

NRG 4440/2016

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI FIRENZE

in persona del giudice Dr. Carlo Carvisiglia, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile iscritta al n. 4440 del ruolo contenzioso generale dell'anno 2016 vertente tra:

II FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ CEPA S.P.A. CON SOCIO UNICO IN LIQUIDAZIONE, rappresentato e difeso dall'avv. Elena Ricci Armani

Attore

e

ESSELUNGA SPA, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca de Benedetto, Sara Biglieri ed Elena Cresci

Convenuta

BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA S.P.A., rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Nidiaci.

Convenuta

All'udienza del 25/11/2020 le parti hanno precisato le seguenti conclusioni:

parte attrice: "*precisa le conclusioni da foglio separato del 2-7-2019.*";

parte convenuta Esselunga Spa: "*precisa le conclusioni come da foglio separato del 3 ottobre 2019*";

parte convenuta: "*precisa le conclusioni come da foglio separato del 2 settembre 2019*".

MOTIVI DELLA DECISIONE

1., II FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ CEPA S.P.A. CON SOCIO UNICO IN LIQUIDAZIONE ha convenuto in giudizio, dinanzi al Tribunale di



Firenze, Esselunga S.p.A. e Banca MPS, chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni:" "1) *nel merito, in via principale:*

- *accertare l'invalidità e/o inefficacia e/o inopponibilità al Fallimento del contratto di cessione di credito posto in essere il 17 gennaio 2012 tra Cepa S.p.A. quale cedente e Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. quale cessionaria, avente ad oggetto il credito di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012 di € 215.823,09, per violazione del divieto di cessione di cui all'art. 27 del contratto di appalto e per la mancanza di valida notifica al debitore ceduto ex art. 1264 c.c. di data certa anteriore alla presentazione della domanda di concordato;*

2) *in ipotesi:*

- *revocare, ai sensi dell'art. 67, primo comma, n. 2 L.F., ovvero, in ipotesi subordinata, dichiarare inopponibile al Fallimento, ai sensi dell'art. 7, L. 21 febbraio 1991, n. 52, il contratto di cessione di credito posto in essere il 17 gennaio 2012 tra Cepa S.p.A. quale cedente e Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. quale cessionaria, avente ad oggetto il credito di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012 di € 215.823,09;*

3) *Conseguentemente all'accoglimento della domanda in tesi, ovvero di quella in ipotesi, di cui ai precedenti punti sub 1 e 2,*

a) *accertare e dichiarare che il Fallimento della società Cepa S.p.A. con socio unico in liquidazione, in persona del Curatore dott. Marco Sacconi, è creditore nei confronti di Esselunga S.p.A. della complessiva somma di € 227.996,29, quale importo dovuto per l'esecuzione delle opere di cui al contratto di appalto del 3 ottobre 2011, ritenute a garanzia ed accessori di legge e per l'effetto,*

b) *condannare Esselunga S.p.A., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore del Fallimento della società Cepa S.p.A. con socio unico in liquidazione, in persona del Curatore dott. Marco Sacconi, della complessiva somma di € 227.996,29, oltre interessi moratori ex D. Lgs. n. 231/2002, dalla scadenza delle singole fatture al saldo;*



c) ove in corso di causa risultasse che Esselunga S.p.A. ha corrisposto a Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., in tutto o in parte, l'importo di € 215.823,09 di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012 oggetto della cessione di credito del 17 gennaio 2012 dichiarata invalida e/o inopponibile e/o revocata,

- condannare Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. in persona del suo legale rappresentante pro tempore al pagamento a favore del Fallimento della società Cepa S.p.A. di € 215.823,09 o della diversa somma che risultasse pagata, oltre interessi legali dalla data del pagamento al saldo;

- condannare Esselunga S.p.A. in persona del suo legale rappresentante pro tempore al pagamento di € 12.173,20 o della diversa somma pari alla differenza tra l'importo di cui al precedente punto sub a) e quanto dovesse risultare pagato a Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., oltre interessi moratori ex D. Lgs 231/2002 dalla scadenza delle singole fatture al saldo.

Con la condanna delle società convenute al pagamento delle spese del presente giudizio.”

