Euroconference LEGAL
L'aggiornamento settimanale per l'Avvocato
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 7 luglio 2015

Procedimenti di cognizione e ADR

La competenza per le controversie dei consumatori: individuazione e momento determinante
di **Eugenio Dalmotto**

Impugnazioni

Violazione di norme processuali e regime di deducibilità del vizio
di **Enrico Picozzi**

Procedimenti cautelari e monitori

Mediazione obbligatoria e nature del termine per l'attivazione del procedimento
di **Mattia Polizzi**

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Cinque consigli per il primo negoziato con la Cina
di **Roberto Luzi Crivellini**

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Cinque consigli per il primo negoziato con la Cina
di **Roberto Luzi Crivellini**

Procedimenti di cognizione e ADR

La competenza per le controversie dei consumatori: individuazione e momento determinante

di **Eugenio Dalmotto**

Cass., Sez. VI-2, 30 marzo 2015, n. 6333

Scarica la sentenza

Competenza civile – Controversia tra professionista e consumatore – Foro esclusivo del consumatore – Momento determinante della competenza – Spostamento fittizio (Cod. proc. civ. art. 5; d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 33)

Competenza civile – Competenza per territorio – Residenza dell'attore o del convenuto – Nozione rilevante – Risultanze anagrafiche – Semplice presunzione (Cod. proc. civ. art. 18; cod. civ. art. 43;)

[1] *Nelle controversie tra professionista e consumatore, è competente il giudice del luogo dove il consumatore ha la residenza al momento della proposizione della domanda e non quello del luogo dove la aveva al momento della conclusione del contratto, salvo il caso del carattere fittizio del suo spostamento, compiuto per sottrarsi alla competenza fissata per legge.*

[2] *La residenza rilevante per individuare il giudice competente per territorio è quella sostanziale, intesa come dimora abituale della persona fisica. Rispetto ad essa, le formali risultanze anagrafiche pongono una mera presunzione semplice, superabile da altri indici quali la sede di lavoro e il luogo di provenienza nonché di ricezione della corrispondenza.*

CASO

[1-2] Un avvocato ottiene un decreto ingiuntivo nei confronti di una sua cliente per il mancato pagamento di compensi professionali. Questa propone opposizione, ottenendo la revoca del decreto ingiuntivo per incompetenza del giudice adito in sede monitoria.

Il giudice, premesso che il rapporto contrattuale dedotto in giudizio soggiace alla disciplina del Codice del consumo e la nozione di residenza alla quale occorre fare riferimento ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. u), del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, dava prevalenza alla residenza effettiva su quella anagrafica invocata dall'avvocato-convenuto opposto. L'avvocato propone regolamento di competenza.

SOLUZIONE

[1-2] La Cassazione respinge il ricorso, enunciando i principi riportati nella massima. Ricorda che in tema di controversie tra consumatore e professionista, la disciplina dettata dal Codice del consumo va interpretata nel senso che la residenza del consumatore, cui la disciplina si riferisce, è quella che lo stesso ha al momento della domanda e non quella che egli aveva al momento della conclusione del contratto; e che in caso di discordanza tra residenza anagrafica (che instaura una mera presunzione) e residenza effettiva prevale quest'ultima ai fini della competenza. Avverte peraltro che sull'individuazione del corrispondente foro esclusivo ivi previsto incide l'accertamento, devoluto al solo giudice del merito, del carattere fittizio dello spostamento di residenza del consumatore, compiuto per sottrarsi al radicamento della controversia.

Ritiene, quindi, la Suprema Corte che il giudice di merito abbia correttamente rilevato, sulla base di elementi obiettivi, quali la risalente conoscenza dello stesso avvocato dell'abituale dimora della cliente, la numerosa corrispondenza reciprocamente inviata e ricevuta dalle parti, nonché il luogo di lavoro della stessa cliente, che la residenza anagrafica non coincideva con quella effettiva, cioè con la dimora abituale, e che di conseguenza restava superata la presunzione semplice derivante dai dati anagrafici.

