


IL TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO

SEZIONE 5^a CIVILE

PROCEDIMENTO CAUTELARE RG

Il Tribunale

compreso da: MALASPINA Finanziaria - Bonelli A.n. - Peruzzi G.O. 
sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 7 marzo 2013 sul reclamo avverso

l'ordinanza emessa dal G.U. nel procedimento cautelare

promosso da:

con l'avv.

con l'avv. Zitiello L.

pronuncia questa

ORDINANZA

Con reclamo ritualmente depositato ex art. 669 terdecies cpc
ha impugnato l'ordinanza 31.12.2012 di rigetto del ricorso proposto ai sensi
degli artt. 700 cpc e 9 della L. 192/1998, con cui la società ricorrente invocava
tutela cautelare nei confronti del recesso manifestato dalla società resistente
spa per i sette contratti di franchising intercorrenti tra le due
società, chiedendo che il Tribunale, accertata l'inefficacia del recesso
manifestato dalla resistente per i sette contratti di franchising, in quanto
illegittimo ai sensi dell'art. 1372 codice civile, accertata altresì la natura
arbitraria del recesso per evidente abuso di esercizio del diritto e di dipendenza
economica, inibisse perciò alla resistente di "interrompere arbitrariamente
l'esecuzione dei contratti di franchising in essere con la ricorrente ordinando a
spa ex art. 1372 cc o ex art. 9 L. 192/1998 o qualsiasi altra

disposizione di legge, di continuare a eseguire quanto convenuto nei contratti di franchising", nonché ulteriori condotte come precisate nelle conclusioni del reclamo; in subordine chiedeva che il Tribunale dichiarasse che fino all'effettiva scadenza dei contratti di franchising la resistente non avrebbe potuto utilizzare il marchio nelle insegne di uffici e negozi situati nelle zone assegnate riservate alla ricorrente nei contratti in questione, disponendo una penale giornaliera per l'eventuale violazione del divieto".

Si costituiva la reclamata chiedendo il rigetto del reclamo nonché declaratoria di inammissibilità delle "domande nuove" proposte dalla reclamante.

All'udienza del 7 marzo 2013 le parti dopo la discussione orale insistevano nelle rispettive conclusioni e il collegio si riservava di decidere.

A scoglimento della riserva va preliminarmente ribadita la strumentabilità della tutela cautelare, potendo il provvedimento cautelare avere solo contenuto anticipatorio di quello che sarà prevedibilmente emesso in esito al giudizio ordinario di cognizione; or bene, l' , anche in questa sede, ha precisato che nel giudizio di merito chiederà "l'accertamento definitivo dell'illegittimità del recesso, manifestato da spa in data 28.9.2012".

All'esito di detto accertamento non può revocarsi in dubbio che i potrà conseguire solo una sentenza di condanna al risarcimento del danno, ma non una sentenza che obblighi spa al proseguimento del contratto di franchising, essendo previsto, nella fattispecie contrattuale in esame, quale sanzione a fronte del recesso illegittimo il solo rimedio del risarcimento del danno per equivalente.

Non è, invece, prevista dal codice vigente la possibilità di imporre alla parte receduta la prosecuzione del contratto, in difetto della sua imprescindibile

volontà, con un provvedimento avente ad oggetto un **facere infungibile** per sua natura incoercibile.

Peraltro, anche nel merito, va ribadita l'assenza, nel caso di specie dell'infungibile presupposto, richiesto dall'art. 700 cpc relativo alla probabile fondatezza del diritto azionato.

Sul punto, preso atto che la resistente dall'8.1. 2013 risulta iscritta nell'elenco dei mediatori creditizi (e pertanto al sensi dell'art. 26 del dlgs 141/2012 risulta in possesso dei requisiti minimi, costituiti dalla pregressa operatività nell'ambito della mediazione creditizia, sia sotto il profilo del tempo sia sotto il profilo del reddito) deve con ciò escludersi la fondatezza della prospettazione della reclamante che spa sia sempre stata un "mero" franchising (dov'è derivata il rigetto dell'eccezione di relativa al mancato esercizio di attività di mediazione creditoria da parte di).

Pertanto, anche alla luce delle risultanze documentali versate in atti (cfr docc 2 e3 fase cautelare) va riconosciuto che la società resistente ha sempre svolto attività di mediazione creditizia, sia in proprio sia attraverso la propria rete in franchising.

Orbene, alla stregua della nuova disciplina di riferimento di cui al dlgs 141/2010 come da ultimo modificato dal dlgs 18.9.2012 n. 169, va rilevato che sono state introdotte innovazioni in forza delle quali la mediazione creditizia - quale attività di messa in relazione di banche e intermediari finanziari previsti dal titolo V del TU B con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti - costituisce allo stato attuale:

- attività riservata ai soggetti iscritti in un apposito elenco tenuto dall'organismo previsto dall'art.128 undecies del dlgs 1.9.1993 n. 385

(art. 128 sexies, n. 2);

- esclusiva, in quanto il mediatore creditizio può svolgere solo l'attività di messa in relazione, nonché attività connesse o strumentali (art. 128 sexies, n. 3);
- nonché svolta esclusivamente sotto forma societaria, e non più individuale.

