

SPAZI ALL'INTERNO DEI CENTRI COMMERCIALI: LOCAZIONE O AFFITTO DI AZIENDA?

Di primo acchito, qualora il proprietario del centro commerciale conceda ad un diverso soggetto il diritto di utilizzare uno spazio all'interno di tale struttura, al fine di esercitarvi un'attività economica, verrebbe da affermare che si tratta comunque di locazione di immobile, magari accompagnata da pertinenze mobiliari.

Così invece di solito non è, come mostra la prassi.

In effetti, molto spesso siffatto rapporto viene invece costruito come affitto di ramo d'azienda e, dunque, assoggettato ad un regime completamente diverso rispetto alla locazione regolamentata dalla legge 392/78¹.

La questione diventa allora capire se e quando ciò risulta corretto.

Per riuscirci, bisogna innanzitutto distinguere tra alcune situazioni.

1. BREVE PANORAMICA SUI CENTRI COMMERCIALI.

Una prima ipotesi si configura quando la proprietà dell'intero centro commerciale è sostanzialmente riconducibile ad un unico soggetto, diverso da tutti coloro cui esso concede il diritto di utilizzare i vari spazi disponibili all'interno della struttura, godendo dei relativi servizi.

Tale situazione, poi, può presentare due diverse sfaccettature, però di carattere non secondario, ricollegabili al momento in cui viene concesso il diritto all'uso del singolo spazio. Ciò può avvenire, infatti, quando l'intero centro commerciale non ha ancora iniziato la propria attività, perché appena edificato, ovvero quando – al contrario – quest'ultima è già in corso da parecchio tempo.

¹ Tra le ultime pubblicazioni su tale “sterminata” materia, mi permetto di richiamare il mio lavoro *I contratti di locazione*, Napoli, 2007, oltre agli altri recenti lavori in materia: A.A.V.V., in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. RESCIGNO), vol. XII, tomo II, *Obbligazioni e contratti* (a cura di G. TRIFONE, C. LAZZARA, A. LUMINOSO, R. TETI), Torino, 2007; E. CARETTO, E. MARCHESE, *Le locazioni degli immobili*, Rimini, 2003; G. ANTONUCCIO, *Codice commentato delle locazioni*, Torino, 2003; A. C. NAZZARO, *Oggettività giuridica dei «beni produttivi». Contributi allo studio dei rapporti di affitto*, Napoli, 2002; AA. VV., *Il regime di invalidità delle clausole contrarie alla legge nelle locazioni abitative*, (Ed. Confedilizia), 2002; M. DE TILLA, *Il diritto immobiliare* (vol. VIII - *Le locazioni* - Tomo III), Milano, 2002; M. SINISI, F. TRONCONE, *Le locazioni ad uso commerciale*, Padova, 2002; F. TAVANO, *Diritti e doveri del locatore*, Roma, 2000. Per i profili processuali: M. SINISI, F. TRONCONE, *Diritto processuale delle locazioni. Rito ordinario, convalida di sfratto, procedimento per decreto ingiuntivo*, Napoli, 2006; R. MASSONI, *I procedimenti locatizi*, in *Enciclopedia* (diretta da P. CENDON), n. 104, Padova, 2004.

Nel primo caso, si assisterà alla progressiva cessione dei vari spazi disponibili, sino al loro esaurimento. Qui pare incongruo parlare di un avviamento complessivo del centro commerciale.

Nel secondo caso, invece, l'utilizzatore di un singolo spazio cessa il proprio rapporto e, al suo posto, interviene un nuovo utilizzatore, il quale potrà esercitare un'attività simile ovvero completamente diversa (ad esempio, vendere lo stesso prodotto recante il medesimo marchio o prodotti analoghi con marchio differente o, ancora, prodotti di genere del tutto differente, contrassegnati o meno da marchi comunque non in competizione con quelli del precedente occupante). Qui è invece ragionevole sostenere la presenza di un avviamento complessivo di tutto il centro commerciale, di cui beneficia chi va ad occupare uno spazio al suo interno, insediandosi in epoca successiva all'avvio di tutta l'attività sull'area.

Soprattutto nelle grandi strutture, è poi alquanto difficile che il proprietario del centro commerciale sia il titolare dei vari marchi presenti sulle insegne degli esercizi insediati all'interno del complesso edilizio. Anzi, è quasi sicuro l'opposto, specie quando gli esercizi in questione appartengono a catene in *franchising*.

Per contro, il proprietario del centro commerciale può anche essere il titolare della licenza amministrativa per tutte (o buona parte) le attività presenti all'interno del centro commerciale.

Una seconda ipotesi è, invece, quella in cui la proprietà del centro commerciale risulta suddivisa tra diversi soggetti, cui sono assegnati i diversi spazi ricavati al suo interno.

Ciascuno di loro può poi trovarsi in una posizione molto diversificata.