A sostegno della propria pretesa parte attrice ha dedotto che:

- a) con contratto di appalto in data 3 ottobre 2011 la società Esselunga S.p.A. (di seguito anche “Esselunga”) conferiva alla società Cepa S.p.A. (di seguito anche “Cepa”) l’incarico per la costruzione di un nuovo edificio a destinazione commerciale – supermercato, completo di parcheggio interrato su due livelli e di aree a verde in superficie, posto a Firenze, località Galluzzo, via Senese angolo via delle Bagnese;
- b) il corrispettivo dell’appalto, convenuto nell’importo di € 21.000.000,00, avrebbe dovuto essere pagato su Stati di Avanzamento Lavori (SAL) mensili redatti dall’Appaltatrice, sulla base di rilievi effettuati in contraddittorio e firmati per accettazione dalla Committente e dal Direttore dei Lavori;



- c) in particolare, veniva previsto che *“sull'importo complessivo dei lavori indicato in ciascun SAL si applicherà una ritenuta del 10% a garanzia della perfetta esecuzione dei lavori e dell'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dal presente contratto. Dopo la firma del Certificato di Pagamento del SAL da parte della Committente, l'Appaltatrice potrà emettere fattura pari all'importo del SAL e al lordo della ritenuta a garanzia del 10%. I pagamenti, al netto invece di quest'ultima (ritenuta a garanzia), saranno effettuati con bonifico a rimessa diretta a 60 (sessanta) giorni dalla data di ricevimento della fattura medesima...”*;
- d) la ritenuta sarebbe stata pagata dalla Committente, quanto al 50%, a 60 giorni dalla data del collaudo provvisorio generale, con esito positivo, ed il restante 50% a 60 giorni dalla data del collaudo definitivo, se avente esito positivo o, in caso contrario, dopo l'eliminazione dei vizi e/o difetti riscontrati;
- e) nell'ambito del rapporto di conto corrente n. 2903/07 in essere con Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., filiale di Rufina (di seguito anche 'MPS'), con contratto in data 25 ottobre 2011 Cepa otteneva una linea di credito di € 900.000,00 con validità dal 1 gennaio 2012, utilizzabile per “anticipazione di fatture commerciali, documenti rappresentativi di crediti, contro cessione pro solvendo del credito”;
- f) in esecuzione del predetto affidamento, il 17 gennaio 2012 Cepa S.p.A. otteneva un anticipo di € 190.000,00 (€ 180.000,00 + € 10.000,00) contro la cessione pro solvendo del credito di € 215.823,09 di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012 emessa nei confronti di Esselunga, per i lavori di cui al contratto di appalto del 3 ottobre 2011;
- g) l'operazione di anticipo risulterebbe comunicata a Esselunga S.p.A. a mezzo raccomandata a/r del 17 gennaio 2012;
- h) con atto ai rogiti del Notaio Antonio Gunnella del 22 febbraio 2012, rep. 29.681 racc. 12.512, Cepa trasferiva a Cepa Edilizia S.p.A.,



con decorrenza dal 1 marzo 2012, il ramo di azienda in cui era compreso il contratto di appalto con Esselunga;

- i) l'atto di cessione prevedeva che “tutti i crediti e i debiti per rapporti sorti anteriormente alla data di efficacia del presente contratto continuano a competere e a gravare esclusivamente sulla concedente, mentre i crediti e i debiti sorti nel corso dell'affitto, ancorché non scaduti alla data di cessazione del contratto, saranno rispettivamente a vantaggio e a carico dell'affittuaria”;
- j) a seguito dell'instaurazione davanti al Tribunale di Firenze della procedura esecutiva presso terzi da parte del rag. Franco Carbone quale creditore procedente e della Colabeton S.p.A. quale creditrice intervenuta, contro la debitrice Ceba (RGE n. 1727/2012), con raccomandata A/R del 6 aprile 2012 Esselunga, terza pignorata, dichiarava di essere “debitrice nei confronti della Società Ceba S.p.A. della somma di € 343.163,13, di cui ha provveduto a bloccare il pagamento a seguito dell'atto di pignoramento in oggetto notificato in data 13 marzo 2012 per il maggior importo complessivo – già aumentato della metà - di € 410.000,00”;
- k) con ordinanza del 29 maggio 2012, il G.E. del Tribunale di Firenze assegnava al creditore procedente e all'intervenuta il credito vantato da Ceba nei confronti di Esselunga pari ad € 343.163,13. Il pagamento delle somme pignorate è avvenuto il 26 luglio 2012;
- l) in data 30 agosto 2012 Ceba depositava il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, cui seguiva la pubblicazione nel registro imprese in data 31 agosto 2012;
- m) con sentenza n. 124/13 del 17 maggio 2013 il Tribunale di Firenze dichiarava il fallimento di Ceba S.p.A. con socio unico in liquidazione;
- n) il residuo credito del Fallimento nei confronti di Esselunga (esclusi € 86.538,32 di cui alla fattura n. 23 del 30 marzo 2012, oggetto di autonomo giudizio di inefficacia e/o revocatoria dell'accordo di



