

AFFITTO O LOCAZIONE?

QUANDO L'UBICAZIONE DI UN NEGOZIO

NELL'AMBITO DI UN CENTRO COMMERCIALE

NON FA LA DIFFERENZA

1. **Il Lodo**, *nel caso di specie*, conclude in favore della locazione (ad “uso commerciale”).
2. **Il Collegio** così decide, assegnando una valenza determinante alla *struttura materiale* del bene oggetto del rapporto contrattuale, quale elemento ultimo di differenziazione tra le due alternative.
3. **La controversia** ruota(va) intorno alla (più o meno) legittimità del recesso, da un contratto di affitto di azienda, peraltro in essere da circa 20 anni,¹ intimato dall' “affittuario” in virtù del fatto che “*fossero venute a mancare le condizioni (di avviamento), per le quali il contratto era stato stipulato*”.
4. **Il contratto**, denominato (appunto) in termini di “*affitto di azienda*”, riguardava la messa a disposizione di un negozio, ad uso vendita al dettaglio, *ricompreso nell'ambito di un Centro Commerciale*, a favore di un'impresa dotata di un marchio *rèpandu* nel settore degli articoli per la casa, da arredamento e da regalo, in genere.
5. **L'oggetto del contratto**, per quanto può comprendersi dal Lodo², era composto da un locale (relativo al negozio), gli impianti, ad esso accessori, l'autorizzazione amministrativa (in corso di rilascio), *nonché* (e non da ultimo), da un “*autonomo valore di avviamento*” (da intendersi come “*attitudine/potenzialità produttiva*”): derivante dal fatto che tale negozio fosse collocato nel Centro Commerciale: (così come tra l'altro precisato dall'articolo 2 del contratto stesso).³
6. **Attitudine produttiva**, alla quale il Collegio peraltro non conferisce alcuna rilevanza, ai fini qualificatori; ritenendo che essa, come tale, fosse unicamente ricollegabile al Centro Commerciale (e all'insegna

¹ Iniziato nel Settembre 1997 e in seguito più volte rinnovato, infine, il 18 settembre 2009.

² Pagina 6 (in fondo).

³ Lodo a § 24 pag. 7.

che lo contraddistingueva), senza possibilità di estensione alcuna al “locale” oggetto di rapporto: nonostante la sua collocazione nell’ambito del Centro stesso.

7. **La *ratio decidendi*** è quindi *comprensibilmente* collegata al fatto che l’avviamento primigenio del Centro Commerciale (e/o l’attitudine produttiva che esso aveva sviluppata) non si potesse estendere (*mai*) in favore del locale in esso ricompreso; mentre (*semmai*) poteva accadere piuttosto (e più *verosimilmente*) il contrario: *soprattutto* nei casi in cui l’insegna dell’impresa, che viene a gestire il locale, consista (come nel caso di specie) in un marchio (sufficientemente) notorio.
8. **Con la conseguenza** che, nella misura in cui si debba ritenere che tale attitudine produttiva (in termini di clientela e di conseguente avviamento del Centro Commerciale) non si possa mai estendere al locale in questione, il rapporto non si potrà mai ricondurre nell’ambito della figura dell’affitto: considerato che un bene immobile in sé privo di ogni componente produttiva, che lo correda, non può che condurre ad una qualificazione del rapporto in termini di locazione (commerciale).
9. Un tale assunto, tuttavia, presta il fianco a molteplici interrogativi.
10. Quindi, ci si chiede:
 - *perché mai* un’impresa, detentrica di un marchio rinomato (che -in tesi- non possa, quasi mai, beneficiare di un avviamento generato da un più ampio Centro Commerciale), può ritenere *comunque* conveniente collocare un proprio “negozio” all’*interno* di esso, con il rischio di far beneficiare a quest’ultimo (e alle altre imprese in esso operanti) i benefici della rinomanza del proprio marchio (e della sua attitudine di attrarre potenziale clientela), senza ritrarne (sempre in tesi) alcun corrispondente beneficio e, anzi, pagando un corrispettivo (realisticamente) maggiore di quello che (sempre realisticamente) sarebbe quello di un normale canone di locazione in un immobile *stand-alone* ? ed ancora
 - *come può essere logicamente congruente* una qualificazione contrattuale fondata sostanzialmente su elementi materiali, con il fatto che (come avvenuto nel caso in commento) l’Impresa, che gestisce il “locale”, decida di recedere dal contratto *proprio* a seguito del venire

meno di un elemento immateriale, rappresentato da un minor flusso di clientela *affluente* al Centro Commerciale stesso? ⁴

11. **La risposta che sorge spontanea** si collega al fatto che (almeno in prima battuta) non risulta appagante assegnare una valenza qualificatoria, determinante, alla sola componente materiale del bene in questione; *mentre* appare, più corretto tenere in considerazione, in maniera più attenta, la valenza sostanziale (*anche in termini di causa concreta*) che la componente immateriale ad essa relativa (legata alle circostanze di luogo e di fatto) può giocare nella identificazione dell'oggetto del contratto stesso.
12. È ben possibile che la ragione di una simile analisi di natura sostanziale, possa essere collegata e/o determinata da una necessità logica, più di tipo economico, che giuridico, in sé.
13. Tuttavia, appare arduo esimersi da essa, considerato che proprio l'analisi del risultato economico voluto dalle parti, rappresenta la lente con cui identificare la causa concreta, nonché la (corrispondente) natura del contratto stesso e, allo stesso tempo, la meritevolezza degli interessi che esso produce.
14. Conseguentemente (e in tale prospettiva), ponendo in giusta rilevanza proprio la pattuizione dell'art. 2 del contratto in questione (citata dal § 5 *supra*) e l'inciso contenuto nella lettera di recesso (ivi § 9), viene naturale notare come (proprio per prospettiva dell'impresa affittuaria) "*l'indotto*", nel senso (appunto) di attitudine produttiva in termini di clientela, che il centro commerciale era capace di creare, veniva ad assumere, sin da principio, una *valenza rilevante*: sia nell'economia del rapporto, sia nell'ambito dell'organizzazione "aziendale" (per non meglio dire, imprenditoriale del "negozio" in questione).
15. Sicuramente un'azienda non può prescindere da una propria componente materiale, ma per evidenti ragioni economico-imprenditoriali non

