

Civile Sent. Sez. 1 Num. 7676 Anno 2020

Presidente: GENOVESE FRANCESCO ANTONIO

Relatore: IOFRIDA GIULIA

Data pubblicazione: 03/04/2020

SENTENZA

sul ricorso 3883/2016 proposto da:

Confesercenti Provinciale di Ravenna, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma Via Pompeo Magno, 23/a presso lo studio dell'avvocato Rossi Guido, rappresentata e difesa dall'avvocato Savini Giuseppe, giusta procura in calce al ricorso;

-ricorrente -

contro

776
2020

Corte di Casazione - copia non ufficiale

M. Business S.r.l. in Amministrazione Straordinaria, in persona dei commissari straordinari pro tempore, elettivamente domiciliata in Roma, Via di Villa Patrizi n.13, presso lo studio dell'avvocato Vetere Domenico, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato Caruso Enrico, giusta procura in calce al controricorso;

-controricorrente -

contro

Coen Stefano, Sgaravato Ermanno, Tassinari Vincenzo, in qualità di commissari straordinari p.t.della M.Business srl;

- intimati -

avverso la sentenza n. 1305/2015 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 15/07/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/02/2020 dal cons. IOFRIDA GIULIA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale CAPASSO LUCIO che ha concluso per il cassarsi della sentenza impugnata per improcedibilità della domanda attorea;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato Savini Giuseppe che insiste nel ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato Volanti Antonio, con delega scritta, che si riporta agli atti.

FATTI DI CAUSA

La Corte d'appello di Bologna, con sentenza n.1305/2015, depositata in data 15/7/2015, - in controversia promossa dalla Confesercenti Provinciale di Ravenna, nei confronti della M.Sei srl (poi fusasi per incorporazione nella M.Business srl), al fine di sentire accertare la

condotta di concorrenza sleale ex art.2598 n. 3 c.p.c. posta in essere dalla convenuta, titolare dell'esercizio commerciale "Mercatone Uno", sito in Russi (RA), per essersi la stessa avvalsa, nel periodo 1999/2004, senza che sussistessero i presupposti richiesti dall'ordinanza comunale del 24/3/2000 n. 40/2000, della facoltà di apertura domenicale dei locali di vendita, con condanna della convenuta stessa al risarcimento del conseguente grave danno cagionato, per la categoria dei commercianti della Provincia di Ravenna, - ha confermato la decisione di primo grado, che aveva respinto tutte le domande attoree.

Il Tribunale, in particolare, aveva ritenuto sufficiente, ai fini della legittimità dell'apertura domenicale, secondo l'art.13 del d.lgs. n. 114/1998 (c.d. Decreto Bersani), quale interpretato anche alla luce delle risoluzioni ministeriali via via succedutesi, per i negozi esercenti attività di vendita di determinati articoli, tra i quali i mobili, «*la prevalenza semplice (50% + 1) e non qualificata di determinati prodotti*», cosicché, disapplicata, perché non conforme al dettato normativo, l'ordinanza comunale n. 40/2000 (che richiedeva, invece, a tale fine, una specializzazione merceologica prevalente pari al 75% dell'intero fatturato del punto vendita, percentuale questa mai raggiunta dalla Ditta Mercatone Uno relativamente alla categoria «*mobile*»), aveva ritenuto del tutto legittima la condotta adottata dalla convenuta, essendo stato accertato dalla Guardia di Finanza che la stessa aveva superato comunque la soglia del «60%» nella vendita dei mobili.

I giudici d'appello hanno sostenuto che l'interpretazione della normativa primaria operata dal Tribunale risultava corretta, non potendo ritenersi che la fissazione del criterio della semplice prevalenza consentisse ai Comuni, nell'esercizio dei poteri di disciplina

degli orari di apertura al pubblico degli esercizi commerciali, di fissarne un altro e più gravoso quale quello della «*netta prevalenza*» o della prevalenza qualificata di un'attività di vendita rispetto ad un'altra, come accaduto con l'emissione dell'ordinanza n. 40/2000 in esame, tanto che lo stesso Comune di Ravenna nel 2005 aveva sostanzialmente, in sede di autotutela, successivamente revocato la pregressa ordinanza, con nuova ordinanza n. 3/2005, adottando il criterio, legale, della prevalenza semplice di cui all'art.13 d.lgs. 114/198, integrato quindi con il superamento dell'indice del 50%, rispettato dalla convenuta.

