



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Brescia, Sezione Prima civile, composta dai Sigg.:

Dott. Giuseppe Magnoli

Presidente

Dott. Maria Tulumello

Consigliere

Dott. Vittoria Gabriele

Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile n.1880/2017 R.G. promossa con atto di citazione notificato
in data 17 agosto 2017 e **posta in decisione all'udienza collegiale del**
30/05/2018

da

FRENK SNC DI FRANCHINI FIORENZO & FRANCHINI DANIELE

con il patrocinio dell'avv. Cominotti Valeria e dell'avv. Almici Filippo

ATTRICE

contro

MASINA SRL con il patrocinio dell'avv. Collia Filippo e dell'avv. Angeli
Isabella

CONVENUTA

pagina 1 di 17

Sent. N.

Cron. N.

Rep. N.

R. Gen. N.1880/2017

Camp. Civ. N.

OGGETTO:

Impugnazione di lodi

nazionali (art. 828 c.p.



In punto: impugnazione avverso lodo reso in Lonato del Garda (BS) l'11 luglio 2017 dall'Arbitro Unico

CONCLUSIONI

Dell'attrice

“In via principale, dichiarare la inesistenza ovvero la nullità del procedimento arbitrale descritto in narrativa e del relativo lodo arbitrale impugnato per le gravi violazioni al principio del contraddittorio dedotte in gravame, senza altra statuizione. - In via meramente subordinata, per tuziorismo, si chiede sia dichiarato che nulla deve Frenk snc a Masina srl per le ragioni esposte in narrativa. Spese legali rifuse”.

Della convenuta

“In via principale – giudizio rescindente, previa ogni opportuna declaratoria, respingere tutti i motivi di nullità proposti da Frenk S.n.c. in quanto nulli e/o inammissibili e/o improponibili e/o improcedibili e/o comunque infondati, con ogni pronuncia del caso, e comunque rigettare integralmente l'appello di controparte, perché infondato in fatto e in diritto, per tutti i motivi esposti in narrativa; In via subordinata – giudizio rescissorio, nella denegata ipotesi in cui codesta ecc.ma Corte adita ritenesse di procedere nel giudizio rescissorio: - rigettare l'eccezione di compensazione sollevata da Frenk S.n.c. perché improponibile e/o inammissibile e/o improcedibile e/o infondata; - previo accertamento dell'inadempimento contrattuale della stessa, condannare Frenk



S.n.c. al pagamento in favore di Masina S.r.l. della somma di € 37.650,00, oltre rivalutazione e interessi sino al saldo effettivo, a titolo di canoni d'affitto scaduti dal mese di giugno 2016 al mese di giugno 2017. Con vittoria di spese, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., diritti e onorari del presente giudizio e del giudizio innanzi all'Arbitro Unico”.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con lodo in data 11 luglio 2017 l'Arbitro Unico avv. Michele Vitello, nominato dal Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Brescia su istanza della Masina S.r.l., in forza di clausola compromissoria contenuta nel contratto di affitto di azienda in data 05 giugno 2006, nella contumacia della Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele, ha dichiarato risolto il predetto contratto di affitto per inadempimento di tale società, condannandola al pagamento della somma di € 37.650,00 a titolo di canoni di affitto scaduti dal giugno 2016 al giugno 2017, già al netto dell'importo di € 2.000,00 versato in acconto nel mese di dicembre 2016, oltre interessi e rivalutazione monetaria, oltre ad € 750,00 per spese legali; ha, altresì, accertato l'intervenuto recesso della concedente dal contratto di affitto d'azienda a far data dal 28 giugno 2017 a seguito della disdetta comunicata dalla Masina S.r.l. in data 28 dicembre 2016 ricevuta in data 30 dicembre 2016, intimando alla Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele la riconsegna di tutti i beni costituenti l'azienda ivi compreso l'immobile entro il



31 luglio 2017; ha posto a carico della Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele gli onorari e le spese della procedura arbitrale liquidate in € 1.000,00 oltre accessori di legge.

La Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele ha proposto impugnazione avverso tale lodo, chiedendo che ne venga disposta la sospensione della efficacia e che venga dichiarata la inesistenza o la nullità del procedimento arbitrale; in via subordinata, ha chiesto che venga accertato che nulla essa società deve a controparte.

Si è costituita la Masina S.r.l. opponendosi alla istanza di sospensione e chiedendo il rigetto in fase rescindente della impugnazione; in via subordinata, ha chiesto, in fase rescissoria, il rigetto ella eccezione di compensazione e, previo accertamento dell'inadempimento di controparte, la condanna della stessa al pagamento della somma di € 37.6509,00, oltre rivalutazione ed interessi, a titolo di canoni di affitto maturati dal giugno 2016 a giugno 2017, vinte le spese, anche ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ., della impugnazione.

Con ordinanza in data 22 novembre 2017 è stata disposta la sospensione della efficacia del lodo impugnato; con ordinanza emessa all'udienza del 14 marzo 2016 è stata rigettata la istanza di revoca o di revoca parziale della predetta ordinanza.

Quindi, all'udienza del 30 maggio 2018 i procuratori delle parti hanno precisato le conclusioni quali trascritte in epigrafe e la causa è stata posta in



decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'attrice deduce la nullità del lodo e di tutto il procedimento arbitrale per violazione del principio del contraddittorio ai sensi dell'art. 829 n. 9 cod. proc. civ.

Lamenta, innanzi tutto, la mancata comunicazione da parte della proponente della volontà di avvalersi della clausola compromissoria e di adire l'arbitro, nonché dei motivi e dei quesiti. Deduce che: è mancato l'atto introduttivo dell'arbitrato, che non può coincidere con la istanza di nomina dell'Arbitro Unico rivolta al Presidente dell'Ordine dei Commercialisti e non inviata ad essa neanche per conoscenza; è stata omessa la comunicazione dell'avvenuta nomina dell'Arbitro e delle domande svolte; l'Arbitro ha ordinato di precisare entro 10 giorni i quesiti, senza che essa avesse contezza delle domande azionate, ed ha consentito lo svolgimento del procedimento malgrado essa abbia denunciato le lamentate violazioni con comunicazione in data 28 giugno 2017.

Lamenta, altresì, che l'Arbitro non ha provveduto a verificare l'avvenuto rispetto del principio del contraddittorio e che ha ad essa ordinato di depositare gli scritti difensivi senza che essa fosse a conoscenza dell'oggetto e del contenuto del procedimento arbitrale.

Lamenta, infine, che l'Arbitro ha ad essa concesso un termine incongruo di 10



giorni per precisare i quesiti e svolgere le proprie domande, nonostante essa non avesse avuto conoscenza della instaurazione del giudizio.

Lamenta, infine, che il lodo è stato depositato l'11 luglio, prima dello scadere del termine del 23 luglio assegnato per il deposito di atti difensivi.

Il motivo è fondato.

E' incontestato che la istanza di nomina dell'Arbitro Unico formulata dalla Masina S.r.l. al Presidente dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Brescia non è stata notificata alla Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele.

La clausola compromissoria contenuta all'art. 17 del contratto di affitto di azienda per cui *“qualsiasi controversia dovesse insorgere tra le parti ad eccezione di quelle nelle quali la legge prevede l'intervento obbligatorio del Pubblico Ministero, dovrà essere risolta da un arbitro nominato dal presidente dell'Ordine dei commercialisti della Provincia di Brescia”*, diversamente da quanto esposto dalla società convenuta, non esenta la *“parte più diligente”*, che abbia formulato la richiesta, dall'onere di comunicare alla controparte la volontà di attivare il procedimento arbitrale rendendola edotta circa l'oggetto del procedimento.