⁴ "... sono venute a mancare le condizioni in base alle quali il contratto è stato stipulato. Ci riferiamo alla circostanza che la scelta di esercitare la nostra azienda all'interno di un centro commerciale in luogo di altra collocazione era stata prevista in funzione dell'esercizio di tutte quelle attività tipiche del centro che, singolarmente e nel loro complesso, avrebbero dovuto costituire una forte attrattiva per il pubblico dei consumatori. Da tempo ormai gli spazi commerciali intorno al nostro sono vuoti e il pubblico nemmeno si avvicina all'area dove siamo ubicati."

appare corretto (né tantomeno realistico) conferire ad essa una valenza pressoché esclusiva.

16. *Considerato*, ad esempio, che a poco potrebbe servire un funzionalissimo insieme di beni, teleologicamente organizzati, laddove non fosse collocato e/o assistito da una idonea domanda capace di farlo funzionare proficuamente; *mentre* è parimenti vero che anche la struttura assume una sua valenza importante, perché normalmente il funzionamento si arresterebbe, anche in presenza di una nutrita domanda, qualora la infra-struttura, funzionalmente dedicata, non riuscisse a rispondere nei tempi e modi richiesti.
17. **Conseguentemente**, il minimo livello indefettibile di una azienda (e/o meglio di un'organizzazione aziendale), necessariamente comprende, sia una componente materiale, sia anche, una componente immateriale, che qualifica sia la struttura in sé, sia il suo valore in termini economici.
18. *Nel caso di specie*, come in tutti quelli analoghi, la struttura materiale dell'azienda *invero* non era assolutamente sviluppata, al tempo zero in cui è sorto il rapporto: tanto che tutta la componente infrastrutturale, asservita alla distribuzione, doveva essere ancora predisposta dalla impresa distributrice; *mentre*, al contempo e sempre al tempo zero, era peraltro presente la componente immateriale: in termini di clientela disponibile, che *gioco forza* transitava per quello spazio, rappresentato dal "Centro Commerciale" ospitante.
19. Centro Commerciale e relativo indotto (attitudine produttiva in termini di clientela), che (non bisogna dimenticare) aveva attratto l'impresa "affittuaria" in quel luogo: come è stato dimostrato *per tabulas*, sia dalle previsioni contrattuali, sia (non da ultimo) dai riconoscimenti epistolari dell'impresa stessa (anche in fase "rescissoria") (cfr. § 9 *supra*).
20. Riconoscimenti, che (addirittura da soli) sembrano idonei a mettere in crisi la *ratio*, secondo cui non si possa applicare, al caso di specie, quella (non marginale) *giurisprudenza* che invece assegna *valenza rilevante*, (anche ai fini qualificatori in termini di azienda), *alle particolarità di luogo e di contesto* (tra cui da ultimo Cass. 18.5.2016 n° 10154 caso Brek).

21. *Ratio* che (al penultimo paragrafo, di pagina, 11 del Lodo) viene giustificata dal fatto che la notorietà del marchio dell'affittuario non abbisognasse dell'indotto (e dell'attitudine produttiva in termini di clientela) del centro commerciale, essendo in grado semmai di crearlo da sé.⁵
22. Giustificazione che, a tutto vedere, appare smentita (*anche*) dai fatti.
23. Considerato che, nel momento in cui l'*appeal* del centro commerciale è entrato in crisi e i negozi circostanti si sono iniziati a svuotare, nell'indotto si è, a sua volta, svuotato e il marchio (LM), per quanto riconosciuto come notorio e per quanto presente (per oltre un ventennio) nel centro commerciale stesso, non era riuscito ad attrarre sufficiente clientela, necessaria per supportare economicamente il negozio stesso (o forse meglio l'azienda affittuaria).
24. Desiderando a questo punto, comparare questa realtà, alla luce delle domande in causa,⁶ con un occhio di favore per la parte più debole (come peraltro sembra aver fatto il Collegio, con la decisione in commento), ne deriva che (ancora più efficacemente) si sarebbe potuto compiere un atto di giustizia sostanziale, se si fosse dato risalto alla natura di affitto (e non di locazione) del rapporto in questione.
25. **Infatti**, ragionando in termini di affitto (e non di locazione), si sarebbe potuto molto più facilmente concludere in favore di una domanda di "convalida" del recesso, a fronte di un'intervenuta *crisi* della

