

La normativa tedesca sul contratto di agenzia dinanzi alle corti italiane

Sommario

1. Introduzione. – 2. Diritto comunitario. – 2.1. La direttiva 86/853/CEE. – 2.2. Limitazioni alla concorrenza. – 2.3. Il § 92 c HGB. – 3. Definizioni. – 3.1. L'agente di commercio. – 3.2. Il subagente. – 3.3. L'agente di zona. – 3.4. L'imprenditore. – 3.5. Il mediatore. – 3.6. Il commissionario. – 3.7. Il concessionario. – 4. Gli obblighi dell'agente di commercio. – 4.1. L'obbligazione caratteristica. – 4.2. Obbligo di tutela degli interessi dell'imprenditore. – 4.3. Osservanza delle istruzioni ricevute. – 4.4. Obbligo di informazione. – 4.5. Obbligo di conservazione e di consegna. – 4.6. Il criterio della diligenza ai sensi del § 86, comma 3 HGB. – 4.7. Inderogabilità. – 4.8. Obbligo di segretezza. – 4.9. Star del credere. – 5. Il patto di non concorrenza convenzionale. – 5.1. In generale. – 5.2. Contenuto. – 5.3. Limiti. – 5.4. Violazione. – 5.5. Effetti giuridici della violazione. – 5.6. Limitazioni della concorrenza. – 6. I poteri dell'agente di commercio. – 6.1. Rappresentanza passiva. – 6.2. Rappresentanza attiva. – 6.3. Procura a concludere i contratti. – 6.4. Riscossione di crediti. – 7. Gli obblighi dell'imprenditore. – 7.1. Il § 86 a HGB. – 7.2. Principio. – 7.3. Mezzi ausiliari alla vendita. – 7.4. Informazioni. – 7.5. Comunicazione. – 7.6. Patto di non concorrenza. – 7.7. Inderogabilità. – 7.8. Effetti giuridici della violazione di obblighi. – 8. Il diritto alla provvigione. – 8.1. In generale. – 8.2. Il sorgere del diritto alla provvigione. – 8.3. Estinzione del diritto. – 8.4. Provvigione riferita alla zona e alla clientela. – 8.5. Ammontare della provvigione. – 8.6. Scadenza. – 8.7. Rimborso delle spese. – 8.8. Liquidazione della provvigione. – 8.9. Estratto della contabilità. – 8.10. Diritto all'informazione. – 8.11. Ispezione dei libri contabili e di altri documenti. – 9. L'estinzione del contratto. – 9.1. Contratti a tempo determinato. – 9.2. Il recesso ordinario. – 9.3. Il recesso straordinario. – 9.4. La dichiarazione di recesso. – 10. Il diritto all'indennità. – 10.1. La norma del § 89 b HGB. – 10.2. Il sorgere del diritto. – 10.3. Calcolo dell'indennità. – 10.4. Limite massimo. – 10.5. Insussistenza del diritto. – 10.6. Inderogabilità. – 10.7. Morte dell'agente. – 10.8. Termine. – 11. Patto di non concorrenza dopo lo scioglimento del contratto. – 11.1. Requisiti per l'efficacia. – 11.2. Ammissibilità del patto. – 11.3. Durata massima. – 11.4. Indennità. – 11.5. Rinuncia. – 11.6. Liberazione. – 11.7. Effetti giuridici delle violazioni. – 12. Requisiti di forma. – 12.1. Principio della libertà di forma. – 12.2. Documento contrattuale (§ 85 HGB). – 12.3. Specifiche esigenze di forma. – 13. Prescrizione. – 13.1. Il § 88 HGB. – 13.2. Ambito di applicazione. – 13.3. Decorrenza del termine di prescrizione. – 13.4. Accordi derogatori. – 14. Il diritto delle obbligazioni in generale. – 14.1. Requisiti di forma. – 14.2. Condizioni generali di contratto. – 14.3. Cessione. – 14.4. Compensazione. – 14.5. Luogo dell'adempimento. – 14.6. Interessi. – 15. Diritto internazionale privato italiano. – 15.1. Fonti giuridiche del diritto delle obbligazioni internazionale. – 15.2. Libertà di scelta del diritto applicabile. – 15.3. Diritto applicabile in mancanza di scelta. – 15.4. Rinvio al diritto materiale. – 15.5. Ambito di applicazione della legge che regola il contratto. – 15.6. Applicazione delle norme imperative. – 15.7. Cessione. – 15.8. Compensazione. – 15.9. Rappresentanza volontaria. – 15.10. Forma. – 16. Questioni processuali. – 16.1. Il regolamento (CE) n. 44/2001 del 21.12.2000. – 16.2. Norme in materia di prove. – 16.3. Esecuzione. – Allegato.

1. Introduzione

Spesso le corti italiane affrontano questioni concernenti la normativa italiana sul contratto di agenzia¹. Le fattispecie a riguardo sono molteplici. Il presente contributo offre uno sguardo d'insieme sulle norme in tema di contratto di agenzia attualmente in vigore a seguito all'attuazione in Germania della direttiva 86/653/CEE del 18.12.1986, emanata dal Consiglio Europeo, contenute nei §§ 84 ss. del codice di commercio tedesco (*Handelsgesetzbuch* – HGB) e approfondisce alcuni aspetti del diritto delle obbligazioni tedesco, del diritto internazionale privato italiano e del diritto internazionale processuale, che assumono rilievo costante nei processi che vedono coinvolto l'agente di commercio².

* Il Dr. Herbert Asam è socio dello studio legale *Blume & Asam* (www.blume-asam.de) con sede a Monaco di Baviera e membro del consiglio direttivo della "*Deutsch-Italienische Juristenvereinigung e.V.*" (www.dijv.org). Il Dr. Karl Reiterer è avvocato a Bolzano ed è abilitato come Rechtsanwalt in Germania (Monaco di Baviera).

¹ Sull'applicazione della normativa italiana in materia di contratto di agenzia dinanzi alle corti tedesche: ASAM, *Italienisches Handelsvertreterrecht vor deutschen Gerichten*, in *Jahrbuch für italienisches Recht*, 15/16, Heidelberg 2003, S. 55 ff.; ASAM, *La normativa italiana sul contratto di agenzia dinanzi alle corti tedesche*, in *Annuario di diritto tedesco* a cura di S. Patti, 2001, Milano 2002, p. 287 ss.

² Il testo dei §§ 84 ss. HGB è riportato in allegato. Per il testo tedesco della direttiva 86/653/CEE: http://www.commercial-agent.at/recht_eu_hv_richtlinie.html; per il testo italiano della direttiva 86/653/CEE: http://europa.eu.int/eur-lex/it/search/search_oj.html.

2. Diritto comunitario

2.1. La direttiva 86/853/CEE

2.1.1. Attuazione

La riforma delle norme tedesche in materia di contratto di agenzia, in vigore dal 1.1.1990³, si fonda sulla *direttiva 86/853/CEE per il coordinamento delle norme giuridiche degli Stati membri riguardo all'agente di commercio autonomo*, del 18.12.1986⁴, a sua volta fortemente influenzata in materia dal diritto tedesco.

La direttiva in questione è stata attuata in tutti gli Stati membri⁵ e fa parte dello standard giuridico adottato anche dalla Norvegia, dall'Islanda e dal Liechtenstein nell'ambito dello Spazio Economico Europeo.

2.1.2. Interpretazione del diritto nazionale in conformità alla direttiva

In base all'art. 249, comma 3 del Trattato CE⁶, le corti nazionali sono tenute ad interpretare il diritto nazionale conformemente alle direttive comunitarie⁷. La Corte di giustizia europea estende notevolmente la portata di questo dovere, giungendo ad affermare l'inapplicabilità delle norme nazionali che si pongano in contrasto con la direttiva. Il dovere di interpretazione conforme riguarda per altro il diritto nazionale in generale e non soltanto le norme specificatamente finalizzate all'attuazione di una direttiva. Nel caso in cui sorgano dubbi sull'interpretazione di una disposizione contenuta in una direttiva, l'art. 234 del Trattato CE sancisce la competenza della Corte di Giustizia europea a pronunciarsi in via pregiudiziale. La richiesta della pronuncia pregiudiziale da parte della Corte costituisce un obbligo per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza ed un diritto per le altre Corti⁸.

Finora la Corte di Giustizia ha pronunciato tre sentenze su ricorsi presentati da Grecia e Italia, precisamente in merito agli artt. 7 e 13, n. 2 della direttiva⁹.

2.2. Limitazioni alla concorrenza

Il presente contributo non approfondirà le questioni relative al diritto della concorrenza. Tuttavia, in considerazione della crescente rilevanza delle norme europee in materia di concorrenza per i contratti di vendita transfrontalieri, si farà riferimento alle seguenti norme, che possono assumere importanza anche nei contratti di agenzia:

2.2.1. Art. 81, comma 1 Trattato CE.

L'art. 81, comma 1 del Trattato CE¹⁰ prevede che sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le

³ BGBl., I, p. 1910.

⁴ G.U.C.E. 1986 L 382, p. 17.

⁵ In Italia con il d.lgs. n. 303 del 10.9.1991; il d.lgs. n. 65 del 15.2.1999 e la legge n. 422 del 29.12.2000.

⁶ V. il testo in allegato.

⁷ Corte di giustizia europea, 13.11.1990 – Rs. C 106/89 Marleasing/Comercial Internacional de Alimentación –, in *EuGHE*, 1990, I, 4135.

⁸ Sulla pronuncia in via pregiudiziale : HAKENBERG, in *ZIP*, 1995, 1865.

⁹ Corte di giustizia europea, 12.12.1996 – Rs. C-104/95 Kontogeorgas/Kartonpak, in *EuGHE*, 1996, I, 6643; Corte di giustizia europea, 30.4.1998 – Rs. C-215/97 Bellone/Yokohama, in *EuGHE*, 1998, I, 2191, e in *JZ*, 1998, 1112; Corte di giustizia europea, 13.7.2000 – Rs. C-456/98 Centrosteel /Adipol, in *NJW*, 2000, 3267, 3268.

¹⁰ Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel:

- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione,
- b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti,
- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento,

pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il “gioco” della concorrenza all'interno del mercato comune.

2.2.2. Il regolamento (CE) n. 2790/1999 del 22.12.1999 relativo all'esenzione per categoria¹¹.

Tale regolamento è entrato in vigore il 1.1.2000, sostituendo, come previsto nell'art. 12, 1 a partire dal 1.6.2000, le esenzioni previste dai regolamenti CEE n. 1983/83¹², n. 1984/83¹³ e n. 4087/88¹⁴ della Commissione.

2.2.3. Linee guida della Commissione per l'anno 2000 in riferimento alle restrizioni verticali¹⁵.

I numeri da 12 a 20 delle linee guida della Commissione dell'anno 2000 per le restrizioni verticali hanno sostituito la Comunicazione della Commissione del 1962 relativa alla rappresentanza esclusiva stipulata con rappresentanti di commercio¹⁶.

2.2.4. Comunicazione dell'anno 2001 della Commissione sugli accordi di importanza minore¹⁷.

La comunicazione della Commissione sugli accordi di importanza minore che, ad avviso della Commissione, non limitano sensibilmente la concorrenza (*de minimis*) ex art. 81, comma 1, Trattato CE, ha sostituito la precedente Comunicazione sugli accordi di importanza minore, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, serie C, numero 372 del 9.12.1997.

2.3. Il § 92 c HGB

Qualora l'agente di commercio, secondo gli accordi contrattuali, non svolga la sua attività all'interno del territorio della Comunità Europea o degli altri Stati aderenti al Trattato sullo spazio economico europeo, le parti, in base al § 92 c HGB, potranno derogare a tutte le disposizioni normative sul contratto di agenzia, e quindi, in modo particolare, anche a quelle imperative contenute nei §§ 84 ss. HGB,¹⁸

Il § 92 c HGB non è una norma di collisione secondo il diritto internazionale privato¹⁹ e si limita semplicemente ad esonerare le parti dall'osservanza delle disposizioni imperative previste dalla normativa tedesca in materia di contratto di agenzia e a presupporre l'applicabilità del diritto tedesco in base alle norme internazional-privatistiche.

Presupposto per l'applicabilità del § 92 c HGB è che l'attività dovuta in base al contratto sia svolta in modo esclusivo al di fuori della CE e dello Spazio economico europeo. A tale proposito risulta decisivo il luogo di svolgimento dell'obbligazione principale e quindi dell'attività di mediazione o di conclusione di contratti.

Ove ricorrano i requisiti per l'applicabilità del § 92 c HGB, le parti hanno piena autonomia contrattuale rispetto alle disposizioni contenute nei § 84 ss. HGB. Di notevole rilievo pratico

d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza,

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

¹¹ G.U.C.E. L 336 del 29.12.1999, p. 21 ss.

¹² G.U.C.E. L 173 del 30.6.1983, p. 1 ss.

¹³ G.U.C.E. L 173 del 30.6.1983, p. 5 ss.

¹⁴ G.U.C.E. L. 359 del 28.12.1988, p. 46 ss.

¹⁵ G.U.C.E. C 291 del 13.10.2000, p. 1 ss.

¹⁶ G.U.C.E. 139 del 24.12.1962, p. 2921 ss.

¹⁷ G.U.C.E. C 372 del 22.12. 2001, p. 13 ss.

¹⁸ Attualmente: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia nonché Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

¹⁹ KINDLER, in *R/W*, 1990, 363.

risulta la possibilità di escludere il diritto all'indennità sancito al § 89 b *HGB*. In ogni caso, le altre norme imperative del diritto tedesco e del Trattato CE non possono essere derogate²⁰.

3. Definizioni

3.1. L'agente di commercio

Mentre il diritto italiano definisce all'art. 1742 c.c. il contratto di agenzia, il diritto tedesco adotta una definizione dell'agente di commercio che coincide in gran parte con quella contenuta nella direttiva. Secondo il § 84, comma 1, primo periodo, *HGB* ... "è agente di commercio chi assume stabilmente l'incarico di promuovere affari per un altro imprenditore (imprenditore) o di concluderli in suo nome quale professionista indipendente".

Il concetto di "indipendenza" è definito al § 84, comma 1, secondo periodo *HGB*, in base al quale "è indipendente colui che in sostanza può organizzare in modo libero la propria attività e il proprio orario di lavoro". Rileva quindi l'indipendenza personale e non quella economica e decisive in merito sono la formulazione contrattuale nel suo insieme e l'applicazione effettiva²¹. La definizione legale di cui al § 84, comma 1 *HGB* coincide con i concetti elaborati dalla giurisprudenza italiana²².

L'attività svolta dall'agente di commercio deve essere finalizzata alla conclusione di contratti e non si limita alla prova della possibilità di addivenire ad una stipula, all'intrattenimento di rapporti con i clienti²³, o all'attività pubblicitaria²⁴. È invece decisivo che sia promossa la conclusione di contratti intervenendo direttamente sui terzi²⁵, nel qual caso sarà sufficiente che l'intervento dell'agente fornisca un contributo causale²⁶ alla conclusione del contratto, non rilevando che l'agente partecipi personalmente all'avviamento dell'affare²⁷.

La formulazione "incarico stabile" indica la sussistenza di un *obbligo* permanente dell'agente ad adoperarsi per l'imprenditore²⁸. E' sotto questo particolare aspetto che si denota la differenza essenziale dell'agente dalla figura del mediatore.

3.2. Il subagente

La dottrina tedesca distingue tra il subagente „proprio“ e quello „improprio“²⁹.

3.2.1. Il subagente proprio

Il subagente proprio opera direttamente per l'agente di commercio ("agente generale" o "agente principale") dell'imprenditore. Come nel diritto italiano³⁰, il contratto stipulato fra agente principale e subagente è soggetto alla normativa sul contratto di agenzia. Il subagente è un ausiliario dell'agente principale ai sensi del § 278 *BGB*³¹ e, pertanto, l'agente principale risponde direttamente degli atti addebitabili all'inadempimento del subagente.

In base alle norme del diritto internazionale privato, i contratti conclusi tra il preponente (ad es. tedesco) e l'agente principale (ad es. italiano) da un lato, e tra l'agente principale (ad es. italiano) e il subagente (ad es. italiano) dall'altro lato, possono essere soggetti a regimi

²⁰ OLG München, in *IPRax*, 1997, 44 con nota di FUCHS, in *IPRax*, 1997, 32.

²¹ BverfG, 25.10.1977, in *NJW*, 1978, 365; BGH, 22.6.1972, in *NJW*, 1972, 1662, e in *BGHZ*, 59, 87 ss., 93, e in *BB*, 1972, 938.

²² Cass. 8.10.1983, n. 5849; Cass. 5.1.1984, n. 35; Cass. 23.2.1999, n. 1553, in *Orient. giur. lav.* 1999, I, 421; ASAM, *La normativa italiana sul contratto di agenzia dinanzi alle corti tedesche*, in *Annuario di diritto tedesco* a cura di S. Patti, 2001, Milano 2002, p. 289.

²³ BGH, 19.5.1982, in *NJW*, 1983, 42.

²⁴ BGH, 1.12.1983, in *NJW*, 1984, 2695.

²⁵ BGH, 19.5.1982, in *NJW*, 1983, 43.

²⁶ BGH, 8.2.1980, in *NJW*, 1980, 1793.

²⁷ BGH, 22.6.1972, in *NJW*, 1972, 1662, e in *BGHZ*, 59, 93, e in *BB*, 1972, 938: intervento di un subagente.

²⁸ BGH, 22.6.1972, in *NJW*, 1972, 1662, e in *BGHZ*, 59, 93, e in *BB*, 1972, 938.

²⁹ KOLLER/ROTH/MORCK, *HGB*, 3a ed., 2002, numero 7, 8 al § 84 *HGB*.

³⁰ Cass. sez. lav., 7.6.1999, n. 5577.

³¹ BGH, 22.6.1972, in *NJW*, 1972, 1662, e in *BGHZ*, 59, 92, e in *BB*, 1972, 938.

obbligatorie differenti³². Nell'ottica dell'armonizzazione dei rapporti giuridici, occorre tener conto di questo aspetto, in particolare al momento della stipulazione del contratto tra l'agente principale e il subagente.