QUESTIONI

[1] Relativamente al momento determinate della competenza, la Cassazione applica l'art. 5 cod. proc. civ., secondo cui occorre fare esclusivo riferimento alla legge vigente e allo stato di fatto di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. Innovativa, peraltro è l'affermazione secondo cui questa regola non opera qualora il consumatore abbia spostato la sua residenza dal luogo dove la aveva al momento della conclusione del contratto al solo fine di sottrarsi alla competenza fissata per legge per radicare il giudizio in un luogo diverso. Suggerisce la Cassazione che in tal caso, il cui accertamento è riservato al solo giudice del merito, dovrebbe invece farsi riferimento al luogo in cui il consumatore aveva la precedente e non fittizia residenza. La Suprema Corte si ricollega così ad un proprio consolidato orientamento, teso ad impedire fenomeni di elusione del principio del giudice naturale precostituito per legge, che sinora si è espresso soprattutto nella giurisprudenza relativa al cosiddetto convenuto fittizio, secondo cui la regola della modificazione della competenza territoriale per effetto del cumulo soggettivo delle domande contro più convenuti non opera quando taluno appaia, *prima facie*, artificiosamente evocato in giudizio al solo fine di provocare l'applicazione dell'art. 33 cod. proc. civ. (cfr. Cass., 21 dicembre 2010, n. 25891; 15 marzo 2004, n. 5243; 25 giugno 2002, n. 9277; 12 dicembre 1991, n. 13445).

[2] Relativamente poi alla residenza rilevante per individuare il giudice competente per territorio, la Cassazione applica quanto già più volte ritenuto e cioè che occorre fare riferimento alla nozione civilistica di cui agli artt. 43 e segg. cod. civ. (cfr. Cass., 2 luglio 2013, n. 16544; 5 agosto 2005, n. 16525; 29 settembre 2004, n. 19595; sez. un., 7 febbraio 1992, n. 1374, in *Foro it.*, 1992, I, 679). In quest'ottica, è pacifico che la residenza amministrativa o

anagrafica non sia determinante ma ingeneri una mera presunzione semplice, vincibile con ogni mezzo di prova ivi compresa la prova per presunzioni, che può trarre origine – come nel caso di specie è avvenuto – da indizi quali la sede di lavoro e il luogo di provenienza nonché di ricezione della corrispondenza, che possono prevalere che possono essere ritenuti più convincenti rispetto alle risultanze anagrafiche.

Impugnazioni

Violazione di norme processuali e regime di deducibilità del vizio

di **Enrico Picozzi**

Cass., Sez. III, 9 aprile 2015, n. 7086

Scarica la sentenza

Impugnazioni civili – Violazione di norma processuale – Sentenza pronunciata prima della scadenza dei termini ex art. 190 c.p.c. – Impugnazione – Onere di dimostrare un effettivo pregiudizio – Sussistenza (C.p.c., artt. 101, 190, 352, 360 n. 4)

[1] *La deliberazione della sentenza prima della scadenza dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. non costituisce una nullità della sentenza invocabile in sé e per sé, essendo viceversa sempre necessario che la parte che deduca siffatta violazione indichi anche la sussistenza di un effettivo pregiudizio quale conseguenza del vizio processuale.*

CASO

[1] Nell'ambito di un giudizio di risarcimento del danno derivante da illecito cagionato da cosa in custodia *ex* art. 2051 c.c., la domanda veniva respinta tanto in primo quanto in secondo grado. Il soccombente, pertanto, ricorreva per cassazione, deducendo anche la violazione dell'art. 190 c.p.c., poiché la sentenza era stata deliberata in un momento anteriore alla scadenza del termine per lo scambio delle memorie di replica.

