

Civile Ord. Sez. 3 Num. 11737 Anno 2024
Presidente: SCARANO LUIGI ALESSANDRO
Relatore: TASSONE STEFANIA
Data pubblicazione: 02/05/2024



ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 5071/2022 R.G. proposto da:
VODAFONE ITALIA SPA, VODAFONE GESTIONI SPA, in persona dei
rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente
domiciliati in Roma, via Due Macelli, n. 66, presso lo studio
dell'avvocato BOSO CARETTA ALESSANDRO
(alessandrobosocaretta@ordineavvocatiroma.org) che li
rappresenta e difende.

*-ricorrenti e controricorrenti al ricorso
incidentale-*

contro

MESSINA ALESSANDRO, quale successore della società cessata
MGS s.r.l. in liquidazione, elettivamente domiciliato in Roma, largo
di Torre Argentina, n. 11, presso lo studio dell'avvocato MARTELLA
DARIO (dariomartella@ordineavvocatiroma.org) che lo rappresenta
e difende unitamente all'avvocato ZACCARO ALESSANDRO
(alessandro.zaccaro@milano.pecavvocati.it).

-controricorrente e ricorrente

incidentale-

avverso la sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 749/2020 del 24 ottobre 2019 (sentenza parziale) e la sentenza della Corte d'Appello di Milano n. 2271/2021 depositata il 16/07/2021 (sentenza definitiva).

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 23/01/2024 dal Consigliere dr.ssa STEFANIA TASSONE.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Le società Vodafone Italia s.p.a. e Vodafone Gestioni s.p.a. propongono ricorso, affidato a 5 motivi, per la cassazione sia della sentenza parziale n. 749/2020 del 10 marzo 2020, sia della sentenza definitiva n. 2271/2021 del 16 luglio 2021, con cui la Corte d'appello di Milano ha accertato: l'illegittimità del recesso dal contratto di affiliazione commerciale da parte di Vodafone Italia; l'illegittima condotta tenuta da Vodafone Italia nel periodo di preavviso; la violazione del divieto di concorrenza da parte di Vodafone Gestioni.

Il tutto nell'ambito di un articolato contesto negoziale tra le parti caratterizzato da: avere in data 1 Aprile 2008 MGS s.r.l. sottoscritto con Vodafone Italia un contratto di franchising relativo ad un punto vendita in corso Buenos Aires numero 75 Milano; avere in data 22 gennaio 2010 MGS s.r.l. stipulato un contratto di affitto di ramo di azienda avente ad oggetto un locale sito al civico 64 di corso Buenos Aires con Vodafone Gestioni, società partecipata da Vodafone che appunto si occupa della gestione dei negozi; avere in data 27 settembre 2011 MGS e Vodafone Italia rinnovato con modifiche il contratto di

franchising; avere Vodafone tra novembre e dicembre 2012 imposto a MGS la chiusura di altro punto vendita in viale Padova; avere, con raccomandata 21 gennaio 2013, Vodafone Italia comunicato a MGS il recesso dal contratto di affiliazione del 2011 con un preavviso di tre mesi e la conseguente cessazione ipso iure degli effetti del collegato contratto di affitto di azienda in forza di clausola in tal senso appunto contenuta in tale ultimo contratto.

Resiste con controricorso, anche contenente ricorso incidentale affidato a tre motivi, Messina Alessandro, in proprio ed in qualità di socio unico della MGS in liquidazione, cancellata d'ufficio dal registro delle imprese.

Resistono con controricorso al ricorso incidentale Vodafone Italia s.p.a. e Vodafone Gestioni s.p.a.

2. La trattazione del ricorso è stata fissata in adunanza camerale ai sensi dell'art. 380-*bis*.1, cod. proc. civ.

I ricorrenti hanno depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo le ricorrenti in via principale denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 3, co. 3 della L. n. 129/2004 ("legge sul franchising") e dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, avendo nelle impugnate sentenze la corte di merito erroneamente ritenuto che il recesso di Vodafone Italia dal contratto di franchising sia stato esercitato in violazione della durata minima contrattuale prevista dalla norma, che sarebbe applicabile soltanto al contratto a tempo indeterminato, e non anche a quello a tempo determinato.

