia.

L'ordinanza di rimessione appare dichiaratamente orientata a riconoscere la legittimazione passiva dell'intermediario cedente, sulla base di almeno due argomentazioni. La prima, di carattere testuale, è ricavata dal disposto dell'art. 4 comma 1 della legge sulla cartolarizzazione dei crediti (l. 30 aprile 1999, n. 130), il quale prevede l'applicazione alle cessioni di crediti da cartolarizzazione dei commi da 1 a 4 dell'art. 58 del TUB, e non già del comma 5, che attribuisce ai "creditori ceduti" il potere di esigere dal cedente l'adempimento delle obbligazioni oggetto di cessione entro il termine di tre mesi, trascorso il quale sarà il cessionario a rispondere di tale adempimento in via esclusiva. Ad avviso dell'ordinanza di rimessione, il mancato richiamo del comma 5 andrebbe interpretato, in applicazione del principio ubi lex noluit tacuit, quale volontà del legislatore di escludere che, in caso di cartolarizzazione, al debitore ceduto sia impedito di rivolgersi al cedente in ogni tempo, anche dopo la scadenza del termine di tre mesi.

Inoltre, sempre ad avviso dell'ordinanza di rimessione, dall'indicata opzione interpretativa discenderebbe la conclusione che, per effetto della cartolarizzazione, a esser ceduto sia soltanto il credito nascente dall'operazione di finanziamento e non già l'intero contratto di finanziamento, con la conseguenza – la cui ragione resta inespressa, ma sottintesa – che il debitore ceduto potrebbe continuare a far valere i suoi diritti nei confronti dell'intermediario cedente, le cui obbligazioni ex contractu rimarrebbero impregiudicate.

La ratio della soluzione interpretativa proposta (fondata sul mancato richiamo del citato comma 5) andrebbe individuata in ciò, che l'art. 58 riguarda la cessione di "portafogli" di crediti disposta a favore di "banche" e non già, come nel caso di specie, di soggetti (le SPV) non sottoposti alla vigilanza prudenziale della Banca d'Italia; dunque, nel caso di cui all'art. 58, si tratterebbe pur sempre di cessionari con «caratteristiche di sicura solvibilità analoghe a quelle del cedente», e ciò giustificerebbe la sostituzione integrale del cessionario al cedente nel rapporto con il debitore ceduto. Caratteristiche

non riscontrabili nelle SPV, rispetto alle quali, pertanto, non sarebbe applicabile il disposto della norma citata.

Ad avviso del Collegio di coordinamento, tuttavia, le argomentazioni esposte nell'ordinanza di rimessione non possono essere condivise.

Giova in primo luogo osservare che alcuna decisiva rilevanza può essere attribuita al mancato richiamo nella legge sulle cartolarizzazioni del comma 5 dell'art. 58 del TUB. Infatti, da un lato, tale mancanza potrebbe anche essere interpretata nel senso opposto a quello proposto dall'ordinanza, e cioè nel senso che il legislatore ubi voluit dixit: nell'ipotesi delle cessioni di crediti in blocco, conseguenti a trasferimenti d'azienda o di singoli rami, continua a sussistere la responsabilità del cedente, eccezionale e quindi limitata nel tempo; negli altri casi (tra cui anche le cartolarizzazioni), tale responsabilità resta, ab initio, esclusa.

Da un altro lato, si osservi che il citato comma 5 fa riferimento ai "creditori ceduti", mentre, nei casi come quello di specie, il soggetto finanziato non è, nel momento della cessione, creditore della prestazione per cui agisce: quest'ultima, infatti, sorge solo quando il finanziamento viene estinto. Dunque, per effetto della cartolarizzazione non vi sarebbe alcuna successione del cessionario al cedente rispetto al debito (originato dal fatto della estinzione del mutuo) nei confronti del contraente ceduto, in quanto ancora non sarebbe sorta la relativa posizione creditoria di quest'ultimo, e pertanto essa non sarebbe suscettibile di cessione.

Mentre, sotto un diverso profilo, alcun rilievo potrebbe parimenti avere l'argomentazione tratta dalla considerazione secondo cui la mancata estensione applicativa del comma 5 dell'art. 58 risiederebbe nella necessità di evitare che al contraente ceduto (e cioè al mutuatario) sia "imposto" un debitore (la SPV cessionaria) che non presenta le stesse garanzie di solvibilità del cedente. Infatti, da un lato, la circostanza che una SPV non sia solvibile è tutta da dimostrare e comunque resterebbe legata a valutazioni da svolgere caso per caso; dall'altro, se tale fosse stata l'effettiva esigenza avuta di mira dal legislatore delle cartolarizzazioni, questi avrebbe potuto soddisfarla mantenendo espressamente in capo al cedente, in ipotesi di cartolarizzazione, ogni responsabilità relativa alla esecuzione del rapporto oggetto di cessione.