3.2.2. Il subagente improprio

Il subagente improprio ha un rapporto contrattuale diretto con l'imprenditore, il quale affida ad uno dei suoi agenti di commercio ("*agente generale*") poteri direttivi e mansioni di coordinamento nel rapporto con gli altri agenti.

3.3. L'agente di zona

Secondo la normativa italiana, l'agente di commercio è un "vero e proprio" agente di zona. L'assegnazione di una determinata zona e le conseguenze di tale assegnazione, quali ad esempio il diritto di esclusiva (art. 1743 c.c.) e il diritto alla provvigione per gli affari conclusi direttamente dall'imprenditore (art.1748, comma 2 c.c.), rappresentano un "elemento naturale" del contratto di agenzia come si desume dall'art. 1742, comma 1 c.c.³³.

La situazione è differente nel diritto *tedesco*, laddove l'assegnazione di una determinata zona o di una determinata clientela richiede un accordo specifico, che può venire in essere anche per fatti concludenti. L'assegnazione di una determinata zona o clientela, tuttavia, non implica ancora la concessione di un diritto di esclusiva o di una rappresentanza esclusiva³⁴, che tutelano l'agente di commercio da affari conclusi direttamente dall'imprenditore o da attività di concorrenza svolte da altri agenti di commercio.

3.4. L'imprenditore

La nozione di „*imprenditore*” impiegata nel § 84, comma 1 *HGB* è diversa da quella adottata nel § 14 *BGB*, come introdotta con la “legge per la modernizzazione del diritto delle obbligazioni”, in vigore dal 1.1.2002. La nozione di imprenditore del § 84, comma 1 *HGB* deve essere interpretata estensivamente³⁵ e ricomprende sia i commercianti che i liberi professionisti e gli enti pubblici³⁶.

3.5. Il mediatore

Il diritto tedesco disciplina il *mediatore civile* e il *mediatore commerciale*.

3.5.1. Il mediatore civile

L'attività del mediatore civile è definita nei §§ 652 ss. *BGB*. Per mediatore civile si intende colui che, senza stabile incarico, promuove la conclusione di contratti dietro provvigione, o che dimostra di aver creato le basi per una possibile stipula.

3.5.2. Il mediatore commerciale

L'attività del mediatore commerciale è disciplinata dai §§ 93 ss. *HGB*. In base al § 93, comma 1 *HGB* è mediatore commerciale colui che promuove, a titolo professionale e per conto di terzi, la conclusione di contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la vendita di merci, di titoli o di altri beni commerciabili senza aver ricevuto da detti terzi un incarico stabile per tale attività di promozione³⁷. La nozione di mediatore commerciale è meno ampia rispetto a

³² Cfr. il paragrafo 15.

³³ Cass., sez. lav., 28.4.1992, n. 5083, in *Arch. civ.*, 1992, 1179 con nota di Alibrandi.

³⁴ BGH, 18.11.1957, in *NJW*, 1958, 180, in *BB*, 1957, 1250.

³⁵ BGH, in *BGHZ*, 43, 111.

³⁶ In *BGHZ*, 43, 111; sulla qualità di imprenditore attribuita ad un ente di diritto pubblico in Italia: Cass., 23.4.1985, n. 2691.

³⁷ Per la delimitazione rispetto all'agente di commercio: BGH, 1.4.1992, in *NJW*, 1992, 2818.

quella di mediatore civile, in quanto rilevano unicamente gli affari effettivamente conclusi con l'intervento del mediatore commerciale e non la prova della possibilità di addivenire ad una stipula. L'attività di promozione del mediatore commerciale può riguardare esclusivamente beni commerciabili (ad es. merci, titoli, operazioni bancarie, assicurazioni, diritti di marchio, trasporto di merci, noleggio di navi) e deve essere svolta a titolo professionale.

3.6. Il commissionario

La disciplina sul commissionario è contenuta nei §§ 383 ss. *HGB*, in base ai quali è definito commissionario colui "che a titolo professionale acquista o vende beni o titoli per conto di un terzo (del committente) e in nome proprio". Questa previsione coincide con quanto stabilito all'art. 1736 c.c. La conclusione del negozio "in nome proprio" distingue il commissionario dall'agente di commercio

3.7. Il concessionario

3.7.1. La nozione

L'attività del concessionario, che opera in nome proprio e per conto di terzi, non è disciplinata né dal diritto italiano né da quello tedesco. Il contratto stipulato tra il produttore e il concessionario rappresenta un accordo quadro di durata, con cui il concessionario viene inserito nella rete distributiva del produttore³⁸. La dottrina e la giurisprudenza italiane condividono questo concetto³⁹. A differenza del contratto di agenzia, secondo la giurisprudenza italiana, il "diritto di esclusiva" non rientra tra gli elementi naturali del contratto di concessione⁴⁰ e, anche in base al diritto tedesco, questo contratto non richiede il conferimento di un diritto di esclusiva, o di un diritto di rappresentanza esclusiva con tutela della zona⁴¹.

3.7.2. Applicazione in via analogica delle norme in materia di contratto di agenzia

La giurisprudenza tedesca applica, in via analogica, le norme sul contratto di agenzia al contratto di concessione qualora, tenuto conto del contenuto del contratto e delle modalità di esecuzione dello stesso, la posizione giuridica del concessionario si avvicini sensibilmente a quella dell'agente di commercio⁴². Deve trattarsi di un rapporto contrattuale che superi i confini della mera relazione venditore-acquirente. Il concessionario deve essere inserito nella rete distributiva del produttore, sì da occupare una posizione in gran parte equiparabile a quella di un agente di commercio⁴³. Una simile equiparazione è rinvenibile, in concreto, ove l'imprenditore abbia il potere di controllare o sorvegliare il concessionario⁴⁴, o quando sul concessionario incombono concreti obblighi di vendita e di rendiconto⁴⁵, o quando al concessionario sia stato imposto un patto di non concorrenza⁴⁶.

Assume particolare rilievo economico l'applicazione in via analogica al contratto di concessione del § 89 b *HGB*, concernente l'indennità dell'agente di commercio. A differenza della giurisprudenza italiana⁴⁷, i giudici tedeschi riconoscono, in materia di indennità, l'applicabilità in via analogica delle norme sul contratto di agenzia al contratto di

³⁸ BAUMBACH/HOPT, *HGB*, 30a ed., 2000, numero 43 al § 84 HGB.

³⁹ BALDI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2001, p. 77 ss.; Cass., 22.2.1999, n. 1469; ASAM (nota 22) p. 292.

⁴⁰ Cass., 21.7.1994, n. 6819; BALDI (nota 39) p. 86 ss.

⁴¹ BGH, 25.3.1982, in *NJW*, 1982, 2819.

⁴² BGH, 8.6.1988, in *NJW-RR*, 1988, 1305.

⁴³ BGH, in *ZIP*, 1987, 1385.

⁴⁴ BGH, 7.11.1991, in *NJW-RR*, 1992, 421, 422.

⁴⁵ BGH, 10.2.1993, in *NJW-RR*, 1993, 678, 679.

⁴⁶ BGH, 14.4.1983, in *NJW*, 1983, 2877, 2878.

⁴⁷ Cass., 21.6.1974, n. 1888, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, 1290; App. Cagliari, 2.12.1988 in *Riv. Giur. Sarda*, 1991, 627 con nota di Luminoso. Per l'applicazione in via analogica del diritto all'indennità: BALDI (nota 39), p. 104, 105.

concessione⁴⁸. Oltre ai criteri precedentemente indicati, l'applicazione in via analogica del § 89 b *HGB* presuppone che, sulla base degli accordi raggiunti con il produttore, il concessionario sia *contrattualmente obbligato*⁴⁹ a trasferire, al più tardi al momento della cessazione del contratto, la propria clientela al produttore, in modo che questi possa godere immediatamente dei vantaggi offerti da una clientela stabile⁵⁰. Quest'obbligo contrattuale può essere adempiuto già durante il contratto⁵¹. Per quantificare l'indennità spettante al concessionario la giurisprudenza tedesca ha elaborato appositi criteri⁵².

4. Gli obblighi dell'agente di commercio

4.1. L'obbligazione caratteristica

La prestazione caratteristica dell'agente di commercio consiste nella *promozione* di affari per conto dell'imprenditore. Il § 86, comma 1 *HGB* stabilisce che l'agente di commercio deve adoperarsi per la promozione e la conclusione di affari per l'imprenditore. Tale previsione corrisponde essenzialmente a quanto stabilito dagli artt. 3 e 5 della direttiva e dall'art. 1742, comma 1 c.c. Se l'attività dell'agente ha esito positivo, e quindi se il contratto viene concluso, l'agente, ai sensi del § 87 *HGB*, ha diritto alla retribuzione: la provvigione. Sull'agente di commercio incombe inoltre una serie di altri obblighi.

4.2. Obbligo di tutela degli interessi dell'imprenditore

Secondo il § 86, comma 1, seconda metà del primo periodo *HGB*, l'agente di commercio, nello svolgimento della sua attività di promozione, deve tutelare gli interessi dell'imprenditore. Tale previsione corrisponde al contenuto dell'art. 3 n. 1 della direttiva e dell'art. 1746, comma 1, primo periodo c.c.

L'obbligo di tutela degli interessi si riferisce alla complessiva attività dell'agente di commercio e non solo alla sua attività di promozione. L'agente di commercio deve favorire gli interessi dell'imprenditore ed astenersi da tutto ciò che sia in contrasto con essi⁵³.

Espressioni particolari dell'obbligo di tutela degli interessi sono l'obbligo di informazione e di comunicazione ai sensi del § 86, comma 2 *HGB*, l'obbligo di segretezza ai sensi del § 90 *HGB*, l'obbligo di informazione e di rendiconto ai sensi del § 666 *BGB*, l'obbligo di osservare le istruzioni ricevute ai sensi del § 665 *BGB* e il patto di non concorrenza.

4.3. Osservanza delle istruzioni ricevute

Sia in base all'art. 1746, comma 1, prima metà del secondo periodo, che in base all'art. 3, comma 2 c della direttiva, l'agente di commercio deve attenersi alle istruzioni ricevute dall'imprenditore. Per quanto concerne il diritto tedesco, quest'obbligo discende indirettamente dalla disposizione sul mandato contenuta nel § 665 *BGB*, applicabile al contratto di agenzia, in quanto contratto di mandato ai sensi del § 675 *BGB*, e disciplina il diritto del mandatario a derogare alle istruzioni. Il potere direttivo dell'imprenditore può essere espressamente previsto nel contratto di agenzia e trova i propri limiti nell'autonomia dell'agente, riconosciuta dal § 86, comma 1 *HGB*.

⁴⁸ Tra le numerose sentenze, v.: BGH, 11.12.1958, in *NJW*, 1959, 144, e in *BGHZ*, 29, 83; BGH, 20.2.1981, in *NJW*, 1981, 1961; BGH, 3.3.1983, in *NJW*, 1983, 1789; BGH, 6.2.1985, in *NJW*, 1985, 3076; BGH, 1.12.1993, in *NJW*, 1994, 657, e in *BB*, 1994, 241; BGH, 27.3.1996, in *NJW*, 1996, 1752, in *BB*, 1996, 1026; BGH, 17.4.1996, in *NJW*, 1996, 2159, e in *BB*, 1996, 1458; BGH, 11.12.1996, in *NJW*, 1997, 655, e in *BB*, 1997, 222; BGH, 26.2.1997, in *NJW* 1997, 1503, e in *BGHZ*, 135, 14; BGH, 26.11.1997, in *NJW-RR*, 1998, 390; nella dottrina v. VELTINS, in *NJW*, 1984, 2063 ss.; STUMPF, in *NJW*, 1998, 12 ss.

⁴⁹ Non è sufficiente la cessione su propria iniziativa.

⁵⁰ BGH, 10.2.1993, in *NJW-RR*, 1993, 678, 680.

⁵¹ BGH, 6.10.1993, in *NJW-RR*, 1994, 99, 100.

⁵² Cfr., per tanti: BGH, 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 66, 71.

⁵³ BGH, 18.6.1964, in *NJW*, 1964, 1621, e in *BGHZ*, 42, 61.

4.4. Obbligo di informazione

Secondo il § 86, comma 2 *HGB*, l'agente di commercio "deve fornire all'imprenditore le informazioni necessarie, e in particolare deve informarlo senza indugio della promozione e della conclusione di ogni affare". "Senza indugio" significa, secondo la definizione legale sancita dal § 121, comma 2, primo periodo *BGB*, „senza colpevole ritardo“.

Rientrano tra gli obblighi di informazione in senso ampio, incombenti sull'agente di commercio, l'obbligo di ragguagliare l'imprenditore su dubbi in merito alla solvibilità del cliente nonché l'obbligo di informare l'imprenditore sulle condizioni del mercato all'interno della zona contrattuale.

4.5. Obbligo di conservazione e di consegna

Dall'obbligo di tutela degli interessi previsto dal § 86, comma 1 *HGB* discende il dovere dell'agente di conservare accuratamente i documenti messi a sua disposizione, come ad esempio i campionari, i disegni, i listini prezzi, il materiale pubblicitario e le liste clienti e di restituirli al più tardi all'atto di cessazione del contratto.

Tutto ciò che l'agente riceve nello svolgimento della propria attività – per esempio denaro riscosso dai clienti o eventuali tangenti⁵⁴ – va consegnato al preponente ai sensi del § 667 *BGB*.

Diversamente da quanto previsto nel diritto italiano⁵⁵, l'agente non può compensare con provvigioni esigibili a lui dovute, i crediti vantati dall'imprenditore per la consegna del danaro riscosso legittimamente o illegittimamente dai clienti⁵⁶.

4.6. Il criterio della diligenza ai sensi del § 86 comma 3 *HGB*

Il § 86, comma 3 *HGB*, stabilisce che l'agente deve "adempiere i suoi obblighi con l'ordinaria diligenza del commerciante medio".

Qualora l'agente violi colposamente i doveri sanciti dal § 86 *HGB*, l'imprenditore ha diritto al risarcimento dei danni in base ai §§ 280 ss. *BGB*.

Se ricorrono i presupposti stabiliti dal § 89 a, comma 1 *HGB* in combinato disposto con il § 314 *BGB*, e quindi in caso di inadempimento particolarmente grave, l'imprenditore può risolvere il contratto per giusta causa senza dover rispettare il termine di preavviso e può richiedere ai sensi del § 89 a, comma 2, *HGB* il risarcimento del danno derivante dalla risoluzione del contratto.

4.7. Inderogabilità

Il § 86 comma 4 *HGB* sancisce l'inderogabilità dei doveri di cui ai commi 1 e 2, § 86.

4.8. Obbligo di segretezza

Il § 90 *HGB* prevede, quale espressione particolare dell'obbligo di tutela degli interessi, il dovere dell'agente di non utilizzare o divulgare i segreti commerciali e aziendali dell'imprenditore che gli siano stati comunicati o di cui l'agente sia venuto a conoscenza nell'esercizio della sua attività (specifici metodi di produzione, documenti di calcolo, fornitori, offerte, nominativi dei clienti, ecc.).

L'obbligo di segretezza dell'agente non è soggetto a termine e non viene meno con la cessazione del rapporto contrattuale⁵⁷, ma non deve costituire per questo un ostacolo eccessivamente gravoso al prosieguo della vita professionale dell'agente. Occorre, pertanto, bilanciare gli interessi di entrambe le parti. Secondo la giurisprudenza, ad esempio,

⁵⁴ BGH, 18.12.1990, in *NJW*, 1991, 1224 (tangenti pagate ad un prestanome del soggetto incaricato).

⁵⁵ BALDASSARI, *Il Contratto di Agenzia*, Padova 2000, p. 91.

⁵⁶ KÜSTNER/THUME, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, vol. 1, 3a edizione, 2000, numero 1853; OLG Hamm, 12.8.1993, in *NJW-RR*, 1993, p. 158, 159.

⁵⁷ BGH, 28.1.1993, in *ZIP*, 1993, 703, 704; KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 530.

costituisce violazione dell'obbligo di segretezza la trasmissione delle liste clienti al nuovo proponente⁵⁸. Nel contempo, tuttavia, deve riconoscersi all'agente la possibilità di continuare ad intrattenere rapporti con i propri clienti⁵⁹.

Nel caso di violazione colposa dell'obbligo di segretezza, l'imprenditore ha diritto al risarcimento dei danni se ricorrono i presupposti previsti dai §§ 280 ss. *BGB*.

In presenza dei requisiti stabiliti dal § 89 a, comma 1 *HGB* in combinato disposto con il § 314 *BGB*, e quindi in caso di inadempimento particolarmente grave, l'imprenditore può risolvere il contratto per giusta causa senza dover rispettare il termine di preavviso e chiedere in base al § 89 a, comma 2, *HGB* il risarcimento del danno derivante dalla risoluzione del contratto.

4.9. Star del credere

4.9.1. Ammissibilità

Come sopra esposto al paragrafo 4.4., l'agente è tenuto ad accertare la solvibilità dei clienti e a informare l'imprenditore nel caso sussistano dubbi in merito.

L'agente può altresì obbligarsi a garantire l'adempimento dell'obbligazione derivante da un contratto a prescindere da sua colpa. Le parti sono libere di pattuire lo star del credere sotto forma di un contratto di garanzia, o di un acollo cumulativo o di una fideiussione.

Il diritto tedesco non disciplina un divieto generale dello star del credere analogo a quello sancito dall'art. 1746, comma 3, primo periodo c.c.⁶⁰.

4.9.2. Requisiti di ammissibilità

Ai sensi del § 86 b, comma 1, secondo periodo *HGB*, l'obbligo può essere assunto soltanto per un *determinato* affare, anche futuro, che non deve essere necessariamente promosso o concluso dall'agente, o per affari futuri con *determinati* terzi, che l'agente di commercio deve promuovere o concludere.

A differenza dell'art. 1746, comma 3 c.c., che limita l'ammontare dell'obbligo di garanzia, e quindi del rischio finanziario⁶¹ assunto dall'agente, all'importo della provvigione che per quell'affare l'agente stesso avrebbe diritto di percepire, il § 86 b *HGB* non prevede alcun limite di responsabilità.