2. Con il secondo motivo denunciano, in relazione al n. 5 dell'art. 360, comma 1, cod. proc. civ., l'irriducibile contraddittorietà tra le statuizioni della sentenza parziale e quelle della sentenza definitiva, ove quest'ultima considera – contrariamente alla prima – ai fini dell'accertamento e della

quantificazione del danno per la presunta violazione dell'art. 2557 c.c., che il rapporto di franchising tra le parti non sia stato interrotto e novato dal contratto di franchising sottoscritto nel 2011, mentre invece la sentenza parziale ha ritenuto che il contratto di franchising sottoscritto nel 2011 sia da considerare autonomo e distinto rispetto al contratto di franchising del 2008.

3. Con il terzo motivo denunciano violazione e falsa applicazione ex art. 360, 1° comma n. 3, cod. proc. civ., delle norme sulla nullità e sulle decadenze processuali, là dove la corte territoriale ha ritenuto di potersi pronunciare sulla domanda di MGS con cui è stata dedotta l'illegittimità del recesso esercitato da Vodafone per violazione dell'art. 3, 3° comma, della legge sul franchising, ancorché configurante una *mutatio libelli*.

4. Con il quarto motivo denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 2557, 2043 e 2697 cod. civ., in quanto la corte d'appello non avrebbe correttamente considerato che il divieto di cui all'art. 2557 c.c. riguarda solo l'inizio di una "nuova impresa"; denunciano inoltre la violazione dell'art. 360, 1° comma n. 5, cod. proc. civ., dato che la corte di merito ha condannato Vodafone Gestioni al risarcimento del danno conseguente alla violazione dell'art. 2557 cod. civ., senza però aver condotto alcun accertamento in merito alla sussistenza di un effettivo sviamento di clientela a danno di MGS ed omettendo l'esame di fatti decisivi per il giudizio, circa il momento iniziale da cui calcolare il risarcimento del danno.

5. Con il quinto motivo censurano la sentenza definitiva ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., per omesso esame su fatti decisivi per il giudizio, in punto accertamento e quantificazione del danno in ipotesi subito da MGS, oggetto di puntuali critiche rivolte dai ricorrenti alla CTU espletata nel secondo grado di giudizio, rimaste dal consulente tecnico d'ufficio invero non esaminate né confutate.

6. Il primo motivo è infondato.

Contrappone (anche facendo riferimento a tesi di dottrina, ad un'isolata pronuncia di merito e ad un disegno di legge n. 2093/1997 che aveva esplicitamente previsto la durata minima anche al contratto di franchising, per poi escluderla nella legge sul franchising) il dato letterale del citato art. 3, comma 3, legge n. 129/2004, all'interpretazione data dalla corte territoriale, tesa ad evitare disparità di trattamento tra l'ipotesi del contratto di franchising a tempo determinato, per cui letteralmente la disposizione prevede una durata minima triennale, ed il contratto di franchising a tempo indeterminato, per il quale la norma nulla espressamente dispone.

Come questa Corte ha già avuto modo di affermare, l'esercizio del potere contrattuale di recesso riconosciuto dall'autonomia privata deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza (alla luce dei quali devono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale)-, al fine di evitarsi che l'esercizio del relativo diritto soggettivo possa sconfinare nell'abuso e nell'arbitrio. Ne deriva dunque la possibilità del controllo da parte del giudice, in particolare in ipotesi di provata disparità di forze tra i contraenti, al fine di valutare se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza (Cass., 18/09/2009, n. 20106).

In sostanziale applicazione di tali principi la corte territoriale ha affermato l'illegittimità del recesso di Vodafone Italia dal contratto di franchising stipulato con MGS s.r.l., con ogni conseguenza anche in ordine alla cessazione del contratto di affitto di ramo di azienda stipulato con Vodafone Gestioni, perché

come nel franchising a tempo determinato, anche nel caso di contratto di franchising a tempo indeterminato, quale appunto quello oggetto di causa, risulta contrario a buona fede, ed in ultima analisi abusivo ed arbitrario, il recesso dell'affiliante prima del decorso della durata minima di almeno tre anni, dato che che questo periodo costituisce il lasso di tempo minimo sufficiente all'ammortamento dell'investimento da parte dell'affiliato.