La necessità di un *“atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per*



quanto le spetta, alla nomina degli arbitri” è prevista dalla legge 25/1994; tale legge, all’art.1 ha aggiunto all’art. 669 *octies* cod. proc. civ. il comma finale che, nel caso di provvedimento di accoglimento di provvedimento cautelare, richiede la notificazione di tale atto in luogo della introduzione del “giudizio di merito”; all’art. 25 ha riconosciuto a tale atto notificato valore interruttivo della prescrizione, sostituendo il quarto comma dell’art. 2943 cod. civ. e aggiungendo l’ultimo comma all’art. 2945 cod. civ.; all’art. 26, ha aggiunto agli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 cod. civ. il comma finale che prevede che *“alla domanda giudiziale è equiparato l’atto notificato con il quale una parte, in presenza di compromesso o clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri”*. La riforma introdotta in materia di arbitrato dal d.legs. 40/2006 non ha in alcun modo modificato la legge n. 2571994 che, come esposto, disciplina il contenuto e gli effetti della domanda di arbitrato (in termini cfr. Cass. 15445/2012 e i precedenti in essa citati). Diversamente da quanto dedotto da parte convenuta, la circostanza per cui, nel caso in esame, la nomina dell’arbitro non competeva alle parti ma al terzo (identificato nella clausola compromissoria nel Presidente dell’Ordine dei Commercialisti), non determina alcuna deroga alla necessità della notificazione della domanda di arbitrato (da effettuarsi mediante raccomandata con avviso di ricevimento: cfr. Cass. 7451/2012 e S.U. 627/2008): tale notificazione è necessaria per dare avvio al procedimento



arbitrale, enunciare alla controparte la intenzione di adire l'arbitro e proporre la domanda, mentre la designazione dell'arbitro è un contenuto soltanto eventuale di tale atto, potendo mancare allorquando tale nomina sia già contenuta nella clausola arbitrale ovvero sia rimessa, come nel caso di specie, ad un terzo. La domanda di arbitrato, da notificare alla controparte, quale atto distinto dalla domanda di arbitrato è, quindi, “*indefettibile*”: si tratta di un “*atto complesso, costituito da tre distinti nuclei: la manifestazione della pretesa, la dichiarazione di voler promuovere il procedimento arbitrale, la nomina degli arbitri se spetta*” (cfr. Cass. 15445/2012 e Cass. S.U. 9839/2011 da essa richiamata).

A tal fine, non è certo sufficiente la missiva del 31 gennaio 2017 con la quale, intimando il pagamento dei canoni di locazione scaduti, il procuratore della Masina S.r.l., qui suo difensore, ha preannunciato in modo generico che “*in caso di omesso pagamento il cliente agirà in tutte le sedi competenti per il recupero del credito anzidetto senza ulteriori avvisi*”, senza palesare la volontà di attivare il procedimento arbitrale né tanto meno specificare le domande che, poi, in esso sono state svolte (comprendenti non solo la condanna al pagamento dei canoni insoluti ma anche l'accertamento della legittimità del recesso per intervenuta scadenza), mancando il contenuto qualificante della domanda di arbitrato, nei termini innanzi descritti (intenzione di promuovere il procedimento, formulazione della domanda comprendente parti, *causa petendi e petitum* nonché designazione dell'arbitro)