4.9.3. Forma scritta

Diversamente dall'art. 1746, comma 3 c.c., che non prescrive una forma specifica alla pattuizione dello star del credere, il § 86 b, comma 1, terzo periodo *HGB* sancisce la necessità della forma scritta per l'assunzione della responsabilità⁶².

4.9.4. Provvigione per lo star del credere

Il § 86 b, comma 1, primo periodo *HGB* prevede che l'agente che assume la responsabilità derivante dallo star del credere abbia diritto a uno speciale compenso inderogabile e ulteriore alla normale provvigione: la provvigione per lo star del credere. Secondo il § 86 b, comma 2 *HGB* il diritto alla provvigione per lo star del credere sorge con la conclusione dell'affare. Se l'ammontare della provvigione non è pattuito o risulta iniquo, sarà determinato "secondo gli usi" ai sensi del § 87 b, comma 1 *HGB*⁶³.

⁵⁸ OLG Koblenz, in *NJW-RR*, 1987, 98.

⁵⁹ BGH, 28.1.1993, in *ZIP*, 1993, 703, 704.

⁶⁰ Introdotto con legge n. 526 del 21.12.1999, in vigore dal 2.2.2000.

⁶¹ Per quanto concerne il rischio finanziario legato all'applicazione dell'art. 81, comma 2, Trattato CE ad un contratto di agenzia e la classificazione di un contratto come contratto di agenzia „proprio“ o „improprio“, cfr. la comunicazione della Commissione („linee guida per restrizioni verticali“) in *GUCE* 291 del 13.10.2000, p. 1 ss. numeri 12 ss., 16 concernente il regolamento (CE) n. 2790/1999 del 22.12.1999 relativo all'esenzione per categoria, in *G.U.C.E. L* 336 del 29.12.1999, S. 21; sul tema PUKALL, in *NJW*, 2000, 1375 ss.

⁶² Cfr. il paragrafo 14.1.

⁶³ Cfr. il paragrafo 8.4.

4.9.5. Eccezioni

Il § 86 b comma 3 *HGB* prevede due *eccezioni* nelle quali il comma 1 e i suoi requisiti di ammissibilità e di individuazione della provvigione non trovano applicazione:

4.9.5.1. Affari esteri

Ai sensi del § 86 b, comma 3, primo periodo *HGB* lo star del credere può essere pattuito senza limitazione alcuna se il proponente o il terzo (cliente) ha la propria sede “*all'estero*”. In tal caso, per legge, non sorge in capo all'agente un diritto alla provvigione, né deve rispettarsi il requisito della determinatezza, né è necessario che l'assunzione di responsabilità risulti da forma scritta.

Rimane incerto il significato di “*all'estero*”: dovrebbe intendersi che l'imprenditore o il cliente devono avere la propria sede al di fuori dell'ambito di applicazione del *HGB*, vale a dire al di fuori della Germania⁶⁴. Il rapporto contrattuale deve tuttavia essere disciplinato dal diritto tedesco.

4.9.5.2. Pieni poteri

Ai sensi del § 86 b, comma 3 secondo periodo *HGB* lo star del credere è ammesso senza alcun limite anche per affari per la cui conclusione ed esecuzione l'agente gode di pieni poteri. Ciò comporta piena autonomia dell'agente nel concludere contratti in merito alla scelta del cliente, al contenuto del contratto, alla concessione di credito, alla pattuizione di sconti, alla liquidazione dei vizi, ecc.

5. Il patto di non concorrenza convenzionale

5.1. In generale

La normativa tedesca in materia di contratto di agenzia non presenta alcuna disposizione di legge che preveda un esplicito patto di non concorrenza a carico dell'agente. Tuttavia dall'obbligo di tutela degli interessi sancito dal § 86, comma 1 *HGB*, la giurisprudenza deduce che, in virtù di legge, l'agente non può svolgere alcuna attività di concorrenza che potrebbe pregiudicare gli interessi del proponente⁶⁵.

Le parti possono concordare contrattualmente un contenuto del patto di non concorrenza più ampio di quello legale e l'imposizione all'agente di limitazioni più ampie. Nei contratti di agenzia si rinviene spesso una clausola che prevede l'obbligo dell'agente di chiedere il consenso dell'imprenditore prima di assumere altre rappresentanze, sebbene questa assunzione sia di per sé consentita dalla legge.

5.2. Contenuto

Il patto di non concorrenza è limitato a merci e servizi che siano in concorrenza tra loro. E' di importanza decisiva stabilire se i clienti contattati considerino i prodotti sostituibili, o se possano acquistare merci o servizi del concorrente anziché quelli offerti dall'imprenditore.

Per quanto concerne l'ambito territoriale, il patto interessa l'*intera* zona di vendita dell'imprenditore e quindi non solo quella assegnata all'agente⁶⁶.

⁶⁴ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH, *HGB*, vol. 1, 1a ed., 2001, 3 86 b *HGB*, numero 25; MASING, in *BB*, 1995, 2589, 2594.

⁶⁵ BGH, 25.9.1990, in *NJW*, 1991, 490, e in *BGHZ*, 112, 221.

⁶⁶ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 19 a § 86 *HGB*; BGH, 19.11.1976, in *MDR*, 1977, 289,290.

5.3. Limiti

La giurisprudenza più recente afferma che non esiste un “vero e proprio patto di non concorrenza contemplato esaurientemente dalla legge”⁶⁷. L’obbligo di rappresentare un’unica impresa può essere imposto all’agente solo con un accordo specifico. In linea di principio l’agente può svolgere attività in proprio o per altri imprenditori, che non siano in concorrenza con il preponente.

Secondo la giurisprudenza⁶⁸ il patto di non concorrenza convenzionale, che supera le disposizioni di legge, non può essere imposto da condizioni generali di contratto o contratti prestampati ed essere garantito tramite la previsione di penali.

La validità del patto di non concorrenza è limitata alla durata del rapporto contrattuale. Per quanto concerne il periodo successivo, si applica la disposizione speciale del § 90 a *HGB*⁶⁹.

5.4. Violazione

Si viola il patto di non concorrenza legale o convenzionale ogni qual volta vengano favoriti o sostenuti il concorrente e i suoi prodotti o servizi. Già l’assunzione della rappresentanza determina una violazione del patto di non concorrenza convenzionale⁷⁰. Sono violazioni del patto di non concorrenza la consulenza fornita ad un concorrente, la trasmissione a quest’ultimo dei nominativi dei clienti o di informazioni riservate⁷¹. La concorrenza indiretta consiste nella partecipazione dell’agente all’impresa di un concorrente o nella costituzione di una siffatta impresa.

Considerato che il patto di non concorrenza deve tutelare il rapporto di fiducia costituitosi con il contratto, rappresentano violazioni di tale patto gli atti che oggettivamente assumono l’apparenza di un’attività di concorrenza⁷², come ad esempio, la costituzione di un’associazione con l’agente di un concorrente⁷³, o l’offerta di assumere la rappresentanza di un concorrente⁷⁴. L’agente risponde altresì per l’attività di concorrenza esercitata da un subagente o da un prestanome e finalizzata ad eludere il patto di non concorrenza legale o convenzionale⁷⁵.

Se vi fossero dubbi circa la sussistenza o meno di una attività di concorrenza, l’agente è tenuto a interpellare l’imprenditore a riguardo o ad astenersi dallo svolgere l’attività in questione⁷⁶.

5.5. Effetti giuridici della violazione

In caso di violazione del patto di non concorrenza, l’imprenditore può intraprendere un’azione inibitoria e chiedere il risarcimento dei danni ai sensi del §§ 280 ss. *BGB*. In presenza dei requisiti stabiliti nel § 89 a, comma 1 *HGB* in combinato disposto con il § 314 *BGB*, che presuppongono un grave inadempimento degli obblighi, ed eventualmente, una previa diffida o la fissazione di un termine per tutelarsi, l’imprenditore può inoltre risolvere il contratto per giusta causa senza dover osservare un termine di preavviso e può chiedere, in base al § 89 a, comma 2 *HGB*, il risarcimento dei danni derivanti dalla risoluzione del contratto.

5.6. Limitazioni della concorrenza

Ad avviso della Commissione⁷⁷, a differenza dei divieti di concorrenza contrattuali e post contrattuali, le *clausole che stabiliscono un diritto di esclusiva non* sono pregiudizievoli alla

⁶⁷ BGH, 25.9.1990, in *NJW*, 1991, 490, e in *BGHZ*, 112, 221.

⁶⁸ OLG München, in *NJW-RR*, 1995, 292.

⁶⁹ Cfr. il paragrafo 11.

⁷⁰ BGH, 19.11.1976, in *MDR*, 1977, 289, 290.

⁷¹ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 86 HGB numero 20.

⁷² BGH, in *VersR*, 1969, 372, 373.

⁷³ BGH (nota 72).

⁷⁴ HOPT (nota 38) § 86 numero 28.

⁷⁵ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 86 HGB numero 20, 26; BGH, in *BB*, 1970, 1374.

⁷⁶ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 86 HGB numero 20.

concorrenza e, quindi, non sono soggette all'applicazione dell'art. 81 del Trattato CE. Qualora i divieti di concorrenza contrattuali e post contrattuali determinino l'isolamento del mercato rilevante nel quale vengono acquistate o vendute le merci o le prestazioni oggetto del contratto, dovrà applicarsi l'art. 81, comma 1 del Trattato CE.

6. I poteri dell'agente di commercio

6.1. Rappresentanza passiva

Analogamente all'art. 1745, comma 1 c.c., il § 91, comma 2, primo periodo *HGB* conferisce all'agente di commercio il potere di ricevere i reclami per difetti della merce, la dichiarazione sulla messa a disposizione della merce nonché dichiarazioni analoghe con le quali il cliente fa valere o si riserva di far valere i suoi diritti derivanti da vizi della fornitura o della prestazione. Il § 91, comma 2 *HGB* non autorizza l'agente a rilasciare dichiarazioni vincolanti in merito ai vizi della fornitura o del servizio. Qualora l'agente riceva una dichiarazione del cliente, sarà tenuto a trasmetterla tempestivamente al preponente, in virtù dell'obbligo di informazione sancito dal § 86, comma 2 *HGB*⁷⁷. In caso di inadempimento colposo di tale obbligo, l'imprenditore può chiedere il risarcimento dei danni ai sensi dei §§ 280 ss. *BGB*.

6.2. Rappresentanza attiva

6.2.1. Accertamento preventivo della prova

Il § 91, comma 2, seconda metà del secondo periodo *HGB* disciplina un'ipotesi di rappresentanza attiva simile alla disposizione dell'art. 1745, comma 2 c.c., secondo cui l'agente di commercio può far valere i diritti spettanti al preponente sull'accertamento della prova dei vizi della fornitura o del servizio.

6.2.2. Conclusione di contratti ad opera dell'agente incaricato della sola promozione di affari

Se l'agente di commercio, incaricato solo della promozione di affari, stipula un negozio in nome del preponente, pur non essendone legittimato, si applicano i §§ 177 ss. *BGB* nonché il § 91 a, comma 1 *HGB*.

Ai sensi del § 177, comma 1 *BGB* l'imprenditore può ratificare l'affare concluso dall'agente non legittimato anche per *facta concludentia*, ad esempio dando esecuzione al contratto, oppure può negarne la ratifica. Il cliente che non fosse a conoscenza del difetto del potere di rappresentanza, in base al § 178 *BGB* può revocare l'affare concluso sino all'avvenuta ratifica.

Il § 91 a *HGB* si ricollega alla possibilità di accettazione di cui al § 177, comma 1, *BGB*. L'affare si ha per ratificato dall'imprenditore se questi, dopo essere stato informato dal cliente della conclusione e del contenuto essenziale dell'affare, non dichiara immediatamente al cliente, vale a dire senza colpevole ritardo, di rigettarlo.

Gli effetti giuridici contemplati nel § 91 a, comma 1 *HGB* possono essere invocati anche dall'imprenditore. Il contenuto vincolante del contratto è quello pattuito tra l'agente di commercio e il cliente.

6.3. Procura a concludere i contratti

La procura conferita all'agente per la conclusione dei contratti e i poteri che ne scaturiscono sono disciplinati dal § 55 *HGB*.

⁷⁷ Linee guida per restrizioni verticali (GUCE C 291 del 13.10.2000, p. 1 ss.) numero 19.

⁷⁸ Per il diritto italiano: CECCONI, *Il Contratto di Agenzia*, Torino 2001, p. 120.

Se all'agente di commercio è stata conferita procura per la conclusione dei contratti, essa si estende, conformemente al § 55, comma 1 *HGB* in combinato disposto con il § 54, comma 1 *HGB*, a tutti i negozi e atti giuridici che si rendano abitualmente necessari per la conclusione dei contratti oggetto della procura.

Tuttavia, in base al § 55, comma 2 *HGB*, la procura alla conclusione dei contratti non autorizza l'agente di commercio a modificare i contratti conclusi ed in particolare a concedere dilazioni di pagamento. La limitazione di cui al § 55, comma 2 *HGB* deve essere fatta valere dalla parte contraente nei suoi stessi confronti⁷⁹, se e nella misura in cui il conferimento della procura non disponga diversamente.

6.4. Riscossione di crediti

6.4.1. Legittimazione

La legge non legittima né l'agente incaricato solo della promozione di affari né quello autorizzato alla conclusione di contratti ad accettare i pagamenti. A tal fine, entrambi necessitano di un mandato e/o di una procura conferita dal preponente: in particolare il § 55, comma 3 *HGB* lo sancisce espressamente per l'agente autorizzato alla conclusione di contratti.

Il diritto tedesco non disciplina un divieto espresso come quello sancito dall'art. 1744, primo periodo c.c.

Occorre distinguere dal mandato e dalla procura all'incasso le clausole contrattuali in base alle quali l'agente di commercio è obbligato a *coadiuvare* l'imprenditore nelle operazioni di incasso, e quindi semplicemente a svolgere attività accessorie. Nel caso concreto, tuttavia, una simile distinzione non è sempre agevole.

6.4.2. Retribuzione

Ai sensi del § 87, comma 4 *HGB*, „oltre“ al diritto alla provvigione per gli affari conclusi, l'agente di commercio ha diritto ad una provvigione di incasso per gli importi da lui riscossi conformemente al mandato.

A differenza della provvigione per lo star del credere, la provvigione di incasso può essere esclusa a priori.

Il diritto alla provvigione sorge per legge quando l'agente di commercio svolge l'attività di incasso in conformità agli accordi stipulati, ovvero ogni qual volta egli riceva un pagamento destinato al preponente.

L'ammontare della provvigione è stabilito in base agli accordi, in mancanza dei quali all'agente spetterà la retribuzione „ordinaria“, in base al § 87 b, comma 1 *HGB*.

Se il mandato di incasso è stato conferito sin dal momento della conclusione del contratto di agenzia, senza che le parti abbiano pattuito o escluso espressamente la provvigione di incasso, quest'ultima sarà corrisposta in ogni caso „oltre“ alla provvigione per l'attività di promozione, non essendo in essa ricompresa, diversamente dal diritto italiano⁸⁰.

Come si desume dal § 87 d *HGB*, le spese sostenute dall'agente di commercio ai fini dello svolgimento della attività di incasso si intendono rimborsate con la provvigione di incasso.

6.4.3. Effetti

6.4.3.1. Incasso legittimo

Se l'agente di commercio è autorizzato ad incassare, il cliente dell'imprenditore può liberarsi effettuando il pagamento direttamente all'agente e potrà quindi, ad esempio, corrispondere all'agente il prezzo d'acquisto per la merce fornita.

⁷⁹ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/WEBER (nota 64) § 55 HGB numero 11.

⁸⁰ Cass. sez. lav., 5.6.2000, n.7481, in *Mass. giur. it.*, 2000, c. 685.

Il preponente può esigere dall'agente di commercio l'importo riscosso a prescindere dal fatto che l'incasso sia stato *legittimo* o *illegittimo* (§ 667 BGB).

6.4.3.2. Incasso illegittimo

La prestazione eseguita dal cliente all'agente di commercio *non* autorizzato all'incasso non produce effetti liberatori, salvo che l'imprenditore non riconosca alla prestazione valore di adempimento o che il cliente possa eccepire la rappresentanza apparente o tollerata (*Anscheins- oder Duldungsvollmacht*) dell'agente.

Quindi, se l'incasso è avvenuto illegittimamente, il preponente può comunque pretendere il pagamento del prezzo d'acquisto dal cliente. In tal caso il cliente sarà legittimato ad agire nei confronti dell'agente di commercio per ottenere la restituzione dell'importo riscosso illegittimamente.

A differenza di quanto previsto nel diritto italiano⁸¹, l'agente di commercio, che ha riscosso illegittimamente un pagamento, *non* può invocare la compensazione tra i propri crediti e la somma illegittimamente riscossa, che è obbligato a corrispondere al preponente (§ 667 BGB)⁸².

L'incasso illegittimo effettuato dall'agente costituisce grave inadempimento del contratto e comporta, in capo all'imprenditore, il diritto al recesso senza preavviso.

7. Gli obblighi dell'imprenditore

7.1. Il § 86 a HGB

Il § 86 a HGB disciplina alcuni obblighi accessori dell'imprenditore, discendenti dal più generale obbligo nel suo rapporto con l'agente, di *fedeltà*, *lealtà* e *buona fede*, come sancito dall'art. 4 della direttiva.

7.2. Principio

Gli obblighi di *lealtà* e di *buona fede* dell'imprenditore sussistono finché e nella misura in cui essi debbano conciliarsi con la sua libertà decisionale. Pertanto, l'imprenditore non deve subordinare i propri interessi a quelli dell'agente di commercio e può decidere liberamente sulla convenienza economica di un affare⁸³.