- delegazione di pagamento tra CEPA, Esselunga e la subappaltatrice S.I.F. S.p.A.) ammonta ad € 227.996,29 e risulta documentato dal contratto appalto e dalle fatture emesse a definizione dei SAL, rimaste in tutto o in parte insolute;
- o) tale importo è comprensivo della somma di € 215.823,09, di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012;
- p) la cessione di tale credito è invalida per violazione del divieto di cessione a terzi del credito derivante dal contratto di appalto, divieto contemplato dall'art.27 di detto contratto e conosciuto dalla banca cessionaria, come *“provato documentalmente dalla comunicazione del 17 gennaio 2012 (cfr. doc. 6), in cui MPS ha sbarrato l'oggetto della comunicazione, in cui era riportata la dicitura: “cessione di credito da parte della ditta CEPA S.p.A.” e lo ha sostituito con lo scritto a mano: “notifica anticipo fattura”, operazione che, come si è detto, era consentita dall'art. 27 del contratto di appalto”*;
- q) la cessione di credito in questione è comunque inopponibile al fallimento, considerato che la prova dell'esistenza di una valida comunicazione ex art. 1264 c.c. anteriore al fallimento non risulta validamente fornita, posto che *“...la comunicazione del 17 gennaio 2012 (cfr. doc. 6) non può costituire prova della notifica della cessione, atteso che, nonostante la produzione del cedolino di spedizione e di avvenuta consegna, non è possibile affermare con certezza che il contenuto della raccomandata fosse proprio il modulo che ex adverso si afferma essere stato inviato. Oltre a ciò appare a dir poco singolare che la ricevuta di spedizione e la cartolina di ricevimento siano state allegate al fax di MPS del 31 gennaio 2013 ma senza la copia della raccomandata (doc. 15), che invece è stata trasmessa dai legali di Esselunga come allegato 'B' alla comunicazione del 16 marzo 2015 (doc. 21), ma senza le cartoline di spedizione e ricevimento. Né a tal fine può supplire il*



timbro di ricezione di Esselunga sulla comunicazione (doc. 6), che potrebbe essere stato apposto successivamente ed è quindi inidoneo a conferirle data certa”;

- r) in ogni caso, la cessione del credito costituisce un mezzo anormale di pagamento e quindi, è inefficace nei confronti del Fallimento ai sensi dell’art. 67, primo comma, n. 2 L.F. in quanto compiuta nell’anno anteriore alla presentazione della domanda di concordato (la domanda di concordato è stata depositata in cancelleria il 30 agosto 2012 e pubblicata nel registro delle imprese il 31 agosto 2012, mentre l’anticipo con cessione del credito reca la data del 17 gennaio 2012).

Con comparsa depositata il 19 ottobre 2016 si è costituita in giudizio Esselunga, la quale ha eccepito, in via pregiudiziale, l’incompetenza del Tribunale e la competenza del collegio arbitrale, in presenza di clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto opponibile al Fallimento.

Nel merito, la convenuta si è rimessa a giustizia sulla titolarità della pretesa creditoria dedotta dal Fallimento in atto di citazione, fermo il rigetto della domanda di pagamento degli interessi moratori, in presenza di controversia sulla titolarità del credito di cui alla cessione del 17 gennaio 2012 e dunque in mancanza di un ritardo ad essa imputabile.

Con comparsa depositata il 7 novembre 2016 si è costituita in giudizio anche Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., la quale ha contestato integralmente la pretesa avversaria, chiedendo il rigetto di tutte le domande formulate nei propri confronti, in quanto infondate in fatto e in diritto e la declaratoria di validità ed efficacia della cessione del credito posta in essere da Cepa S.p.A. il 17 gennaio 2012.

2. Premesso che in fatto la vicenda per cui è causa può essere riassunta tramite il richiamo alle circostanze esposte sub a) - m), esposte al paragrafo che precede, si rende necessario procedere ad esaminare le domande avanzate da parte attrice in relazione alla cessione del credito



intervenuta il 17 gennaio 2012 tra Cepa S.p.A., quale cedente, e Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A, quale cessionaria, avente ad oggetto il credito di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012 di € 215.823,09.

Quanto alla domanda di invalidità delle cessione per violazione del divieto di cui all'art. 27 del contratto di appalto (*"Il credito derivante dal presente Contratto non è cedibile a terzi ai sensi dell'art. 1260, 2 ° comma del Codice Civile. L'Appaltatrice ha la facoltà di utilizzare la fatturazione dei singoli redditi maturati, a fronte dei SAL emessi, per farne oggetto di "anticipo fattura"*), la stessa risulta incentrata sull'assunto che detto divieto sarebbe stato conosciuto dalla banca cessionaria, come *"provato documentalmente dalla comunicazione del 17 gennaio 2012 (cfr. doc. 6), in cui MPS ha sbarrato l'oggetto della comunicazione, in cui era riportata la dicitura: "cessione di credito da parte della ditta CEPA S.p.A." e lo ha sostituito con lo scritto a mano: "notifica anticipo fattura", operazione che, come si è detto, era consentita dall'art. 27 del contratto di appalto"*.