[1] Il Supremo Collegio, dopo aver preliminarmente rilevato l'esistenza di un orientamento prevalente (cfr. Cass., sez. III, 10 marzo 2008, n. 6293; Cass., sez. I, 15 febbraio 2007, n. 3454; Cass., sez. III, 6 marzo 2006, n. 4805; Cass., Sez. III, 18 ottobre 2005, n. 20142; Cass., sez. III, 7 marzo 2003, n. 3416; Cass., sez. III, 21 maggio 2001, n. 6897) che considera la violazione in discorso come causa di nullità della sentenza, ritiene di dissociarsene, affermando, di contro, che l'inosservanza di una norma processuale può dar luogo a nullità alla sola condizione che abbia prodotto una lesione in concreto del diritto di difesa. In questa direzione, dunque, il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un effettivo pregiudizio, deve indicare nel ricorso: *aa*) le ulteriori e rilevanti aggiunte o specificazioni che la contravvenzione del termine di cui all'art. 190 c.p.c. gli ha impedito di svolgere; nonché *bb*) la ragionevole probabilità che quelle deduzioni, se fossero state prese in esame, avrebbero condotto la lite verso un esito differente (analogamente, cfr. Cass., sez. III, 23 febbraio 2006, n. 4020)

QUESTIONI

[1] Come già anticipato, la pronuncia in commento si pone in linea di chiara discontinuità

rispetto all'orientamento maggioritario, nell'ambito del quale, a più riprese, si sono affermati i seguenti principi di diritto:
1) la violazione dell'art. 190 c.p.c. dà luogo a nullità del procedimento *ex* art. 156, comma 2, c.p.c. e, conseguentemente della sentenza (cfr. Cass., sez. II, 3 giugno 2008, n. 14657);
2) il pregiudizio può ritenersi sussistente *in re ipsa*, senza la necessità di dover dimostrare di aver patito una specifica lesione al diritto di difesa (cfr. Cass., sez. II, 24 marzo 2010, n. 7072);
3) con la conseguenza che, diversamente opinando, si finirebbe per considerare il pregiudizio, *rectius* le modalità di rilievo della nullità come sopra descritte, elemento costitutivo della nullità medesima (cfr. Cass., sez. VI, 5 aprile 2011, n. 7760).

Data l'emersione del contrasto giurisprudenziale, non si può escludere che della questione verranno presto investite le Sezioni Unite ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c.

Per maggiori approfondimenti in dottrina, cfr. Luiso, *Invalidità e mezzi di impugnazione della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 15 e ss.; Gradi, *Vizi in procedendo e ingiustizia della decisione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Vol. III, Torino, 2008, 63 e ss.

Procedimenti cautelari e monitori

Mediazione obbligatoria e nature del termine per l'attivazione del procedimento

di **Mattia Polizzi**

Trib. Como 12 gennaio 2015

Scarica la sentenza

Procedimento civile – Termini ordinatori – Termini perentori – Mediazione civile e commerciale – Differenze
(Cost., art. 111; cod. proc. civ., art. 152, 154; d. leg. 4 marzo 2010, n. 28, Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, art. 5)

[1] *La distinzione tra termini ordinatori – quale è quello previsto per l'instaurazione del procedimento di mediazione obbligatoria – e perentori non può essere ravvisata in una diversa forza cogente e, dunque, in conseguenze diverse in caso di mancato rispetto, bensì nelle differenti modalità con le quali operano sul piano processuale.*

CASO
[1] Nel corso di un procedimento civile inerente materia ricompresa nel novero di cui all'art. 5, comma 2 *bis*, d. leg. 28/2010 il giudice, rilevato in prima udienza il mancato esperimento del procedimento di mediazione, assegna alla parte attrice il termine di cui all'art. 5, onde poter radicare il tentativo di mediazione.
Alla successiva udienza *ex* art. 183 c.p.c. il convenuto spiega eccezione di improcedibilità del giudizio, non avendo l'attore provveduto all'incombente di cui alla precedente udienza nel rispetto del termine assegnato; parte attrice si oppone, adducendo la natura ordinatoria del termine *de quo*.