Da un canto, la situazione può apparire abbastanza simile a quella in precedenza esaminata dell'unico proprietario del centro commerciale, nel senso che – in buona sostanza – ci si limita a dare in concessione lo spazio a terzi, sussistendo ben pochi “legami” tra l'attività da questi ultimi esercitata e quella di chi è proprietario dello spazio stesso. Per chiarire: il suo proprietario non ha alcun ruolo nel processo di produzione e distribuzione della merce ovvero dei servizi offerti al pubblico dagli occupanti tale locale, né il primo ha la titolarità dei marchi utilizzati dai secondi. Esempio abbastanza palese è quando nello spazio viene installato uno sportello bancario ovvero una farmacia.

D'altro canto, potrebbe anche sussistere la situazione opposta. Anche qui, però, variano le sfumature, a seconda dei casi.

Tra le tante, vediamo alcuni estremi. Il proprietario potrebbe produrre egli stesso la merce, poi commercializzata da terzi nello spazio in precedenza allestito dallo stesso proprietario, che viene consegnato “chiavi in mano” agli occupanti, ivi comprese le insegne. Essi potrebbero addirittura subentrare nell'esercizio di un punto commerciale, già in precedenza avviato dallo stesso proprietario e magari inserito all'interno della stessa rete di vendita al dettaglio da quest'ultimo direttamente gestita, sino alla decisione di cederla a terzi spezzettandola. Ovvero, il proprietario dello spazio potrebbe semplicemente essere il produttore della merce lì commercializzata da terzi, che fungono da rivenditori indipendenti al dettaglio, ai quali viene concesso l'uso di uno spazio privo di qualsiasi tipo di allestimento ed avviamento,

accompagnato (o meno) dall'obbligo di arredarlo a proprie spese secondo alcuni criteri predefiniti.

Dalla brevissima – e non esaustiva – panoramica appena offerta, emerge dunque una notevole diversificazione tra le situazioni con cui ci si deve confrontare, sì da comportare la necessità di vagliare caso per caso.

Evidenziato ciò, bisogna ancora spendere qualche parola sui servizi offerti dalla proprietà del centro commerciale agli occupanti i vari spazi ricavati al suo interno.

Anche qui, più che una disamina approfondita è meglio puntualizzare come detti servizi tanto più assumono una loro specificità quanto maggiore è l'integrazione tra l'attività del proprietario dello spazio e quella di chi lo utilizza. Per contro, qualora manchino siffatti "legami", i servizi in questione restano sì rilevanti, ma – a ben vedere – sovente non si differenziano molto rispetto a quelli messi a disposizione da un grande e moderno condominio, la cui spesa costituisce un "*onere accessorio*" per il conduttore delle unità immobiliare lì situate. Così è, ad esempio, per la sorveglianza notturna e la vigilanza antincendio. Lo stesso dicasi con riferimento alle spese per l'allestimento di decorazioni ed addobbi. Forse qualche riserva è opportuna in merito alla pubblicità sulle iniziative promozionali e sugli orari seguiti dall'intero centro commerciale. Però, bisogna qui riflettere sulla rilevanza nel concreto assunta da tali prestazioni rispetto all'intero rapporto sussistente tra il proprietario e gli utilizzatori dei singoli spazi.

Segnalato così sommariamente al lettore gli elementi da considerare, quando ci si confronta con le problematiche poste dai centri commerciali, possiamo ora a descrivere – sempre sinteticamente e senza affatto pretese di completezza – come sono strutturati i rapporti tra il proprietario dello spazio ed i soggetti cui viene concesso l'uso.

2. L'USO DEGLI SPAZI ALL'INTERNO DEI CENTRI COMMERCIALI COME COMPONENTE DI UN CONTRATTO DI AFFITTO DI RAMO D'AZIENDA.

Come già accennato, quando le parti non stipulano un contratto di locazione, tendono solitamente a configurare la loro relazione come affitto di ramo d'azienda, con riferimento al quale il legislatore si limita a stabilire – e precisamente nell'art.2562 – che le disposizioni in tema di usufrutto di azienda si applicano anche nel caso di suo affitto. Essendo però queste ultime insufficienti a regolare compiutamente il rapporto e dovendosi quindi integrare il quadro normativo, la giurisprudenza ha esteso all'affitto di azienda l'applicazione delle norme del codice civile in materia di locazione ed affitto. Così la Cassazione², secondo cui nel codice civile tra le norme sulla locazione e quelle sull'affitto, compreso l'affitto di azienda, corre il rapporto tipico tra norme generali e norme speciali, per cui se la fattispecie non è regolata da una norma specificamente prevista per l'affitto dovrà farsi ricorso

² Cassazione, 6 febbraio 2004, n.2240; 28 gennaio 2002, n.993.

alla disciplina generale sulla locazione di cose, salva l'incompatibilità con la relativa normazione speciale³.

Ciò nonostante – e qui sta il nodo cruciale di tutto – giurisprudenza e dottrina sono altresì concordi nell'escludere che il contratto di locazione d'azienda è soggetto alla legge n.392 del 1978, in quanto normativa speciale prevista espressamente per le locazioni immobili, giustificandosi la difformità di trattamento con il rilievo che l'azienda costituisce un'entità complessa di beni destinata all'esercizio di un'impresa, con caratteristiche ed esigenze di natura economica, sociale e giuridica nettamente distinte da quelle di un immobile destinato ad attività commerciale⁴.