La domanda è infondata.

Premesso che *"il patto che esclude la cedibilità del credito può essere opposto al cessionario dal debitore ceduto, per il principio dell'affidamento sulla normale cedibilità dei crediti, ex art. 1260, comma 1, c.c., e dell'efficacia del contratto soltanto tra le parti sancito dall'art. 1372 c.c., solo a condizione che sia dimostrato, ai sensi dell'art. 1260, comma 2, c.c., che il cessionario abbia avuto effettiva conoscenza del patto al tempo della cessione"* (cfr. Cass. n. 5129 del 26/02/2020), si deve ritenere che, nella specie, l'attrice non abbia assolto l'onere probatorio a suo carico, posto che

dal testo della lettera del 17 gennaio 2012, sub doc.6 fasc. parte attrice (*"Ci pregiamo notificarVi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1264 Cod. Civ. e della L. 52 del 21.2.91, che l'Azienda indicata in oggetto (CEPA S.p.A., n.d.r.) ci ha ceduto il suo credito verso di Voi, del complessivo ammontare di € 215.823,09, relativo alle fatture/contratti di cui all'elenco allegato"*),



emerge in modo chiaro che oggetto della notifica in questione è stata la cessione del credito di € 215.823,09 di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012.

D'altra parte, è ragionevole ritenere che, se veramente la banca avesse voluto aggirare il divieto contrattuale de quo, la stessa non si sarebbe limitata ad una grossolana modifica dell' "Oggetto", ma avrebbe provveduto a rideterminare il contenuto stesso della notifica, eliminando ogni riferimento alla cessione del credito e menzionando unicamente l'operazione di anticipo fattura

Ciò posto, lo sbarramento dell'oggetto e la sostituzione di "cessione del credito" conto "notifica anticipo fattura" non può essere ritenuto un elemento idoneo a fondare un ragionamento presuntivo in ordine all'effettiva conoscenza del divieto di cessione da parte della banca cessionaria.

La domanda va, pertanto, respinta.

3. In via gradata, parte attrice, richiamato il principio secondo il quale, in base al combinato disposto degli articoli 1265 e 2914, comma 1, n. 2 c.c., al fallimento del creditore cedente possono essere opposte unicamente le cessioni di credito notificate al debitore ceduto, o da questi accettate, con atto avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, ha sostenuto che la cessione di credito per cui è causa sarebbe inopponibile al Fallimento di Cepa Spa, stante la mancata dimostrazione dell'esistenza di una valida comunicazione ex art. 1264 c.c. anteriore al fallimento, considerato che *"...la comunicazione del 17 gennaio 2012 (cfr. doc. 6) non può costituire prova della notifica della cessione, atteso che, nonostante la produzione del cedolino di spedizione e di avvenuta consegna, non è possibile affermare con certezza che il contenuto della raccomandata fosse proprio il modulo che ex adverso si afferma essere stato inviato. Oltre a ciò appare a dir poco singolare che la ricevuta di spedizione e la cartolina di ricevimento siano state allegate al fax di MPS del 31 gennaio 2013 ma senza la copia della raccomandata (doc. 15),*



che invece è stata trasmessa dai legali di Esselunga come allegato "B" alla comunicazione del 16 marzo 2015 (doc. 21), ma senza le cartoline di spedizione e ricevimento. Né a tal fine può supplire il timbro di ricezione di Esselunga sulla comunicazione (doc. 6), che potrebbe essere stato apposto successivamente ed è quindi inidoneo a conferirle data certa";

Orbene, v'è in atti copia di una raccomandata datata 17.01.2012, inviata dalla Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. a Esselunga S.p.A., ricevuta di invio della raccomandata, anch'essa datata 17.1.2012, inviata dalla Banca Monte dei Paschi, l'avviso di ricevimento, del 19-1-2012, con timbro di ricezione da parte di Esselunga., nonché sub doc. doc. 4 fasc. Esselunga la lettera MPS in data 17 gennaio 2012, con relativa busta., ricevuta dalla stessa Esselunga.

Ciò posto, l'insieme delle risultanze documentali appena menzionate consente di ritenere plausibile che al debitore ceduto è stata inviata il 17-1-2012 la notifica di intervenuta cessione del credito per cui è causa.