7.2.1. Autonomia imprenditoriale

Il disposto del § 86 a HGB non limita l'autonomia del preponente che è libero di gestire a suo piacimento la propria azienda, di cessarne l'esercizio e di cederla. Il contratto di agenzia non impedisce al preponente di modificare l'assortimento dei prodotti, i programmi di produzione e di fornitura⁸⁴, di sospendere la produzione di determinate merci, anche se esse sono oggetto del contratto di agenzia⁸⁵, di spostare la sede dell'azienda, di modificare⁸⁶ o ridurre la lista dei clienti e di interrompere i rapporti con clienti già acquisiti. L'imprenditore può cambiare le proprie modalità e strutture di vendita e, ove il contratto non lo escluda, egli può impiegare anche altri agenti, anche se ciò dovesse comportare una riduzione dell'attività dell'agente, che da questo punto di vista non è contrattualmente tutelato. Il preponente può anche riservare un trattamento non uniforme ai propri agenti.

L'autonomia imprenditoriale consente al preponente di decidere liberamente se concludere o meno i contratti. L'agente di commercio, infatti, non può pretendere che il preponente concluda un determinato affare.

⁸¹ BALDASSARI (nota 55), p. 91.

⁸² OLG Hamm, 12.8.1993, in *NJW-RR*, 1993, p. 158, 159.

⁸³ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 86 a HGB numero 3.

⁸⁴ BGH, 6.5.1993, in *NJW-RR*, 1993, 1122, 1123, e in *BB*, 1993, 1549.

⁸⁵ BGH, 13.7.1959, in *NJW*, 1959, 1964, e in *BB*, 1959, 935.

⁸⁶ BGH, 27.1.1972, in *NJW*, 1972, 629, e in *BGHZ*, 58, 140, 145.

7.2.2. Limiti all'autonomia imprenditoriale

Il rifiuto sistematico di stipulare contratti deve essere considerato una violazione degli obblighi del preponente⁸⁷. In effetti, l'autonomia del preponente incontra i propri limiti laddove inizia l'arbitrarietà e laddove l'azione è ispirata all'intento emulativo⁸⁸.

L'onere di provare l'arbitrarietà e l'intento di arrecare danno incombe sull'agente di commercio.

La sussistenza dell'arbitrarietà potrà essere ipotizzata solo quando la decisione del preponente non sia né oggettivamente né soggettivamente riconducibile a considerazioni di carattere economico logiche e ragionevoli, bensì quando si basi su elementi estranei alla materia in questione.

7.3. Mezzi ausiliari alla vendita

Il § 86 a, comma 1 *HGB* stabilisce l'obbligo del preponente di mettere a disposizione dell'agente il materiale necessario allo svolgimento della sua attività. Detto materiale ricomprende tutto ciò di cui un agente ordinario ha oggettivamente bisogno nel suo settore di attività, al fine di esercitare correttamente le proprie mansioni. La legge ne fornisce, a titolo esemplificativo, un elenco: campioni, disegni, listini prezzi, materiale pubblicitario e condizioni generali di contratto. Occorre aggiungere anche i nominativi dei clienti, se l'agente subentra in una zona già in precedenza servita dall'imprenditore o rileva una clientela già acquisita.

In linea di principio il materiale va consegnato gratuitamente⁸⁹ e restituito gratuitamente all'imprenditore all'atto di cessazione del contratto.

Tra gli obblighi contemplati nel § 86 a, comma 1 *HGB* può essere prevista la formazione *gratuita* dell'agente, qualora essa debba sostituire la necessaria consegna del materiale⁹⁰.

Il contratto può prevedere l'obbligo dell'agente di commercio di acquistare del materiale, in particolare dei campionari⁹¹. Tuttavia quest'obbligo non può essere imposto da contratti standard o condizioni generali di contratto⁹².

I vizi o le diminuzioni di valore non ostano all'obbligo dell'imprenditore di ritirare il materiale, possono tuttavia dare adito alla pretesa risarcitoria ove ricorrano i requisiti individuati al § 280 ss. *BGB*. I rischi legati alla diminuzione di valore derivante dall'uso corretto sono comunque a carico del preponente.

7.4. Informazioni

Ai sensi del § 86 a, comma 2, primo periodo *HGB* l'imprenditore deve fornire all'agente le informazioni „necessarie“. Si considera necessario tutto ciò che è idoneo a favorire l'attività dell'agente.

Il § 86 a, comma 2, primo periodo *HGB* sancisce l'obbligo di informare l'agente sulle decisioni che il preponente intende adottare, o ha adottato in merito a determinati negozi. La ratio di questa previsione è di evitare che l'agente, a causa di decisioni imprevedibili del preponente, venga privato dei frutti derivanti dal buon esito della sua attività di promozione⁹³.

In ogni caso occorre ponderare accuratamente da un lato l'interesse dell'agente ad essere informato e dall'altro il legittimo interesse del preponente alla segretezza, altrettanto

⁸⁷ Per il diritto italiano: Cass., 18.12.1985, n. 6475, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1650; Cass., 16.1.1988, n. 303, in *Mass. giur. it.*, 1988, c. 46.

⁸⁸ BGH, 6.5.1993, in *NJW-RR*, 1993, 1122, 1123, e in *BB*, 1993, 1549.

⁸⁹ OLG Hamm, in *NJW-RR*, 1990, 567, 568.

⁹⁰ OLG Hamm, in *NJW-RR*, 1990, 567.

⁹¹ Di segno opposto (considerando l'inderogabilità del comma 1, prevista dal § 86 a, comma 3 *HGB*): OLG München, in *DB*, 1999, 1007, e in *MDR*, 1999, 1012.

⁹² In tal senso: OLG Düsseldorf, in *OLGR*, 1995, 21; cfr. inoltre EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 86 a *HGB* numero 16.

⁹³ BGH, 12.12.1957, in *NJW*, 1958, 219, e in *BGHZ*, 26, 161, 165.

meritevole di tutela⁹⁴. Ad esempio, l'imprenditore non è obbligato ad avvertire l'agente se l'impresa versa in condizioni economiche critiche. La previsione della cessazione dell'impresa deve essere, tuttavia, comunicata con un congruo preavviso e in ogni caso non appena è stata adottata la relativa delibera⁹⁵.

7.5. Comunicazione

Il § 86 a comma 2, secondo periodo *HGB* prevede l'obbligo dell'imprenditore di comunicare senza indugio all'agente l'accettazione o il rifiuto di un affare promosso o concluso senza potere di rappresentanza, nonché la mancata esecuzione di un affare.

Inoltre, ai sensi del § 86 a, comma 2, terzo periodo *HGB* l'imprenditore deve informare senza indugio l'agente, nel caso in cui voglia o possa concludere l'affare solo in misura notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto legittimamente attendersi in circostanze normali. Questa disposizione corrisponde a quella dell'art. 1749, comma 1, terzo periodo c.c.

Le informazioni fornite devono consentire di prevedere gli effetti che si produrranno sulle provvigioni spettanti all'agente. Ciò implica che il preponente debba comunicare anche il motivo per cui ha deciso di non dare esecuzione all'affare o a una parte di esso.

7.6. Patto di non concorrenza

Secondo l'opinione dominante, dalla disposizione del § 86 *HGB* non deriva in capo al preponente alcun divieto di concorrenza, a differenza di quanto previsto dalla stessa disposizione per l'agente di commercio⁹⁶. E' tuttavia dubbio che questa tesi sia conforme alla direttiva e compatibile con l'art. 4 n. 1 della stessa - la cui formulazione è analoga all'art. 3 n. 1 - e che prevede in capo all'imprenditore e all'agente l'obbligo di agire con lealtà e buona fede.

Secondo l'opinione dominante il patto di non concorrenza non rappresenta un elemento contrattuale tipico per il preponente il quale, in mancanza di accordi diversi, può concludere affari direttamente nella zona assegnata all'agente ed impiegare ulteriori agenti.

7.7. Inderogabilità

In base al § 86 a, comma 3 *HGB* sono *inefficaci* gli accordi in deroga ai commi 1 e 2.

7.8. Effetti giuridici della violazione di obblighi

Se l'imprenditore viola i suoi obblighi, l'agente può pretendere l'adempimento⁹⁷ o, ove ricorrano i requisiti di cui ai §§ 280 ss. *BGB*, il risarcimento del danno.

La grave violazione degli obblighi può far sorgere il diritto al recesso dal contratto senza preavviso alle condizioni stabilite al § 89 a *HGB*, in combinato disposto con il § 314 *BGB*.

8. Il diritto alla provvigione

8.1. In generale

Il diritto alla provvigione in capo all'agente e gli aspetti connessi sono disciplinati dettagliatamente nei §§ 87, 87 a, 87 b, 87 c e 87 d *HGB*.

⁹⁴ BGH, 7.2.1974, in *NJW*, 1974, 795 (sulla comunicazione dell'imminente chiusura dell'azienda e sull'interesse alla segretezza in capo all'imprenditore).

⁹⁵ BGH, 7.2.1974, in *NJW*, 1974, 795.

⁹⁶ HOPT (nota 38) § 86 a *HGB* numero 17.

⁹⁷ THUME, in *BB*, 1995, 1913, 1915.

8.2. Il sorgere del diritto alla provvigione

8.2.1. Conclusione del contratto

Il diritto alla provvigione è connesso all'esito positivo dell'attività svolta dall'agente e dipende dalla conclusione del negozio. Esso sorge già al momento della conclusione del contratto e non successivamente con l'esecuzione del medesimo⁹⁸. La stipula deve essere efficace e definitiva, in base alle norme del diritto sostanziale applicabile. I vizi del negozio dai quali derivi la nullità di questo impediscono il sorgere del diritto alla provvigione.

8.2.2. Nesso causale

L'attività svolta dall'agente deve porsi quale *conditio sine qua non* come presupposto causale o come causa concorrente per la stipula del contratto⁹⁹.

8.2.2.1. Promozione di affari

In base alla prima alternativa indicata dal § 87, comma 1, primo periodo *HGB*, l'agente ha diritto alla provvigione su tutti gli affari conclusi durante il rapporto contrattuale, che *siano riconducibili alla sua attività*.

L'agente deve aver indotto il cliente a stipulare il contratto. Un intervento personale dell'agente non è tuttavia necessario, dal momento che a questi viene comunque imputata l'attività prestata da incaricati, impiegati o subagenti. Non vi deve essere un nesso temporale diretto fra l'attività svolta dall'agente e la stipula del contratto. La concausalità dell'intervento dell'agente non è esclusa, se l'imprenditore ha fornito all'agente la clientela o i nominativi dei clienti.

Nel caso in cui un affare venga direttamente concluso dal preponente, non è esclusa la causalità o la concausalità dell'attività di promozione svolta dall'agente, se il cliente si è rivolto al preponente su proposta o raccomandazione dell'agente¹⁰⁰.

8.2.2.2. Acquisizione di clienti

La seconda alternativa prevista dal § 87, comma 1, primo periodo *HGB* sancisce il diritto dell'agente alla provvigione per tutti gli affari stipulati, durante il rapporto contrattuale, con clienti che l'agente abbia acquisito per affari dello stesso genere.

Pertanto, se l'agente acquisisce un cliente per la conclusione di un primo affare, vi è una presunzione assoluta sul fatto che l'attività di promozione esercitata sia causale a tutti gli affari successivi, anche se conclusi senza l'intervento diretto dell'agente¹⁰¹. Questa previsione corrisponde a quella contenuta nell'art. 1748, comma 2 c.c. Entrambe le disposizioni sanciscono la necessità che il cliente acquisito dall'agente debba essere per il preponente un nuovo cliente¹⁰². La nozione di "*affare dello stesso genere*" va interpretata in senso lato e da un punto di vista economico. Ci si riferisce quindi non solo ad affari aventi ad oggetto lo stesso prodotto, ma anche ad affari inerenti a prodotti che, per l'imprenditore o per il cliente, integrano o sostituiscono quelli oggetto del primo negozio, o ne costituiscono aggiornamenti.

8.2.3. Esecuzione del contratto

Accanto al § 87 *HGB*, che collega il diritto alla provvigione alla *conclusione* del contratto, si pone il § 87 a, comma 1 *HGB*, che sancisce il sorgere del diritto in questione con l'esecuzione del contratto da parte del preponente o del terzo.

⁹⁸ La normativa italiana precedentemente in vigore attribuiva rilevanza al „buon fine“ dell'affare.

⁹⁹ BAG, in *DB*, 1969, 266.

¹⁰⁰ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 87 HGB numero 20.

¹⁰¹ HOPT (nota 38) § 87 HGB numero 17.

¹⁰² EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 87 HGB numero 24.

8.2.3.1. Esecuzione da parte del preponente

Ai sensi del § 87 a, comma 1, primo periodo *HGB* l'agente di commercio ha diritto alla provvigione *non appena* l'imprenditore abbia eseguito l'affare e nella misura di tale esecuzione.

Il termine "esecuzione" indica l'adempimento della prestazione contrattualmente dovuta, non rilevando comunque che la prestazione fosse già esigibile o viziata. L'esecuzione parziale fa nascere il diritto ad una provvigione proporzionale ("nella misura in cui").

Anche il diritto alla provvigione in capo al *subagente* è condizionato all'esecuzione da parte dell'imprenditore e sorge non appena e nella misura in cui l'imprenditore (committente dell'agente principale) abbia eseguito l'affare promosso o concluso dal subagente (§ 87 a, comma 1, primo periodo *HGB*). Il diritto alla provvigione è sospeso in caso di mancato adempimento del cliente al preponente, o di mancata corresponsione della provvigione principale all'agente da parte del preponente, anche nel caso in cui il cliente abbia già effettuato il pagamento (§ 87 a, comma 2 *HGB*)¹⁰³.

8.2.3.2. Accordi in deroga

Il § 87 a, comma 1, secondo periodo *HGB* prevede la possibilità di stipulare accordi in deroga al § 87 a, comma 1, primo periodo *HGB*. Questi accordi trovano spesso espressione in clausole contrattuali, in base alle quali il diritto alla provvigione sorge soltanto con l'esecuzione del contratto ad opera del terzo, ad esempio con il pagamento del prezzo d'acquisto. In tal caso però deve essere individuato, in favore dell'agente, il diritto ad ottenere un congruo anticipo sul negozio concluso dal momento dell'esecuzione da parte del preponente. Il diritto all'anticipo può essere regolato più dettagliatamente nel contratto, ciò non è tuttavia necessario.

8.2.3.3. Esecuzione da parte del terzo

Il § 87 a, comma 1, terzo periodo *HGB*, dispone che l'agente ha diritto in ogni caso alla provvigione, "indipendentemente da un accordo", *non appena ed nella misura in cui* il terzo abbia eseguito l'affare. Si tratta di un diritto *inderogabile* che sorge già con il versamento di un anticipo da parte del terzo¹⁰⁴.

8.2.4. Riduzione della provvigione in caso di mancata esecuzione

Il diritto tedesco non ha una disposizione corrispondente all'art. 1748, comma 5 c.c. Pertanto, se l'imprenditore e il terzo hanno concordato di non eseguire il contratto in tutto o in parte, per la parte non eseguita dell'affare, l'agente di commercio ha diritto soltanto ad una provvigione ridotta secondo gli usi, ovvero, in mancanza di essi, secondo l'equo apprezzamento del giudice.

8.2.5. Affari conclusi dopo la cessazione del contratto

Il § 87, comma 3 *HGB* regola le questioni inerenti ad affari conclusi dopo la cessazione del contratto.

Ai sensi del § 87, comma 3, primo periodo, n. 1 *HGB*, per un negozio concluso solo dopo la cessazione del contratto di agenzia, l'agente di commercio ha diritto alla provvigione soltanto nel caso in cui (1.) abbia promosso l'affare, oppure (2.) l'abbia avviato e preparato in modo tale che la conclusione sia riconducibile prevalentemente alla sua attività, e che l'affare sia stato concluso, in entrambe le ipotesi, entro un congruo termine dopo la cessazione del rapporto contrattuale.

¹⁰³ BGH, 20.6.1984, in *NJW*, 1984, 2881, e in *BGHZ*, 91, 370.

¹⁰⁴ BGH, 20.10.1982, in *NJW*, 1983, 629, e in *BGHZ*, 85, 134, 138.

Il § 87, comma 3, primo periodo, n. 2 *HGB* prevede che l'agente di commercio abbia diritto alla provvigione anche per un affare concluso dopo la cessazione del contratto, se l'offerta (vincolante) del cliente, volta alla conclusione di un affare per il quale l'agente avrebbe avuto diritto alla provvigione in virtù del § 87, comma 1, primo periodo *HGB* oppure del § 87, comma 2, primo periodo *HGB*, sia pervenuta all'agente o al preponente prima della cessazione del contratto.

8.3. Estinzione del diritto

8.3.1. Mancata esecuzione del contratto

Gli effetti prodotti sul diritto alla provvigione dell'agente, in seguito alla mancata esecuzione del contratto, sono regolati dal § 87 a, comma 2 *HGB* e dal § 87 a, comma 3 *HGB*.

8.3.2. Mancata esecuzione da parte del terzo

Il diritto alla provvigione sorto con l'esecuzione del contratto da parte del preponente viene meno¹⁰⁵ per mancato adempimento del terzo, come si desume dal § 87 a, comma 2, prima metà del primo periodo *HGB*. Si tratta in questo caso di una norma imperativa ai sensi del § 87 a, comma 5 *HGB*.

La mancata esecuzione del contratto da parte del terzo deve essere „certa“. Questa ipotesi si configura soltanto se la mancata esecuzione del contratto è *definitiva* - ad esempio in caso di insolvenza - e non semplicemente presunta o probabile. In linea di principio, l'imprenditore deve agire in giudizio contro il terzo a meno che, in casi eccezionali, l'azione giudiziale sia eccessivamente onerosa¹⁰⁶.

Se il diritto alla provvigione viene meno per la mancata esecuzione del contratto da parte del terzo, l'agente di commercio deve restituire al preponente gli importi già incassati (provvigioni, anticipi). Il diritto alla restituzione ha la sua fonte nel *contratto* e non nell'arricchimento senza causa¹⁰⁷ e, pertanto, l'agente non può invocare la perdita dell'arricchimento.

Diversamente da quanto previsto dal § 87 a, commi 2 e 3 *HGB* e dall'art. 11 n. 1) della direttiva, l'art. 1748, comma 6 c.c. non disciplina l'estinzione del diritto alla provvigione, ma solo il conseguente diritto alla restituzione, nel caso in cui l'agente abbia già riscosso delle provvigioni. Questa scelta è correttamente oggetto di critiche da parte della dottrina italiana¹⁰⁸.