Di conseguenza, se il diritto ad utilizzare uno spazio posto all'interno di un centro commerciale viene regolamentato come affitto di ramo d'azienda, il rapporto non è sottoposto ad una durata minima, né durante la sua pendenza sussistono limitazioni all'adeguamento del corrispettivo per l'uso del locale. Neppure insorge il diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento alla cessazione del rapporto, né alcun diritto di prelazione in caso di vendita dello spazio ovvero di sua locazione a terzi. Ancora, se gli utilizzatori trovano un terzo, cui vorrebbero “trasferire” l'attività esercitata nello spazio commerciale, non solo l'aspirante subentrante non ha diritto di sostituirsi agli utilizzatori nella loro posizione contrattuale con il proprietario dello spazio, ma l'intera operazione può verosimilmente essere subordinata al preventivo consenso di quest'ultimo (potere da lui conservato, rivestendo la qualità di titolare del ramo d'azienda affittato). Infine, non vigono limiti al deposito cauzionale eventualmente richiesto, cosa però decisamente marginale.

In effetti, detti aspetti dell'affitto di ramo d'azienda non sono assoggettati ad alcuna norma di carattere imperativo, per cui le parti sono libere di disporre, addivenendo spesso a soluzioni decisamente più gravose per l'affittuario. Il legislatore disciplina siffatti contratti sotto diverso profilo: la successione dell'affittuario nei contratti (art.2558 c.c.) nonché nei crediti (art.2559 c.c.) e nei debiti (art.2560 c.c.) del cedente, inerenti l'azienda o il suo ramo affittato. Ciò però avviene con norme aventi nella maggior parte dei casi carattere dispositivo, sì che le parti hanno anche facoltà di escludere il passaggio dei rapporti e dei debiti con il contratto di affitto, fatta eccezione per quanto concerne le relazioni di lavoro instaurate dal cedente (art.2112 c.c.) nonché i debiti fiscali e tributari di sua competenza, cui viene necessariamente coinvolto anche l'affittuario. Con riferimento a tale rischio, quest'ultimo deve quindi cautelarsi, sia mediante un'attenta verifica dei bilanci e dell'intera situazione contabile del cedente, sia facendosi prestare da terzi apposite garanzie (se il caso lo richiede e se egli possiede la necessaria forza per pretenderle in sede di trattativa).

Le clausole contenute nei contratti di affitto d'azienda sono difficilmente standardizzabili, siccome devono rispondere alle peculiarità di ogni singolo caso. In via di massima, però, si può innanzitutto rilevare che, redigendo siffatti accordi (pur

³ Cassazione: 6 febbraio 2004, n.2240; 28 gennaio 2002, n.993. Sul punto concorda anche la dottrina: D. LATELLA, *L'affitto dell'azienda*, in AA. VV., *I trasferimenti di azienda*, coordinato da F. GUERRERA, Milano, 2000, p.707; G. E. COLOMBO, *Usufrutto ed affitto dell'azienda*, in AA. VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economica*, diretto da F. GALGANI, vol. III, Padova, 1979, p.283.

⁴ Cassazione, 12 giugno 1995, n.6591; 10 maggio 1989, n.2138.

essendo cosa complessa) non insorgono particolari timori circa la loro “tenuta” per l’eventualità di una revisione giudiziale, quando nel concreto sussiste effettivamente il loro oggetto, e cioè quando è ravvisabile l’esistenza di un ramo d’azienda, inteso quale complesso di beni di per sé idoneo e sufficiente ad un esercizio di impresa⁵. La capacità a svolgere detta funzione, però, tende a scemare man mano che viene meno la consistenza dei beni e dei rapporti giuridici compresi nel ramo d’azienda, rendendo così sempre più labile e precaria la sua stessa identificazione. Quanto più ci si avvicina alla materiale disgregazione del ramo d’azienda, tanto più la situazione tende a confondersi con quella caratterizzante un mero rapporto di locazione di immobile con pertinenze.

Ciò premesso, vediamo ora sommariamente il probabile contenuto di un contratto d’affitto di ramo d’azienda ricollegabile all’uso di uno spazio all’interno di un centro commerciale, ribadita comunque la necessità di adeguare specificamente il testo contrattuale alle peculiarità ed alle precipue esigenze di ogni singolo caso, le quali rappresentano nel contempo i limiti materiali con cui deve confrontarsi il redattore del contratto.

La durata è liberamente determinabile, sotto ogni profilo: il periodo, la sorte del contratto alla scadenza fissata (per chiarezza, si può espressamente escludere la tacita rinnovazione); il recesso di entrambe parti.

Lo stesso dicasi per il canone. La sua misura può anche essere pattuita in forma mista, e cioè suddividendolo in una quota fissa ed in una quota percentuale del fatturato realizzato dall’affittuario del ramo d’azienda (magari differenziata per scaglioni, decrescenti con l’aumentare del fatturato). Quando è così, il cedente/proprietario dello spazio si assicura penetranti diritti ispettivi sulla contabilità dell’affittuario, la cui violazione comporta la risoluzione immediata del contratto.