SOLUZIONE
[1] Il Tribunale di Como accoglie l'eccezione di improcedibilità del giudizio, affermando che il mancato rispetto del termine previsto per l'instaurazione del procedimento di mediazione, di natura ordinatoria alla luce del disposto di cui al secondo alinea dell'art. 152 c.p.c. (in forza del quale i termini previsti dalla legge, salvo che sia diversamente disposto, debbono intendersi come ordinatori) non può non avere conseguenze sul piano processuale.In altre parole, gli effetti negativi derivanti dal mancato rispetto di un termine vengono ad esistenza indifferentemente dalla natura del termine medesimo, la quale influisce solo in riferimento alle relative modalità operative ed al momento in cui detti effetti pregiudizievoli sono

prodotti: immediatamente, quanto al caso di violazione del termine perentorio; solo nel caso in cui non venga richiesta una proroga – ovvero altre gravi ragioni non spingano in tal senso – qualora si tratti di termini ordinatori. La decisione in epigrafe segue il consolidato orientamento della Cassazione che, facendo valere il già eloquente dato testuale dell'art. 154 c.p.c. esplicita che la possibilità di proroga del termine ordinatorio è subordinata ad una richiesta in tal senso ad opera della parte interessata che intervenga prima dello spirare del termine medesimo, ovvero qualora siano ravvisabili gravi motivi che impongano tale correttivo (v., *ex pluribus*, Cass. 21 febbraio 2013, n. 4448, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Prova civile in genere*, n. 35; 17 novembre 2010, n. 23227, *id.*, Rep. 2010, voce *Termini processuali civili*, n. 13).

QUESTIONI

[1] La sentenza del Tribunale di Como merita di essere segnalata non solo in ragione del corretto inquadramento dell'operatività pratica delle due categorie di termini previste dal codice di procedura civile, ma anche per la lucida ricostruzione della *ratio* sottesa ai due istituti.

Da un lato, difatti, la distinzione tra termini ordinatori e perentori non può essere ravvisata in una diversa forza cogente in quanto, diversamente opinando, la previsione di termini ordinatori risulterebbe del tutto priva di alcuna utilità.
Dall'altro, la soluzione adottata dal giudice si impone in forza di ragioni di natura sistematica, posto che in un sistema processuale come quello odierno, articolato per preclusioni, l'assenza di conseguenze inerenti l'inutile spirare di un termine rappresenterebbe un *vulnus* dell'intero sistema, qualificato dalla Carta fondamentale come giusto nella misura in cui presenti – tra l'altro – una durata ragionevole.

Infine, come osservato dal Supremo Consesso di legittimità, ritenere che i termini ordinatori possano essere prorogati in qualsiasi momento processuale subordinerebbe lo svolgersi del processo all'arbitrio della parte interessata alla proroga medesima (cfr. Cass. 19 gennaio 2005, n. 1064, *id.*, Rep. 2005, voce cit., n. 16).

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Cinque consigli per il primo negoziato con la Cina

di **Roberto Luzi Crivellini**

Nell'era di internet e del commercio globale molti imprenditori italiani, e con loro i consulenti che li conoscono e li sostengono, per la prima volta, in una trattativa con una controparte cinese, come procedere?

1. Conoscere l'interlocutore

Essere certi che l'interlocutore sia chi afferma di essere è certamente un buon punto di partenza (es. Beijing Great Wall Wines & Spirits Co. LTD).

La denominazione societaria in questione però **ha solo valenza commerciale e non è ufficiale:** ai fini della costituzione della società, l'Administration for Industry & Commerce (SAIC) è l'ente che rilascia la business license.

La prima richiesta che è opportuno fare alla controparte è quindi di confermare la sua attività e il suo capitale registrato e versato.

L'accertamento può essere effettuato per esempio tramite la business license, tramite la interrompendo le comunicazioni.

