



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI UDINE

SECONDA SEZIONE CIVILE

Il Giudice dott. GIANFRANCO PELLIZZONI, in funzione di giudice unico ha pronunciato la seguente

SENTENZA Ex art. 429 cpc

nella causa civile di primo grado iscritta al n° 4422/13 del R.A.C.C. iniziata con atto notificato in data 30.07.013, n. 14058, Uff. giud. del Tribunale Di Udine

d a

(A), con il procuratore e domiciliatario avvocato e l'avv. per procura speciale a margine del ricorso introduttivo,

ATTORE - OPPONENTE

c o n t r o

(B) SPA con proc. e dom. l'avv. per mandato speciale a margine della comparsa di risposta

CONVENUTA – OPPOSTA

contro

oggetto: affitto d'azienda - opposizione a d. i..

CONCLUSIONI

Per il ricorrente: “ come da allegato.

Per il convenuto: come da allegato.

FATTO E DIRITTO

Con atto di citazione rubricato come in epigrafe (A) citava in giudizio davanti a questo Tribunale la società (B) spa proponendo opposizione avverso il decreto ingiuntivo di data 3.06.2013, n. 1298/013 con cui gli era stato intimato il pagamento della somma di € 180.08,17, oltre agli accessori, quale corrispettivo per l'affitto del reparto d'azienda commerciale sito in Cividale del Friuli, Via Libertà, 139 e di collaborazione commerciale per la fornitura e la vendita al dettaglio di merci di abbigliamento e tessile e la locazione del marchio “ (B) “, contestando di essere tenuto al pagamento dei canoni, delle spese e dei corrispettivi pari alla richiamata somma, sull'assunto che la società ricorrente era carente di legittimazione attiva dato che il contratto di subaffitto era stato concluso dalla (C) spa (ora (D) sas società di diritto spagnolo) – affittuaria dell'azienda dalla (B) spa - e non dall'odierna intimante e comunque la locatrice si era resa gravemente inadempiente agli impegni assunti, eccependo in compensazione quantomeno parziale i crediti vantati a titolo di risarcimento dei danni subiti per il comportamento della stessa.

Nel costituirsi in giudizio la convenuta resisteva alla domanda chiedendone il rigetto, rilevando come l'opposizione fosse tardiva in quanto il rito applicabile era quello previsto dall'art. 447 bis cpc in tema di affitto d'azienda con la conseguenza che la causa era stata iscritta a ruolo tardivamente e nel merito contestando le affermazioni della controparte.

Disposto il mutamento di rito, nell'udienza odierna il procuratore delle parti, richiamate le conclusioni in precedenza svolte, discutevano la causa ed il Giudice pronunciava sentenza dandone lettura ai sensi dell'art. 429

comma 1 c.p.c.

L'opposizione è inammissibile e va pertanto respinta, posto che la stessa è stata proposta con atto di citazione invece che con ricorso, pacificamente oltre il termine perentorio fissato dall'art. 641 cpc, atteso che trattandosi di controversia con rito locatizio, la stessa andava non solo notificata entro il termine di 40 gg. dalla ricezione del provvedimento monitorio, ma anche iscritta a ruolo entro il medesimo termine (mentre invece era stata iscritta a ruolo solo in data 8.08.013), dovendo l'opposizione essere presentata con ricorso depositato in cancelleria entro il predetto termine o con atto equipollente, ma sempre depositato entro il citato termine perentorio (cfr. Cass., Sentenza n. 797 del 15/01/2013, secondo cui : “ L' opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di locazione e quindi soggetta al rito del lavoro deve essere proposta con ricorso e, ove proposta erroneamente con citazione, questa può produrre gli effetti del ricorso solo se sia depositata in cancelleria entro il termine di cui all'art. 641 cod. proc. civ., non essendo sufficiente che entro tale data sia stata comunque notificata alla controparte” e da ultimo Cass., n. 797 del 15/01/2013 “ L'opposizione a decreto ingiuntivo nelle materie soggette al rito del lavoro si propone con ricorso; tuttavia, ove sia, per errore, proposta con citazione, essa può impedire comunque che il decreto divenga definitivo, non già se notificata alla controparte entro il termine di cui all'art. 641 cod. proc. civ., ma solo se, entro tale termine, venga altresì depositata in cancelleria. Ricorrendo tale ipotesi, il giudice dovrà ordinare d'ufficio la conversione del rito, disponendo la notifica del proprio provvedimento all'opposto, ove contumace, senza necessità che l'opponente richieda l'emanazione del

SENTENZA . 11.04.14

decreto di fissazione dell'udienza di discussione, ai sensi dell'art. 420 cod. proc. civ. “).