In particolare, la disciplina di cui al dlgs 19.9. 2012 n. 169 ha chiarito, per quanto riguarda i soggetti di cui possono valersi come collaboratori le società di mediazione creditizia (a norma dell'art. 128 novies del TUB il contatto con il pubblico può essere attuato esclusivamente a mezzo di " collaboratori e dipendenti" aventi i requisiti di cui all'art 128 septies lett d) e e) del TUB , la cui condotta foriera di danni, anche in relazione a comportamenti sanzionati penalmente comporta la responsabilità solidale della società di mediazione creditizia ex art. 128 novies comma 4 del TUB), che i collaboratori di dette società possono essere solo persone fisiche e non anche società

Sul punto, va, altresì, richiamato l'art. 17 comma 4 del dlgs 241/2010 , in forza del quale i collaboratori possono operare sulla base di un incarico conferito ex art. 1742 cc, donde deriva che, allo stato attuale della legislazione, il mediatore creditizio può avvalersi esclusivamente di collaboratori e dipendenti, da intendersi come persone fisiche legate al mediatore da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto di agenzia ex art. 1742 c.c..

Da quanto sopra emerge l'infondatezza dell'assunto della reclamante secondo cui "la nuova disciplina ha introdotto solo l'incompatibilità tra l'esercizio di attività di mediazione creditizia e lo svolgimento di altra attività, e non ha quindi impedito il franchising nel campo della mediazione", posto che la normativa conseguente all'emanazione del dlgs 141/2010 ha reso incompatibile il modello operativo del franchising rispetto all'attività di mediazione creditizia.

Tale modello incentrato sull'affiliazione vulnera il rapporto diretto che secondo la normativa di riferimento il mediatore creditizio deve intrattenere con gli operatori finanziari, senza sottacere che la società di mediazione creditizia, dovendo avere per oggetto esclusivo l'attività di mediazione, non può svolgere anche l'attività di affiliazione commerciale ex legge 129/2004.

Ciò posto, deve escludersi in radice la prospettazione della reclamante circa la natura della cessazione dei contratti di franchising comunicata da non riconducibile a una "scelta" volontaria della reclamata, ma da considerarsi come "atto dovuto" in ragione del nuovo quadro normativo, che non consente la prosecuzione della collaborazione con il modello del franchising, dovendosi il mediatore creditizio conformare all'unico modello normativo consentito, e cioè al rapporto agenziale ex art. 1742 c.c., come imposto ex lege.

Detta normativa ha carattere imperativo, siccome posta a presidio di interessi diffusi, costituzionalmente garantiti, quali la tutela del mercato e dei consumatori, onde massimizzare la professionalità degli operatori e ridurre i costi a carico dei clienti.

Alla luce di quanto sopra, la richiesta della reclamante, volta alla prosecuzione dell'adempimento dei contratti di franchising, non può essere accolta, in quanto in radicale conflitto con la normativa di riferimento in materia di mediazione creditizia, la cui modifica costituisce un *factum principis* con conseguente inesigibilità delle obbligazioni assunte da nei contratti di franchising.

Al riguardo, va rigettata l'ulteriore prospettazione della reclamante, secondo cui "può risolvere il problema dell'incompatibilità cedendo il contratto di franchising a soggetti terzi" da individuarsi "nella stessa casa madre Ti Franchising", dovendosi escludere la possibilità di imporre a un

soggetto terzo ed estraneo di rendersi cessionario dei contratti di franchising, tanto più che le obbligazioni infungibili a carico del franchisor non possono essere ritenute disponibili in capo a _____, soggetto che non ha mai svolto attività di mediazione creditizia, e che manca del requisito dell'iscrizione nell'elenco dei mediatori creditizi.

Da ultimo, vanno dichiarate inammissibili, siccome non fondate su fatti sopravvenuti, le domande nuove rispetto alle domande avanzate col ricorso introduttivo, e relative a inibitorie di condotte, da ritenersi conseguenza diretta della cessazione degli effetti dei contratti di franchising inter partes.

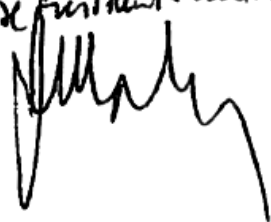
Tenuto conto della peculiarità della vicenda oltre che della sostanziale novità delle questioni relative alle modifiche legislative sulla mediazione creditizia, pare equo compensare interamente anche le spese di questa fase del procedimento cautelare.

PQM

rigetta il reclamo proposto da _____ spa avverso l'ordinanza 31.12.12 del Tribunale di Milano che conferma integralmente.

Spese compensate.

Milano 15 aprile 2013.

Il presidente eletto


TRIBUNALE DI MILANO
5^a sezione Civile
DEPOSITATO OGGI
17 APR 2013
IL CANCELLIERE


FUNZIONARIO CANCELLIERE
DOMENICO ARENA