

REPUBBLICA ITALIANA  
- \* \* \*  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

SENT. N° 11362/12  
REP. N° 9130/12

Il Tribunale Ordinario di Milano – Sezione XIII Civile, in composizione monocratica, nella persona della Dott.ssa Caterina Spinnler, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa r.g.n. 79359/2010

promossa da:

**Milano Sole s.r.l.**, rappresentata e difesa dall'avv. **Stefano Brovada** ed elettivamente domiciliata presso lo studio in Milano, **Via massena n. 17**, opponente

Contro

**Compare Nicolò**, rappresentato e difeso dagli avv.ti **Luca Pacifico** e **Luca** del foro **Bologna** ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. **Giuseppe Careri** in Milano, **Via Durini n. 5**, opposta.

Sulle conclusioni della parti, rispettivamente, per la parte opponente, come da atto di citazione in opposizione e memoria integrativa delle difese depositata il 20.11.2011, e per la parte opposta, come comparsa e memoria integrativa delle difese, depositata il 16.1.2012

### MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

La società ~~\_\_\_\_\_~~ ha convenuto in giudizio ~~\_\_\_\_\_~~ proponendo opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 32841/2010, con il quale il Tribunale di Milano ha ingiunto, con decreto immediatamente esecutivo, il pagamento della somma di euro ~~\_\_\_\_\_~~, oltre interessi ai sensi del D.L. 231/2002, oltre alle spese processuali, chiedendone la revoca e, in via riconvenzionale, la condanna dell'opposto al pagamento della somma di euro ~~\_\_\_\_\_~~, a titolo di risarcimento dei danni e di penali contrattuali.

L'opposto ha resistito, chiedendo respingersi l'opposizione e la domanda riconvenzionale.

Negata la sospensione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, disposto il mutamento del rito ed omessa ogni attività istruttoria, all'udienza del 18.10.2012, all'esito della discussione orale, la causa è stata decisa, con lettura del dispositivo in udienza e riserva del deposito della motivazione.

1 - L'opposizione è infondata e va respinta per le ragioni di seguito esposte.

A - Deve respingersi l'eccezione di incompetenza per territorio del Tribunale di Milano per essere stata proposta tardivamente.

~~La società opponente, con l'atto di citazione in opposizione, ha omesso di contestare la competenza per territorio del Tribunale di Milano, difendendosi solo nel merito e proponendo domanda riconvenzionale diretta alla condanna del convenuto opposto al risarcimento dei danni derivanti da asseriti inadempimenti al contratto di affitto di azienda intercorso tra le parti, così prospettando difese incompatibili con la successivamente denunciata incompetenza del territorio del giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo opposto ( cfr Cass. 16557/2008: " La questione di competenza ha natura assolutamente pregiudiziale, per cui vi è una manifesta inconciliabilità, sul piano logico e giuridico, tra la richiesta di una pronuncia sul merito in via principale (che implica necessariamente il riconoscimento della esistenza in concreto della "potestas iudicandi" del giudice adito) e la proposizione di una eccezione di incompetenza dello stesso giudice, da esaminare solo nella ipotesi di pronuncia sfavorevole alla parte che l'ha sollevata, con la conseguenza che, qualora l'eccezione di incompetenza sia stata formulata nei detti termini, essa deve considerarsi ed aversi come non proposta. In tal caso il giudice, mancando una rituale~~

eccezione da esaminare, qualora possa rilevare d'ufficio l'incompetenza (come nella specie, venendo in evidenza la competenza territoriale inderogabile relativa al foro del consumatore), deve farlo entro la prima udienza di trattazione, a norma dell'art. 38 cod. proc. civ.; la violazione della preclusione alla rilevazione è deducibile in sede di regolamento di competenza ed è rilevabile d'ufficio dalla Corte di Cassazione").

Tale condotta processuale risulta coerente con quella assunta dalla stessa parte avanti il Tribunale di Lodi - adito con atto di citazione in opposizione avverso diverso decreto relativo alla stesse pretese creditoria azionate con il decreto oggetto della presente opposizione - avendo la società **Milano Sole s.r.l.** eccepito in quella sede l'incompetenza per territorio del Tribunale di Lodi, in ragione della previsione contrattuale della competenza esclusiva del Tribunale di Milano ( art. 30 del contratto di affitto di azienda ) ed avendo ottenuto sentenza, passata in giudicato, con la quale il Tribunale di Lodi ha declinato la propria competenza, affermando quella del Tribunale di Milano, ed ha revocato il decreto ingiuntivo opposto. ( cfr sentenza n. 496/2010 ).

Trattandosi di competenza per territorio inderogabile ( art. 447 bis c.p.c. ), a norma dell'art. 38 terzo comma c.p.c., l'incompetenza per territorio avrebbe potuto essere rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Ciò non è avvenuto, con conseguente definitiva preclusione del rilievo d'ufficio dell'incompetenza del giudice adito.