Le considerazioni svolte nel ricorso, secondo cui nel caso di specie sarebbe stato stipulato un contratto di franchising cd. *light*, implicante oneri ed investimenti non cospicui, non integrano idonee censure alle sentenze impugnate, concernendo accertamenti e valutazioni di fatti in mera contrapposizione di quelle operate dal giudice di merito, secondo cui Vodafone coinvolgeva il proprio operatore nelle iniziative concernenti la risistemazione dei punti vendita, imponendogli ulteriori oneri, e costringendo alla chiusura pre-natalizia tra il novembre e dicembre 2012 proprio il punto vendita di c.so Buenos Aires n. 64 a Milano.

6.1. L'ulteriore assunto che il rapporto avrebbe dovuto essere unitariamente considerato a far data dal contratto del 2008, con la conseguenza che il periodo di durata minima triennale sarebbe interamente decorso alla data del recesso di Vodafone Italia, si sostanzia del pari in una diversa ricostruzione dei fatti rispetto a quella svolta dal giudice di merito e congruamente motivata in riferimento al dato testuale del successivo contratto del 2011 secondo cui quest'ultimo rappresenta "l'intera ed unica convenzione tra le parti che sostituisce ogni precedente accordo orale e scritto intercorso tra le parti" (cfr. art. 21.1)", che, in quanto valutazione del fatto e della prova documentale, non può essere oggetto di riesame in sede di legittimità (cfr., quanto al riesame del merito, Cass., Sez. Un., 25/10/2013, n. 24148 e, quanto alla revisione dell'apprezzamento delle prove, Cass.,

24/05/2006, n. 12362; conf. Cass., 23/05/2014, n. 11511; Cass., 13/06/2014, n. 13485).

6.2. Infondata è altresì la lamentata contraddizione tra la sentenza parziale e quella sentenza definitiva là dove si ravvisa l'esistenza di due contratti distinti di franchising, per altro verso emettendo condanna di risarcimento del danno per violazione dell'art. 2557 cod. civ. estesa anche nel periodo di sottoscrizione del nuovo contratto di franchising, in tal modo implicitamente considerando il rapporto di franchising tra Vodafone e MGS come un unico rapporto continuativo affatto interrotto dalla sottoscrizione nel 2011 del contratto modificativo del precedente.

Essa non risulta invero correlata alla motivazione con cui la corte milanese è sì pervenuta alla condanna al risarcimento del danno per violazione dell'art. 2557 cod. civ., ma nei confronti di Vodafone Gestioni, in quanto individuata come autore dell'illecito, e non di Vodafone Italia, parte del contratto di franchising. A nulla, dunque, rileva che la condanna sia stata estesa anche nel periodo di sottoscrizione del nuovo contratto di franchising, perché la violazione non riguarda i contratti di franchising che si sono susseguiti nel tempo, bensì il contratto di affitto di azienda - questo sì unico- stipulato tra Vodafone Gestioni e MGS s.r.l.

7. Il secondo motivo è infondato.

Premesso che secondo la giurisprudenza di questa Corte, in sede di sentenza definitiva il giudice resta vincolato dalla sentenza non definitiva (anche se non passata in giudicato), sia in ordine alle questioni definite, sia per quelle che ne costituiscano il presupposto logico necessario, senza poter più risolvere le stesse questioni in senso diverso e, ove lo faccia, il giudice di legittimità può rilevare d'ufficio tale violazione (v. Cass. 6689/2012; Cass., 05/10/2020, n. 21258), nel caso di specie il motivo non è correlato alla motivazione, in cui sia la sentenza parziale sia quella definitiva sempre parlano di due distinti

contratti di franchising.

Come già rilevato in sede di scrutinio del primo motivo, la corte di merito accerta e quantifica il danno per la presunta violazione dell'art. 2557 cod. civ. in relazione all'illecito perpetrato da Vodafone Gestioni, senza alcuna considerazione in ordine ai contratti di franchising stipulati tra MGS e Vodafone Italia (v. infatti p. 27 della sentenza parziale: "è pacifico che Vodafone Gestioni, successivamente alla conclusione del contratto di affitto stipulato con MGS, abbia iniziato una nuova attività identica a quella svolta da MGS (vendita di telefonia e accessori), nella stessa via dove MGS svolgeva la sua attività, a circa 700 metri di distanza (circostanza accertata e coperta da giudicato interno)").