⁵ Cfr. Lodo pag. 11: "*Il principio de quo (cioè quello per cui <l'avviamento dell'azienda ben può essere correlato al luogo o alla particolarità del contesto nel quale si esercita l'impresa> non può applicarsi tout court nella fattispecie oggetto del presente procedimento, data la tipologia particolare dei prodotti della soc. LM, la rinomanza dei cui prodotti era ed è notoria ed è riconosciuta anche da CCC (vedasi, da ultimo, anche a pag. non numerata ma 5 della comparsa conclusionale di questa parte, ove si legge:<LM, titolare di un notissimo marchio commerciale e che ha punti vendita in tutto il territorio nazionale e anche all'estero..>). Insomma, nel rapporto de quo l'avviamento del Centro Commerciale non poteva e non può ritenersi elemento prevalente nell'attività de LM (al di là di quanto si è detto supra al § 27 in tema di avviamento): LM aveva ed ha un avviamento in se e il richiamo costituito dall'avviamento del Centro Commerciale (anche se enfatizzato nella previsione contrattuale sopra riportata nel secondo capoverso del presente paragrafo, forse proprio per <giustificare> in qualche modo un nomen juris non corrispondente alla realtà dei fatti, atteso l'apporto che, col primo rapporto contrattuale del 1997 sarebbe derivato al Centro stesso dalla presenza in loco di un marchio quale quello de LM,) è solo indiretto, o, se si vuole, concorrente con quello significativo apportato dalla conduttrice al nuovo punto vendita*".

⁶ E soprattutto a quelle che più attentamente avrebbe potuto intavolare l'impresa affittuaria.

componente “immateriale” (di luogo e di contesto, nonché di relativo “indotto/clientela”), addebitabile (come appariva possibile nel caso di specie) al concedente stesso.

26. Infatti, nel momento in cui tale componente (in termini di clientela ricollegabile alla gestione del Centro Commerciale) veniva rappresentata come elemento costitutivo dell’azienda, ben ne poteva conseguire il fatto che tale qualità veniva a formare l’oggetto di un’obbligazione da parte di chi quel Centro Commerciale gestiva ed inoltre, da ciò, traeva un corrispettivo: calibrato (realisticamente) proprio sul valore di tale attitudine.
27. Con l’ulteriore conseguenza che un intervenuto deperimento di tale componente privava di sinallagma funzionale l’obbligazione dell’affittuario: il quale per tale ragione ben poteva richiedere, di veder convalidato il proprio diritto al recesso; o quantomeno, ove lo squilibrio potesse essere ritenuto non patologico, una riconduzione a equità del rapporto, sulla base di una stretta applicazione del canone di buona fede.⁷
28. *Alas!* Tale domanda (a quando si comprende dal Lodo), non era stata opportunamente introdotta in causa, essendosi l’affittuaria difesa solo in termini di (invero incomprensibile) nullità e/o di simulazione del contratto.
29. Di per cui, si può giungere a immaginare (e, in linea di giustizia sostanziale, condividere) che una simile forzatura qualificatoria possa essere stata in qualche modo adottata (peraltro a maggioranza), per poter comunque pervenire a una mitigazione del risultato che sarebbe seguito a un secco accoglimento della domanda attrice (in termini di affitto di azienda).
30. Riassunti così gli estremi della vicenda e della relativa *ratio decidendi*⁸, non si può non mettere in evidenza come essa, in verità, appaia peraltro essere difforme a un notevole filone interpretativo, alquanto

⁷ Emblematica sul punto: **Cass. 18. 9. 2009 n° 20106** - Caso Renault Italia - in *NGCC*, I, 2010, p. 231ss.

⁸ Riferita alla qualificazione in termini di “locazione” e non di “affitto aziendale”, con riferimento a un locale “spoglio” di arredi (ma corredato di licenza), ricompreso in un centro commerciale.

preponderante, di giurisprudenza, sia togata, sia onoraria: che, per completezza, riteniamo utile inserire a questo punto.

31. Procedendo ad un'analisi ricostruttiva della giurisprudenza maggioritaria, l'indagine sulla possibilità o meno di fregiarsi della qualifica di azienda deve seguire una duplice analisi relativa:
- da un lato*, alla **comune volontà delle parti** (seguendo un *criterio di ordine soggettivo*)
 - dall'altro*, al **contenuto obiettivo del contratto** in relazione alla oggettiva consistenza e organizzazione delle cose ivi dedotte (*criterio oggettivo*),⁹ pur senza prescindere da ogni altra rilevante circostanza del caso concreto.
32. Quanto all'**indagine della comune volontà delle parti**, si intende l'analisi della comune intenzione volta alla creazione di un determinato (e specifico) rapporto giuridico: esame ancorato all'interpretazione dei comportamenti, anche successivi alla stipulazione del contratto, *nonché* delle clausole contrattuali.¹⁰
33. Nella ricerca della comune intenzione delle parti contraenti al momento della conclusione del contratto, "*il primo e principale strumento dell'operazione interpretativa è costituito dalla parole ed espressioni del contratto, il cui rilievo deve essere verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale, restando escluso, ove esse indichino un contenuto sufficientemente preciso, che l'interprete possa ricercare un significato diverso da quello letterale in base ad altri criteri di*

⁹ Circa la duplice indagine volta alla sussistenza (o meno) di una azienda, ex multis:

Cass. 17 aprile 1996 n. 3627, Est. Durante, in *Riv. Dir. Agr.* 1997, 280, nota **Zanon**;

Cass. 16 aprile 2009 n. 9012, in "*Imm. e proprietà*", 2009, 7, 459;

Cass. 19 luglio 2005 n. 15210, *Caso Ristorante Pizzeria* in *Pluris*:

indagine da compiersi "*sulla scorta dell'effettiva e comune intenzione delle parti, in relazione alla consistenza del bene ed a ogni altra circostanza del caso concreto*";

Cass. 5 gennaio 2005 n. 166, *Caso Polisportiva Acilla* in *Pluris*.