necessario perché la domanda sia *“idonea a determinare l’inizio del procedimento arbitrale ed a produrre gli effetti propri di salvare l’efficacia del provvedimento cautelare ante causam, di interrompere la prescrizione e di determinare la trascrivibilità dell’atto”* (Cass. 17099/2013). Ove vi sia un mero atto di accesso privo di uno o più contenuti, il rispetto del principio del contraddittorio, la cui lesione è espressamente prevista quale motivo di nullità del lodo ai sensi dell’art. 829 n. 9 cod. proc. civ. invocato da parte attrice, rende necessario che, comunque, la parte sia messa in condizione di conoscere tempestivamente l’oggetto del procedimento arbitrale e le domande svolte al fine di predisporre adeguatamente le proprie difese. Nel caso in esame, come esposto, l’atto di accesso al procedimento arbitrale è consistito soltanto nella istanza di nomina dell’arbitro rivolta al Presidente dell’Ordine dei Commercialisti, senza che siano state comunicate alla controparte né la volontà di far luogo all’arbitrato né le domande da svolgersi in esso; a tale mancanza non ha ovviato l’Arbitro Unico il quale, redigendo il verbale di costituzione con il quale ha stabilito la sede dell’arbitrato, ha assegnato i termini per la precisazione delle quesiti e il deposito dei documenti nonché per il deposito delle memorie difensive, fissando la comparizione delle parti per il 22 giugno 2017, ma ha ommesso di fissare un termine per notificare le domande proposte svolte dalla Masina S.r.l. per consentire, nel rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento alla controparte di un’adeguata attività difensiva né ha dato atto di tali domande in seno al verbale di



costituzione nel quale si dà solo genericamente atto della esistenza di un controversia *“con riferimento al mancato pagamento dei canoni di affitto da parte della affittuaria a far data dal mese di giugno 2016 a fronte del contratto di affitto di azienda fra le parti sottoscritto e stipulato n data 05/06/2006”*.

Per le ragioni esposte, assorbenti rispetto ad ogni ulteriore profilo di violazione del principio del contraddittorio dedotto dall'attrice nell'atto di impugnazione, va dichiarata, ai sensi dell'art. 829 cod. proc. civ. n. 9, la nullità del lodo.

A tale pronuncia consegue la necessità di decidere nel merito la controversia ai sensi dell'art. 830 cod. proc. civ.: l'assunto di parte attrice circa il fatto che non dovrebbe farsi luogo alla fase rescissoria si fonda su principi di diritto esposti dalla Corte di cassazione nella già citata sentenza 15445/2012 avente, però, ad oggetto la impugnazione di un lodo emesso il 22 ottobre 2004, anteriormente, quindi, alla modifica di cui al d.leg.vo n. 40/2006 dell'art. 830 cod. proc. civ.: il secondo comma di tale norma ora prevede che *“se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art. 829, commi primo numeri 5),6),7),8),9), 11) e 12) , terzo quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato e ne hanno fatto concorde richiesta”*.

La decisione di merito, conseguente all'annullamento del lodo, deve



riguardare tutte le domande ed eccezioni devolute alla cognizione dell'Arbitro, ancorché non espressamente richiamate negli atti del giudizio di impugnazione; dall'esame del lodo (cfr. pg. 5) e dal contenuto della comparsa di risposta della Masina S.r.l. nel presente giudizio si ricava che le domande sono quella di accertamento dell'inadempimento della società attrice nel pagamento dei canoni di locazione relativi al contratto di affitto di azienda, con condanna al pagamento della somma di € 37.650,00 oltre rivalutazione ed interessi, nonché la domanda di accertamento della legittimità del recesso dal contratto di affitto di azienda con efficacia dal 27 giugno 2017. Orbene, in relazione alla domanda di declaratoria di legittimità del recesso, la società attrice non ha sollevato contestazioni di sorta; sicché va senz'altro dichiarata la legittimità del recesso comunicato dalla Masina S.r.l. per la scadenza del contratto del 28 giugno 2017, a seguito di disdetta comunicata in data 28/30dicembre 2017, con conseguente ordine alla società attrice di rilasciare immediatamente i beni costituenti il complesso aziendale oggetto del contratto di affitto intercorso tra le parti in data 05 giugno 2006.