Comunque calcolato, il canone di locazione è poi soggetto ad incrementi durante la vigenza del rapporto secondo parametri originariamente prefissati, di cui una sola cosa è assolutamente certa: la loro completa antitesi rispetto agli scopi “calmieratori” individuati dal legislatore all’art.32 della legge 392/78. Ad esempio, si può incidere:

- sulla sola quota fissa del canone, mediante un mero aumento percentuale oppure sancendo che essa diverrà pari all’importo che risulterà il maggiore tra alcuni parametri (quali: la quota fissa aumentata di una certa percentuale, da un canto, e l’intero canone pagato nel periodo precedente aumentato di altra percentuale, dall’altro);
- sulla sola quota proporzionale del fatturato, prevedendo un aumento graduale delle percentuali sui singoli scaglioni o aumentando la fascia coperta dagli scaglioni più gravosi;
- su entrambe dette quote.

Tali previsioni sono talora integrate con precisi obblighi, posti a carico dell’affittuario, di raggiungere determinati obiettivi minimi di fatturato, che a loro

⁵ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, III, 1, 1999, p.88; S. BIELLI, *Commento sub. art. 2562*, in AA. VV., *La giurisprudenza sul codice civile*, curata da C. RUPERTO, Milano, 2005, 3602.

volta possono incrementare nel tempo. Obblighi spesso rafforzati, ricollegando alla loro violazione (magari se ripetuta nel corso di due o più anni) la risoluzione immediata del contratto.

Le spese di manutenzione vanno pressoché sempre a gravare sull'affittuario, insieme agli oneri accessori. Spesso, si accompagna l'obbligo per quest'ultimo di concorrere alle spese sostenute dal concedente per la pubblicità svolta in favore dell'intero centro commerciale.

Le modalità di conduzione del ramo d'azienda affittato sono oggetto di precisa disciplina, specie quando l'insieme di beni e rapporti trasferiti ha una rilevante consistenza (in altre parole, quando l'operazione economica sarebbe così sicuramente configurabile, a prescindere dalla concessione – che anche potrebbe mancare – del diritto di utilizzare uno spazio all'interno di un centro commerciale). In tale ottica, oltre menzionati obblighi sui minimi di fatturato, vengono introdotti quelli alla conservazione di scorte minime, all'effettuazione di campagne pubblicitarie relative alla specifica attività svolta dall'affittuario, alle vendite promozionali, all'assistenza post-vendita, ad arredare lo spazio secondo precisi criteri qualitativi (a volte descritti con estremo puntiglio in appositi allegati tecnici), a mantenere determinati orari di apertura. Sempre in tale contesto, trova altresì ragione il patto di non concorrenza.

L'uso dello spazio è specificamente consentito per le sole attività predeterminate. Ciò trova una duplice ragione: se il ramo d'azienda affittato ha una vera consistenza, tale vincolo contribuisce a garantire che l'impresa non venga snaturata senza il consenso del cedente; in caso contrario, il vincolo è comunque utile a garantire un certo equilibrio tra le varie attività presenti nel centro commerciale.

L'eventuale concessione all'uso dei marchi appartenenti al cedente è ovviamente accompagnata da tutte le disposizioni contrattuali che ne regolano le modalità di utilizzo, vietandolo altresì con effetto immediato a partire dal momento in cui l'affitto del ramo d'azienda viene a cessare.

Il contratto è spesso caratterizzato dall'espressa dichiarazione dell'*intuitus personae*, nel senso che le qualità personali dell'affittuario sono considerate determinanti il consenso del concedente alla conclusione del rapporto. Quando presente, tale previsione è sovente estesa anche alla persona del legale rappresentante o all'intera compagine sociale dell'affittuario, se quest'ultimo è una società. Ciò consente al cedente di controllare ed anche impedire (provocando la risoluzione del contratto) qualsiasi passaggio del ramo d'azienda a terzi da lui non graditi. Pacifico che, in siffatta ottica, il subaffitto è decisamente vietato.

Delicata è poi la regolamentazione dei rapporti di lavoro relativi al ramo d'azienda, siccome qui ci si deve confrontare con il citato art.2112 c.c. Tra le varie ipotesi, vi può essere quella che il ramo d'azienda viene affittato privo di dipendenti e deve essere restituito nelle medesime condizioni, cui si aggiunge l'obbligo di manleva dell'affittuario in favore del cedente, qualora i dipendenti assunti dal primo riescano poi ad esperire un'azione vittoriosa contro il secondo.

Non del tutto marginali, infine, sono le disposizioni che impongono all'affittuario di stipulare nuovi contratti di fornitura con le società somministratrici di energia, acqua e servizi di telefonia.

Infine, a salvaguardare l'effettività delle obbligazioni pecuniarie a carico dell'affittuario, quest'ultimo è molto spesso tenuto a procurare un autorevole garante in favore del cedente. Clausole penali rafforzano invece il rispetto degli altri obblighi cui è tenuto l'affittuario.

3. CRITICITÀ DEI CONTRATTI D'AFFITTO DI RAMO D'AZIENDA.

Se il diritto ad utilizzare uno spazio all'interno di un centro commerciale è attribuito mediante un contratto d'affitto di ramo d'azienda, sussiste dunque il ragionevole rischio di vedere talora censurata tale soluzione in sede giudiziaria, e cioè soprattutto qualora il ramo d'azienda oggetto del contratto sia inconsistente, per l'esiguità dei beni e dei rapporti giuridici nel cui godimento viene immesso l'affittuario. In simili circostanze, infatti, è alquanto labile distinguere tale rapporto rispetto alla locazione d'immobile con pertinenze.