Del resto è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale *"La lettera raccomandata o il telegramma - anche in mancanza dell'avviso di ricevimento - costituiscono prova certa della spedizione attestata dall'ufficio postale attraverso la ricevuta di spedizione, da cui consegue la presunzione, fondata sulle univoche e concludenti circostanze della spedizione e dell'ordinaria regolarità del servizio postale e telegrafico, di arrivo dell'atto al destinatario e di conoscenza ex art. 1335 c. c. dello stesso, per cui spetta al destinatario l'onere di dimostrare che il plico non contiene alcuna lettera al suo interno, ovvero che esso contiene una lettera di contenuto diverso da quello indicato dal mittente"* (in questi termini Cass. n. 22687 del 28/09/2017; v. nello stesso senso Cass. n. 10630/2015 23920/2013 e 15762/2013; nella giurisprudenza di merito cfr. Tribunale di Modena, 5 marzo 2015, in www.ilcaso.it, in tema di concordato preventivo ed opponibilità delle cessioni di credito).



Nel caso in esame non v'è alcun elemento che induca a ritenere che la lettera in questione abbia avuto un contenuto diverso da quello della notifica di intervenuta cessione del credito sub doc.6 fasc. parte attrice.

Tanto premesso, la domanda deve, dunque, essere respinta.

4. Avverso la cessione del credito de qua parte attrice ha altresì proposto domanda revocatoria ex art. 67, primo comma, n. 2, l.f.

Previo richiamo alla giurisprudenza secondo la quale, nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui all'art. 67, primo e secondo comma, decorrono dalla data di deposito della domanda di concordato, la Curatela ha dedotto che:

- i. *“Nel caso di specie, la domanda di concordato è stata depositata in cancelleria il 30 agosto 2012 e pubblicata nel registro delle imprese il 31 agosto 2012 (doc. 11), mentre l'anticipo con cessione del credito reca la data del 17 gennaio 2012 (docc. 4-5), dunque l'operazione è stata posta in essere nell'anno anteriore alla pubblicazione della domanda di concordato”;*
- ii. la cessione del credito in funzione solutoria è un mezzo anormale di pagamento ai sensi dell' art. 67, primo comma, n. 2, l.f.;
- iii. la cessione di credito oggetto di causa ha assolto una funzione solutoria, atteso che il 17 gennaio 2012 la banca ha erogato due anticipi di € 180.000,00 e di € 10.000,00, mediante accredito sul conto corrente della società poi fallita n. 2903/07, che a tale data registrava uno scoperto di circa € 500.000,00.

La banca convenuta, se, per un verso, non ha contestato la circostanza che l'operazione sia stata posta in essere nel “periodo sospetto”, per altro verso, si è difesa sostenendo che *“La cessione dei crediti non ha funzione solutoria, ma è il corrispettivo di anticipazioni effettuate dalla Banca”* e che *“Ciò risulta in modo evidente dalla comunicazione del 25.10.2011, recante le Condizioni Giuridiche ed Economiche relative al contratto di credito, avente ad oggetto anticipazioni contro cessione di*



credito, stipulato tra la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. e la Ceba S.p.A. in data 15.07.2011””.

Ciò premesso, si rileva come sia orientamento consolidato della Corte di Cassazione che la cessione di credito sia un negozio a causa variabile, potendo avere, in concreto, causa di garanzia o funzione solutoria, accertamento quest'ultimo che si deve svolgere in concreto, tenendo conto del contesto in cui l'operazione negoziale viene posta in essere (cfr. Cass. n. 12736 del 10/06/2011).

Si ritiene altresì come la funzione solutoria della cessione di credito si possa ravvisare laddove essa sia funzionale al "pagamento" di debiti scaduti in precedenza o comunque a ridurre una condizione preesistente di passività.

In tale contesto, infatti, la cessione di credito non vale a porre a disposizione del soggetto finanziato una nuova liquidità, (assumendo contestualmente la funzione di garanzia rispetto al pagamento del debitore ceduto), ma è volta unicamente ad assicurare, al finanziatore, il pagamento del suo credito (ad esempio: il passivo di conto corrente) sorto in precedenza e non garantito, attraverso la sua sostituzione con un credito "garantito" dalla cessione.

Con riferimento al caso in esame, occorre considerare che:

- a) il contratto di Anticipazioni contro cessione di credito del 25 ottobre 2011 prevedeva espressamente che *“fermo restando l’obbligo in capo al cliente di provvedere al rimborso di tutto quanto dovuto alla banca in conseguenza delle anticipazioni allo stesso accordate, le somme che la Banca incasserà in dipendenza delle cessioni saranno portate ad estinzione o decurtazione di ogni suo credito nei confronti del cliente ed in particolare di ogni suo credito dipendente dalle anticipazioni di cui trattasi, ovvero, a suo insindacabile giudizio, saranno accreditate in uno speciale contro vincolato a garanzia, per essere, in qualunque momento, come*



sopra utilizzate per l'estinzione o decurtazione di ogni suo credito"

(cfr. doc. 3, pag. 1 punto 2 fasc. parte attrice).