L'opponente ha tuttavia contestato che la causa dovesse venir trattata con il rito locatizio, atteso che il decreto era stato emesso non solo per il pagamento dei canoni e le spese afferenti al rapporto d'affitto d'azienda, ma anche per il pagamento delle merci fornite dall'intimante nell'ambito del rapporto di collaborazione commerciale con utilizzo del marchio (B) con lui concluso, con conseguente applicazione della regola dettata dall'art. 40 terzo comma del cpc che prevede la prevalenza del rito ordinario, rispetto al rito speciale, salva l'eccezione delle cause di lavoro e previdenziali di cui agli artt. 409 e 442 cpc, ma non di quelle di cui all'art. 447 bis cpc, che non richiama tali disposizioni normative, ma tale eccezione appare infondata, in quanto nel caso in esame non vi è alcuna connessione di cause da trattarsi con due riti diversi, come opinato da parte opponente, ma un'unica controversia avente ad oggetto il pagamento dei corrispettivi previsti dal contratto in esame di data 28.04.2003 (Rogito Notaio Petrosso, rep. 52300 e Racc. 8259).

Non vi sono dubbi che ove vi siano due cause connesse - una da trattarsi con il rito ordinario e una con il rito speciale - diverso dal rito del lavoro (409 e 442) in senso stretto, il rito ordinario prevalga a mente dell'art. 40, terzo comma cpc e che pertanto nel caso di connessione fra una causa con rito locatizio e una causa con rito ordinario sia quest'ultimo che prevale (v. a contrariis per l'affitto a coltivatore diretto Cass., [2269](#) del 02/03/1998 “ Se l'affittuario di un fondo rustico agisce per il riscatto di esso nei confronti degli acquirenti (art. 8 legge 26 maggio 1965 n. 590) e questi, in

riconvenzionale, chiedono di accertare l'inesistenza del contratto di affitto agrario, anche la controversia sull'esistenza del diritto di riscatto, di competenza del giudice ordinario, diviene di competenza della sezione specializzata agraria (art. 9 legge 14 febbraio 1990), perché l'accertamento, con efficacia di giudicato, del presupposto dell'esercizio del diritto di riscatto - e cioè della titolarità del rapporto agrario - non comporta la sospensione necessaria del giudizio pregiudicato in attesa della definizione di quello pregiudiziale (art. 295 cod. proc. civ.), bensì, ai sensi degli artt. 34 e 36 cod. proc. civ., l'attrazione della causa connessa dinanzi al giudice specializzato, come è confermato anche dall'art. 40, terzo comma - novellato con legge 26 novembre 1990 n. 353 - che, nel caso di causa connessa soggetta al rito speciale e rientrante tra le cause indicate dall'art. 409 cod. proc. civ. (come nella specie), dispone la prevalenza di esso su quello ordinario, presupponendo che il "simultaneus processus" si svolga dinanzi al giudice specializzato).

Nella fattispecie in esame invece l'intimante ha ottenuto un unico decreto ingiuntivo con cui ha richiesto il pagamento dei canoni e delle spese, oltre che del corrispettivo per le forniture di merce effettuate in esclusiva, in forza dell'unico contratto sottoscritto dalle parti di "Subaffitto di azienda e collaborazione commerciale con utilizzo del marchio", che prevedeva due diversi corrispettivi da corrispondere l'uno rappresentato dal canone d'affitto pari al 5 % dei corrispettivi delle vendite del 2002 e dalle spese accessorie e l'altro dal prezzo delle merci consegnate in esclusiva dal concedente da versarsi giornalmente e pari all'80% dei corrispettivi delle merci vendute il giorno precedente e va quindi valutato se per tale contratto

fosse o meno applicabile il rito previsto dall'art. 447 bis cpc per i contratti d'affitto d'azienda o non piuttosto il rito ordinario previsto per altri tipi di contratto, quali ad esempio i contratti di affiliazione commerciale.

Il contratto sottoscritto dalle parti appare invero un contratto atipico o misto, contenete elementi del contratto d'affitto d'azienda e del contratto di affiliazione commerciale con utilizzo del marchio o contratto di franchising, come definito dalla legge 6.05.2004, n. 129 e in particolare dall'art. 1, secondo cui : "L'affiliazione commerciale (franchising) e' il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilita' all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprieta' industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilita', disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralita' di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.² Il contratto di affiliazione commerciale puo' essere utilizzato in ogni settore di attivita' economica.³ Nel contratto di affiliazione commerciale si intende: a) per know-how, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che e' segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il know-how, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non e' generalmente noto ne' facilmente accessibile; per sostanziale, che il know-how comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o

l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità; b) per diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale; c) per royalties, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche; d) per beni dell'affiliante, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal nome dell'affiliante “ (cfr. **Cass. Civ., sez. III, sentenza 15 gennaio 2007, n. 647** e Cass. Civ., sez. III, sentenza 15 gennaio 2007, n. 64, secondo cui : “ Con il contratto di affiliazione commerciale (o *"franchising"*) un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (*"franchisor"*) ed un distributore (*"franchisee"*), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato - creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali -, concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore (*"franchisee"*), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio”).