Esemplificando, potremmo individuare due estremi.

Da un canto, l'ipotesi in cui i lavori di edificazione del centro commerciale sono appena stati terminati ed esiste un unico proprietario di tutta la struttura. Egli affitta un ramo d'azienda, costituito dal diritto ad utilizzare uno spazio nudo lì situato (e cioè fornito senza alcun allestimento, senza dipendenti e senza alcun contratto di fornitura), accompagnato solo da un impegno del cedente ad offrire alcuni servizi comuni ma nemmeno dalla relativa licenza amministrativa.

Dall'altro, l'ipotesi di un centro commerciale già avviato nel tempo, i cui spazi appartengono a diversi soggetti. Uno di essi utilizza da tempo lo spazio che gli appartiene per vendere i propri prodotti. Egli affitta il ramo d'azienda, costituito dallo spazio già allestito e fornito di personale, consentendo altresì all'affittuario di utilizzare il proprio marchio e somministrandogli una fornitura continua di merce.

Tra tali estremi, esiste in realtà una varietà di ipotesi intermedie, le quali – man mano che si avvicinano – entrano in una zona grigia, dove diviene più difficile orientarsi. Come subito si spiegherà, quest'ultima non è però collocata nel mezzo tra detti estremi, ma risulta piuttosto addossata a quello che vede la consistenza del ramo d'azienda ridotta ai minimi termini.

Ciò posto, secondo l'orientamento costante della giurisprudenza – reso in casi analoghi di controversie sulla qualificazione giuridica di un contratto – non assume rilevanza la qualificazione del rapporto data dalle parti⁶. Accertare se le parti contraenti hanno stipulato una locazione di immobile con pertinenze o un affitto di azienda, rientra infatti nei compiti del giudice del merito, il quale deve indagare sulla loro comune intenzione e sui beni dedotti in contratto⁷. Così procedendo, il magistrato è dunque chiamato a stabilire se l'oggetto principale della stipulazione è l'immobile singolarmente considerato, cui possono essere stati accessoriamente collegati marchi

⁶ Cassazione, 4 gennaio 1991, n.30.

⁷ Cassazione, 8 settembre 1986, n.5488; 15 ottobre 2002, n.14647.

e licenze, ovvero un complesso unitario costituito dall'organizzazione aziendale destinata allo svolgimento di un'attività economica⁸.

Vediamo, allora, a quali criteri decisionali deve attenersi il giudice impegnato in detta indagine.

Il punto focale è dunque capire, nella singola fattispecie, quale rilievo ha l'immobile nel rapporto complessivo concluso dalle parti. Al riguardo, la Cassazione ha da tempo adottato un orientamento consolidato⁹, secondo cui *“la differenza tra locazione di immobile con pertinenze ed affitto di azienda consiste nel fatto che, nella prima ipotesi, l'immobile concesso in godimento viene considerato specificamente, nell'economia del contratto, come l'oggetto principale della stipulazione, secondo la sua consistenza effettiva e con funzione prevalente ed assorbente rispetto agli altri elementi, i quali - siano essi legati materialmente o meno all'immobile - assumono carattere di accessorietà e rimangono collegati all'immobile funzionalmente, in posizione di subordinazione e di coordinazione; nell'affitto di azienda, invece, l'immobile non viene considerato nella sua individualità giuridica, ma come uno degli elementi costitutivi del complesso di beni mobili ed immobili, legati tra di loro da un vincolo di interdipendenza e complementarità per il conseguimento di un determinato fine produttivo, sicché l'oggetto del contratto è costituito dall'anzidetto complesso unitario”*¹⁰.

La questione si incentra, allora, su come valutare la consistenza dei beni dedotti nel contratto.

Coerentemente con l'idea che il ramo d'azienda è un insieme di beni e rapporti, idoneo e sufficiente di per sé ad un esercizio di impresa, per i giudici di legittimità è irrilevante la mancanza della loro concreta produttività, nel momento in cui viene concluso il contratto di affitto¹¹.

Dunque, perché sussista affitto d'azienda, non occorre che la stessa sia già in grado di funzionare, essendo sufficiente che i vari elementi dedotti in contratto risultino potenzialmente idonei allo svolgimento dell'attività aziendale¹². Oggetto dell'affitto, dunque, può anche essere un'azienda in fase “statica” e non ancora in quella “dinamica”, e cioè della concreta produttività. Ne discende l'irrilevanza che, con riferimento al momento in cui viene stipulato l'affitto, la parte concedente non abbia in precedenza svolto attività imprenditoriale e che i beni aziendali non siano ancora funzionanti.

Sempre in modo coerente, la Suprema Corte ha respinto il tentativo di configurare come azienda commerciale l'insieme di alcuni scaffali, banconi e varie suppellettili contenuti in un negozio, ritenendo che ciò non basti a configurare un complesso di beni organizzati a fini economici¹³.