Avverso la suddetta pronuncia, la Confesercenti Provinciale di Ravenna propone ricorso per cassazione, affidato ad un motivo, nei confronti M.Business srl in amministrazione straordinaria (che resiste con controricorso).La ricorrente ha depositato memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente lamenta, con unico motivo, la violazione e/o falsa applicazione, ex art.360 n. 3 c.p.c., della normativa in materia di determinazione degli orari di apertura degli esercizi commerciali, di cui all'art.13 d.lgs. n. 114/1998, in combinato disposto con gli artt.36 comma 3 l.142 /1990 e 11 commi 1 e 5 d.lgs. n. 114/1998, denunciando l'erroneità della valutazione da parte della Corte di merito sull'esclusione della sussistenza di un atto di concorrenza sleale, pur in presenza di autocertificazioni non veritiere.

2.Preliminarmente, l'eccezione sollevata dalla controricorrente, posta in amministrazione straordinaria, di sopravvenuta improcedibilità della domanda, è infondata.

L'art.96 l.f. stabilisce, al n. 3 del 2° comma, che sono ammessi al passivo con riserva «*i crediti accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale non passata in giudicato, pronunciata prima della*

dichiarazione di fallimento» e che «il curatore può proporre o proseguire il giudizio di impugnazione ».

Trattasi di disposizione (che ha sostituito l'abrogato art. 95, penultimo comma, l. fall., in forza del quale «*se il credito risulta da sentenza non passata in giudicato, è necessaria l'impugnazione se non si vuole ammettere il credito*») che rappresenta una deroga al principio dell'esclusività dell'accertamento del passivo in sede fallimentare, in relazione ai crediti già accertati con sentenza del giudice ordinario o speciale, non passata in giudicato, pronunciata prima dell'apertura della liquidazione giudiziale.

Si discuteva dell'applicazione della norma in esame (e del pregresso art.95) al caso di sentenza che avesse negato o accertato solo in parte il credito.

Tuttavia, la regola è stata ritenuta da questo giudice di legittimità coerente col principio di ragionevole durata del processo e pertanto estesa all'ipotesi in cui, a seguito dell'impugnazione della sentenza di rigetto (anche parziale) della domanda da parte del creditore, il giudizio, eventualmente anche interrottosi per la sopravvenuta dichiarazione di fallimento del debitore, sia proseguito dal curatore o nei confronti dello stesso, stante la necessità dell'impugnazione in sede ordinaria della sentenza di rigetto o di accoglimento parziale del credito, proprio al fine di evitare che, per effetto della sentenza dichiarativa di fallimento, si formi automaticamente il giudicato sull'accertamento di inesistenza o parziale esistenza del credito (Cass. 23 dicembre 2010, n. 26041; Cass. 7025/2012; Cass. 22 luglio 2013, n. 17784; Cass 17834/2013: «*in tema di rapporti tra accertamento del passivo e giudizi pendenti innanzi ad altro giudice, la norma dettata dall'art. 95, comma terzo, legge fall. (nel testo applicabile "ratione temporis")*, secondo cui è necessaria l'impugnazione se non

si vuole ammettere il credito risultante da sentenza non passata in giudicato, va interpretata estensivamente, trovando applicazione anche nel caso in cui il fallimento sopravvenga alla sentenza, di accoglimento o di rigetto, anche parziale, della pretesa del creditore della parte dichiarata fallita, con conseguente illegittimità dell'ordinanza di sospensione ex art. 295 cod. proc. civ. del procedimento di ammissione al passivo, nelle more della definizione del giudizio di appello»; Cass. 19 febbraio 2015, n. 3338).

Questa Corte (Cass.15796/2015) ha quindi chiarito, in relazione alla procedura di amministrazione straordinaria – che qui interessa –, intervenuta successivamente a statuizione di primo o secondo grado, che *«la sentenza con cui, in primo grado, venga accertato (integralmente o parzialmente) ovvero rigettato un credito nei confronti di un imprenditore dichiarato insolvente e posto, successivamente alla pubblicazione della stessa, in amministrazione straordinaria, è opponibile alla procedura concorsuale, cosicché il commissario o, in caso di rigetto, il creditore che vuole ottenerne la riforma è tenuto ad appellarla nelle forme ordinarie, secondo la previsione dell'art. 96, comma 2, n. 3, l. fall. (nel testo novellato dal d.lgs. n. 5 del 2006 e dal d.lgs. n. 169 del 2007), applicabile all'amministrazione straordinaria in ragione del richiamo di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 270 del 1999».*

Orbene, sulla domanda di accertamento della concorrenza sleale per sviamento della clientela e di condanna conseguente al risarcimento dei danni, promossa nei confronti della società *in bonis*, sono intervenute, prima dell'ammissione della M.Business srl (già M.SEI srl) all'amministrazione straordinaria, due sentenze di merito, in primo e secondo grado, peraltro entrambe in senso favorevole alla società convenuta, ora posta in amministrazione straordinaria (con rigetto

delle domande avanzate dalla Confesercenti), cosicché l'impugnazione in cassazione della sentenza di appello risulta corretta.