¹⁰ Cass. 17 dicembre 2004 n. 23496, *Caso LIDL*, in *Pluris*,

in cui, peraltro, si conferma la decisione della Corte di Merito: la quale ha riconosciuto la qualifica di azienda anche qualora non fossero ricompresi "*i rapporti di lavoro con il personale dipendente, i debiti, l'arredo*", nonché fosse mancata la "*continuità nell'uso dell'insegna e della ditta*"; così come anche:

Cass. 17 aprile 1996 n. 3627, Est. Durante, in *Pluris*;

Cass. 10 agosto 1973 n. 2329, in *Giust. Civ.* 1974, 259;

Corte App. Milano 15 gennaio 1982.

ermeneutica, il ricorso ai quali presuppone la rigorosa dimostrazione dell'insufficienza del mero dato letterale ad evidenziare in modo soddisfacente la volontà contrattuale".¹¹

- 34.** Se quindi è vero che il *nomen juris* non è vincolante e non assume rilevanza decisiva, *tuttavia* è indubbio che possa e debba costituire indicatore che il Collegio interprete deve considerare: pertanto se, da un lato, non bisogna *“elevare ad azienda ciò che non è tale”*¹² (questa sembra la preoccupazione di fondo del Collegio, nel caso in esame) dall'altro, neanche, si deve *“privare un complesso aziendale della sua oggettiva esistenza”*.¹³
- 35.** L'esame della volontà comune delle Parti non può prescindere, ed è anzi strettamente correlata, ad una contemporanea e attenta **valutazione dell'effettiva consistenza di tali beni**,¹⁴ costitutiva del secondo *step* dell'indagine.
- 36.** Tra i beni ricompresi, nel caso di specie (così come, del resto, nella maggior parte dei casi), figurava anche un bene immobile (il locale) in cui si svolgeva (e in cui solitamente si svolge) l'attività di impresa.¹⁵

¹¹ **Lodo Arbitrale Alpa (Mariconda, Benatti), Milano 11 maggio 2004**, inedito. **Cass. 05 febbraio 2004 n. 2153**, *Caso Poste Italiane*, in *Pluris*; **Cass. 22 ottobre 2003 n. 15814**, *Caso Enel*, in *“Gius.”* 2004, 7, 939; **Cass. 13 giugno 2003 n. 9484**, *Caso Fideuram*, Rel. Lupi, in *“Gius.”* 2003, 23, 2649.

¹² **Casanova**, *“Impresa ed Azienda”*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da Vassalli, Torino, 1974, p. 742.

¹³ **Colombo** *“Cessione e Affitto di azienda alla luce della recente normativa, Atti del Congresso di Milano 22 ottobre 1994”*, Padova, 1995, pag. 9 e seg.

¹⁴ **Visalli**, *“Locazione di Immobile e affitto di azienda”*, 1969, Napoli.

¹⁵ l'Azienda infatti è *“l'apparato strumentale (...) di cui l'imprenditore si avvale per lo svolgimento e nello svolgimento della propria attività”*, **Campobasso**, *Diritto Commerciale*, I, III ed., pag. 135.

Cian, *“Diritto Commerciale”*, Cap. I, 2014, Ed. Giappichelli;

Galgano in *“Diritto Commerciale, L'Imprenditore”*, Bologna, 1987 pag. 51: *“la locuzione azienda ha questa funzione linguistica: condensa in una sola parola un più esteso discorso – esso solo avente ad oggetto “cose” – intorno al complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa”*;

Cfr.: **Consiglio di Stato 29 febbraio 2016 n. 811**, a conferma di **TAR Lazio 4531/2015**, entrambe in *Pluris*.

37. Locale che ben può essere dedotto come autonomo oggetto di contratto (di locazione) non solo qualora sia costituito dalla semplice unità immobiliare, bensì anche quando siano ad essa collegati altri elementi (quali le pertinenze): purché questi “*assumano carattere di accessorietà e rimangano legati funzionalmente al bene principale in posizione di subordinazione e coordinazione*”.¹⁶
38. Il **contratto di locazione** di immobile (con pertinenze) ad uso commerciale, infatti, “*ha per oggetto un bene – l’immobile concesso in godimento – che viene considerato specificatamente, nell’economia del contratto, come oggetto principale della stipulazione, secondo la sua consistenza effettiva e con funzione prevalente e assorbente rispetto agli altri elementi, i quali assumono, comunque, carattere di accessorietà, rimanendo ad esso collegati sul piano funzionale in una posizione di coordinazione e subordinazione*”.¹⁷ Di per cui il locale, in tale morfologia contrattuale assume “*una posizione di assoluta e autonoma centralità nell’economia contrattuale*”.¹⁸
39. Di converso, invece, **nell’(affitto di) azienda**, per costante interpretazione dottrinale¹⁹ e giurisprudenziale, “*l’immobile è considerato non nella sua individualità giuridica ma come uno degli elementi costitutivi del complesso di ben (mobili e immobili) legati tra*

¹⁶ Zanon, *op. cit.* @ nota 9 pag. 287.

¹⁷ Cass. 15 marzo 2007 n. 5989, Rel. Calabrese, in “*Arch. Locazioni*”, 2007, 5, 511;
 Cass. 15 novembre 2013 n. 25750, Rel. Frasca, in *Pluris*;
 Cass. 8 agosto 1997 n. 7361, in *Mass. Giur. It.* 1997;
 Cass. 25 maggio 1995 n. 5787, *Caso Santa Lucia*, in *Pluris*; nonché nel merito, tra tutte:
 App. Roma 7 luglio 2000 n. 1934;
 App. L’Aquila 24 aprile 1991, in “*Giust. Civ.*” 1991, 1814;
 Trib. Roma 2 maggio 1996.