- b) risulta per tabulas che i due anticipi di € 180.000,00 e di € 10.000,00 sono stati eseguiti con valuta 17 gennaio 2012 sul conto corrente della società poi fallita n. 2903/07 presso MPS, che il 1 gennaio 2012 registrava uno scoperto di euro 539.964,00 (doc. 32 fasc. parte attrice).

Emerge, dunque, documentalmente come, nei rapporti fra le parti, mediante detta operazione negoziale, eseguita nel periodo sospetto, sia stato ridotto lo scoperto di conto corrente (che alla data del 31-3-2012 risultava pari ad euro 494.801,10), con conseguente funzione solutoria, dal punto di vista causale, delle cessioni di credito predette.

A conforto della ricostruzione appena effettuata ben può essere richiamato il consolidato orientamento della Suprema Corte, secondo il quale la cessione di credito, se effettuata in funzione solutoria di un debito scaduto ed esigibile, si caratterizza come anomala rispetto al pagamento effettuato in danaro od altri titoli di credito equivalenti, in quanto il relativo processo soddisfattorio non è usuale, alla stregua delle ordinarie transizioni commerciali, ed è suscettibile di revocatoria fallimentare anche se pattuita contestualmente alla concessione di un ulteriore credito al cedente che versi già in posizione debitoria nei confronti del cessionario, dovendosene escludere la revocabilità solo quando sia stata prevista come mezzo di estinzione contestuale al sorgere del debito (cfr. Cass. n. 26063 del 02/11/2017; Cass., 20 settembre 2013, n. 21610; Cass., 29 luglio 2009, n. 17683. Eventualità, quest'ultima, non ricorrente nel caso di specie.

Tanto permesso, si deve, dunque, ritenere che la cessione di credito per cui è causa integri un "mezzo anormale" di pagamento, ai sensi dell'art. 67 1° comma n.2) L. Fall.

Quanto alla presunzione di conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore posta da tale norma, è da escludere che la stessa sia stata



superata da parte della banca, tenuto conto di quanto documentato da parte attrice attraverso i docc.32-37 e 43- 47.

Da tale documentazione, in primo luogo, si evince l'andamento del conto corrente n. 2903/07 (cfr. doc. 32), in ordine al quale è necessario osservare che, mentre alla fine del 2011 lo stesso registrava ancora diversi addebiti per bonifici e altri pagamenti, dal gennaio del 2012 gli stessi erano drasticamente cessati, registrando il conto solo addebiti per rimborso finanziamenti e recuperi spese e/o commissioni, accrediti per bonifici in entrata, giroconti e per l'anticipo del 17 gennaio 2012 oggetto di causa (cfr. l'elenco delle disposizioni di pagamento sul conto corrente a pag. 5 dell'estratto conto al 30 settembre 2011, prodotto sub doc. 32, e lo stesso elenco riportato nell'estratto conto al 31 marzo 2012, in cui è indicato un solo nominativo).

Tale circostanza induce a ritenere che, alla data della cessione, il conto corrente sia stato mantenuto in essere al solo scopo di consentire alla correntista di rientrare della propria pesante esposizione, la quale, invece, alla data di presentazione della domanda di concordato si era ulteriormente incrementata, fino ad arrivare ad euro 577.434,32 (doc. 33). Si aggiunga che con atto aggiuntivo al contratto di finanziamento del 18 luglio 2011, la banca aveva concordato con la società poi fallita la rinegoziazione di un mutuo di originari € 16.000.000,00 stipulato il 21 aprile 2008, garantito da ipoteca volontaria su un compendio immobiliare a Firenze (docc. 34 e 36).

In seguito, il mutuo è stato frazionato in tre quote, con atto del 16 novembre 2011 (doc. 38) e v'è stato contestuale accollo di due quote da parte delle società acquirenti SAEET S.r.l. e IMCA S.r.l. (docc. 39-40): ciò ha consentito alla banca di ridurre il proprio credito in linea capitale da € 6.992.552,41 al 18 luglio 2011 (doc. 34) ad € 2.717.903,82 al 31 agosto 2012, data di presentazione della domanda di concordato (docc. 41-42), ciò che denota una politica della banca finalizzata a un rapido rientro della consistente esposizione in essere con Cepa S.p.A.,.



Merita, inoltre, evidenziare che dalla Centrale Rischi della Banca d'Italia, nel periodo compreso tra il gennaio e il settembre del 2011 è emersa una consistente contrazione degli affidamenti e della complessiva esposizione con il sistema bancario, risultata ancora più evidente se si ha riguardo alla situazione al gennaio del 2012 (doc. 43-45).