3. Tanto premesso, la censura del ricorso è, sotto un profilo, inammissibile e, nella restante parte, infondata.

3.1. Occorre premettere che, in ordine alla legittimazione attiva della Confesercenti nella materia della concorrenza sleale ex art.2598 c.c., la sentenza impugnata nulla dice (anche con riferimento alle statuizioni sul punto del Tribunale) e le parti non svolgono argomentazioni o difese.

Questa Corte a Sezioni Unite (Cass. 7925/2019) ha, di recente, ribadito che *«la decisione della causa nel merito non comporta la formazione del giudicato implicito sulla legittimazione ad agire ove tale "quaestio iuris", pur avendo costituito la premessa logica della statuizione di merito, non sia stata sollevata dalle parti, posto che una questione può ritenersi decisa dal giudice di merito soltanto ove abbia formato oggetto di discussione in contraddittorio»*.

Nella specie, la Confesercenti della Provincia di Ravenna ha agito quale associazione di categoria (commercianti), a tutela degli interessi degli associati, asseritamente lesi dalla condotta anticoncorrenziale perpetrata dalla M.SEI. srl, titolare dell'esercizio "Mercatone Uno", corrente in Russi.

Gli atti di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c. presuppongono, in generale, un rapporto di concorrenza tra imprenditori, sicché la legittimazione attiva e passiva all'azione richiede il possesso della qualità di imprenditore.

Ora, nei casi di organizzazioni di categoria portatrici di interessi che potrebbero essere violati dal compimento di atti di concorrenza sleale, si ravvisa la sussistenza di una *«speciale legittimazione ad agire»* nella disciplina prevista dall' art. 2601 c. c. (*« Azione delle associazioni*

professionali. — Quando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dalle associazioni professionali e dagli enti che rappresentano la categoria».).

In tal caso la legittimazione attiva nasce dalla sussistenza di una lesione direttamente riferibile all'interesse specifico per il quale l'appartenente alla categoria si fa rappresentare dall'associazione ovvero per il quale l'associazione è sorta (Cass. 11404/1996; Cass., 29 agosto 1995, n. 9073).

3.2. La ricorrente associazione di commercianti assume che l'interpretazione data dalla Corte d'appello dell'ordinanza comunale n. 3/2005, come implicita revoca della pregressa ordinanza n. 40/2000, sia errata, riproponendo, in questa sede, una diversa interpretazione dell'atto amministrativo, in ragione dell'esistenza di un potere discrezionale e non vincolato da parte dell'autorità comunale, senza compiere alcun richiamo ai criteri d'interpretazione stabiliti, anche per l'ipotesi del provvedimento amministrativo, dalle regole dettate dagli artt. 1362 e ss. del cod. civile.

Ora, questa Corte a Sezioni Unite (Cass. 20181/2019; conf. Cass. 6535/2002; Cass. 11409/1998) ha ribadito che *«l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate dagli artt. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, in quanto compatibili con il provvedimento amministrativo, tra le quali ha carattere preminente quella collegata all'elemento letterale, dovendo il giudice anche ricostruire l'intento dell'Amministrazione ed il potere che ha inteso in concreto esercitare, tenendo altresì conto del complesso dell'atto e del comportamento dell'Autorità amministrativa, oltre che di quanto può razionalmente intendere, secondo buona fede, il destinatario».*

La doglianza risulta pertanto, sotto tale profilo, inammissibile.

3.3. In ogni caso, l'interpretazione operata dalla Corte d'appello degli atti amministrativi e della legge statale di cui al d.lgs. 114/1998 risulta del tutto corretta.