8.2.2. Mancata esecuzione da parte dell'imprenditore

L'agente di commercio ha diritto alla provvigione anche quando l'imprenditore non esegue l'affare oppure non lo esegue secondo gli accordi. Ciò si desume dal § 87 a, comma 3, primo periodo *HGB* che, conformemente al § 87 a, comma 5 *HGB*, è una norma non derogabile a danno dell'agente.

La mancata esecuzione, l'esecuzione parziale o l'esecuzione in modo difforme deve essere accertata oggettivamente e il relativo *onere della prova* è a carico dell'agente¹⁰⁹. Le cause possono essere le seguenti: sopravvenuta impossibilità di eseguire la prestazione, risoluzione del contratto, rifiuto ad adempiere dell'imprenditore. Se il ritardo ha indotto il terzo a non adempiere, si considera inadempimento. Il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui l'imprenditore avrebbe dovuto adempiere.

¹⁰⁵ Si tratta di una condizione risolutiva, cfr. BGH, 21.12.1989, in *NJW*, 1990, 1665.

¹⁰⁶ HOPT (nota 38) § 87 a *HGB* numero 15.

¹⁰⁷ BGH, 12.11.1962, in *BB*, 1963, 8, e in *NJW*, 1963, 1201.

¹⁰⁸ CALZOLAIO, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1999, p. 916.

¹⁰⁹ BGH, in *ZIP*, 1989, 706.

In base al § 87 a, comma 3, secondo periodo *HGB*, viene meno il diritto alla provvigione in caso di mancata esecuzione, se ed in quanto questa sia dovuta a circostanze *non imputabili* all'imprenditore.

Con il termine "imputabilità" si intende responsabilità in conformità al § 276 *BGB*. Secondo questo disposto l'imprenditore risponde per dolo e colpa, se contrattualmente non è stata pattuita una responsabilità più lieve o più rigorosa. Un caso di pattuizione di responsabilità più rigorosa è rinvenibile nell'assunzione di garanzia, o nel rischio di acquisto assunto dal preponente.

Alcune circostanze imputabili al preponente sono elencate a titolo esemplificativo qui di seguito: eventuali problemi incontrati dai fornitori dell'imprenditore per la consegna¹¹⁰, carenza di capacità produttiva, problemi di finanziamento, difficoltà di trasporto, sovraccarico di lavoro, mancanza di materie prime¹¹¹, mancanza di personale, rinuncia del cliente all'acquisto per la mancata fornitura da parte dell'imprenditore¹¹².

Non sono imputabili al preponente gli eventi imprevedibili in caso di forza maggiore (ad esempio embargo, blocco di materiali, blocco delle importazioni, blocco delle esportazioni), gli scioperi nell'azienda del preponente o dei suoi fornitori, l'insolvenza del cliente ovvero il sospetto di utilizzo illegittimo della merce da parte del cliente¹¹³.

L'agente ha l'onere di provare la mancata esecuzione, mentre l'imprenditore deve provare che questa non è a lui imputabile¹¹⁴.

8.4. Provvigione riferita alla zona e alla clientela

8.4.1. In generale

Diversamente dal diritto italiano, secondo il quale l'agente di commercio nasce come agente di zona e l'assegnazione di una determinata zona, nonché il diritto di esclusiva, rientrano fra gli "elementi naturali" del contratto di agenzia¹¹⁵, in base alla normativa tedesca l'assegnazione di una determinata zona o di una specifica clientela deve scaturire da appositi accordi tra le parti.

Occorre distinguere a questo riguardo tra la tutela della zona e il "diritto di esclusiva"¹¹⁶. A seconda degli accordi raggiunti, il diritto di esclusiva esclude la conclusione diretta di affari da parte dell'imprenditore nella zona contrattuale, e/o consente all'agente di operare in esclusiva senza l'intervento di altri agenti. Se l'imprenditore viola il diritto di esclusiva, l'agente può esigere il risarcimento dei danni¹¹⁷ e, se ricorrono i presupposti sanciti dai §§ 89 a *HGB*, 314 *BGB*, può recedere dal contratto senza termine di preavviso.

A fronte dell'assegnazione di una zona, l'agente deve osservare specifici obblighi, occupandosi costantemente e con particolare attenzione della zona assegnatagli¹¹⁸.

8.4.2. Tutela della zona

Ai sensi del § 87, comma 2, primo periodo *HGB*, all'agente di commercio cui sia stata assegnata una determinata zona, spetta il diritto alla provvigione anche per affari conclusi, senza il suo intervento, da altri con terzi all'interno della sua zona.

8.4.2.1. Assegnazione

¹¹⁰ BGH, 13.7.1959, in *DB*, 1959, 940, e in *BB*, 1959, 864, 865.

¹¹¹ BGH, 13.7.1959, in *DB*, 1959, 940, e in *BB*, 1959, 864, 865.

¹¹² BGH, in *BB*, 1961, 147.

¹¹³ HOPT (nota 38) § 87 a *HGB* numero 28.

¹¹⁴ BGH, in *ZIP*, 1989, 706.

¹¹⁵ Cass. sez. lav., 28.4.1992, n. 5083 in *Arch. civ.*, 1992, 1179 con nota di Alibrandi.

¹¹⁶ BGH, in *DB*, 1961, 601.

¹¹⁷ BGH, 4.6.1975, in *BB*, 1975, 1409.

¹¹⁸ BGH, 9.4.1964, in *BGHZ*, 41, 292, 295.

L'“assegnazione” ai sensi del § 87, comma 2, primo periodo *HGB* non è una dichiarazione unilaterale resa dal preponente, ma un accordo – intervenuto anche per *facta concludentia* – non soggetto a requisiti di forma.

8.4.2.2. Estensione

L'estensione dell'assegnazione e della tutela scaturente dall'assegnazione stessa dipendono dal contenuto dell'accordo raggiunto. La tutela della zona comprende gli affari conclusi con clienti che hanno la propria sede o la propria filiale all'interno della zona, anche se il luogo in cui l'affare è stato concluso (ad esempio una fiera) o il luogo della fornitura è situato al di fuori della zona¹¹⁹. Se il cliente è titolare di diverse filiali, rileva la filiale che effettua l'ordinazione e non quella che riceve la fornitura¹²⁰. Se la sede o l'amministrazione centrale del cliente si trova all'interno della zona assegnata, ma l'ordinazione viene effettuata da una filiale provvista di poteri decisionali, ma collocata al di fuori della zona, rileva il luogo in cui è dislocata la filiale.

8.4.3. Tutela della clientela

In base al § 87, comma 2, primo periodo *HGB*, si applicano le disposizioni sulla tutela della zona quando all'agente è assegnata una determinata *clientela*.

8.4.4. Diritto alla provvigione

L'agente ha diritto alla provvigione per tutti gli affari conclusi con i clienti a lui assegnati nel corso del rapporto contrattuale, a prescindere dal fatto che la conclusione sia riconducibile alla mediazione attiva dell'agente, o all'attività di promozione svolta da terzi, o si sia in presenza di contratti stipulati direttamente dal preponente.

8.5. Ammontare della provvigione

8.5.1. Pattuizione

Le parti contrattuali sono libere di concordare l'ammontare della provvigione.

8.5.2. Tasso stabilito secondo gli usi

Se l'ammontare della provvigione non è stabilito contrattualmente, in base al § 87 b, comma 1 *HGB* sarà determinato *secondo gli usi*, tenuto conto dell'ambito territoriale e dell'oggetto dell'attività dell'agente¹²¹.

L'onere di provare la “conformità agli usi” incombe sull'agente che può avvalersi, a tal fine, di una consulenza tecnica.

Nell'impossibilità di determinare il tasso „secondo gli usi”, l'ammontare della provvigione può essere stabilito in base ad equità (§§ 315, 316 *BGB*), conformemente a quanto previsto dalla direttiva. L'art. 6, comma 1, secondo periodo della direttiva stabilisce che, in mancanza di tali usi, l'agente commerciale ha diritto a una retribuzione “ragionevole” che tenga conto di tutti gli elementi relativi all'affare.

8.5.3. Valore di riferimento

Il § 87 b, comma 2 *HGB* disciplina il valore di riferimento per la provvigione e prevede che debba essere calcolata sul *corrispettivo* che il terzo (in qualità di acquirente ossia

¹¹⁹ BGH, 18.11.1957, in *NJW*, 1958, 180; Corte di giustizia europea, 12.12.1996, Rs. C 104/95, in *Foro it.*, 1995, IV, 115, e in *RIW*, 1997, 163.

¹²⁰ HOPT (nota 38) § 87 HGB numero 27.

¹²¹ Ciò si desume dall'art. 6, comma 1, primo periodo della direttiva.

committente) o il preponente (in qualità di acquirente se si tratta di un agente per l'acquisto) deve pagare.

E' rilevante il corrispettivo pattuito nel contratto concluso fra imprenditore e terzo e dovuto da quest'ultimo.

Eventuali sconti riducono il corrispettivo dovuto e quindi, di regola, anche la provvigione, purché essi siano stati concessi al terzo già al momento di conclusione del contratto.

Gli sconti concessi solo successivamente non determinano una riduzione della provvigione.

Inoltre, come disposto dal § 87 b, comma 2, secondo periodo *HGB*, non potranno essere dedotti dalla provvigione gli sconti concessi su pagamenti in contanti.

Lo stesso vale per le spese accessorie che siano comprese nel corrispettivo (nel § 87 b, comma 2, secondo periodo *HGB* sono indicate, a titolo esemplificativo, le spese di trasporto, di imballaggio, gli oneri doganali, le imposte). Queste spese non fanno sorgere alcun diritto alla provvigione in capo all'agente, se addebitate separatamente al terzo.

Un trattamento particolare è riservato all'imposta sul valore aggiunto che, in virtù delle leggi tributarie, deve essere indicata *separatamente* in fattura e, quindi, in realtà non dovrebbe confluire nel calcolo della provvigione. Tuttavia, secondo il § 87 b, comma 2, terzo periodo *HGB*, l'imposta sul valore aggiunto non si intende addebitata separatamente e, pertanto, salvo diversi accordi - comunque ammissibili, il valore di riferimento per la provvigione è il corrispettivo lordo e non quello netto. Se la provvigione è determinata in base al corrispettivo lordo, si tratta di una provvigione lorda, già comprensiva dell'imposta sul valore aggiunto che l'agente dovrà versare¹²².

8.6. Scadenza

La scadenza della provvigione è disciplinata nel § 87 a, comma 4 *HGB*: diventa esigibile l'ultimo giorno del mese in cui deve essere liquidata ai sensi del § 87 c, comma 1 *HGB*. Questa disposizione coincide essenzialmente con quelle contenute rispettivamente nell'art. 1749, comma 2, terzo periodo c.c., nell'art. 10, comma 5 e nell'art. 12, comma 1 della direttiva.

8.7. Rimborso spese

Secondo il disposto del § 87 d *HGB* l'agente può pretendere il rimborso delle spese sostenute per il normale svolgimento della sua attività soltanto se ciò è conforme agli usi commerciali. Quindi, in linea di principio, le spese sostenute dall'agente si intendono rimborsate con la provvigione. La norma del § 87 d *HGB* corrisponde alla disciplina dell'art. 1748, comma 7 c.c. e non è una norma imperativa.

Rientrano nello „svolgimento regolare dell'attività“ le spese che l'agente deve affrontare abitualmente e che sono finalizzate al perfezionamento del negozio (canone di locazione per uffici, retribuzioni erogate ai collaboratori, costo dell'autoveicolo, spese di viaggio, pasti offerti ai clienti, ecc.).

8.8. Liquidazione della provvigione

La liquidazione della provvigione è disciplinata dal § 87 c *HGB* e all'art. 12 della direttiva e, nel diritto italiano, all'art. 1749, comma 2 c.c. che fa parte delle norme sugli obblighi dell'imprenditore.

8.8.1. Ambito temporale di riferimento per la liquidazione

Il § 87 c, comma 1, primo periodo *HGB* stabilisce che l'imprenditore deve liquidare *mensilmente* la provvigione che spetta all'agente e che il lasso di tempo per la corresponsione della liquidazione può essere esteso al massimo a *tre mesi*. Ciò corrisponde

¹²² EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 87 b *HGB* numero 23.

essenzialmente a quanto previsto dall'art. 12, comma 1 della direttiva, secondo cui l'imprenditore deve liquidare le provvigioni al più tardi l'ultimo giorno del mese successivo al trimestre, nel corso del quale è sorto il diritto alla provvigione.

In base al § 87 c, comma 1, secondo periodo *HGB* la liquidazione deve essere effettuata "immediatamente", ovvero senza colpevole ritardo (§ 121 *BGB*), non appena si conclude il periodo di liquidazione, al più tardi "entro la fine del mese successivo".

8.8.2. Natura giuridica della liquidazione

La liquidazione si configura quale astratto riconoscimento del debito da parte dell'imprenditore¹²³.

La tacita accettazione, da parte dell'agente, delle liquidazioni (anche per diversi anni) non equivale all'implicito riconoscimento della correttezza della corresponsione e, conseguentemente, ad una rinuncia al diritto di ricevere un estratto dei libri contabili o altre provvigioni¹²⁴.

Non di rado i contratti contengono clausole in base alle quali le provvigioni liquidate si intendono accettate dall'agente in modo definitivo, se questi non verifica tempestivamente la correttezza della liquidazione e non si oppone immediatamente. Queste clausole sono inefficaci¹²⁵, mentre è efficace il riconoscimento dell'esattezza di singoli saldi da parte dell'agente¹²⁶.

8.8.3. Contenuto della liquidazione

Il § 87 c *HGB* non prevede nulla in merito al contenuto della liquidazione. Da un'interpretazione conforme alla direttiva¹²⁷ e finalizzata alla corresponsione della liquidazione, emerge tuttavia che questa deve indicare in modo chiaro e completo¹²⁸ tutti gli elementi essenziali necessari al calcolo della provvigione e alla individuazione della sua scadenza¹²⁹. Nella liquidazione occorre tener conto anzitutto di tutti i contratti conclusi ed eseguiti per i quali è necessario indicare il cliente, l'incarico e la fattura e gli anticipi erogati¹³⁰.

8.8.4. Esercizio del diritto

L'agente può agire in giudizio per ottenere la liquidazione, mentre non ha diritto di esigere che la liquidazione sia effettuata secondo particolari modalità che egli ritiene corrette¹³¹. Posto che la liquidazione è considerata un obbligo di fare *fungibile*, l'esecuzione della sentenza¹³² è soggetta al § 887 *ZPO* e la liquidazione sarà eseguita, a spese dell'imprenditore, da idonea persona incaricata dall'agente (revisore dei conti, esperto contabile)¹³³.

8.8.5. Inderogabilità

In base al § 87 c, comma 5 *HGB*, il diritto alla liquidazione della provvigione non può essere escluso né limitato.

¹²³ BGH, in *WM*, 1990, 710, 711.

¹²⁴ BGH, 29.11.1995, in *NJW*, 1996, 588.

¹²⁵ HOPT (nota 38) § 87 c *HGB* numero 4.

¹²⁶ BGH, 24.6.1971, in *NJW*, 1971, 1610, e in *BGHZ*, 56, 295.

¹²⁷ Cfr. l'art. 12, comma 1, secondo periodo della direttiva secondo cui la liquidazione deve contenere tutti gli elementi essenziali riguardo al calcolo della provvigione.

¹²⁸ BGH, in *WM*, 1981, 993.

¹²⁹ KOLLER/ROTH/MORCK (nota 29) numero 4 al § 87 c *HGB*.

¹³⁰ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 87 c *HGB* numero 33.

¹³¹ BGH, in *WM*, 1990, 710.

¹³² Al riguardo, cfr. anche il paragrafo 16.5.

¹³³ OLG Hamm, in *NJW-RR*, 1994, 489; OLG Köln, in *NJW-RR*, 1996, 100.

8.9. Estratto della contabilità

Il § 87 c, comma 2 *HGB*, che corrisponde all'art. 12, comma 2 della direttiva, stabilisce che l'agente di commercio ha diritto ad avere "con la liquidazione" un estratto dei libri contabili. Secondo il § 87 c, comma 5 *HGB* questo diritto non può essere escluso.

8.9.1. Scopo e contenuto

L'estratto dei libri contabili deve offrire all'agente la possibilità di informarsi in merito a tutti gli affari per i quali egli ha diritto alla provvigione¹³⁴. Pertanto, non sono contemplati solo gli affari già eseguiti, ma anche i contratti che sono stati solo conclusi e per i quali la provvigione non è ancora maturata¹³⁵.

L'estratto dei libri contabili è qualcosa in più della liquidazione della provvigione¹³⁶. Invero le liquidazioni regolari effettuate dal preponente possono essere così dettagliate, da considerarsi come estratti di libri contabili¹³⁷.

Al contrario, non equivale alla consegna di un estratto di libri contabili la semplice messa a disposizione dei libri stessi (incarichi, conferme di incarico, copie delle fatture, estratti conto, corrispondenza commerciale ecc.).

L'estratto dei libri contabili illustra in modo separato, chiaro, ordinato e completo tutti gli affari promossi dall'agente¹³⁸ e deve contenere tutti i dati e le circostanze che potrebbero assumere rilevanza al fine di determinare la provvigione e la sua scadenza¹³⁹:

- (1.) stipula del contratto con nome ed indirizzo del cliente;
- (2.) dettagli (data, contenuto) dell'ordinazione e di eventuali ordinazioni successive;
- (3.) dettagli (data, contenuto) circa la conferma dell'incarico;
- (4.) informazioni sull'oggetto del contratto;
- (5.) prezzi netti e prezzi lordi;
- (6.) sconti, ribassi ed altre agevolazioni concesse al cliente in ordine al prezzo;
- (7.) dettagli relativi a forniture e a forniture parziali;
- (8.) indicazioni specifiche sull'emissione delle fatture e sui pagamenti/pagamenti parziali;
- (9.) le relative date con indicazione dei numeri dell'incarico, della fattura e del cliente;
- (10.) tasso della provvigione e ammontare della provvigione nonché gli anticipi erogati;
- (11.) altri accordi raggiunti con il cliente e rilevanti per il calcolo della provvigione;
- (12.) nel caso di restituzione di merci, indicazione dei motivi che hanno causato la restituzione, indicazione precisa delle quantità della merce restituita e delle date;
- (13.) motivazione per l'eventuale mancata esecuzione dell'affare da parte del preponente (§ 87 a, comma 3 *HGB*);
- (14.) motivazioni ricavabili dai libri contabili per la mancata esecuzione dell'affare da parte del cliente (§ 87 a, comma 2 *HGB*).