¹⁸ Cass. 16 ottobre 2017 n. 24276, *Caso Alpina*, in *Pluris*.

¹⁹ seppur, taluni autori (Forchielli, ne “*Il minimum di concetto di azienda e la distinzione tra affitto di azienda (libero) e locazione di immobile non abitativo (vincolata)*” in “*Riv. Dir. Civ.*” 1980, pag. 515 e seg. e Sabato ne “*L’affittacamere tra locazione e affitto*”, in “*Rass. Dir. Civ.*” 1994, pag. 637) hanno ancorato la differenza tra le due fattispecie contrattuali sulla sorta di una **cd. analisi dell’economia dell’affare**: il giurista quindi, “*non avendo paura di usare i numeri*”, dovrebbe stabilire se il valore dell’immobile è predominante o meno rispetto alle cose accessorie dedotte a contratto; A questa teoria sembra riferirsi il Lodo qui commentato (punto 33, righe 4-7) nell’inciso “*il valore dell’immobile è superiore al 50% del valore dell’immobile*”; Tale dottrina, tuttavia, è stata ampiamente superata; cfr. Zanon, *op. cit.* a nota 9, pag. 287, (nota 24).

- loro in un vincolo di interdipendenza e complementarietà per il conseguimento di un determinato fine produttivo”,²⁰ così che “oggetto
- 40.** del contratto risulti proprio il complesso produttivo unitariamente considerato, secondo la definizione normativa all’art. 2555 cod. civ.”.²¹
- 41.** Inoltre, la figura dell’affitto di azienda ricorre *non solo* qualora il complesso organizzato di beni sia dedotto nella sua “fase statica” **bensì anche qualora venga dedotto nella sua “fase dinamica”**; qualora, quindi, “il complesso organizzato di beni destinato all’organizzazione produttiva non sia completo, necessitando per il suo esercizio effettivo l’apporto di altri beni”.²²
- 42.** Tanto che, per consolidata giurisprudenza, “**non è necessario che l’impresa sia in atto**”,²³ bensì è sufficiente che “ne siano percepibili i potenziali elementi di identificazione essenziali”²⁴ e residui un “vincolo di organizzazione teleologica”²⁵ (dei beni stessi).

²⁰ Cass. 28 maggio 2009 n. 12543, *Caso la Pineta*, Pres: Preden, Rel: Chiarini, in *Pluris*; cfr. anche:
Cass. 26 luglio 1986 n. 4809, in “*Arch. Locazioni*”, 2003, 393; nonché, in campo arbitrale:
Lodo Arbitrale De Nova 04 novembre 1996;
Lodo Arbitrale M. Rescigno (Mariconda, Fabrizi) 4 marzo 2004, New Prestige c. Rinascente;
Lodo Arbitrale Casella (Iudica, Ambrosino) 8 marzo 1984, in “*Giur. It.*” 1986, I, Sez. II, pag. 141, II massima.

²¹ Cass. 16 ottobre 2017 n. 24276, *Caso Alpina* cit.

²² Cass. 28 marzo 2003 n. 4700, *Caso Cinema Eliseo*, Rel. Perconte Licatense, in “*Riv. Giur. Edilizia*”, 2003, 1474, nota de Tilla.

²³ Cass. 05 gennaio 2005 n. 166, *Caso Polisportiva Acilla*, in *Pluris* “non è rilevante che la produttività non esista ancora o abbia cessato di esistere per l’interruzione o la temporanea sospensione dell’esercizio dell’impresa”, tantomeno è necessario che l’impresa sussista dapprima; richiamando in termini:
Cass. 26 luglio 1986 n. 4809; e
Cass. 22 agosto 1983 n. 5454.

²⁴ Cass. 27 febbraio 2004 n. 3973, Rel. Rordorf, in “*Arch. Locazioni*”, 2004, 367; e in tal senso anche:
Cass. 16 aprile 2009 n. 9012, cit.;
Cass. 15 ottobre 2002 n. 14647, *Caso Bosco*, Rel. Lupo, in “*Diritto e Giustizia*”, 2002, f. 40, 79; nonché nel Merito:
App. Campobasso 07 luglio 2017, *Caso Santa Rita*, in *Pluris*;
Trib. Bologna 29 ottobre 2014, *ibidem*;
App. Milano 5 aprile 2006 in “*Giur. It.*”, 2006, 2316; nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*:
TAR Umbria Perugia 28 marzo 2013 n. 215, in “*Fisco on line*”, 2013.

²⁵ Cass. 13 gennaio 2016 n. 382, in *Pluris*;
Cass. 30 maggio 2014 n. 12299, *ibidem*;

43. Ai fini della qualifica di contratto di affitto di azienda è sufficiente pertanto che permanga la *“complessiva attitudine all’esercizio dell’impresa, sia pure con la successiva integrazione ad opera del cessionario”*.²⁶
44. In termini più generali, *“per la sussistenza dell’azienda, quindi, non è affatto necessario il requisito dell’attualità dello svolgimento dell’impresa”*²⁷ e *“può sussistere anche se, essendo di nuova formulazione [ad es.], non abbia ancora cominciato a funzionare come organismo aziendale (...) giacché la mancanza di un esercizio esclude [tuttalpiù] l’esistenza dell’impresa, non [anche] dell’azienda”*.²⁸
45. Pertanto, ai fini della qualificazione (giurisprudenziale) dell’(affitto di) Azienda *“è indifferente che ricorra o meno l’attualità dell’esercizio dell’impresa dato che esso non va considerato come elemento costitutivo essenziale dell’azienda”*,²⁹ **ciò che realmente rileva è “la potenzialità produttività”**³⁰ dei beni (dato oggettivo), prevista e voluta dalle parti (dato soggettivo).