8. Il terzo motivo è in parte inammissibile e in parte infondato.

Esso non è correlato alla motivazione della sentenza parziale, ove non risulta evidenziata l'esistenza di un'inammissibile *mutatio libelli*, quanto bensì posto in rilievo che "nel caso di specie, la violazione della durata minima contrattuale è stata dedotta dalla parte attrice nel giudizio di primo grado, con la memoria depositata nel termine assegnato ex art. 183 sesto comma n 1 c.p.c. e successivo conseguente sviluppo del contraddittorio. Le convenute sono state poste perciò in condizione di esercitare, come in concreto hanno fatto, le facoltà difensive in relazione a tale specifico profilo, senza che possa configurarsi alcuna violazione del contraddittorio" (v. p. 23 della sentenza parziale).

La doglianza delle ricorrenti, per cui nella domanda introdotta solo con la prima memoria ex art. 183 c.p.c., la MGS avrebbe invocato, sulla base della "natura imperativa della norma posta a presidio del franchisee la rilevabilità anche d'ufficio della nullità di previsioni in deroga alla durata minima legale", mentre oggetto

di causa non sarebbe "stata alcuna nullità delle previsioni contrattuali, bensì l'esercizio di un recesso che, *in thesi*, è stato compiuto prima del decorso del termine minimo previsto dall'art. 3, co. 3, L. n. 129/2004; e vi è stata una domanda di risarcimento danni fondata non già sulla nullità del contratto, bensì sulla "illegittimità" del recesso perché esercitato prima del termine minimo di durata" è in ogni caso infondata.

Giusta orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità la modificazione della domanda ammessa ex art. 183 cod. proc. civ. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali (Cass., Sez. Un., 15/06/2015, n. 12310; Cass., 25/05/2018, n. 13091; Cass., 14/02/2019, n. 4322; Cass., 7 settembre 2020, n. 18546).

9. Il quarto motivo è infondato.

Le ricorrenti sollecitano invero un inammissibile riesame del giudizio di fatto della corte di merito concernente l'intrapresa da parte di Vodafone Gestioni, successivamente alla conclusione del contratto di affitto stipulato con MGS, di una nuova attività identica a quella svolta da MGS (vendita di telefonia e accessori), nella stessa via dove MGS svolgeva la sua attività, a circa 700 metri di distanza e, ravvisando l'illecito ex art. 2557 cod. civ., l'ha condannata al risarcimento del danno, accertato nella sua derivazione causale e liquidato nell'ammontare sulla base dell'espletata consulenza tecnica d'ufficio.

Orbene, come questa Corte ha già avuto ripetutamente modo di affermare, il sindacato di legittimità non ha ad oggetto la rivalutazione dei fatti o delle prove, sostanzendosi nel mero

controllo che la motivazione della sentenza oggetto di impugnazione sia lineare e scevra di vizi logico-giuridici (v., tra le tante, Cass., 20/07/2021, n. 20753; Cass., 05/07/2022, n. 21259).

10. Il quinto motivo è infondato, perché dietro la censura dell'omesso esame su fatto decisivo si nasconde in realtà la richiesta di riesaminare i fatti di causa e le risultanze processuali, sindacato precluso a questa Corte di legittimità.

Secondo il costante insegnamento di questa Corte, infatti, l'omesso esame di elementi istruttori non integra il vizio di omesso esame di un fatto decisivo tutte le volte in cui il fatto storico sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, anche se in sentenza non ha dato conto di tutte le risultanze istruttorie (Cass. 19830/2021; 28887/2019; 23782/2017). Neppure si può far rientrare nel motivo di ricorso in esame l'omessa valutazione di deduzioni difensive (Cass. 14802/2017), l'incompletezza dell'espletata CTU (Cass. 30315/2017), o il raffronto tra le ragioni della decisione e le risultanze del materiale istruttorio (Cass. 13023/2019).

Si è da questa Corte altresì precisato che ai fini della sussistenza del motivo previsto dall'art. 360, n. 5, c.p.c. "costituisce un "fatto" non una "questione" o un "punto" ma un vero e proprio "accadimento storico", non costituendo "fatti" suscettibili di fondare il vizio ex art. 360, 1° comma n. 5, c.p.c., l'omesso esame delle argomentazioni o deduzioni difensive. (Cass., 13/04/2021, n. 9637).

11. Con il primo motivo, svolto ai sensi dell'art. 360, primo comma n. 4, cod. proc. civ., il ricorrente incidentale censura la sentenza definitiva nella parte in cui la corte di merito ha rigettato le domande del sesto motivo dell'appello principale di MGS, ritenendo erroneamente le relative richieste di condanna al pagamento non contenute nelle conclusioni di MGS stessa, che

invece vi facevano espresso riferimento.