Tanto meno tale eccezione è stata sollevata tempestivamente dalla parte opponente, che non vi ha provveduto con l'atto di citazione in opposizione e tanto meno lo ha fatto all'udienza del 9.6.2011 - alla quale la causa era stata rinviata a causa dell'astensione dall'attività difensiva da parte del difensore dell'opposto, per l'adesione allo sciopero - nella quale entrambe le parti si sono "riportate" ai propri atti difensivi, facendolo solo all'udienza seguente, nella quale si è discussa la richiesta di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto, a seguito dell'acquisizione del fascicolo monitorio.

B - Nel merito l'opposizione è infondata per le ragioni di seguito esposte.

Il decreto ingiuntivo è stato emesso per il mancato pagamento di tre fatture da parte della società opponente, riferite tutte a corrispettivi maturati in pendenza del contratto di affitto di azienda stipulato tra le parti in data 15.1.2008 e risolto dalla società concedente con lettera in data 2.4.2008, per non avere l'affittuario provveduto a consegnare la fideiussione a garanzia degli obblighi contrattuali ( art. 14 del contratto di affitto di ramo di azienda ), con previsione della restituzione del ramo di azienda entro il 30.4.2008 ( cfr doc. 6 di parte opponente ). Il 28.4.2008 l'affittuario ha provveduto alla riconsegna del ramo di azienda ( cfr verbale di riconsegna sub. doc.

10 di parte opponente ). E' pacifico tra le parti che fino alla data indicata l'affittuario opposto ha continuato a gestire il ramo di azienda.

Ha contestato l'opponente la carenza di prova scritta del credito.

Il decreto ingiuntivo è stato ottenuto sulla base delle fatture e delle scritture contabili dell'opposto, documenti che costituiscono prova idonea del credito a norma dell'art. 634 comma 2° c.p.c. , trattandosi di credito avente ad oggetto il pagamento una somma di denaro in relazione a prestazioni di servizi ( Cass. 26826/2006 : L'art. 634, secondo comma, cod. proc. civ. che, a seguito della modifica introdotta dall'art. 8, comma terzo, del d.l. 18 ottobre 1995, n. 432, convertito nella legge 20 dicembre 1995, n. 534, prevede che costituiscono prova scritta idonea all'emissione del decreto ingiuntivo le scritture contabili dell'imprenditore anche per i crediti relativi alle prestazioni di servizi, ha carattere innovativo e, dunque, ha efficacia solo per il futuro e non è applicabile ai decreti emanati prima della sua entrata in vigore. " )

Il credito portato dal decreto ingiuntivo opposto non è stato oggetto di contestazione stragiudiziale, posto che con la lettera del 6.5.2008 - successiva alla risoluzione del contratto di affitto di azienda - l'opponente non ha contestato la pretesa creditoria, opponendo, piuttosto, contestazioni in ordine a presunti inadempimenti contrattuali relativi alla modalità di espletamento del servizio da parte del creditore opposto che avrebbero inciso negativamente sul fatturato ( cfr doc. 11 di parte opposta ).

La contestazione giudiziale richiama le modalità di determinazione contrattuale dei rimborsi dovuti all'affittuario ( art. 12 del contratto di affitto di azienda ) ed evidenzia l'assenza di documentazione a supporto delle prestazioni rese in virtù del contratto di affitto di azienda; tuttavia non contesta in modo specifico l'ammontare del credito portato dalle fatture in atti ed anzi riconosce che l'emissione della fatture da parte dell'affittuario era subordinata all'autorizzazione da parte della società opponente, dopo una verifica in contraddittorio tra le parti delle rispettive contabilità; di tali conteggi l'opposto ha offerto prova documentale con riferimento alla fattura n.7 del 30.4.2008 dell'importo di euro [REDACTED], il cui importo è stato determinato sulla base di conteggi a firma della società opponente ( cfr doc. 9 di parte opposta ).

In diritto osserva che la non contestazione dei fatti dedotti dall'attore, alla quale equivale, a norma del disposto di cui all'art. 115 comma 1° c.p.c., la contestazione generica, " costituisce un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, perciò, ritenerlo sussistente, in quanto

l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti." ( Cass. 3727/2012 ).

L'assenza di una specifica contestazione del credito da parte dell'opponente rende applicabile alla fattispecie il richiamato principio di diritto e sostiene il rigetto dell'opposizione.

Quanto agli inadempimenti contrattuali denunciati dalla società opponente si osserva quanto segue.

Si sostiene da parte della società opponente che tali inadempimenti contrattuali, che attengono essenzialmente alla qualità del servizio prestato, si sono avuti sia in epoca precedente alla stipulazione del contratto - da giugno a dicembre 2007 - e in pendenza di contratto.

Tali inadempimenti contrattuali non sono mai stati contestati per iscritto all'affittuario. La prima contestazione scritta è costituita dalla lettera del 6.5.2008, successiva alla cessazione del contratto ed alla richiesta di pagamento delle fatture azionate in sede monitoria.