Cass. 17 luglio 2012 n. 12230, Pres. Trifone, Rel. Amendola, *ivi*.

- ²⁶ Cass. 18 maggio 2016 n. 10154, *Caso Brek*, in *“Notariato”*, 2015, 2, 173;
 Cass. 13 maggio 2010 n. 11599, *Caso Bar*, Pres. Morelli, Rel. Amendola, in *Pluris*;
 Cass. 9 luglio 1992 n. 8363, in *Pluris*;
 Cass. 28 luglio 1964 n. 2140, in *“Cod. Civ. annotato”*, **Pescatore e Ruperto**, Milano, pag. 3514: *“l’affitto di azienda è tale anche se l’organizzazione predisposta per il raggiungimento di un determinato fine imponga integrazioni o sostituzioni da parte dell’affittuario o di elementi produttivi che si rendono indispensabili per mantenere l’efficienza dell’azienda medesima”*;
 Trib. Bologna 14 marzo 1989, in *“Il Dir. Fall.”* 1990, 821, nota Nardo, II massima, II par.: *“ben potendo alcuni elementi mancare purché dal loro complesso non risulti compromessa la sua unità economico-aziendale”*.
- ²⁷ Consiglio di Stato 20 dicembre 2001 n. 6318, in *“Foro Amm. CDS”* 2002, 118, nota Russo; in dottrina:
Martorano, in *“Manuale di diritto commerciale”*, Torino, 2003, 555; che peraltro afferma (559) come *“la continuazione dell’attività è scelta dell’acquirente, che può mutare dopo la conclusione del contratto”*.
- ²⁸ Cass. 06 agosto 1954 n. 2886, in *“Giust. Civ.”* 1954, pag. 1918.
- ²⁹ Cass. 03 giugno 1955 n. 1967, in *“Giust. Civ. Mass”* 1955, pag. 631.
- ³⁰ Cass. 28 marzo 2003 n. 4700 *cit.*;
 Cass. 9 marzo 1984 n. 1640, in *“Giust. Civ. Mass.”* 1984;
 App. Campobasso 07 luglio 2017, in *Pluris*.

46. Ci si può quindi rifare alla giurisprudenza onoraria,³¹ per argomentare il concetto di attività (*solo*) potenziale, facendo uso delle parole che si riportano in appresso: “*il Collegio a maggioranza ritiene di dover riconoscere un ruolo di centralità e di primaria importanza alla capacità di clientela propria dell’immobile destinato all’attività commerciale (...), in considerazione della sua ubicazione all’interno della filiale* [del centro commerciale in.....], *e di dover a sua volta individuare in tale capacità di clientela la componente essenziale di quella potenziale produttività eletta dalla giurisprudenza maggioritaria ad elemento caratterizzante l’affitto (o la cessione) d’azienda*”.
47. La conclusione, a cui è addivenuto il Collegio (Sciumè), come sopra riportata, trova conforto e conferma, anche nella giurisprudenza di merito (nonché di legittimità): peraltro in casi del tutto analoghi a quello oggi in commento:
48. Emblematica, fra tutte, è la pronuncia del **Tribunale di Pesaro 27 febbraio 2001** (inedita): chiamato a pronunciarsi sulla natura del contratto di cessione in godimento del solo immobile inserito in un più ampio contesto commerciale, munito delle relative licenze necessarie all’esercizio dell’attività, ma privo di qualsivoglia ulteriore elemento dell’organizzazione aziendale, afferma come la potenzialità produttiva del ramo d’azienda emerga “*a chiare lettere dall’inclusione nel patrimonio aziendale dell’avviamento nel suo contenuto potenziale: [considerato che]*
postulare un “avviamento potenziale” significa riconoscere che l’organizzazione in fieri è già “potenzialmente produttiva”, che poi è il requisito minimo affinché si possa parlare di cessione o affitto di azienda ed è comunque attestato dall’inserimento della struttura in fieri in un Centro Commerciale, dove il travaso della clientela tra i vari esercizi è il principale obiettivo perseguito” .
49. Per la Dottrina, in senso conforme, **F. Gatti**, che si spinge fino ad ipotizzare l’idoneità del solo immobile destinato alla futura attività a

³¹ Lodo Arbitrale Sciumè (Mariconda, Polti, voto contrario di quest’ultimo) 15 novembre 2002.

rappresentare una organizzazione aziendale *in fieri*, purché “*capace di vita economica propria*”.³²

- 50. Tradizionalmente**, l'elemento che è stato valorizzato da parte della Giurisprudenza, quale *cartina di torna sole*, per rilevare la natura di affitto del rapporto, è stata quella della messa a disposizione (da parte del concedente) all'affittuario, della licenza di esercitare l'impresa nel contesto del Centro Commerciale, quale evidente e connaturale *pendent*, di natura amministrativa, necessario per intercettare in modo efficace la clientela connaturata al Centro Commerciale stesso.
- 51. Così come pure** sono state tenute in considerazione le **relazioni di luogo e di contesto** *ove si esercita l'impresa*,³³ quali eventualità rilevatrici di produttività dell'attività commerciale.³⁴
- 52.** Sulla rilevanza determinante legata al tema della messa a disposizione dell'autorizzazione e/o licenza amministrativa, milita (anche) eminente Dottrina,³⁵ che ha messo validamente in luce il fatto che: “*quando si tratta di azienda per il cui esercizio è richiesta, per legge, la “vultura”*³⁶ *della licenza costituisce un inconfondibile elemento di*