Con riferimento alla domanda di condanna al pagamento dei canoni maturati dal giugno 2016 al giugno 2017, parte attrice, senza contestare il mancato pagamento, ha chiesto che venga accertato *“che nulla deve Frenk snc a Masina s.r.l.”*, deducendo di vantare un maggior credito di € 60.000,00, pari all'importo corrisposto a controparte a titolo di acconto in relazione ad un contratto preliminare di compravendita di ramo d'azienda mai perfezionatosi e



risolto per mutuo consenso, con conseguente asserito diritto alla restituzione dell'importo in questione e estinzione del credito azionato dalla Masina S.r.l. per i canoni scaduti per compensazione.

La domanda di accertamento negativo del credito azionato dalla Masina S.r.l. per intervenuta compensazione, non è meritevole di accoglimento.

Rileva la Corte che *“se è controversa, nel medesimo giudizio instaurato dal creditore principale, o in altro giudizio già pendente, l' esistenza del controcredito opposto in compensazione (art. 35 cod. proc. civ.) il giudice non può pronunciare la compensazione, né legale né giudiziale”* in quanto *“ i requisiti prescritti dall'art. 1243, primo comma, cod. civ., per la compensazione legale, e cioè l'omogeneità dei debiti, la liquidità, l'esigibilità e la certezza, devono sussistere necessariamente anche per la compensazione giudiziale, il secondo comma di detta norma si limita a consentire al giudice del credito principale di liquidare il controcredito opposto in compensazione soltanto se il suo ammontare è facilmente e prontamente liquidabile in base al titolo. Ma per esercitare questo potere discrezionale - esclusivo e specifico (Cass., 3 ottobre 2012, n. 16844, Cass., 4 dicembre 2010, n. 25272) - al fine di dichiarare la compensazione giudiziale, il controcredito deve essere certo nella sua esistenza e cioè non controverso. Se il controcredito è contestato, come prevede l' art. 35 cod. proc. civ., allora non è certo, e quindi non è idoneo ad operare come compensativo sul piano sostanziale, e l' eccezione di*



compensazione va respinta” (cfr. Cass. S.U. 23225/2016). Nel caso di specie, il credito opposto in compensazione relativo alla restituzione dell’importo di € 60.000,00 (corrisposto non già a titolo di acconto, come dedotto dall’attrice, ma di caparra confirmatoria, in forza del contratto preliminare in data 29 dicembre 2015), è stato contestato dalla Masina S.r.l. che, sin dalla comparsa di risposta, ha evidenziato che *“le pretese restitutorie di Frenk s.nc sono totalmente infondate”* deducendo che *“la mancata sottoscrizione del contratto definitivo di cessione di ramo d’azienda è da attribuirsi esclusivamente alla condotta inadempiente di Frenk S.n.c. la quale non ha né trasmesso la comunicazione prescritta a suo carico (invito alla stipula del rogito notarile: n.d.r.) né ha versato gli importi contrattualmente dovuti”*. La Masina S.r.l., costituendosi nel presente giudizio, ha richiamato l’art. 8 del contratto preliminare che *“qualificava il 30 aprile 2016 quale termine essenziale nell’interesse di parte venditrice al fine dell’adempimento del saldo del prezzo ... in assenza del quale il contratto si sarebbe risolto di diritto ai sensi dell’art. 1457 c.c. con legittimo incameramento della caparra confirmatoria”*. Tutte considerazioni che trovano riscontro nel testo contrattuale e in ordine alle quali, peraltro, la società attrice non ha preso in alcun modo posizione, neanche nella comparsa conclusionale.

Pertanto, va accolta la domanda di condanna della società attrice al pagamento della somma di € 37.650,00 con interessi legali dalla data di maturazione dei singoli canoni sino al soddisfo. Alcuna somma compete, invece, a titolo di



“*rivalutazione monetaria*”, essendo il debito relativo al pagamento del canone soggetto al principio nominalistico: “*il creditore di una obbligazione di valuta, il quale intenda ottenere il ristoro del pregiudizio da svalutazione monetaria, ha l'onere di domandare il risarcimento del "maggior danno" ai sensi dell'art. 1224, secondo comma, cod. civ., e non può limitarsi a domandare semplicemente la condanna del debitore al pagamento del capitale e della rivalutazione, non essendo quest'ultima una conseguenza automatica del ritardato adempimento delle obbligazioni di valuta*” (Cass. SU 5743/2015, Cass. 16565/2018).