L'art. 12 del d.lgs. 214/1998 (Decreto Bersani), rubricato «*Comuni ad economia prevalentemente turistica e città d'arte*» recita: «*1. Nei comuni ad economia prevalentemente turistica, nelle città d'arte o nelle zone del territorio dei medesimi, gli esercenti determinano liberamente gli orari di apertura e di chiusura e possono derogare dall'obbligo di cui all'articolo 11, comma 4. 2. Al fine di assicurare all'utenza, soprattutto nei periodi di maggiore afflusso turistico, idonei livelli di servizio e di informazione, le organizzazioni locali dei consumatori, delle imprese del commercio e del turismo e dei lavoratori dipendenti, possono definire accordi da sottoporre al sindaco per l'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 36, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142. 3. Entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, anche su proposta dei comuni interessati e sentite le organizzazioni dei consumatori, delle imprese del commercio e del turismo e dei lavoratori dipendenti, le regioni individuano i comuni ad economia prevalentemente turistica, le città d'arte o le zone del territorio dei medesimi e i periodi di maggiore afflusso turistico nei quali gli esercenti possono esercitare la facoltà di cui al comma 1*».

Il successivo art. 13 prevede che sono soggetti alla medesima disciplina di cui all'art. 12 del medesimo decreto «*le rivendite di generi di monopolio; gli esercizi di vendita interni ai campeggi, ai villaggi e ai complessi turistici e alberghieri; gli esercizi di vendita al dettaglio situati nelle aree di servizio lungo le autostrade, nelle stazioni ferroviarie, marittime ed aeroportuali; alle rivendite di giornali; le*

gelaterie e gastronomie; le rosticcerie e le pasticcerie; gli esercizi specializzati nella vendita di bevande, fiori, piante e articoli da giardinaggio, mobili, libri, dischi, nastri magnetici, musicassette, videocassette, opere d'arte, oggetti d'antiquariato, stampe, cartoline, articoli da ricordo e artigianato locale, nonché le stazioni di servizio autostradali, qualora le attività di vendita previste dal presente comma siano svolte in maniera esclusiva e prevalente, e le sale cinematografiche...»

In relazione all'applicabilità dell'articolo 13, il D.Lgs. n. 114/98 non fornisce alcuna indicazione circa i requisiti richiesti per soddisfare il criterio della prevalenza nella commercializzazione di determinati beni e quindi per godere della liberalizzazione prevista dal medesimo articolo 13.

Tuttavia, in merito alla determinazione del requisito della prevalenza di cui all'articolo 13, è intervenuta una circolare dell'allora Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato del 10 maggio 2001, secondo cui l'esercizio commerciale vende, in via prevalente, i beni indicati nella stessa norma, qualora il fatturato realizzato dallo stesso esercizio per le vendite dei medesimi beni sia superiore alla soglia del 50% del fatturato realizzato complessivamente dall'esercizio commerciale.

Con riferimento al profilo dell'individuazione della prevalenza per l'applicabilità dell'articolo 13, l'Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato è anche intervenuta, con parere del 24/10/2008, n. AS480 (confermato in successivo parere del 22/11/2010, n. AS775), reso su diverse segnalazioni relative al fatto che, in alcune realtà locali, veniva limitata l'applicazione della liberalizzazione di cui all'articolo 13 del D.Lgs. n. 114/98 prevista per gli esercizi che, in via prevalente, commercializzano determinati beni (tra cui, ad esempio, mobili,

abbigliamento, libri), mediante disposizioni che disciplinavano restrittivamente, in contrasto con i principi *antitrust* e peraltro in contrasto anche con quanto indicato dal Ministero delle attività produttive nella illustrata circolare, la dimostrazione del requisito della prevalenza (avendo, ad es., alcune Regioni ritenuto che il requisito della prevalenza dovesse essere rilevato mediante l'analisi della superficie di vendita, dovendo almeno l'80% della superficie di vendita essere dedicato in concreto alla vendita dei beni di cui all'articolo 13). L'AGCM ha precisato che *«in merito all'individuazione della sussistenza di tale requisito, l'Autorità rileva che l'unica soluzione che si ritiene auspicabile dal punto di vista antitrust è quella adottata nella citata circolare del Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato, che calcola il criterio della prevalenza sulla base del volume d'affari totale dell'esercizio commerciale, per cui si ha prevalenza quando viene superata la soglia del 50% di fatturato dell'esercizio commerciale. Tale criterio garantisce, infatti, la più imparziale ed omogenea applicazione della legge sul territorio nazionale e assicura l'astratta conoscibilità delle regole»*.

Si è fatto quindi richiamo alla Risoluzione ministeriale del 10/5/2001 n. 506465 .