Nel caso dei contratti atipici o misti è necessario valutare quale sia la disciplina applicabile secondo la teoria dell'assorbimento o della prevalenza, dovendo il negozio essere assoggettato alla disciplina unitaria

dell'uno o dell'altro contratto in base alla prevalenza degli elementi, salva l'applicazione degli elementi del contratto non prevalente se regolati da norme compatibili con quelle del contratto prevalente (cfr. Cass. n. [11656](#) del 12/05/2008 “ In tema di contratto misto (nella specie, di vendita e di appalto), la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente “ e anche Cass., [2642](#) del 08/02/2006 “ Il contratto avente ad oggetto sia la concessione dell'uso di un immobile, dietro pagamento di un canone, sia altre prestazioni consistenti nell'erogazione di servizi alberghieri e di ristorazione, costituisce contratto atipico misto, al quale può applicarsi la disciplina dell'appalto di servizi, in base alla teoria dell'assorbimento, che privilegia la disciplina dell'elemento in concreto prevalente).

Nel caso in esame non vi sono dubbi che gli elementi prevalenti siano rappresentati dal contratto d'affitto di ramo d'azienda, in quanto lo stesso comprendeva “ ... l'avviamento, l'insegna , gli arredi, gli impianti e il godimento dei relativi locali commerciali “ e il conduttore si obbligava al subentro in tutti contratti stipulati per il funzionamento del ramo aziendale, dietro pagamento di un canone e delle spese, mentre del contratto di affiliazione commerciale (che non prevede mai l'affitto dell'azienda, ma anzi presuppone che l'affiliato sia titolare di una propria autonoma azienda

commerciale) erano presenti la sola fornitura di merce in esclusiva da parte dell'affiliante, con l'utilizzo del marchio " (B) ", facente comunque parte del ramo d'azienda affittato, con inserimento quindi nella rete distributiva dell'affiliante e la fornitura di servizi aggiuntivi di consulenza commerciale e di pubblicità, senza pagamento di un diritto di ingresso e di royalties, ma eventualmente solo di un corrispettivo per i servizi aggiuntivi, con la conseguente applicazione della disciplina - anche processuale - propria di tale tipo di contratto e in particolare quindi del rito previsto dall'art. 447 bis cpc.

D'altro canto in tal senso depone anche la forma del contratto adottata dalle parti (rogito notarile) che hanno dato prevalenza alla disciplina del contratto d'affitto d'azienda rispetto all'affiliazione commerciale, che come è noto deve essere provato e quindi redatto per iscritto con atto pubblico o scrittura privata autenticata ai sensi dell'art. 2556 cod. civ.

Anche il contratto di affitto o di gestione di reparto è infatti un contratto d'affitto di ramo d'azienda, attuato in forma parziale, quando il titolare di un esercizio commerciale sia organizzato su più reparti distinti in relazione alla gamma dei prodotti trattati o alle tecniche di prestazione dei servizi, ma che soggiace alla stessa regolamentazione, anche sotto il profilo della forma e della pubblicità previste dall'art. 2556 cod. civ. e si distingue invece dal contratto di locazione di uno spazio commerciale, che non ha ad oggetto un ramo d'azienda, ma solo una porzione di immobile.

Alla stregua di tali considerazioni appare evidente come l'opposizione proposta con atto di citazione depositato oltre i termini di cui all'art. 641 cpc, sia tardiva e vada quindi dichiarata inammissibile.

Il pagamento delle spese – liquidate come in dispositivo - segue la soccombenza.

p. q. m.

Il Giudice, ogni diversa domanda ed eccezione reiette ed ogni ulteriore deduzione disattesa, definitivamente pronunciando,

- 1) Dichiara inammissibile l'opposizione e pertanto conferma l'opposto decreto ingiuntivo;
- 2) Condanna l'opponente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in € 6.800,00 per compensi, € 90,00 per spese, oltre cna e iva, se dovuta.
- 3) Dichiara la sentenza provvisoriamente esecutiva *ex lege*.

Così deciso in Udine, lì 11.04.2014.

Il Giudice

- Dott. Gianfranco Pellizzoni -