Sempre con riferimento al rapporto di mutuo, si deve tener conto che nel gennaio del 2012 il residuo compendio immobiliare su cui permaneva l'ipoteca del 2008 - dopo le vendite poste in essere tra luglio ed ottobre 2011, la liberazione degli immobili dal vincolo ipotecario e il frazionamento del novembre 2011 - risultava gravato da un pignoramento trascritto il 16 novembre 2010 a favore dell'arch. Achille Michelizzi, per un credito derivante da decreto ingiuntivo, di € 130.789,56 (doc. 46), da numerose domande giudiziali per esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre, di date comprese tra il luglio 2010 e il settembre 2011, e da due ordinanze di sequestro conservativo, rispettivamente del 19 ottobre 2011 e del 1 febbraio 2012 (doc. 47).

Si tratta di formalità pregiudizievoli, tutte anteriori alla cessione (a parte il secondo sequestro), di cui si deve ritenere che la banca sia venuta a conoscenza quale creditrice ipotecaria destinataria degli avvisi ex art. 498 c.p.c., nonchè attraverso i suoi canali informativi privilegiati.

Alla stregua delle suesposte considerazioni, la domanda ex art. 67 1° comma n.2) L. Fall. Deve, dunque, trovare accoglimento.

6. Quanto alle domande attoree di accertamento del credito di euro 227.996,29 e di condanna di Esselunga Spa al pagamento in suo favore di detta somma, oltre interessi moratori ex d.lgs 231/2002, asseritamente dovuta in relazione al contratto di appalto del 3 ottobre 2011, si rende, in primo luogo, necessario esaminare l'eccezione preliminare di incompetenza, sollevata dalla convenuta con riferimento alla clausola compromissoria contemplata dall'art. 26 di detto contratto di appalto, che di seguito viene riportato: *"Tutte le controversie derivanti dal e/o connesse e/o collegate al presente contratto e/o rapporti non contrattuali, anche*



antecedenti o conseguenti al presente contratto, che siano connessi e/o collegati al presente contratto, saranno giudicate da un Collegio Arbitrale di tre (3) arbitri, due (2) dei quali nominati, ognuno, da ciascuna delle parti ed il terzo, con funzioni di Presidente, di comune accordo dai due arbitri già nominati o, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale di Firenze.

A mero titolo esemplificativo ma non esaustivo, rientrano nella presente clausola:

(i) le controversie relative alla conclusione, validità, efficacia, interpretazione, esecuzione, risoluzione del presente contratto e/o degli eventuali atti o contratti esecutivi, modificativi, integrativi del presente contratto e/o comunque degli atti o contratti collegati e/o connessi al presente contratto;

(ii) le controversie relative alle trattative antecedenti il presente contratto e/o gli atti o contratti di cui al precedente punto (i);

(iii) le controversie comunque relative a fatti, anche antecedenti o conseguenti al presente contratto e/o agli atti o contratti di cui al precedente punto (i), che siano collegati e/o connessi al presente contratto e/o agli atti o contratti di cui al precedente punto (i), sulla cui base siano proposte azioni per fatto illecito di qualsiasi genere o tipo e/o di ripetizione dell'indebito e/o per arricchimento senza causa.

L'arbitrato è rituale ed il Collegio Arbitrale giudica secondo diritto.

La sede dell'arbitrato è Firenze.

Il lodo ha efficacia di sentenza ed è impugnabile, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

Il giudice dell'impugnazione del lodo decide la controversia anche nel merito in tutti i casi consentiti dalla legge".

Orbene, le domande proposte dal Fallimento sono senz'altro riconducibili all'ambito applicativo della disposizione appena riportata; d'altra parte, la pretesa creditoria azionata nel presente giudizio dall'attore è



espressamente fondata sul contratto di appalto tra Cepa Spa ed Esselunga Spa.

Ciò posto, l'eccezione di compromesso è opponibile al Fallimento.

Invero, secondo l'orientamento della Cassazione, meritevole di essere condiviso, non vi è, in linea di principio, incompatibilità tra fallimento e cognizione arbitrale; la vis attractiva del foro fallimentare non si estende anche alle azioni che già si trovino (come nella specie) nel patrimonio del fallito, all'atto del fallimento, e che quindi avrebbero potuto essere eseguite dall'imprenditore, a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito; in sintesi, la clausola arbitrale è opponibile al curatore del fallimento qualora egli agisca per il recupero di un credito nascente da un contratto al quale accede una clausola compromissoria (cfr. in al senso: Cass. Sez. I, 17 aprile 2003 n. 6165).