8.9.2. Richiesta, spese

L'agente, quando lo richiede, ha diritto di ottenere dal preponente l'estratto dei libri contabili, a nulla rilevando eventuali dubbi di quest'ultimo sull'esattezza o sulla completezza della provvigione liquidata¹⁴⁰.

¹³⁴ BGH, 13.7.1994, in *NJW-RR*, 1994, 1271.

¹³⁵ BGH, in *WM*, 1989, 1974.

¹³⁶ BGH, in *NJW*, 1995, 229.

¹³⁷ BGH, in *WM*, 1991, 200.

¹³⁸ BGH, 21.3.2001, in *NJW*, 2001, 2333, e in *BB*, 2001, 1058.

¹³⁹ Cfr. EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 87 c *HGB* numero 40.

¹⁴⁰ BGH, in *WM*, 1982, 153.

Il preponente sostiene i costi per la preparazione dell'estratto dei libri contabili. Anche nel caso in cui tali costi risultino particolarmente elevati, la pretesa dell'agente di commercio di ottenere l'estratto non costituisce un abuso di diritto¹⁴¹.

Il diritto all'estratto conto si estingue in tutto o in parte se i contraenti si sono accordati su un'unica liquidazione o su una serie di liquidazioni relative a un periodo determinato.

8.9.3. Momento dell'esibizione dell'estratto

L'inciso „con la liquidazione“ non implica la contemporaneità della richiesta dell'estratto conto da parte dell'agente e della liquidazione della provvigione e non ha quindi lo scopo di porre una limitazione temporale¹⁴². Questa espressione indica semplicemente che il diritto non può essere esercitato prima dell'avvenuta liquidazione, mentre è ammissibile un esercizio successivo¹⁴³. Il diritto all'esibizione dell'estratto sussiste poi anche se il preponente contravvenga ai propri obblighi non corrispondendo la liquidazione.

8.9.4. Diritti in caso di incompletezza

Se l'estratto della contabilità fornito dall'imprenditore è incompleto, l'agente ha il diritto di prendere visione dei libri contabili¹⁴⁴ e di ricevere integrazioni dell'estratto conto o informazioni determinate ai sensi del § 87 c, comma 3 *HGB*. Solo in presenza di gravi vizi la giurisprudenza riconosce all'agente il diritto di ricevere un nuovo estratto dei libri contabili¹⁴⁵.

8.9.5. Esercizio del diritto

Il diritto all'ottenimento dell'estratto conto può essere fatto valere con domanda giudiziale; è possibile proporre una domanda differenziata per gradi (Stufenklage), mentre è inammissibile agire contemporaneamente per l'ottenimento dell'estratto dei libri contabili e per la visione di questi¹⁴⁶. In quest'ultimo caso infatti non si ravviserebbe ancora alcuna necessità di tutela giuridica.

Per quanto concerne l'esecuzione della sentenza, la procedura è identica a quella seguita per l'esercizio del diritto alla liquidazione e all'informazione, l'estratto conto verrà ovvero predisposto, a spese del preponente, da persona idonea incaricata dall'agente.

Solo se l'agente nutre ancora dubbi sulla veridicità dei dati ricavati dalla visione dei libri contabili, ai sensi del § 87 c, comma 4 *HGB*, potrà pretendere (diritto sussidiario) il rilascio di una dichiarazione giurata attestante l'esattezza dell'estratto dei libri contabili¹⁴⁷.

8.10. Diritto all'informazione

8.10.1. Contenuto del diritto

In conformità all'art. 12, comma 2 della direttiva, il § 87 c, comma 3 *HGB* prevede che, oltre al diritto alla liquidazione della provvigione e all'estratto conto, l'agente può pretendere informazioni su tutte le circostanze essenziali per stabilire l'ammontare e l'esigibilità della provvigione.

Il diritto all'informazione assolve una funzione integrativa e riguarda unicamente le circostanze non desumibili dalla liquidazione o dall'estratto dei libri contabili. L'agente non ha diritto ad un rendiconto generale e può pretendere solamente informazioni su *determinate* circostanze, che devono essere specificate dall'agente stesso.

¹⁴¹ BGH, 21.3.2001, in *NJW*, 2001, 2333.

¹⁴² BGH, 13.3.1961, in *BB*, 1961, 424, e in *NJW*, 1961, 1059.

¹⁴³ BAG, in *BB*, 1983, 196.

¹⁴⁴ Cfr. il paragrafo 8.10.

¹⁴⁵ BGH, in *BB*, 1964, 409; HOPT (nota 38) § 87 c *HGB* numero 20.

¹⁴⁶ BGH, 24.6.1971, in *NJW*, 1971, 1610, e in *BGHZ*, 56, 290, 297.

¹⁴⁷ BGH, 16.5.1960, in *NJW*, 1960, 1662, e in *BGHZ*, 32, 302, 305.

8.10.2. Esercizio del diritto

Secondo la normativa tedesca, il diritto all'informazione può essere fatto valere con domanda giudiziale. L'obbligo di fornire determinate informazioni, essendo un obbligo di fare fungibile, può essere oggetto di esecuzione forzata ai sensi del § 887 ZPO.

8.11. Ispezione dei libri contabili e di altri documenti

8.11.1. Presupposti

Se l'imprenditore nega l'estratto dei libri contabili o se sussistono fondati dubbi sull'esattezza o completezza di questo o della liquidazione, ai sensi del § 87 c, comma 4 *HGB* l'agente può pretendere che, a scelta dell'imprenditore, sia concessa a lui o ad un revisore dei conti da lui nominato, oppure ad un perito giurato contabile, l'ispezione dei libri contabili (l'intera contabilità) o di altri documenti (contratti, corrispondenza, bolle di consegna, ricevute di pagamento, ecc.).

E' sufficiente che sussistano fondati dubbi su un unico punto¹⁴⁸, per esempio nel caso di un estratto che non coincida con gli importi fatturati¹⁴⁹.

Se l'imprenditore, per ragioni di segretezza, non esercita il diritto di scelta concessogli entro un ragionevole termine fissato dall'agente, tale scelta può essere effettuata dall'agente ai sensi del § 264, comma 2, secondo periodo *BGB*.

8.11.2. Esercizio del diritto

Secondo la normativa tedesca, il diritto all'ispezione può essere esercitato con domanda giudiziale e, in quanto obbligo fungibile, può essere oggetto di esecuzione forzata ai sensi del § 887 ZPO.

9. L'estinzione del contratto

L'estinzione del contratto di agenzia è disciplinata dai §§ 89 e 89 a *HGB*.

9.1. Contratti a tempo determinato

Il contratto di agenzia a tempo determinato si estingue per decorso del termine di durata fissato al momento della stipulazione del contratto o in un momento successivo, ovvero per il verificarsi di un evento al quale le parti stesse hanno contrattualmente ricollegato la cessazione del contratto, senza che le parti debbano rendere alcuna dichiarazione in merito¹⁵⁰. Si è in presenza di un contratto a tempo determinato anche nei casi in cui è previsto il rinnovo automatico per un ulteriore tempo determinato, in assenza di dichiarazione di contenuto diverso di una delle parti (recesso). Queste dichiarazioni devono comunque essere rese in osservanza dei termini previsti nel § 89 *HGB*¹⁵¹.

Il contratto a tempo determinato non può essere risolto con un recesso ordinario; è necessario si verifichi un motivo di recesso straordinario o che le parti raggiungano un accordo sulla risoluzione.

Ai sensi del § 89, comma 3 *HGB* il rapporto contrattuale a tempo determinato, che continui ad essere eseguito da entrambe le parti successivamente alla scadenza del termine, si intende prorogato a tempo indeterminato. Si presume che "entrambe le parti continuino ad

¹⁴⁸ OLG Celle, in *BB*, 1962, 2.

¹⁴⁹ OLG Düsseldorf, in *DB*, 1971, 1857.

¹⁵⁰ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) § 89 HGB numero 7.

¹⁵¹ BGH, 12.12.1974, in *NJW*, 1975, 387, e in *BB*, 1975, 194.

eseguire il contratto” se l’agente di commercio prosegue la sua attività e l’imprenditore non si oppone, non appena venutone a conoscenza¹⁵².

9.2. Il recesso ordinario

Se il contratto di agenzia è stato concluso a *tempo indeterminato*, il § 89, comma 1 *HGB* stabilisce che ciascuna parte possa recedere nel rispetto di termini determinati.

9.2.1. I termini di preavviso

I termini di preavviso sono indicati nel § 89, comma 1, primo e secondo periodo *HGB* e sono i seguenti:

- *un* mese nel primo anno di durata del contratto
- *due* mesi nel secondo anno
- *tre* mesi dal terzo al quinto anno
- *sei* mesi dopo una durata di cinque anni.

In riferimento al quarto anno di durata del contratto emerge una differenza rispetto al diritto italiano, che prevede, all’art. 1750, comma 3 c.c., un termine di preavviso di quattro mesi.

Analogamente all’art. 15 n. 5 della direttiva e all’art. 1750, comma 5 c.c., il § 89, comma 1, terzo periodo *HGB* prevede che, salvo diversi accordi, il recesso può essere esercitato solo con la fine del mese solare.

9.2.2. Accordi derogatori

Dal disposto del § 89, comma 1, terzo periodo *HGB* si desume che sono ammessi, senza limitazioni, gli accordi sul termine di recesso purché vengano osservati i termini di preavviso.

I patti in deroga alla disciplina dei *termini di preavviso* sono invece soggetti a particolari limitazioni. Ai sensi del § 89, comma 1 *HGB*, infatti, la *riduzione* dei termini non è consentita neanche a beneficio dell’agente. Lo stesso vale per la previsione contrattuale di un eventuale periodo di prova¹⁵³.

Il § 89, comma 2 *HGB* ammette la previsione di termini di preavviso più lunghi, stabilendo che il termine per il preponente non può essere più breve di quello per l’agente di commercio, mentre è consentito pattuire un termine più breve per l’agente.

In caso di inefficacia degli accordi contrattuali, si applicano le norme imperative¹⁵⁴.

9.2.3. Efficacia del recesso

Una volta notificato il recesso diventa irrevocabile (§ 130 comma 1, secondo periodo *BGB*), ma su comune accordo tra le parti i suoi effetti possono essere sospesi.

Le parti sono tenute all’adempimento dei rispettivi obblighi contrattuali sino alla scadenza del termine di preavviso.

E’ inammissibile, da parte del preponente, la rinuncia alla prestazione dell’agente con contestuale pagamento dell’indennità per il periodo di preavviso¹⁵⁵.

Gravi inadempimenti commessi durante il termine di preavviso possono legittimare l’altra parte a risolvere il contratto senza rispettare il termine di preavviso e a chiedere il risarcimento dei danni.

Nonostante il patto di non concorrenza, l’agente di commercio può prendere contatto con i concorrenti dell’imprenditore al fine di trovare un nuovo preponente; al contrario l’esercizio dell’attività per il preponente concorrente gli sarà consentito soltanto dopo l’estinzione del contratto.

¹⁵² HOPT (nota 38) numero 21 al § 89 *HGB*.

¹⁵³ BGH, 25.11.1963, in *NJW*, 1964, 350, e in *BGHZ*, 40, 237.

¹⁵⁴ BGH, 25.11.1963, in *NJW*, 1964, 350, e in *BGHZ*, 40, 237, 238.

¹⁵⁵ Così EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 30 al § 89 *HGB*; di opinione diversa è: HOPT (nota 38) numero 25 al § 89 *HGB*.

Anche il preponente può cercare un successore dell'agente di commercio che potrà iniziare la sua attività non prima dell'estinzione del contratto del predecessore.

9.3. Il recesso straordinario

A differenza del diritto italiano, la normativa tedesca sul contratto di agenzia disciplina la specifica ipotesi di recesso senza preavviso. Il § 89 a *HGB* stabilisce al comma 1 che il contratto, a prescindere dal fatto che sia stato concluso a tempo determinato o indeterminato, può essere risolto da ciascuna delle parti "per grave motivo senza il rispetto di un termine di preavviso". Questo diritto non può essere escluso né limitato (§ 89 a, comma 1, secondo periodo *HGB*).

9.3.1. Trasformazione in recesso ordinario

Il recesso straordinario, che risulti inefficace per la mancanza di un grave motivo, può produrre gli effetti di un recesso ordinario a partire dal primo termine utile per la decorrenza del preavviso, se chi ha dichiarato il recesso avrebbe voluto il prodursi di tale conseguenza qualora fosse stato a conoscenza della nullità del recesso straordinario.

9.3.2. Il grave motivo

In base al § 314 *BGB* il grave motivo è rinvenibile quando, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto e degli interessi di entrambe le parti, non è possibile pretendere dalla parte che ha dichiarato il recesso la prosecuzione del rapporto contrattuale fino al raggiungimento del termine concordato per la cessazione dello stesso, o fino al decorso del termine di preavviso. Di regola ciò si verifica in conseguenza di comportamenti tenuti dalla parte nei confronti della quale è stato dichiarato il recesso, ma vi sono anche ipotesi di natura oggettiva che possono riguardare il recedente stesso.

Il presupposto è che la circostanza indicata come causa del recesso straordinario sussista o si sia verificata realmente; al riguardo il giudizio deve essere oggettivo e solo in casi del tutto eccezionali può essere ritenuto sufficiente il pesante sospetto o la manifesta apparenza di un grave motivo¹⁵⁶.

La coesistenza di diversi motivi può essere considerata un grave motivo¹⁵⁷.

In ogni caso, per accertare la sussistenza di un grave motivo, occorre esaminare accuratamente il caso concreto ed evitare qualsiasi tipizzazione.

9.3.3. Gravi motivi di recesso da parte dell'agente

I gravi inadempimenti dell'imprenditore rientrano fra i gravi motivi che fanno sorgere in capo all'agente il diritto al recesso anticipato. Le seguenti circostanze e inadempimenti possono legittimare l'agente al recesso straordinario:

- ripetuto inadempimento dell'obbligo di liquidazione e di pagamento delle provvigioni¹⁵⁸;
- riduzione illegittima della provvigione¹⁵⁹;
- riduzione della zona contrattuale in violazione del contratto¹⁶⁰;
- illegittimo esercizio del recesso straordinario da parte del preponente¹⁶¹ ;
- cessazione di attività da parte dell'imprenditore¹⁶²;

¹⁵⁶ BGH, 5.2.1959, in *NJW*, 1959, 878, e in *BGHZ*, 29, 275, 276; per dettagli v. EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 8 al § 89 a *HGB*.

¹⁵⁷ BGH, 29.11.1965, in *NJW*, 1966, 347, e in *BGHZ*, 44, 271, 274.

¹⁵⁸ HOPT (nota 38) numero 22 al § 89 a *HGB*; BGH, 13.12.1995, in *BB*, 1996, 235, e in *NJW*, 1996, 848.

¹⁵⁹ BGH, 1.10.1970, in *WM*, 1970, 1513.

¹⁶⁰ OLG Düsseldorf, 21.6.1955, in *HVR*, n. 77.

¹⁶¹ BGH, 14.11.1966, in *NJW*, 1967, 248, e in *BB*, 1966, 1410; BGH, 25.11.1998, in *MDR*, 1999, 307.

¹⁶² BGH, 7.2.1974, in *NJW*, 1974, 795, e in *BB*, 1974, 434.

- concorrenza sleale da parte del preponente (ad esempio acquisizione di clienti dell'agente per instaurare con loro un rapporto commerciale diretto¹⁶³);
- ricorso ad una propria società di vendita o impiego di un altro agente nella zona contrattuale assegnata all'agente con diritto di esclusiva¹⁶⁴;
- grave inadempimento dell'obbligo di mettere a disposizione la necessaria documentazione ai sensi del § 86 a HGB¹⁶⁵;
- acquisizione di subagenti dell'agente principale e il loro successivo impiego¹⁶⁶;
- esercizio dell'attività di vendita diretta da parte dell'imprenditore in violazione del contratto e senza previa informazione dell'agente¹⁶⁷;
- ripetuta fornitura di merci viziate o ripetuto ritardo nelle forniture ai clienti¹⁶⁸;
- rifiuto ripetuto e sistematico del preponente di concludere i contratti relativi agli affari promossi dall'agente.

9.3.4. Gravi motivi di recesso da parte del preponente

I gravi motivi che legittimano l'imprenditore al recesso anticipato dal contratto sono costituiti anzitutto da gravi inadempimenti dell'agente e, a seconda delle circostanze del caso concreto, possono essere i seguenti:

- accettazione di ordinazioni da parte di clienti contrariamente alle istruzioni ricevute¹⁶⁹;
- inabilità dell'agente al lavoro o alla professione¹⁷⁰;
- inadempimento dell'obbligo di informazione¹⁷¹;
- costituzione illegittima di un'associazione per l'utilizzo di locali commerciali¹⁷²;
- assunzione della rappresentanza per un'impresa concorrente¹⁷³;
- attività di concorrenza¹⁷⁴ (anche se esercitata tramite parenti¹⁷⁵ o imprese fittizie¹⁷⁶);
- partecipazione dell'agente ad imprese concorrenti¹⁷⁷;
- acquisizione di clienti per la concorrenza¹⁷⁸;
- riscossione illegittima di crediti dai clienti¹⁷⁹;
- deposito illegittimo del denaro riscosso dai clienti (ad esempio sul proprio conto)¹⁸⁰;
- mancato inoltro del denaro riscosso¹⁸¹;
- promozione di affari con clienti nella consapevolezza o nell'ignoranza colposa della loro inaffidabilità¹⁸²;
- grave inadempimento del subagente¹⁸³;
- mancato raggiungimento dei fatturati minimi concordati¹⁸⁴.