³² “*entità organica e capace di vita economica propria*” che trova, peraltro, conferma (anche) nel costante dettato giurisprudenziale, cfr.:
Cass. 15 novembre 2013 n. 25750, Rel. Frasca, in *Pluris*;
Cass. 08 luglio 2010 n. 16138, ne “*I Contratti*”, 2011, 5, 469, nota Di Giovanni;
Cass. 26 settembre 2006 n. 20815, *Caso Fondazione C.E.U.R.*, in *Pluris*;
Cass. 19 luglio 2005 n. 15210, Rel. Preden, *ibidem*; nonché nel merito:
Trib. Sala Consilina 19 dicembre 1988 (inedita);
Trib. Ascoli Piceno 31 ottobre 1985, *Caso Medio Credito delle Marche*, in “*Giur. Merito*” 1986, I, 818.

³³ **Cass. 18 maggio 2016 n. 10154**, *Caso Brek*, in *Pluris*;
Cass. 6 maggio 1997 n. 3950, cit. *supra*.

³⁴ **Trib. Pesaro 27 febbraio 2001**, cit.;
Lodo Arbitrale Sciumé, So.Ge.Bar c. Rinascente, cit.

³⁵ Tra tutti: **Galgano** in “*Trattato di diritto civile*”, vol. II, 2010, pag. 639;
In termini analoghi: “*Commentario al Codice Civile*”, CENDON, 1999, art. 2562, pag. 1429.

³⁶ **Galgano**, *ivi*: in cui sostanzialmente si dice come la tecnica di volturazione/cessione delle licenze (in oggetto) vada intesa come l'assunzione, da parte del cedente (segue...), dell'obbligo di rinunciare alle licenze a lui intestate (*o in corso di intestazione*, così come nel di specie, cfr. p. 25 Lodo in commento) e a non apporsi alla concessione di una nuova licenza al cessionario; *in re ipsa* ciò non viola il principio della personalità ed intrasmissibilità delle autorizzazioni amministrative, ma anzi è diretto ad assicurarne l'osservanza (cfr. **Cass. 3 giugno 1982 n. 3394**, in “*Mass. Foro It.*” 1982 e **Cass. 19 aprile 1982 n. 2411**, *ivi*).

qualificazione del contratto (di cessione o) di affitto come contratto avente ad oggetto l'azienda stessa e non già il solo immobile, con o senza pertinenze, adibito o da adibire ad azienda.

53. *Se non si voltura la licenza, altro non (si cede o non) si affitta se non un insieme di beni. Quando invece si procura (al cessionario o) all'affittuario la licenza d'esercizio, lo si investe del titolo abilitante all'esercizio dell'impresa e l'oggetto del contratto appare senz'altro qualificabile, alla stregua dell'art. 2555 c.c. come il "complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa".*
54. *Se è quindi vero che "la mancanza di un'autorizzazione amministrativa non è di per sé indice dell'inesistenza di un'azienda"³⁷ ciò non toglie la rilevanza primaria della stessa (licenza) ai fini della qualificazione/sussistenza dell'(affitto di) azienda.³⁸*
55. *Infine, a suffragio di quanto finora detto si pone anche altra eminente giurisprudenza arbitrale,³⁹ la quale, dapprima, afferma e ribadisce quanto pocanzi sostenuto e quindi che "si ha azienda anche quando la produttività sia una conseguenza meramente potenziale e non attuale dei beni organizzati (Cass. 18 giugno 1981 n. 4009)"; per poi proseguire ricordando che "può aversi affitto di azienda anche quando l'attività produttiva verrà iniziata dall'affittuario", così come è stato nel caso qui in discussione; ma soprattutto che "i beni organizzati che compongono l'azienda affittata ben possono ben essere costituiti da beni immateriali, quali l'insegna e l'autorizzazione commerciale rilasciata".⁴⁰*

Sull'impossibilità di dedurre a contratto e quindi cedere direttamente/automaticamente le autorizzazioni:

Cass. 16 ottobre 2006 n. 22112, in "Obb. e Contratti", 2008, 6, pag. 518 e seg.;

Cass. 06 febbraio 2004 n. 2240, Rel. Rordorf, in "Guida al Diritto", 2006, 17, 66.

³⁷ **Cass. 06 febbraio 2004 n. 2240**, cit;
Cass. 2 agosto 2000 n. 10106, in *Pluris*.

³⁸ Cfr. anche: **Consiglio di Stato 12 ottobre 1999 n. 2226**, "l'autorizzazione influisce sul valore dell'azienda in quanto assicura l'utilità del lecito esercizio del commercio e quindi contribuisce a determinare il valore dell'azienda", richiamato anche da **Lodo Alpa**, cit.

³⁹ **Lodo Arbitrale De Nova 04 novembre 1996**, inedito.

⁴⁰ con la precisazione che, con l'accordo di voltura, si intende il "non opporsi al rilascio di nuova licenza commerciale in favore dell'affittuario" cfr. nota 38, *supra*.