L'attendibilità della business license è anche utile per avere conferma che, per esempio, i dati sono sede e oggetto sociale, che la società

La business license indica anche il nome del **legale rappresentante**, che è anche la persona con cui è opportuno interfacciarsi per non fornire queste informazioni o fare con una certa compiacenza. Il legale rappresentanza spesso si rivela una perdita di tempo e comporta comunque un allungamento dei tempi.

2. Definire i tempi del negoziato

La tempistica del negoziato con una controparte cinese si muove spesso in modo lungo e tortuoso. Le informazioni richieste vanno pretese. Il capo è impegnato in un lungo viaggio di lavoro e il pretesto si invocano.

Questa altalena tra pressioni quotidiane e latitanza senza riscontri è spiazzante per la parte italiana, lasciando intendere che potrebbe esistere un altro interlocutore per il progetto. **Il** Nel caso purtroppo frequente in cui la controparte sparisca sulla frustrazione per il mancato **Il** Nel caso purtroppo frequente in cui la controparte sparisca sulla frustrazione per il mancato veramente interessato al rapporto commerciale che si era discusso. Il dialogo è di certo non

3. Conoscere le regole del gioco

Il progetto di una Joint Venture o di un accordo commerciale o societario è frutto di molti **Il progetto di una Joint Venture o di un accordo commerciale o societario è frutto di molti** incontri, con l'aspettativa spesso irrealistica di poter formalizzare gli accordi in tempi brevissimi.

È bene ricordare che la possibilità di realizzare investimenti diretti in Cina è regolamentata **È bene ricordare che la possibilità di realizzare investimenti diretti in Cina è regolamentata** presupposti per la costituzione di una rete di franchising.

Il rischio è dunque di spendere molto tempo a costruire un progetto per poi scoprire che non è **Il rischio è dunque di spendere molto tempo a costruire un progetto per poi scoprire che non è** desiderato. Il parere di un esperto sulla fattibilità dell'operazione è consigliabile che venga acquisito sin

4. Procedere step by step

Il primo contatto commerciale è caratterizzato spesso da grande euforia da entrambe le parti **Il primo contatto commerciale è caratterizzato spesso da grande euforia da entrambe le parti** prodotti o servizi stranieri. **In Cina**, come veicolo per la produzione o commercializzazione dei

Un consiglio utile, in questi casi, è quello di cercare di fare la **massima chiarezza possibile sui** [illegible] di giro italiana ratifica che non quelli in cui l'impresa ha successo. [illegible] più i casi i casi in cui la JV

Meglio dunque iniziare il rapporto con forme di collaborazione più snelle, come la concessione [illegible] decisione al rapporto e dei riscontri del mercato. [illegible] avere conferma della sua effettiva [illegible] testare

5. Memorandum of Understanding

Uno strumento per fare chiarezza sugli obiettivi che le parti **si propongono** di ottenere e sui [illegible] **Memorandum of Understanding (MoU)** è **un documento** che [illegible] una [illegible] dei quali si indicano le linee generali **a cui** a negoziare in buona fede un certo progetto,

Le opinioni al proposito sono le più diverse: c'è chi ritiene che si tratti di una **perdita di** [illegible] di [illegible] applicherà in caso di inadempimento al futuro contratto. [illegible] dette penali che si, [illegible] gozia re

Un MoU, a mio avviso, **è molto utile** e dovrebbe essere sempre il primo step del negoziato [illegible] trattativa sui giusti binari. [illegible] importante nel lungo negoziato, al quale richiamarsi per tenere la [illegible] sarà

DIRITTO D'IMPRESA, Diritto e reati societari

Cinque consigli per il primo negoziato con la Cina

di **Roberto Luzi Crivellini**

Nell'era di internet e del commercio globale molti imprenditori italiani, e con loro i consulenti che li conoscono e consigliano, per la prima volta, in una trattativa con una controparte cinese. Come procedere?

1. Conoscere l'interlocutore

Essere certi che l'interlocutore sia chi afferma di essere è certamente un buon punto di partenza (es. Beijing Great Wall Wines & Spirits Co. LTD).