In questa prospettiva, pertanto, l'impostazione offerta nell'ordinanza dal Collegio rimettente non appare condivisibile. Essa, come più sopra osservato, è fondata essenzialmente sulla premessa che, con l'operazione di cartolarizzazione, si compie una cessione del credito e non già una cessione del contratto di finanziamento (nel caso, il mutuo). Donde la conclusione secondo cui, permanendo il rapporto contrattuale tra cedente (intermediario mutuante) e ceduto (mutuatario) anche dopo la cessione, l'obbligazione restitutoria dei costi c.d. recurring, dovuti a seguito dell'operazione di estinzione del mutuo disposta su richiesta del soggetto finanziato, andrebbe imputata al primo, e non già alla SPV cessionaria.

Molteplici le ragioni di dissenso rispetto alla tesi prospettata.

Al di là della considerazione che, essendo il mutuo un contratto non sinallagmatico, la sua cessione al terzo non è sussumibile al modello generale di cessione del contratto descritto nell'art. 1406 c.c., essendo quella del mutuatario, restitutoria del capitale e solutoria degli interessi, l'unica obbligazione riconducibile al coefficiente causale del contratto, con la conseguente difficoltà, in concreto, di distinguere tra cessione del credito (al capitale e agli interessi) e cessione del contratto; al di là, dunque, di tale considerazione, giovi osservare che limitare alla cessione del credito il contenuto dell'atto dispositivo cui dà luogo la cartolarizzazione non muta affatto la conclusione del venir meno della legittimazione passiva del cedente a seguito dell'operazione di estinzione.

La tesi prospettata nell'ordinanza di rimessione appare frutto di un errore di prospettiva. Con l'operazione di cartolarizzazione, infatti, non viene ceduta un'obbligazione ex contractu; non viene,

cioè, ceduto il credito a una prestazione rinveniente dal rapporto originario (il mutuo) e, come tale, posta in capo al cedente (banca mutuante). In sostanza, il fatto-fonte del credito restitutorio è non già il fatto contratto (di mutuo), bensì il fatto del pagamento da parte del mutuatario delle somme richieste al momento dell'estinzione del finanziamento. Fonte del credito del mutuatario è pertanto l'indebitato, e, di conseguenza, debitore della prestazione restitutoria è l'accipiens del pagamento, vale a dire la società veicolo, cessionaria del contratto di mutuo, che quel pagamento ha ricevuto.

Giovi osservare, a tale riguardo, che l'indebitato (e la conseguente obbligazione restitutoria) sorge nel momento dell'estinzione del finanziamento, quando il mutuatario corrisponde l'intero importo previsto dal conteggio estintivo. In questo momento, infatti, il soggetto finanziato, in base al disposto dell'art. 125-sexies – secondo cui, in caso di rimborso anticipato, «il consumatore ha diritto a una riduzione del costo totale del credito, pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto» –, dovrebbe corrispondere non già le somme richieste dal finanziatore, ma l'importo calcolato al netto dei costi c.d. recurring. Pagando l'importo più elevato che ricomprende tali costi, in realtà non dovuti, determina l'insorgenza dell'indebitato e la nascita, in quel momento, del credito restitutorio.

Non possono pertanto sussistere dubbi in ordine alla circostanza che obbligato alla restituzione sia il soggetto che riceve tale pagamento, il quale sarà, come tale, l'unico legittimato passivo all'esercizio della pretesa restitutoria. Se dunque è la SPV a ricevere il pagamento, legittimata passiva all'azione è esclusivamente quest'ultima. E poiché essa è soggetto non sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia, nei suoi confronti non può essere proposto ricorso innanzi all'ABF.

Il che, peraltro, non determina un vuoto di tutela rispetto alla possibile azione del solvens: questa, infatti, potrà essere esercitata di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria.

A conclusioni diverse potrebbe pervenirsi se l'accipiens del pagamento indebitato sia un soggetto diverso dalla SPV, da quest'ultima incaricato di eseguire l'operazione di estinzione del finanziamento e di riscossione dei relativi costi. Dispone infatti l'art. 2, comma 6, della legge sulla cartolarizzazione, che i servizi di riscossione dei crediti ceduti e i servizi di cassa e di pagamento «possono essere svolti da banche o da intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'art. 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385». Interpretando la lettera della disposizione nel senso della previsione cogente (“possono”, id est “debbono”) del requisito che gli incaricati del servizio devono possedere (banche o intermediari c.d. “centosei”), ne consegue che in tutti i casi in cui le SPV non gestiscano di-rettamente la procedura di estinzione si avrebbe il coinvolgimento di soggetti inseriti nel sistema ABF.

Senonché nel caso di specie il ricorso non è stato proposto nei confronti del servicer, mentre dagli atti si evince che il conteggio estintivo e la liberatoria conseguente alla estinzione anticipata del finanziamento, pur recando nella intestazione anche il nome del servicer, furono emessi e “sottoscritti” dalla sola SPV. Ne segue che l'odierna parte resistente, non avendo ricevuto il pagamento indebitato, non può considerarsi passivamente legittimata rispetto alla pretesa dedotta nel procedimento.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio non accoglie il ricorso.