Non interessano il presente giudizio - con il quale sono stata azionate pretese creditorie rese in pendenza del contratto di affitto di azienda - gli inadempimenti che hanno preceduto la stipulazione del contratto; tanto più che la denunciata condotta inadempiente dell'opposto non appare coerente con la successiva stipulazione con la stessa parte del contratto di affitto di ramo di azienda.

Con riferimento al periodo successivo, si osserva che il contratto di affitto di azienda prevede l'obbligo di comunicazione scritta per ogni doglianza attinente alla qualità del servizio reso dall'affittuario ( cfr art. 25 del contratto ). L'assenza di contestazioni scritte comporta l'irrelevanza degli inadempimenti contrattuali denunciati dalla società opponente e delle prove orali articolate dalla stessa parte.

Dunque, in assenza di inadempimenti contrattuali rilevanti sotto il profilo del sinallagma contrattuale è interamente dovuto il credito portato dal decreto ingiuntivo opposto.

Per completezza si osserva che la circostanza che non sia stata fornita dall'affittuario la fideiussione prevista dall'art. 14 del contratto di affitto di azienda, ha comportato la risoluzione del contratto, giusta comunicazione della società concedente in data 2.4.2008. Tuttavia, in applicazione del disposto di cui all'art. 1458 comma 1° c.c, tale risoluzione non ha inciso sulle prestazioni rese dall'affittuario in forza del contratto di affitto di azienda, nè su quelle rese nel periodo intercorrente tra il 2.4.2008 e la data di riconsegna dell'azienda, avvenuta il 28.4.2008, essendo incontestato che le prestazioni contrattuali sono state rese nel periodo da ultimo indicato ( cfr fattura 7 del 30.4.2008 e relativo conteggio ).

Le ragioni sopra esposto fondano la decisione di rigetto dell'opposizione proposta dalla società **[REDACTED]** avverso il decreto ingiuntivo n. 32841/2010.

2 - La domanda riconvenzionale di ripetizione delle somme portate dal decreto ingiuntivo opposto, pagate in corso di causa dalla società opponente, oltre ad essere infondata nel merito, per quanto esposto al punto 2, è inammissibile in rito, in quanto proposta tardivamente in giudizio, con la memoria integrative delle difese, depositata a norma dell'art. 426 c.p.c., a seguito del provvedimento di conversione del rito.

3 - Quanto alla domanda riconvenzionale proposta dalla società opponente si osserva quanto segue:

La domanda riconvenzionale ha ad oggetto un credito risarcitorio per l'ammontare di euro **[REDACTED]**, riferito ad una asserita diminuzione del fatturato dell'azienda, che viene imputata alla cattiva gestione da parte dell'affittuario opposto, ad un credito corrispondente al valore dei beni che il conduttore avrebbe indebitamente asportato per l'ammontare di euro **[REDACTED]** e ad una penale contrattuale per la mancata restituzione degli anzidetti beni pari alla somma di euro **[REDACTED]**.

Deve respingersi la domanda diretta alla condanna del conduttore al risarcimento dei danni da perdita di fatturato, non essendo provata la contrazione di fatturato - la cui dimostrazione è affidata a "schemi riepilogativi del fatturato" redatti dalla stessa parte richiedente - e non essendovi prova alcuna di inadempimenti contrattuale imputabili al conduttore cui riferire l'allegata contrazione del fatturato.

Quanto alla mancata restituzione di beni aziendali, si osserva che i beni cui la società opponente chiede la restituzione sono beni di proprietà del conduttore opposto, trattandosi di beni acquistati in data anteriore alla stipulazione del contratto di affitto di azienda e che non costituiscono pertanto migliorie, ai sensi dell'art. 15 del contratto ( cfr fatture sub. doc. 1,2 e 3 di parte opponente ).

4 - Le spese di lite vengono regolate secondo il principio della soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale, in funzione di giudice unico, definitivamente decidendo, così provvede:



respinge l'opposizione proposta dalla società Milano Sole s.r.l. avverso il decreto ingiuntivo n. 32841/2010, che conferma;

dichiara inammissibile la domanda riconvenzionale introdotta dall'opponente con la memoria integrative delle difese;

respinge la domanda riconvenzionale proposta dall'opponente;

condanna la società opponente a rifondere all'opposto **Nicola Compagnoni** le spese del giudizio, che liquida in euro **15,00** per spese ed euro **550,00** per compensi, oltre agli accessori di legge.

Milano, il 18.10.2012.

Il Giudice



**TRIBUNALE DI MILANO**  
PUBBLICATO OGGI  
18 OTT. 2012  
IL CANCELLIERE  
IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Caterina DALLARA



La presente copia è conforme all'originale  
PER USO UFFICIO

Milano, 18 OTT 2012