Doveroso però precisare che, nella fattispecie, l'azienda non comprendeva il diritto ad utilizzare l'immobile ove essa avrebbe avuto sede. Si trattava infatti di una

⁸ Cassazione, 24 ottobre 2002, n.14985.

⁹ Cassazione, 15 novembre 2002, n.16068; 4 febbraio 2000, n.1243; 16 giugno 1998, n.5986; 17 aprile 1996, n.3627; 1 agosto 1995, n.8388.

¹⁰ Cassazione, 1 agosto 1995, n.8388, *cit.*

¹¹ Cassazione, 28 marzo 2003, n.4700.; 9 marzo 1984, n.1640.

¹² Cassazione, 15 ottobre 2002, n.14647, *cit.*; 5 gennaio 2005, n.166.

¹³ Cassazione, 27 febbraio 2004, n.3973.

controversia insorta nel contesto di un rapporto di locazione ad uso diverso da abitazione, ove il conduttore sosteneva indebitamente il proprio diritto a cedere ad un terzo il contratto, avendo trasferito a quest'ultimo soggetto l'insieme dei modesti beni custoditi nel locale locato, ai quali si pretendeva di attribuire il carattere di azienda.

Tuttavia, comprendere anche l'autorizzazione amministrativa all'esercizio dell'attività commerciale può significativamente contribuire a far raggiungere la "massa critica", sufficiente per integrare un ramo d'azienda, ad un insieme di beni e rapporti giuridici dalla consistenza piuttosto esigua¹⁴.

Ad ogni modo, resta ferma una precisa esigenza, il cui rispetto rappresenta il principale parametro di guida per l'interprete. Quanto contenuto nell'azienda non deve comunque rappresentare un insieme raffazzonato e casuale di beni e rapporti giuridici. Al contrario, ancorché in forma "statica" ed in numero ridotto, questi ultimi devono apparire comunque idonei a consentire l'esercizio specifico dell'impresa cui l'azienda è destinata. In altre parole: tra le componenti l'azienda è necessario potersi ravvisare un minimo vincolo di organizzazione teologica, sì che esse siano realmente utilizzabili dall'affittuario per svolgere l'attività di impresa oggetto del contratto.

L'equilibrio del sistema così creato dalla giurisprudenza riceve però un forte scossone per effetto dell'art.1, comma nono *septies*, del decreto legge 7 febbraio 1985, n.12 (convertito in legge 5 aprile 1985, n.118), dettato dal legislatore con specifico riferimento all'attività alberghiera e nel chiaro intento di favorire chi la esercita effettivamente. Come ribadito anche dalla più recente giurisprudenza¹⁵ tale norma, al fine di eliminare le incertezze relative al criterio discriminatorio tra locazione di immobile attrezzato ad albergo ed affitto di azienda alberghiera, ha conferito decisivo peso – ai fini della qualificazione del contratto come locazione – alla circostanza che la prima gestione dell'immobile attrezzato ad albergo sia posta in essere dal soggetto che lo prende in locazione, sul quale grava l'avvio della nuova attività e, di conseguenza, la creazione *ex novo* dell'avviamento in virtù della sua capacità imprenditoriale. Di conseguenza se, indipendentemente dall'intenzione delle parti e dalla obiettiva consistenza dei beni dedotti in contratto, l'attività del conduttore e l'organizzazione dei beni che costituiscono l'azienda coincidono con la prima destinazione dell'immobile all'esercizio della attività alberghiera, ai sensi della suindicata disposizione si presume, *iuris et de iure*, la natura locativa del rapporto con conseguente applicabilità della relativa disciplina. Dunque, nel settore alberghiero, l'azienda è vista principalmente sotto l'aspetto dinamico, ritenendosi configurabile la sua cessione solo quando essa sia stata già in precedenza gestita dalla concedente medesima, e dunque quando l'affitto di detta azienda incorpora anche il relativo avviamento.

Il denunciato contrasto si manifesta in tutta la sua portata grazie ad una coeva decisione della Suprema Corte¹⁶, dove è stato giudicato corretto qualificare come affitto d'azienda la cessione, per la durata di cinque anni, di un'attività di ristorazione (nemmeno sita all'interno di un centro commerciale), dove il contratto non faceva menzione alla presenza di alcun avviamento.

¹⁴ Cassazione, 6 maggio 1997, n. 3950.

¹⁵ Cassazione, 19 dicembre 2005, n.27934.

¹⁶ Cassazione, 19 luglio 2005, n.15210.

Al contrario, se si fosse trattato di attività alberghiera, la medesima situazione sarebbe stata ri-qualificata dai giudici come locazione con pertinenze, proprio per effetto della citata presunzione legale.

Per ristabilire una certa coerenza, sul piano giuridico si può allora rilevare come la norma in questione (l'art.1, comma nono *septies*, del decreto legge 7 febbraio 1985, n.12) ha carattere speciale, e dunque non va applicata al di là del settore alberghiero.