¹⁶³ BGH, 11.6.1959, in *BB*, 1959, 720.

¹⁶⁴ KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1885.

¹⁶⁵ KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1865.

¹⁶⁶ BGH, 18.6.1964, in *BGHZ* 42, 59; OLG Düsseldorf, 21.6.1957, in *HVR*, n. 151.

¹⁶⁷ BGH, 11.6.1959, in *BB*, 1959, 720, e in *NJW*, 1959, 1679; BGH, 10.2.1993, in *NJW-RR* 1993, 678; OLG München, in *BB*, 1993, 1472.

¹⁶⁸ KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1839.

¹⁶⁹ BGH, 21.1.1993, in *NJW-RR*, 1993, 741.

¹⁷⁰ OLG Karlsruhe, in *VersR*, 1973, 857.

¹⁷¹ BGH, 24.9.1987, in *NJW-RR*, 1988, 287.

¹⁷² BGH, 20.1.1969, in *VersR*, 1969, 372, 373.

¹⁷³ BGH, 3.7.1986, in *NJW*, 1987, 57; BGH, 25.11.1998, in *VersR*, 1999, 313 con nota di Küstner.

¹⁷⁴ KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1929.

¹⁷⁵ KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1905.

¹⁷⁶ OLG Hamm, in *NJW-RR*, 87, 1114.

¹⁷⁷ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 38 al § 89 a HGB.

¹⁷⁸ HOPT (nota 38) numero 19 al § 89 a HGB.

¹⁷⁹ KÜSTNER/THUME, *Handbuch des gesamten Außendienstrechts*, vol. 1, 3a ed., 2000, numero 1945, 2022; OLG Celle, in *BB*, 1958, 894.

¹⁸⁰ KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1851; OLG Celle *BB* 1958, 894.

¹⁸¹ OLG Stuttgart, in *DB*, 1962, 405.

¹⁸² KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1886.

¹⁸³ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 38 al § 89 a HGB.

¹⁸⁴ BGH, 12.3.1992, in *NJW-RR*, 1992, 1386, e in *BB*, 1992, 1162; BGH, 15.12.1993, in *NJW*, 1994, 722.

9.3.5. Individuazione pattizia del grave motivo

In base al § 89 a, comma 1, secondo periodo *HGB*, il diritto al recesso senza preavviso non può essere escluso né limitato. Qualsiasi accordo in deroga a tale previsione è nullo ai sensi del § 134 *BGB*. Per il resto vige il principio dell'autonomia contrattuale. In linea di principio, quindi, le parti sono libere di agevolare il recesso senza preavviso stabilendo concordemente particolari motivi che lo giustificano¹⁸⁵. Tali motivi devono tuttavia risultare comunque "gravi" ai sensi del § 89 a, comma 1 *HGB* in base ad una valutazione oggettiva; in caso contrario le parti sarebbero in grado di aggirare la perentorietà dei termini di preavviso individuati dal § 89 *HGB*.

Se i singoli motivi che giustificano il recesso anticipato dal contratto sono enunciati nel contratto, il recesso straordinario non richiede la sussistenza di circostanze ulteriori che rendano imprevedibile la prosecuzione del contratto. La sussistenza di circostanze specifiche può tuttavia far apparire l'esercizio del diritto al recesso contrario al principio di buona fede¹⁸⁶.

9.3.6. Necessità della diffida

9.3.6.1. Principio

Posto che il recesso senza preavviso è da ritenersi l'*ultima ratio*, il grave motivo può giustificare il recesso solo se preceduto da una diffida. Il recesso straordinario dal contratto di agenzia per grave motivo richiede quindi, in linea di massima, una previa diffida. Dalla diffida dovrà emergere in modo chiaro e inequivocabile che la turbativa, da indicarsi con la massima precisione, mette a rischio la continuazione del rapporto contrattuale, e che dovrà essere eliminata¹⁸⁷ pena l'esercizio di recesso senza preavviso.

La diffida non è soggetta a requisiti di forma o all'osservanza di determinati termini. Tra la diffida e il verificarsi del motivo, in essa indicato come possibile causa di recesso, deve trascorrere comunque un congruo lasso di tempo, a pena di decadenza dal diritto di recesso senza preavviso¹⁸⁸.

9.3.6.2 Rinuncia alla diffida

La parte che intende recedere dal contratto può omettere la diffida se il recesso si fonda su circostanze obiettive, non influenzabili o modificabili in tempi ragionevoli da chi subisce il recesso.

Si può rinunciare alla diffida anche in caso di inadempimenti ed errori particolarmente gravi che turbino sensibilmente il rapporto di fiducia, come ad esempio l'illegittima riscossione di danaro dai clienti per soddisfare il proprio diritto alla provvigione.

9.3.7. Termine per la dichiarazione

Non è previsto alcun termine per la dichiarazione del recesso senza preavviso. Non trova applicazione¹⁸⁹ il termine di due settimane previsto dal § 626, comma 2 *BGB*. La giurisprudenza afferma tuttavia che la parte legittimata al recesso debba esercitare il proprio diritto decorso un ragionevole lasso di tempo, necessario per esaminare i fatti e prendere una decisione. In effetti, la motivazione diventerebbe altrimenti "irrilevante" comportando la decadenza dal diritto di recesso. Il recesso fatto valere due o quattro mesi successivi alla conoscenza del motivo che giustificerebbe il recesso, per esempio, è considerato di regola intempestivo¹⁹⁰.

¹⁸⁵ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 28 al § 89 a *HGB*.

¹⁸⁶ BGH, 7.7.1988, in *NJW-RR*, 1988, 1381.

¹⁸⁷ BGH, 16.12.1998, in *NJW-RR*, 1999, 539, 540.

¹⁸⁸ HOSS, in *MDR*, 1999, 333, 336.

¹⁸⁹ BGH, 27.1.1982, in *NJW*, 1982, 2433, 2433; BGH, 3.7.1986, in *NJW*, 1987, 57.

¹⁹⁰ BGH, 12.3.1992, in *NJW-RR*, 1992, 1059, 1060; BGH, 15.12.1993, in *NJW*, 1994, 722.

9.3.8. Successiva indicazione di motivi importanti

La natura straordinaria del recesso deve essere indicata in modo chiaro benché non risulti indispensabile l'utilizzo delle parole "straordinario" o "senza preavviso"¹⁹¹. Nel dubbio il recesso produce gli effetti di un recesso ordinario ai sensi del § 89 HGB e non si trasforma in un recesso straordinario con effetto retroattivo in seguito alla successiva indicazione dei gravi motivi.

In linea di principio, non è necessario motivare il recesso. Anche i motivi oggettivi, sussistenti all'atto del recesso ed ignorati dal soggetto colpito dallo stesso, possono essere indicati successivamente e rilevano per valutare l'efficacia¹⁹² del recesso stesso. Va quindi esaminata la situazione oggettiva presente al momento in cui il recesso è stato notificato. Non è possibile invocare i motivi emersi dopo l'avvenuto recesso che, semmai, potrebbero giustificare un recesso *ex novo*, da desumersi eventualmente in via interpretativa dalla motivazione fornita dopo la dichiarazione.

9.3.9. Conseguenze del recesso straordinario

9.3.9.1. Cessazione del contratto

Il recesso straordinario determina la cessazione del contratto con decorrenza dalla notifica del recesso o dal momento indicato nel recesso stesso.

Il recesso per grave motivo può produrre effetti sul diritto all'indennità (§ 89 b, comma 3 HGB)¹⁹³ e sul patto di non concorrenza (§ 90 a, comma 3 HGB)¹⁹⁴.

9.3.9.2. Risarcimento del danno

9.3.9.2.1. Recesso efficace

Se il comportamento imputabile ad un contraente (§ 276, 278 BGB) provoca il *legittimo* recesso straordinario da parte dell'altro, il primo è tenuto a risarcire il danno al secondo (§ 89 a, comma 2 HGB).

Deve essere risarcito il danno subito in conseguenza della cessazione anticipata del rapporto contrattuale. Colui che recede deve essere messo nelle condizioni in cui si troverebbe se il contratto fosse regolarmente cessato (per decorso della durata contrattualmente stabilita o con il recesso ordinario al successivo termine utile). La pretesa risarcitoria prevista nel § 89 a, comma 2 HGB è circoscritta al lasso di tempo tra il recesso e la data stabilita per l'estinzione del contratto o la cessazione del rapporto contrattuale per recesso ordinario, indipendentemente dal fatto che il contratto sarebbe stato risolto per recesso ordinario o meno¹⁹⁵.

L'obbligo di risarcire il danno sostituisce quello di eseguire la prestazione, e quindi l'interesse all'adempimento. Di regola il risarcimento comprende il mancato guadagno conseguente alla risoluzione anticipata del contratto¹⁹⁶, dedotte le spese risparmiate. Il danneggiato può ricorrere alle agevolazioni probatorie concesse dal § 252 BGB, in base al quale il mancato guadagno equivale all'utile che sarebbe stato conseguito con ogni probabilità con il normale susseguirsi degli eventi o delle circostanze concrete. A tal fine si fa riferimento all'utile percepito in un precedente periodo in condizioni simili, tenuto conto degli aspetti specifici del ramo commerciale in questione (vendite stagionali, ecc.) e dei mutamenti subiti dal fatturato e dal mercato.

¹⁹¹ BGH, 5.5.1958, in *NJW*, 1958, 1136, e in *BGHZ*, 27, 220, 225.

¹⁹² BGH, 5.5.1958, in *NJW*, 1958, 1136, e in *BGHZ*, 27, 220, 225; BGH, 12.6.1963, in *NJW*, 1963, 2068, e in *BGHZ*, 40, 13, 16; HOPT (nota 38) numero 14 al § 89 a HGB.

¹⁹³ Cfr. il paragrafo 10.4.

¹⁹⁴ Cfr. il paragrafo 11.3.

¹⁹⁵ BGH, 3.3.1993, in *BGHZ* 122, 9, 15.

¹⁹⁶ BGH, 3.3.1993, in *BGHZ* 122, 9, 12.

In conformità al § 254 *BGB*, il danneggiato è tenuto a ridurre il danno al minimo inevitabile. In base al principio della compensazione dei benefici, l'indennità deve essere decurtata del profitto che il soggetto recedente ha conseguito – o colpevolmente ha omesso di conseguire – in virtù del godimento della capacità produttiva (preponente) o del lavoro (agente)¹⁹⁷. Il danneggiato ha il diritto di ottenere dal danneggiante le informazioni necessarie per determinare l'indennità¹⁹⁸.

9.3.9.2.2. *Recesso inefficace*

Il recesso inefficace rappresenta una violazione contrattuale che obbliga il recedente al risarcimento del danno ai sensi del § 280, comma 1 *BGB*. La controparte andrà risarcita del danno subito in conseguenza del recesso, per esempio del mancato guadagno¹⁹⁹, che ricomprende anzitutto le provvigioni che l'agente avrebbe percepito fino alla scadenza naturale del contratto²⁰⁰. Vale inoltre quanto esposto nel capitolo 9.3.9.2.1.

9.4. *La dichiarazione di recesso*

9.4.1. *Libertà di forma*

Né il recesso ordinario né quello straordinario sono soggetti a requisiti di forma. Il contratto può comunque disporre l'osservanza di determinati requisiti di forma (§ 127 *BGB*), prevedendo in particolare la *forma scritta* (§ 126 *BGB*), la *forma elettronica* (§ 126 a *BGB*) e la *forma di testo* (§ 126 b *BGB*).

In base al § 626, comma 2, terzo periodo *BGB*, che viene applicato in via analogica, su richiesta dell'agente, l'imprenditore è obbligato a comunicare i motivi del recesso per iscritto.

9.4.2. *Efficacia*

Il recesso rappresenta una dichiarazione recettizia che, tra assenti, acquista efficacia non appena sia *pervenuta* (§ 130 Abs.1 *BGB*) o *notificata* da un ufficiale giudiziario (§132, comma 1 *BGB*).

Il recesso si intende „pervenuto“ quando giunge nella “sfera” del destinatario in modo che, in circostanze normali, questi possa avere notizia della dichiarazione²⁰¹. Si considerano appartenenti alla sfera del destinatario anche gli strumenti utilizzati da quest'ultimo per ricevere la corrispondenza, come la cassetta delle lettere, la casella postale, la segreteria telefonica, il telefax o l'indirizzo e-mail. Nel caso in cui il destinatario rifiuti di ricevere il recesso validamente trasmesso, esso si intende pervenuto nel momento in cui raggiunge la sfera del destinatario e questi avrebbe potuto averne conoscenza.

9.4.3. *Contenuto*

Il recesso non deve avere un contenuto determinato ed è sufficiente che risulti in modo inequivocabile se si tratta di un recesso ordinario o straordinario. Al recesso ordinario che non contiene alcun termine di preavviso o che contiene un termine errato si applica il termine di legge previsto dal § 89 *HGB*.

¹⁹⁷ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 55 al § 89 a *HGB*:

¹⁹⁸ BGH, 29.11.1965, in *NJW*, 1966, 347, e in *BGHZ* 44, 273.

¹⁹⁹ BGH, 14.11.1966, in *NJW*, 1967, 248, 250.

²⁰⁰ BGH, 12.1.1970, in *NJW*, 1970, 467, e in *BGHZ* 53, 150.

²⁰¹ BGH, in *NJW*, 1980, 990; BGH, in *NJW*, 1983, 929; BAG, in *NJW*, 1993, 1093.

10. Il diritto all'indennità

10.1. La norma del § 89 b HGB

Il diritto all'indennità è disciplinato nel § 89 b *HGB*, introdotto nell'anno 1953. Successivamente, nel 1989, i commi 3, 4 e 5 di tale articolo sono stati conformati all'art. 17 della direttiva.

Il § 89 b *HGB* sancisce il diritto all'indennità per l'agente che, con la cessazione del contratto, cede la clientela da lui acquisita e procura al preponente delle possibilità di guadagno che altrimenti questi non avrebbe avuto. La legge conferisce al diritto all'indennità la natura di un *particolare corrispettivo contrattuale* per una prestazione già eseguita dall'agente²⁰². Tale diritto non è quindi riconducibile né all'arricchimento senza causa, né a una pretesa risarcitoria, o a un diritto d'assistenza o all'indennità di fine rapporto.

La normativa è molto complessa e fa sorgere numerosi problemi che non consentono di fornire *a priori* indicazioni certe sull'ammontare dell'indennità dovuta²⁰³. Nella prassi, i molteplici presupposti previsti per il diritto all'indennità sono alla base di lunghe controversie. Solo se l'agente è particolarmente diligente nel tenere la contabilità e nel conservare la documentazione commerciale, sarà in grado di dimostrare la sussistenza del diritto e di ottenerne il soddisfacimento in sede processuale.

Per quanto concerne la normativa italiana, il diritto all'indennità è disciplinato dall'art. 1751 c.c., la cui attuale versione va ricondotta al secondo tentativo di attuazione intrapreso dal legislatore italiano nel 1999²⁰⁴. L'attuazione originaria della direttiva, con decreto legislativo n. 303 del 10.9.1991, conteneva gravi imprecisioni soprattutto in merito al diritto all'indennità²⁰⁵. Con l'art. 1751 c.c. si introdusse nella normativa italiana il concetto di indennità, derivato dal diritto tedesco, previsto dall'art. 17 n. 2 della direttiva.

10.2. Il sorgere del diritto

10.2.1. Momento in cui sorge il diritto all'indennità

Il diritto sorge e diviene esigibile "dopo la cessazione" del contratto di agenzia (§ 89 b, comma 1 *HGB*)²⁰⁶. La cessazione del contratto è il primo presupposto per l'integrazione della fattispecie e rappresenta, inoltre, il momento determinante per il sorgere del diritto all'indennità. Questa previsione coincide con l'art. 1751, comma 1 c.c. („*all'atto della cessazione*“). Il comma 1 non attribuisce rilevanza al motivo della cessazione²⁰⁷ che può conseguire al recesso, a una clausola risolutiva, o a una risoluzione concordata dalle parti di comune intesa. In merito si osservano le limitazioni previste dal comma 3.

10.2.2. Presupposti

I presupposti per il sorgere del diritto all'indennità sono disciplinati nei numeri da 1 a 3 del § 89 b, comma 1 *HGB*, che stabilisce che l'agente di commercio ha diritto ad una "*congrua indennità se e nella misura in cui*"

- (1.) l'imprenditore trae *notevoli vantaggi*, anche dopo la cessazione del rapporto contrattuale, da *rapporti d'affari con nuovi clienti* che l'agente di commercio *ha acquisito*,
- (2.) l'agente di commercio, in seguito alla cessazione del rapporto contrattuale, *perde* il diritto a *provvigioni*, su affari già conclusi o di futura attuazione con i clienti da lui acquisiti, che gli sarebbero spettate in caso di continuazione del rapporto stesso, e

²⁰² BGH, 13.5.1957, in *NJW*, 1957, 1029, e in *BGHZ* 24, 214.

²⁰³ Cfr. il contributo fornito da Kindler in lingua italiana: in *Giur. comm.*, 1995, 806 ss.

²⁰⁴ D.lgs. n. 65 del 15.2.1999; cfr. KINDLER, in *RIW*, 2000, 161 ss.

²⁰⁵ Cfr. BALDASSARI (nota 55), p. 217 ss.; BALDI (nota 39), p. 259 ss.; KINDLER, in *RIW*, 1994, 692 ss.

²⁰⁶ BGH, in *NJW*, 1998, 75.

²⁰⁷ BGH, 13.3.1969, in *NJW*, 1969, 1023, e in *BGHZ* 52, 12, 13.

(3.) il pagamento di un'indennità, considerate tutte le circostanze, corrisponde ad *equità*.

L'art. 1751, comma 1 c.c., a differenza di quanto previsto dall'art. 17 n. 2 a) della direttiva e dal § 89 b, comma 1, primo periodo *HGB*, non contiene la formulazione "se e nella misura in cui" ma soltanto la formulazione "se". Si tratta di un'omissione del legislatore italiano - già invitato a colmare questa lacuna²⁰⁸ - che accentuerà le incertezze,²⁰⁹ già presenti, sul calcolo dell'indennità.