Sul punto, si sono espresse anche le Sezioni Unite della Cassazione, affermando che, ove il curatore fallimentare faccia valere un residuo credito vantato per servizi erogati dalla stessa società in bonis, *"egli agisce in rappresentanza del fallito e non della massa dei creditori (cfr. Cass. 22 marzo 2013, n. 7263; Cass. 27 gennaio 2011 n. 1879; Cass. 8 settembre 2004 n. 18059), facendo valere un'utilità derivante dall'esecuzione del contratto, contenente una clausola arbitrale; donde la continuità di funzionamento del meccanismo negoziale presidiato dalla clausola compromissoria stipulata dal soggetto già fallito, che risulta opponibile al curatore. Non può, dunque, invocarsi la competenza inderogabile del Tribunale fallimentare, atteso che questa non si estende alle azioni che già si trovino (come nella specie) nel patrimonio del fallito, all'atto del fallimento, e che quindi avrebbero potuto essere esercitate dall'imprenditore, a tutela del proprio interesse, ove non fosse fallito."* (cfr. in tal senso, in motivazione: Cass. civile, Sezioni Unite, 25 maggio 2015, n. 10800).



Nello stesso senso cfr. Tribunale Torino Sez. I, Sent., 10/02/2016 (reperibile in Leggi D'Italia) e Tribunale Bari sez. X, 29/11/2017, n.5365 (reperibile in DeJure).

La Curatela ha chiesto il rigetto dell'eccezione preliminare, sostenendo di aver fatto valere nel presente giudizio *“pregiudizialmente ed in via principale, una domanda di accertamento dell'invalidità e/o inopponibilità e, in ipotesi, di revocatoria fallimentare della cessione del credito del 17 gennaio 2012 posta in essere tra Cepa e MPS, rispetto alla quale sussiste senz'altro la competenza del giudice ordinario”* e che *“La (pacifica) competenza del giudice ordinario su queste domande, di natura funzionale e inderogabile, si estende anche alle domande connesse di accertamento del credito e di condanna al pagamento”*.

In senso contrario, va, tuttavia, evidenziato che:

a) Esselunga Spa è estranea alle domande relative all'accertamento di invalidità/inopponibilità della cessione, nonché a quella revocatoria ex art. 67 L.F.;

b) le pretese ragioni di connessione dedotte da parte attrice sono irrilevanti ai fini della determinazione della competenza in ordine alla domande direttamente spiegate nei confronti di Esselunga Spa, atteso il divieto di *vis attractiva* da parte del giudice ordinario previsto dall'art. 819-ter c.p.c., secondo il quale *“la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice”*. (cfr. Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 26553 del 22/10/2018: *“In tema di arbitrato, il primo periodo dell'art. 819 ter, comma 1, c.p.c., nel prevedere che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice ordinario, implica, in riferimento all'ipotesi in cui sia stata proposta una pluralità di domande, che la sussistenza della competenza arbitrale sia verificata con specifico riguardo a ciascuna di esse, non potendosi devolvere agli arbitri (o al giudice ordinario) l'intera*



controversia in virtù del mero vincolo di concessione; pertanto, ove le domande connesse non diano luogo a litisconsorzio necessario, l'accoglimento del regolamento di competenza comporta la separazione delle cause, ben potendo i giudizi proseguire davanti a giudici diversi in ragione della derogabilità e disponibilità delle norme in tema di competenza.”).

In definitiva, in ragione della clausola compromissoria in esame, sussiste, dunque, il vincolo arbitrale per volontà delle parti con riferimento alle domande di accertamento e di condanna spiegate da parte attrice nei confronti di Esselunga Spa in relazione al contratto di appalto in data 3 ottobre 2011.

In ordine a tali domande il Tribunale deve, di conseguenza, negare la propria competenza in relazione alla convenzione d'arbitrato ai sensi dell'art. 819 ter cpc..

7. Le spese di lite, liquidate come in dispositivo alla stregua dei parametri del DM 55/2014, con riferimento al valore della causa e dell'attività defensionale svolta, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Firenze, ogni altra domanda, istanza, eccezione e deduzione respinta, definitivamente pronunciando,

dichiara inefficace nei confronti dell'attore la cessione di credito posta in essere il 17 gennaio 2012 tra Ceba S.p.A., quale cedente, e Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A., quale cessionaria, avente ad oggetto il credito di cui alla fattura n. 1 del 9 gennaio 2012 di € 215.823,09;

dichiara l'incompetenza del Tribunale di Firenze, essendo competente il Collegio arbitrale, in ordine alle domande di accertamento e di condanna spiegate da parte attrice nei confronti di Esselunga Spa in relazione al contratto di appalto in data 3 ottobre 2011;

condanna Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A al pagamento in favore dell'attore delle spese di lite, liquidate in euro 13.430,00 per compensi, euro 805,38 per spese, oltre rimborso spese al 15%, Iva e Cpa;



condanna l'attore al pagamento in favore di Esselunga Spa delle spese di lite, liquidate in euro 10.000,00 per compensi, oltre rimborso spese al 15%, Iva e Cpa;

Così deciso in Firenze in data 16 febbraio 2021.

Il Giudice

Dott. Carlo Carvisiglia