Sul piano sostanziale, però, ciò forse non basta a correggere la situazione, siccome diviene difficile capire perché vada trattato diversamente chi – nelle stesse condizioni di partenza – esercita un'attività all'interno di un centro commerciale. In effetti, se lo spazio viene consegnato “chiavi in mano” dal proprietario del centro stesso a chi li svolgerà la propria attività commerciale, nulla osta a qualificare siffatto rapporto come affitto d'azienda, applicando i criteri generali delineati dalla citata giurisprudenza della Cassazione. Ciò vale anche quando l'affittuario non gode di alcun tipo di avviamento preesistente, né specificamente ricollegato allo spazio occupato, né più generalmente all'intero centro commerciale, come accade quando il rapporto viene in essere poco tempo dopo l'ultimazione dei lavori di costruzione di tutto il complesso.

4. DE IURE CONDENDO.

Alla luce di quanto appena esposto nelle pagine precedenti, si palesa una differenza di trattamento decisamente significativa tra chi semplicemente conduce in locazione un immobile ad uso diverso da abitazione e chi invece, per svolgere un'attività identica a quelle contemplate dall'art.27 della legge 392/78, utilizza uno spazio all'interno di un centro commerciale (la cui creazione è regolamentata nel titolo terzo del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.114) in virtù di un contratto d'affitto di ramo d'azienda, nel contesto di un rapporto in cui gli elementi costitutivi di quest'ultima sono ridotti al minimo essenziale per consentirne la configurabilità.

A fronte di siffatta profonda diversità di trattamento giuridico, sul piano concreto le due situazioni non sembrano invece così lontane fra loro, specie qualora l'avviamento di cui gode l'affittuario del ramo d'azienda è inesistente o poco significativo.

Tale constatazione evidenzia allora l'opportunità che il legislatore modifichi in futuro – con un apposito provvedimento normativo – l'attuale situazione, sì da ristabilire un certo equilibrio.

In effetti, tale esigenza sembrerebbe amplificata dall'espansione sempre più accentuata dei centri commerciali¹⁷, cui tende a corrispondere – per forza di cose – un arretramento delle attività svolte nei luoghi tradizionali, e cioè quelle destinatarie dei contratti di locazione disciplinati dalla legge 392/78.

Da un canto, infatti, ci si può domandare se la disciplina vincolistica prevista dagli articoli da 29 a 42 della legge 392/78 non sia ormai superata, almeno in quelle sue parti volute dal legislatore quale strumento “calmieratore” dei prezzi, cosa

¹⁷ E. BRONZO, *Centri commerciali avanti tutta*, in *Il Sole/24 Ore*, supplemento *Mondo Immobiliare*, 13 gennaio 2007, p.1.

peraltro piuttosto antitetica allo spirito che dovrebbe assistere un'epoca caratterizzata da un "vento liberalizzatore" in tutti i settori dell'economia (che, si spera, venga accompagnato da un significativo rafforzamento dei poteri in capo all'Autorità italiana garante della concorrenza e del mercato, essendo ciò la chiave di volta dell'intero sistema, purtroppo attualmente alquanto pericolante¹⁸).

Dall'altro canto, se non si conviene con quanto appena prospettato, è allora forse corretto pensare che sarebbe utile apprestare qualche tutela in favore di chi – grosso modo alle stesse condizioni – esercita un'attività all'interno di un centro commerciale, sulla base di un contratto di affitto di ramo d'azienda.

L'aspetto più delicato verte verosimilmente sull'avviamento, siccome gli incrementi ad esso apportati dall'affittuario vanno evidentemente a vantaggio del titolare del ramo d'azienda, il quale va ad acquisirli nel momento in cui cessa il rapporto e l'azienda torna in suo possesso.

Se si confronta, poi, la forza economica delle parti, risulta quasi sempre predominante quella del proprietario del centro commerciale rispetto all'affittuario.

Emerge allora una situazione alquanto simile a quella connotante i rapporti tra proponente ed agente di commercio.

Fermo restando che la normativa concernente questi ultimi è pacificamente del tutto inapplicabile al nostro caso, ciò non toglie che essa offre qualche utile spunto di riflessione *de iure condendo*.

Come noto, il rapporto tra agenti di commercio ed il rispettivo proponente viene considerato di para-subordinazione e, quindi, meritevole di protezione legislativa¹⁹.

A tal fine, nel diritto comunitario è intervenuta la direttiva 86/653/CEE del Consiglio del 18 dicembre 1986²⁰, le cui norme sono di ordine pubblico e, dunque, non solo sono inderogabili, ma nemmeno eludibili dalle parti sottoponendo convenzionalmente il rapporto alla legislazione di uno Stato terzo²¹.

Ai nostri fini merita concentrare l'attenzione sull'art.17 di tale direttiva, ove viene previsto il diritto dell'agente a ricevere – a determinate condizioni e con certi limiti – un indennizzo ovvero un risarcimento (opzione che gli Stati possono scegliere, recependo la direttiva) nel momento in cui, per un fatto a lui non imputabile (art.18), viene a cessare il rapporto con il proponente.

Il legislatore italiano ha optato per l'indennità (così come la maggior parte degli altri Stati europei, mentre la Francia per quello risarcitorio ed il Regno Unito ha ribaltato la scelta sulle parti private).