12. Con il secondo motivo, dedotto ai sensi dell'art. 360, primo comma n. 5, cod. proc. civ., censura la sentenza definitiva per insanabile contraddittorietà tra le premesse e le conclusioni della motivazione, ove -nel quantificare il danno subito da MGS in conseguenza dell'esercizio illegittimo del recesso- ha liquidato una somma finale in maniera non corrispondente e non coerente rispetto all'intero percorso motivazionale.

13. Con il terzo motivo, dedotto ai sensi dell'art. 360, primo comma n. 5, cod. proc. civ. censura la sentenza definitiva per inconciliabile contraddittorietà nella parte in cui ha considerato l'arco temporale del risarcimento dovuto da Vodafone Gestioni fino al termine del contratto di affitto di azienda (22 gennaio 2013) invece che fino al termine del contratto di franchising (27 settembre 2014) o comunque fino al termine del periodo di preavviso (21 aprile 2013), avendo affermato che MGS avrebbe potuto recedere dal contratto di affitto una volta iniziata la concorrenza illecita da parte di Vodafone Gestioni.

14. Il primo motivo di ricorso incidentale è infondato.

Nella sentenza impugnata la corte di merito ha espressamente affermato che MGS s.r.l. "non ha formulato le relative domande, né esse possono essere ricomprese nelle conclusioni come precisate (domanda di condanna di Vodafone Gestioni al risarcimento dei danni conseguenti al divieto di concorrenza sleale)" (v. pag. 31, Sentenza Definitiva)".

Dal canto suo il ricorrente incidentale riporta nella presente sede le conclusioni assunte in atto di citazione in appello ed in sede di precisazione conclusioni, che non contengono espressamente le domande della cui omissione il ricorrente si duole, quanto piuttosto un riferimento a conclusioni in precedenza formulate, non solo in atto di citazione, ma anche in seconda memoria ex art. 183, comma 6, cod. proc. civ., e

comunque ci si rimette alla valutazione del giudice in relazione al “diverso importo che emergerà a seguito dell’istruttoria o sarà ritenuto equo dalla Corte, alle voci attualmente non quantificabili”, per cui, nei limiti in cui il ricorrente incidentale ha ritenuto di delineare il contesto processuale, non risulta configurabile il lamentato vizio di omessa pronuncia (v. Cass., 14/10/2021, n. 28072: “Nel giudizio di legittimità, la deduzione del vizio di omessa pronuncia, ai sensi dell’art. 112 c.p.c. , postula, per un verso, che il giudice di merito sia stato investito di una domanda o eccezione autonomamente apprezzabili e ritualmente e inequivocabilmente formulate e, per altro verso, che tali istanze siano puntualmente riportate nel ricorso per cassazione nei loro esatti termini e non genericamente o per riassunto del relativo contenuto, con l’indicazione specifica, altresì, dell’atto difensivo e/o del verbale di udienza nei quali l’una o l’altra erano state proposte, onde consentire la verifica, innanzitutto, della ritualità e della tempestività e, in secondo luogo, della decisività delle questioni prospettatevi. Pertanto, non essendo detto vizio rilevabile d’ufficio, la Corte di cassazione, quale giudice del fatto processuale, intanto può esaminare direttamente gli atti processuali in quanto, in ottemperanza al principio di autosufficienza del ricorso, il ricorrente abbia, a pena di inammissibilità, ottemperato all’onere di indicarli compiutamente, non essendo essa legittimata a procedere ad un’autonoma ricerca, ma solo alla verifica degli stessi”; Cass., 25/05/2021, n. 14418; Cass., 17/02/2023, n. 5089).

15. Il secondo e il terzo motivo di ricorso incidentale sono inammissibili, sostanziandosi in realtà nella richiesta di riesame delle emergenze processuali e probatorie laddove il giudizio di legittimità non è un giudizio di merito di terzo grado.

16. Attesa la reciproca soccombenza, va disposta la compensazione tra i ricorrenti delle spese del giudizio di

legittimità.

P.Q.M.

La Corte rigetta i ricorsi. Compensa tra i ricorrenti, principale e incidentale, le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte sia del ricorrente principale sia del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della Terza