Quanto alle spese, l’annullamento del lodo comporta la necessità di regolamentarle in relazione all’esito finale del giudizio: “*anche nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale trova applicazione il principio, desumibile dall'art. 336, comma 1, c. p. c., secondo cui la riforma, anche parziale, della sentenza di primo grado ha effetto sulle parti dipendenti dalla parte riformata (cd. "effetto espansivo interno") e determina, pertanto, la caducazione del capo che ha statuito sulle spese di lite; ne consegue che il giudice di appello ha il potere-dovere di rinnovare totalmente, anche d'ufficio, il regolamento di tali spese, alla stregua dell'esito finale della causa*” (Cass. 20399/2017).

Tenuto conto che nella fase rescindente l’impugnazione di parte attrice è stata accolta con annullamento del lodo ma nella fase rescissoria, in esito all’esame



del merito della controversia, le domande di parte convenuta hanno trovato integrale accoglimento, si prospetta una parziale reciproca soccombenza (che fa escludere la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 96 cod. proc. civ. invocato dalla convenuta), pur essendo la soccombenza della società attrice, comunque, prevalente. Pertanto, va disposta la compensazione nella misura di un quarto delle spese sia del giudizio arbitrale, sia del presente giudizio di impugnazione; parte attrice va, pertanto, condannata al pagamento in favore di parte convenuta dei restanti tre quarti di dette spese che si liquidano, per l'intero, quanto al giudizio arbitrale nella misura di € 750,00 già liquidata dall'Arbitro, quanto al presente giudizio come in dispositivo.

In applicazione del medesimo criterio, le spese relative al compenso dell'Arbitro Unico anch'esse liquidate nel lodo vanno poste definitivamente a carico dell'attrice nella misura di tre quarti e della società convenuta nella misura di un quarto.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Brescia – Prima Sezione Civile, definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) dichiara la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829 cod. proc. civ. n. 9 per violazione del principio del contraddittorio;
- 2) dichiara la legittimità del recesso comunicato dalla Masina S.r.l. per la scadenza del 28 giugno 2017, con conseguente ordine alla Frenk S.n.c. di



Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele di rilasciare immediatamente i beni costituenti il complesso aziendale oggetto del contratto di affitto intercorso tra le parti in data 05 giugno 2006;

- 3) rigetta la domanda di accertamento negativo del credito proposta da Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele e, in accoglimento della domanda proposta dalla Masina S.r.l. condanna la prima al pagamento in favore della seconda della somma di € 37.650,00 con interessi legali dalla data di maturazione dei singoli canoni sino al soddisfo;
- 4) dichiara compensate nella misura di un quarto le spese del giudizio arbitrale e del presente giudizio e, per l'effetto condanna la Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele al pagamento in favore della Masina s.r.l. dei restanti tre quarti di dette spese che liquida, per l'intero, quanto al giudizio arbitrale nella misura di € 750,00 già liquidata dall'Arbitro, e quanto al presente giudizio in € 1960,00 per la fase di studio € 1.350,00 per la fase introduttiva ed € 3.305,00 per la fase decisionale, oltre IVA CPA e rimborso forfetario come per legge;
- 5) pone le spese relative al compenso dell'Arbitro Unico liquidate nel lodo definitivamente a carico della Frenk S.n.c. di Franchini Fiorenzo & Franchini Daniele nella misura di tre quarti e della Masina S.r.l. nella misura di un quarto.



Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del 10 ottobre 2018.

Il Consigliere est.
dott. Vittoria Gabriele

Il Presidente
dott. Giuseppe Magnoli