Nel nostro paese la direttiva è stata recepita con il decreto legislativo 10 settembre 1991, n.303, il quale – per quanto a noi qui interessa – ha modificato il testo dell'art.1751 c.c., in modo però non pienamente conforme a quanto disposto dalla direttiva stessa, complici anche gli accordi economici collettivi poi conclusi dalle associazioni di categoria. In effetti, nel determinare le modalità di calcolo

¹⁸ R. ZANOTTI, *Antitrust, il paladino con le armi spuntate*, in *La Stampa*, 11 febbraio 2007, p.9.

¹⁹ Per un approfondimento: R. BALDI, A. VENEZIA, *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, VII edizione, Milano, 2001.

²⁰ GUCE L 382 del 31 dicembre 1986, p.17.

²¹ Corte di Giustizia, sentenza 9 novembre 2000, causa C-381/98, *Ingmar*, in *Raccolta*, 2000, p.I-9305.

dell'indennità, venivano fortemente penalizzati gli agenti commerciali che avevano avuto successo nella loro attività, incrementando notevolmente il fatturato del preponente. In un'ottica collettivistica, ciò andava a vantaggio di chi aveva invece raggiunto risultati mediocri o insignificanti, che si vedeva comunque riconosciuta un'indennità, mentre – coerentemente con quanto sancito dalla direttiva – non avrebbe maturato alcun diritto. Va poi puntualizzato che il merito dell'agente consiste non tanto nell'aver mantenuto l'eventuale “pacchetto clienti” magari trasmessogli dal preponente, quanto nell'aver aumentato il loro fatturato ovvero nell'aver apportato nuovi clienti.

Dette incoerenze nelle modalità di recepimento in Italia hanno reso necessario successivi interventi, sia del nostro legislatore (mediante il decreto legislativo 15 febbraio 1999, n.65, che ha modificato ulteriormente l'art.1751 c.c.), sia della Corte di Giustizia (per correggere le distorsioni introdotte mediante gli accordi economici collettivi²²).

Tirando le fila del discorso.

Al termine del rapporto, la tutela accordata agli agenti di commercio è costituita dalla relativa indennità (*ex art.1751 c.c.*), la quale è loro riconosciuta in funzione e nella misura in cui essi hanno contribuito con il loro lavoro – che ha natura autonoma – ad incrementare il giro d'affari del preponente, cosa di cui quest'ultimo continua tendenzialmente a godere anche in epoca successiva, ancor più quando all'agente è contrattualmente fatto un divieto di concorrenza (nei limiti di cui all'art.1751 *bis* c.c.).

Non sarebbe allora forse irragionevole che il legislatore preveda un trattamento simile, ispirato a criteri evidentemente meritocratici, anche in favore di chi utilizza spazi all'interno dei centri commerciali sulla base di un valido contratto di affitto di ramo d'azienda. Al termine di tale rapporto, il titolare dell'azienda si vedrebbe tenuto a corrispondere un'indennità unicamente in proporzione agli incrementi apportati dall'affittuario al fatturato dell'azienda stessa (cosa che si ripercuote beneficamente anche sull'intero centro commerciale), e dunque solo in presenza di un vantaggio concreto per il titolare stesso, come peraltro non è affatto nel caso dell'indennità di cui all'art.34 della legge 392/78.

Le sostanziali disparità di trattamento emergono immediatamente, se si considera che quest'ultima indennità (applicabile ai soli rapporti di locazione stipulati per attività commerciali, industriali ed artigianali comportanti contatti con il pubblico) ha un ammontare predeterminato per legge in misura fissa, a prescindere dall'effettivo valore dell'avviamento maturato dall'attività svolta dal conduttore²³. In altre parole, l'indennità compete indipendentemente dalla prova in concreto

²² Nella sentenza del 23 marzo 2006 (causa C-465/04, *De Zotti*, in *Raccolta*, 2006, pag.I-2879), i giudici di Lussemburgo hanno infatti sancito che l'indennità di cessazione del rapporto, risultante dall'applicazione dell'art. 17, n.2, della direttiva in questione, non può essere sostituita – in applicazione di un accordo collettivo – da un'indennità determinata secondo criteri diversi da quelli fissati dalla direttiva stessa, a meno che tale accordo garantisca, in ogni caso, all'agente commerciale un'indennità pari o superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione della disposizione comunitaria. In dottrina: A. VENEZIA, *Calcolo dell'indennità di fine rapporto nel contratto di agenzia*, in *I Contratti*, 2007, 3, p.273.

²³ Cassazione, 11 aprile 2003, n.5757.

dell'avviamento e della perdita subita dal conduttore²⁴. Essa è inoltre dovuta, anche se il conduttore continua ad esercitare la medesima attività in altro locale sito nel medesimo fabbricato o in diverso immobile collocato nelle vicinanze di quello a suo tempo locato²⁵. Lo stesso vale nonostante il conduttore abbia poi completamente cessato la propria attività²⁶.

ERMENEGILDO MARIO APPIANO
avvocato in Torino
dottore di ricerca in Diritto della Comunità Europea

²⁴ Cassazione, 28 luglio 2005, n.15821.

²⁵ Cassazione, 31 maggio 2005, n.11596.

²⁶ Cassazione, 16 settembre 2000, n.12279.