La denominazione societaria in questione però **ha solo valenza commerciale e non è ufficiale:** ai fini della costituzione della società, l'Administration for Industry & Commerce (SAIC) è l'ente che rilascia la licenza di attività.

La prima richiesta che è opportuno fare alla controparte è quindi di confermare la sua attività e il suo capitale registrato e versato.

L'accertamento può essere effettuato per esempio tramite la business license, che deve contenere almeno i dati sulla sede e oggetto sociale, che la società interlocutrice è tenuta a fornire a chiunque ne faccia richiesta.

La business license indica anche il nome del **legale rappresentante**, che è anche la persona che per legge ha il potere di obbligare la società. Se si tratta di una società straniera, per non fornire queste informazioni o fare con comporta comunque un allungamento dei tempi.

2. Definire i tempi del negoziato

La tempistica del negoziato con una controparte cinese si muove spesso in modo lungo e tortuoso. Le informazioni richieste vanno pretese. Il capo è impegnato in un viaggio di lavoro e il pratese spesso si trova a dover aspettare.

Questa altalena tra pressioni quotidiane e l'attesa senza riscontri è spiazzante per la parte italiana, lasciando intendere che potrebbe esistere un altro interlocutore per il progetto. Il **legale** è certamente interessato al rapporto commerciale che si era discusso.

Nel caso, purtroppo frequente, in cui la controparte sparisca, sulla frustrazione per il mancato ritorno prevale la speranza di avere davvero trovato un partner affidabile e di certo non

3. Conoscere le regole del gioco

Il progetto di una Joint Venture o di un accordo commerciale o societario è frutto di molti incontri con l'aspettativa spesso irrealistica di poter formalizzare gli accordi in tempi brevissimi.

È bene ricordare che la possibilità di realizzare investimenti diretti in Cina è regolamentata **sotto il profilo dei settori ammessi, dei limiti di partecipazione al capitale e dei** presupposti per la costituzione di una rete di marketing.

Il rischio è dunque di spendere molto tempo a costruire un progetto per poi scoprire che non è fattibile. Di un esperto sulla fattibilità dell'operazione è consigliabile che venga acquisita sin

4. Procedere step by step

Il primo contatto commerciale è caratterizzato spesso da grande euforia da entrambe le parti **sostanziata dalla prospettiva di vendere in Cina**, come veicolo per la produzione o commercializzazione dei prodotti o servizi stranieri.

Un consiglio utile, in questi casi, è quello di cercare di fare la **massima chiarezza possibile sui** [illegible] di giro italiana ratifica che non quelli in cui l'impresa ha successo. [illegible] più i casi i casi in cui la JV

Meglio dunque iniziare il rapporto con forme di collaborazione più snelle, come la concessione [illegible] avere conferma della sua effettiva [illegible] testare decisione al rapporto e dei riscontri del mercato.

5. Memorandum of Understanding

Uno strumento per fare chiarezza sugli obiettivi che le parti **si propongono** di ottenere e sui [illegible] **Memorandum of Understanding (MoU)** è **la lettera di intenti** che **precede** un certo progetto, [illegible] dei quali si indicano le linee generali **a cui** si **negoziare in buona fede** una

Le opinioni al proposito sono le più diverse: c'è chi ritiene che si tratti di una **perdita di** [illegible] **tempo**, [illegible] c'è chi ritiene che si tratti di una **perdita** [illegible] di [illegible] **negoziazione** [illegible] **dalla** [illegible] **negoziare** applicherà in caso di inadempimento al futuro contratto. [illegible] dette penali che si, [illegible]

Un MoU, a mio avviso, **è molto utile** e dovrebbe essere sempre il primo step del negoziato [illegible] **in modo corretto** [illegible] **sarà** trattativa sui giusti binari. [illegible] importante nel tutto negoziato, al quale richiamarsi per tenere la