- 56. Un ultimo cenno merita la problematica legata all'avviamento.**
- 57.** Se infatti l'avviamento, come pure riconosce il Lodo a pagina 12 di per sé, non è elemento essenziale/costitutivo dell'azienda,⁴¹ e non incide quindi sulla qualificazione del rapporto (con la conseguenza una sua mancanza genetica non comporta *de plano* un'insussistenza dell'azienda: sempre che sussista un'organizzazione teleologica dei beni – materiali ed immateriali- di cui sopra), nell'ipotesi in cui sussista al tempo della conclusione del contratto (così come lo era nell'economia⁴² del rapporto in questione), dovrà essere tenuto in debito conto, nella disamina qualificatoria del contratto stesso.
- 58.** L'avviamento è, infatti, “*un elemento complementare del complesso economico aziendale [e] non è, se così si vuole, che la condizione o l'insieme delle condizioni onde un'impresa può dirsi atta a fruttare nel futuro un sopraprofitto*”.⁴³
- 59. Sopraprofitto (goodwill)** che, seppur poi in concreto, nel caso di specie, non è stato ottenuto (*badwill*), era stato comunque ricercato dall'Impresa, proprio nel posizionamento del locale all'interno del Centro Commerciale, con una “*funzione attrattiva della clientela*”.⁴⁴

⁴¹ Cass. 28 aprile 1998 n. 4319, Rel. Grieco, in “*Riv. Notariato*” 2000, 399, nota Lucariello; e in “*Giur. It.*” 2004, pag. 1198, III §, Cass. 27 febbraio 2004 n. 3973.

Contra Galgano (“*Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*”, vol. III, 1979, pagg. 29-30) che, identificando l'avviamento con l'organizzazione, lo qualifica quale **elemento fondamentale**, in quanto l'azienda stessa è il complesso dei beni organizzati.

⁴² Come dimostra sia l'art. 2 delle previsioni contrattuali, sia il contenuto delle missive di parte avversaria.

⁴³ Gino Zappa, “*La determinazione del reddito nelle imprese commerciali*”, 1929, pag. 670, che poi prosegue, (quasi anticipando le tematiche pocanzi affrontate): “*la condizione dell'avviamento può forse chiarirci l'affermazione di alcuni giuristi che vogliono il patrimonio costituito non solo in actu bensì anche in potentia dai beni da acquistarsi in futuro*”; in termini non del tutto dissimili, si veda:

Consiglio di Stato 29 febbraio 2016 n. 811, “*l'avviamento si identifica con la capacità di profitto di una attività produttiva costituita dal maggior valore che il complesso aziendale unitariamente considerato presenta rispetto alla somma dei valori di mercato dei beni che lo compongono*”.

⁴⁴ Cass. 23 settembre 2016 n. 18748, *Caso Lavasecco*, in “*Il Corr. Giur.*”, 2017, 7, 921, nota Cerri.

- 60.** Una **funzione attrattiva** che, anche qualora venga vista come “*una sorta di sinergia reciproca*”⁴⁵ tra il Centro Commerciale e le singole attività, vede, comunque, come preponderante il Centro stesso: anche in considerazione dei rischi in gioco legati, sia all’attività di coordinamento e gestione svolta del titolare dell’insegna che gestisce tale Centro Commerciale, nonché allo sforzo economico necessario per tenerlo in vita e svilupparlo.⁴⁶
- 61.** Per cui, in considerazione di quanto sopra e **in conclusione**, pare indubbio che, in una valutazione economica obiettiva del rapporto, dovesse venire a giocare un ruolo rilevante (anche in termini di avviamento) il fatto di una collocazione del negozio all’interno del centro commerciale: che, come tale, rappresentava, anche agli occhi dell’affittuario “*un collettore di clientela e un luogo in cui i vari esercizi godono di un tal maggior flusso di persone, con la conseguente possibilità di aumento di produttività dell’attività commerciale*”.⁴⁷
- 62.** La collocazione dell’esercizio di impresa all’interno del Centro Commerciale, per goderne del correlato avviamento e delle relative potenzialità, appare dunque un elemento centrale, nevralgico e determinante sotto il profilo qualificatorio del rapporto.
- 63.** Conseguentemente, il giudizio qualificatorio, piuttosto che -solo- sulla quantità degli elementi materiali compresi nell’oggetto del contratto, si sarebbe dovuto attestare sulla *qualità* della prestazione di natura “immateriale” che era dovuta, nella circostanza dal concedente, valorizzando in tal modo la rilevanza che *l’attitudine produttiva*, proveniente dall’avviamento del Centro Commerciale, veniva a svolgere, in relazione all’intento concreto (e alla relativa causa) che il contratto era inteso a soddisfare.
- 64.** E se è pur vero che l’avviamento non rappresenta(va) un elemento costitutivo dell’azienda, (essendo piuttosto rilevante il criterio della sua organizzazione), è pur vero che l’organizzazione (di elementi

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ a conferma dell’assunto: **Lodo Arbitrale Alpa 11 maggio 2004**, cit., per il quale **il Centro Commerciale si compone ma non si esaurisce nell’insieme dei rami d’azienda che sfruttano i vantaggi della collocazione nel Centro Commerciale.**

⁴⁷ *Ibidem.*

eterogenei) non poteva prescindere dalla debita considerazione (anche a livello qualificatorio) dell'attitudine produttiva in sé del bene oggetto di contratto: da valutarsi (per tutte le ragioni sopra espresse) anche in relazione alla circostanza di luogo e di contesto ove l'impresa viene esercitata (come ribadito da ultimo anche dalla Suprema Corte 18.5.16 n. 10154).⁴⁸

Contributo dell'Avv. Stefano Piccardo – Studio Legale Piccardo

Con la collaborazione di Matteo Festa che ha curato la ricerca giurisprudenziale

⁴⁸ Cass. 18.5.2016 n. 10154, *Caso Brek*.