L'AGCM ha quindi auspicato che tutti gli enti territoriali che avevano adottato regolamentazioni ingiustificatamente restrittive della materia in questione riesaminassero, sulla base di quanto esposto, le rispettive regolamentazioni, nella parte in cui non consentivano agli esercizi commerciali una libera determinazione delle modalità di svolgimento della propria attività economica, rilevando conclusivamente che *«alla luce dell'oramai consolidata giurisprudenza costituzionale (a partire dalla fondamentale sentenza 13 gennaio 2004 n. 14), ... ogni disposizione che promuove o tutela la concorrenza prevale su*

disposizioni adottate dagli enti territoriali che al contrario impediscano o non favoriscano l'attuazione dei principi concorrenziali contenuti nel Trattato CE e richiamati nella legge n. 287/90, anche ove tali disposizioni riguardino la materia del commercio», in quanto, secondo la giurisprudenza costituzionale, le disposizioni di liberalizzazione, quali quelle relative alle aperture degli esercizi commerciali contenute negli artt. 12 e 13 del D.Lgs. n. 114/98, «rientrano nelle competenze c.d. trasversali riservate allo Stato in quanto costituiscono scelte di politica economica riservate allo Stato, in virtù dell'articolo 117, comma 2, lettera e)» e quindi «norme aventi carattere pro-concorrenziale, quali quelle contenute negli artt. 12 e 13 del D.Lgs. n. 114/98, sembrano trovare piena efficacia anche laddove l'Amministrazione locale abbia emanato disposizioni amministrative o legislative contrastanti con le disposizioni legislative statali pro-concorrenziali, anche ove si tratti di disposizioni concernenti materie riservate alla competenza legislativa regionale esclusiva quale quella del commercio; ciò con il conseguente obbligo di disapplicazione di tutta la regolamentazione regionale o locale contrastante con i principi concorrenziali da parte delle amministrazioni».

Dovendosi pienamente condividere le argomentazioni espresse dall'AGCM, sulla base anche di circolari e risoluzioni ministeriali, pur non essendo tali atti vincolanti in quanto meri atti interni della medesima Pubblica Amministrazione e non manifestazione di attività normativa, risulta corretta la decisione impugnata che, disapplicando l'ordinanza n. 40/2000, ha ritenuto insussistente una condotta concorrenziale sleale della società, ex art.2598 n. 3 c.c., per violazione della normativa pubblicistica.

In effetti, con riguardo alla violazione dell'art.2598 n. 3 c.c., la sola violazione di norme pubblicistiche non implica necessariamente,



attesa la moltitudine di norme che incidono sullo svolgimento dell'attività imprenditoriale, il compimento di un atto di concorrenza sleale, ai sensi dell'art.2598 c.c.n. 3, occorrendo distinguere tra norme che sono rivolte a porre dei limiti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, la cui violazione implica sempre un atto contrario ai principi di correttezza professionale e dunque di concorrenza sleale, e norme che impongono dei costi alle imprese operanti sul mercato (ad es. le disposizioni fiscali, le prescrizioni igienico-sanitarie ovvero anche le norme che subordinano l'esercizio di determinate attività imprenditoriali all'ottenimento di licenze o di autorizzazioni, implicanti comunque anche dei costi), la cui violazione può costituire l'antecedente di un atto di concorrenza, fonte di danno concorrenziale, ovvero servire per sostenere un ribasso dei prezzi o misure equivalenti, divenendo in tal caso la violazione della norma di diritto pubblico indirettamente la fonte di un illecito concorrenziale; deve essere data, in sostanza, dall'imprenditore che si duole della condotta del concorrente, dimostrazione non tanto della violazione di norme amministrative, quanto anche del compimento di atti di concorrenza potenzialmente lesivi dei propri diritti, mediante malizioso ed artificioso squilibrio delle condizioni di mercato (cfr. Cass. 8012/2004: in applicazione di tale principio la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la sussistenza dell'illecito concorrenziale nel fatto di un gestore di una sala cinematografica che aveva ampliato la capienza del locale, portandolo da 308 a 1000 posti, senza alcuna autorizzazione amministrativa; cfr. anche, in motivazione, Cass. 9770/2018).

Nella situazione sopra descritta, il giudizio espresso nella sentenza impugnata, circa la insussistenza di fatti rilevanti ai fini della previsione di cui all'art. 2598 c.c., n. 3, appare pienamente fondato,

risultando simile statuizione esente da vizi rilevabili nella presente sede di legittimità.

4. Per tutto quanto sopra esposto, va respinto il ricorso.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte respinge il ricorso; condanna la ricorrente al rimborso delle spese processuali del presente giudizio di legittimità, liquidate in complessivi € 4.000,00, a titolo di compensi, oltre € 200,00 per esborsi, nonché al rimborso forfetario delle spese generali, nella misura del 15%, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art.13, comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della ricorrenza dei presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente dell'importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, ove dovuto, a norma del comma 1 bis dello stesso art.13.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 6 febbraio 2020.