10.2.2.1. § 89 b comma 1 n. 1 *HGB*

Il diritto all'indennità presuppone, primo luogo, che il preponente tragga *notevoli vantaggi*, anche dopo la cessazione del rapporto contrattuale, da *rapporti d'affari con nuovi clienti acquisiti* dall'agente di commercio.

10.2.2.1.1. Nuovi clienti

Rilevano unicamente quei clienti *nuovi* che l'agente ha acquisito per il preponente. I clienti già esistenti non rilevano, salvo che l'agente abbia ampliato i rapporti d'affari con un vecchio cliente in misura tale ("intensificazione delle relazioni d'affari con clienti preesistenti") da equivalere, economicamente, all'acquisizione di un nuovo cliente (§ 89 b, comma 1, secondo periodo *HGB*). L'equiparazione dell'ampliamento dei rapporti d'affari con l'acquisizione di un nuovo cliente richiede, di regola, che si realizzi un incremento del fatturato di oltre il 100%²¹⁰. Sono da considerarsi nuovi clienti anche quelli che avevano interrotto i rapporti d'affari e che sono stati riacquisiti dall'agente, mentre sono esclusi i clienti ceduti (con il consenso dell'imprenditore) all'agente dal suo predecessore anche se questi abbia ricevuto un'indennità dall'agente²¹¹.

Stando al tenore letterale del § 89 b, comma 1, n. 1 *HGB*, è irrilevante per il diritto all'indennità l'eventuale perdita di clienti preesistenti²¹², che può assumere tuttavia rilievo nella valutazione equitativa prevista dal § 89 b, comma 1, n. 3 *HGB*.

10.2.2.1.2. Rapporti d'affari con nuovi clienti

Con l'espressione "*rapporti d'affari con nuovi clienti*" si intende che l'imprenditore deve poter attendersi la conclusione di ulteriori negozi (ordinazioni successive) in un tempo ragionevole. La possibilità di concludere nuovi affari è effettiva, di regola, solo nel caso di nuovi clienti, divenuti *clienti abituali* del preponente e rimasti tali sino alla cessazione del contratto²¹³. La giurisprudenza ritiene sufficiente la conclusione di un solo ulteriore affare con il nuovo cliente. Pertanto, nella determinazione dell'indennità occorre tener conto dei nuovi clienti che hanno concluso più di un contratto con il preponente²¹⁴ e possono considerarsi clienti abituali anche gli acquirenti che si servono da diversi fornitori²¹⁵.

10.2.2.1.3. Acquisizione di nuovi clienti

Tra i clienti abituali rilevano solo quelli *acquisiti* dall'agente di commercio: l'attività svolta dall'agente deve configurarsi come causale o concausale rispetto all'acquisizione²¹⁶, mentre

²⁰⁸ BALDI (nota 39), p. 271; BORTOLOTTI/MOSCA, *La Nuova Disciplina dell'Agenzia Commerciale*, Padova 1999, p. 41, 42; KINDLER, *Die Umsetzung von zivilrechtlichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft in Italien und Deutschland* a cura di Canaris/Zaccaria, Berlin, 2002, p. 89 ss.

²⁰⁹ ASAM (nota 22) p. 330.

²¹⁰ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 81 al § 89 b *HGB*.

²¹¹ BGH, 10.5.1984, in *NJW*, 1985, 58.

²¹² BGH, 15.10.1964, in *NJW*, 1965, 248, e in *BB* 1964, 1399.

²¹³ BGH, 28.3.1994, in *NJW*, 1974, 1242, 1243; BGH, 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 66, e in *ZIP*, 1997, 1832, 1834.

²¹⁴ BGH, 26.2.1997, in *NJW*, 1997, 1503, e in *BGHZ*, 135, 14; BGH, 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 66, 68, 73, e in *BB*, 1997, 2607.

²¹⁵ BGH, 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 66, 70.

²¹⁶ BGH, 15.11.1984, in *NJW*, 1985, 860.

il riconoscimento della tutela della zona e della clientela assegnata all'agente non è idonea a soddisfare il requisito del nesso causale.

10.2.2.1.4. Notevoli vantaggi

L'imprenditore trae „vantaggi“ quando può attendersi di trarre profitto dal rapporto d'affari anche in seguito alla cessazione del contratto. Il vantaggio deve essere „notevole“, tenuto conto dell'entità e della probabile continuità dei nuovi negozi promossi rispetto a quelli precedenti, e non presuppone un incremento del fatturato²¹⁷.

Le indennità corrisposte all'*agente principale* possono provare la presenza di „notevoli vantaggi“ ai sensi del § 89 b, comma 1, n. 1 HGB e quindi legittimare il *subagente* a pretendere, a sua volta, il pagamento di un'indennità²¹⁸.

Essenziale ai fini della valutazione dei vantaggi è la formulazione di una previsione sul possibile sviluppo futuro dei rapporti d'affari.

10.2.2.1.5. Previsione

La giurisprudenza afferma che la previsione dei vantaggi ottenibili dall'attività dell'agente deve riferirsi al momento della cessazione del contratto e non può essere modificata per fatti avvenuti successivamente sino alla pronuncia del giudice adito²¹⁹.

La previsione si riferisce ad un periodo limitato, stabilito a seconda del caso concreto. L'ampiezza di questo periodo dipende dalla durata che, presumibilmente, avrà il rapporto di affari con i nuovi clienti acquisiti; di regola si tratta di un lasso di tempo di 2 o 3 anni²²⁰ che, in caso di beni durevoli, può essere esteso a 5 anni²²¹ o oltre²²².

In linea di principio, alla base della previsione deve porsi un'evoluzione costante dei rapporti contrattuali durante il periodo in questione. Inoltre occorre tener conto della cosiddetta quota dei clienti perduti (*Abwanderungsquote*).

10.2.2.1.6. Quota dei clienti perduti

Con l'espressione quota dei clienti perduti si intende quella parte di nuovi clienti acquisiti che, in un determinato lasso di tempo previsto, andranno persi e che pertanto non possono essere calcolati come clienti abituali in questo stesso periodo.

Al fine di determinare questa quota è decisiva la previsione concernente periodi precedenti. Spesso la giurisprudenza utilizza in merito modelli schematici di calcolo senza conteggiare matematicamente le perdite effettive²²³.

10.2.2.1.7. Perdita dei vantaggi

I vantaggi tratti dal preponente dalle relazioni d'affari vengono meno quando questi vende la propria azienda o ne cessa l'esercizio²²⁴, quando sospende la produzione e/o la vendita del prodotto promosso dall'agente²²⁵, quando cessa in modo definitivo di rifornire un determinato cliente²²⁶ e quando i clienti abituali sospendono la loro attività.

La decisione dell'imprenditore di vendere la propria azienda o di cessarne l'esercizio deve essere rispettata, a prescindere dalla sua opportunità o necessità.

²¹⁷ BGH, 15.10.1964, in *NJW*, 1965, 248, e in *BGHZ*, 42, 246.

²¹⁸ BGH, 13.3.1969, in *NJW*, 1969, 1021, e in *BGHZ*, 59, 5 ss.

²¹⁹ BGH, 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 71, 75, e in *BB*, 1997, 2609.

²²⁰ HOPT (nota 38) numero 16 al § 89 b HGB.

²²¹ BGH, 25.10.1984, in *NJW*, 1985, 859, 860; BGH, 23.2.1994, in *NJW*, 1994, 1350, e in *BB*, 1994, 594; BGH, 26.2.1997, in *NJW*, 1997, 1503, e in *BGHZ*, 135, 14, 19.

²²² BGH, in *BB*, 1991, 1210.

²²³ BGH, 23.2.1994, in *NJW*, 1994, 1350, e in *BB*, 1994, 594 – 38% per 5 anni; BGH, 26.2.1997, in *NJW*, 1997, 1503, e in *BGHZ*, 135, 14-25 %.

²²⁴ BGH, 3.6.1971, in *NJW*, 1971, 1611, e in *BGHZ*, 56, 242, 247; OLG München, in *NJW-RR*, 1989, 163.

²²⁵ BGH, 13.7.1959, in *NJW*, 1959, 1964.

²²⁶ BGH, 9.11.1967, in *NJW*, 1968, 394, e in *BGHZ*, 49, 39; BGH, 30.1.1986, in *NJW*, 1986, 1931, 1932.

Non sussiste alcun „vantaggio“ e quindi non nasce il diritto all'indennità anche nel caso in cui l'impresa venga ceduta – a titolo oneroso o gratuito – ad una società collegata²²⁷.

10.2.2.1.8. Onere della prova

L'agente deve dimostrare che il preponente può trarre vantaggi dalla prosecuzione di rapporti d'affari con clienti acquisiti dall'agente e deve altresì dimostrare di avere acquisito dei clienti abituali²²⁸.

Vale tuttavia la prova prima facie del fatto che la clientela, esistente al momento della cessazione del contratto, sia stata acquisita dall'agente nell'esercizio pluriennale e ininterrotto della sua attività²²⁹.

Si presume inoltre (fino a prova contraria) che i rapporti d'affari con i nuovi clienti acquisiti dall'agente permangano anche dopo la cessazione del contratto²³⁰.

Secondo una regola approssimativa applicata nella prassi si presume *prima facie* che il vantaggio conseguito dall'imprenditore sia perlomeno equivalente al pregiudizio subito dall'agente.

10.2.2.2. Il § 89 b, comma 1 n. 2 HGB

Il diritto all'indennità presuppone, in secondo luogo, che l'agente, in seguito alla cessazione del rapporto contrattuale, perda il diritto a provvigioni su affari già conclusi o di futura conclusione con nuovi clienti da lui acquisiti. Di regola, l'ammontare delle provvigioni perse dall'agente corrisponde a quello dei vantaggi tratti dall'imprenditore.

Mentre l'art. 17, comma 2 a della direttiva prevede che le provvigioni perse rilevano solo nel giudizio di equità, in base al § 89 b, comma 2, n. 2 HGB, la perdita di queste costituisce presupposto autonomo per il sorgere del diritto all'indennità.

A differenza del § 89 b, comma 1, n. 2 HGB, l'art. 1751 comma 1 c.c., in modo rispondente alla disposizione dell'art. 17 n. 2 a della direttiva, contempla la perdita delle provvigioni semplicemente come elemento valutabile nel giudizio di equità²³¹.

10.2.2.2.1. Provvigioni perse

La „provvigione“ è solo la retribuzione percepita dall'agente per l'attività di promozione o di conclusione dei contratti. Parametro di riferimento è la provvigione lorda prevista²³², vale a dire l'importo al lordo delle spese che devono essere rimborsate²³³, comprensivo dell'imposta sul valore aggiunto²³⁴. Si detraggono le voci di giro, ad es. il canone di locazione per un deposito di consegna²³⁵.

La provvigione spettante all'agente di zona (§ 87, comma 2 HGB) costituisce una „perdita“, ai sensi del § 89 b, comma 2, n. 2 HGB, soltanto nella misura in cui sia corrisposta per l'attività di promozione²³⁶. Al contrario non sono tenute in considerazione le retribuzioni corrisposte per attività amministrative, controllo magazzino, incasso, deposito, fornitura, star del credere. Il presupposto è che l'agente deve subire effettivamente una perdita in conseguenza della cessazione del contratto. Non può pertanto parlarsi di provvigioni perse nel caso in cui il

²²⁷ BGH, 30.1.1986, in *NJW*, 1986, 1931, 1932.

²²⁸ BGH, 19.11.1970, in *NJW*, 1971, 462, e in *BGHZ*, 55, 45; BGH, 25.10.1984, in *NJW*, 1985, 859; BGH, in *NJW*, 1998, 68.

²²⁹ Così HOPT (nota 38) numero 22 al § 89 b HGB.

²³⁰ BGH, 25.10.1984, in *NJW*, 1985, 859.

²³¹ KINDLER (nota 208) p. 91, 92.

²³² BGH, 6.2.1964, in *NJW*, 1964, 915, e in *BGHZ*, 41, 129.

²³³ BGH, 11.12.1958, in *NJW*, 1959, 144, e in *BGHZ*, 29, 92.

²³⁴ BGH, 28.6.1973, in *NJW*, 1973, 1744, e in *BGHZ*, 61, 114; BGH, 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 66, 70, e in *BB*, 1997, 2607.

²³⁵ BGH, 28.6.1973, in *NJW*, 1973, 1744, e in *BGHZ*, 61, 114.

²³⁶ BGH, 3.6.1971, in *NJW*, 1971, 1611, e in *BGHZ*, 56, 242.

subagente, dopo la cessazione del rapporto contrattuale con l'agente principale, continui a seguire i clienti da lui precedentemente acquisiti direttamente per conto del preponente²³⁷. La provvigione per gli affari conclusi dal preponente prima della cessazione del contratto viene meno soltanto se il diritto alla provvigione è stato escluso in deroga al § 87 HGB. Per quanto concerne gli affari conclusi dopo la cessazione del contratto e quelli futuri, l'agente di commercio perde soprattutto le provvigioni per i nuovi ordini effettuati dai clienti da lui stesso acquisiti e le provvigioni per i rapporti d'affari di clienti preesistenti con il preponente, che si siano intensificati durante il periodo di attività dell'agente. Inoltre, la perdita subita dall'agente non è esclusa in ragione del fatto che questi avrebbe dovuto svolgere ulteriori attività per le ordinazioni successive²³⁸. È decisivo che il rapporto d'affari instaurato dall'agente con il nuovo cliente sia causale o fornisca un contributo causale alla conclusione di nuovi negozi.

10.2.2.2. Entità della perdita

L'entità della perdita è commisurata alle somme che l'agente avrebbe ricevuto qualora non fosse stato posto fine al rapporto contrattuale. Come per la determinazione dei vantaggi conseguiti dall'imprenditore, occorre procedere ad una *previsione* che prescinderebbe sia dalle cause di cessazione del contratto, sia dalla circostanza che l'agente sarebbe stato o meno in grado di promuovere altri affari soggetti all'obbligo di provvigione²³⁹.

10.2.2.3. Onere della prova

L'agente ha l'onere di fornire la prova delle provvigioni perse²⁴⁰; in molti casi è comunque consentito il ricorso alla prova *prima facie*, mentre l'imprenditore deve dimostrare quale parte della provvigione è da imputarsi ad attività amministrative e quindi non confluisce nel calcolo dell'indennità²⁴¹.

10.2.2.3. § 89 b comma 1 n. 3 HGB

In terzo luogo il pagamento dell'indennità deve corrispondere ad equità, considerate tutte le circostanze del caso concreto.

Il criterio di equità si applica soltanto *dopo* aver individuato i presupposti di cui ai n. 1 e 2; l'indennità non può quindi essere determinata soltanto in base al n. 3, senza avere precedentemente esaminato quanto previsto ai n. 1 e 2²⁴².

In base all'art. 17 n. 2 a della direttiva e all'art. 1751, comma 1 c.c., le provvigioni perse non costituiscono un presupposto autonomo per il sorgere del diritto all'indennità, ma sono contemplate semplicemente nel giudizio di equità.

Occorre considerare tutte le circostanze del caso concreto e, tra l'altro:

- modalità con cui è stato posto fine al contratto;
- retribuzione minima stabilita dal contratto²⁴³;
- condizioni particolarmente vantaggiose individuate in favore dell'agente²⁴⁴;
- spese particolarmente elevate sostenute dal preponente per la pubblicità e per l'incremento delle vendite²⁴⁵;
- "effetto vortice" prodotto da un marchio rinomato²⁴⁶;

²³⁷ BGH, 13.3.1969, in *NJW*, 1969, 1021, e in *BGHZ*, 52, 5.

²³⁸ BGH, 13.5.1957, in *NJW*, 1957, 1028, e in *BGHZ* 24, 226.

²³⁹ BGH, 13.5.1957, in *NJW*, 1957, 1028, e in *BGHZ* 24, 226, 227; BGH, 10.12.1997, in *NJW*, 1998, 1070.

²⁴⁰ BGH, 19.11.1970, in *BGHZ*, 55, 45.

²⁴¹ BGH, in *WM*, 1988, 1204; BGH, 5.6.1996, in *NJW*, 1996, 2302.

²⁴² BGH, 15.2.1965, in *NJW*, 1965, 1134, e in *BGHZ*, 43, 154; BGH, 10.5.1984, in *NJW*, 1985, 59; BGH, 11.12.1996, in *NJW*, 1997, 655, e in *BB*, 1997, 222.

²⁴³ BGH, 14.11.1966, in *NJW*, 1967, 248, 249, e in *BB*, 1966, 1410.

²⁴⁴ BGH, 23.5.1966, in *NJW*, 1966, 1962, e in *BGHZ*, 45, 268.

²⁴⁵ HOPT (nota 57) numero 35 al § 89 b HGB.

²⁴⁶ BGH, 5.6.1996, in *NJW*, 1996, 2298; BGH, 5.6.1996, in *NJW*, 1996, 2302; BGH, 26.2.1997, in *NJW*, 1997, 1503, 1506.

- esercizio dell'attività per più preponenti con il pericolo di far allontanare i clienti abituali;
- notevole risparmio sulle spese d'esercizio²⁴⁷.

Se l'indennità è individuata nel rispetto dei requisiti di cui ai nn. 1 e 2 del § 89 b *HGB*, si presume che essa sia equa. L'imprenditore ha l'onere di provare le eventuali circostanze che sono in contrasto con questa presunzione²⁴⁸.

10.3. Calcolo dell'indennità

10.3.1. Ammontare dell'indennità

L'agente di commercio ha diritto ad una "congrua" indennità "se ed in quanto" ricorrono i presupposti previsti da numeri da 1 a 3 del § 89 b, comma 1, primo periodo *HGB*. La "congrua" indennità non può eccedere l'importo più basso stabilito in base ad uno dei tre criteri.

10.3.2. Deduzione di interessi

Poiché l'agente avrebbe guadagnato la somma percepita a titolo di indennità solo nel corso di vari anni, da tale somma vengono dedotti gli interessi²⁴⁹. Secondo la giurisprudenza tale deduzione può essere effettuata con ricorso ad uno tra diversi sistemi alternativi²⁵⁰.

10.3.3. Calcolo matematico

Il calcolo matematico dell'indennità si basa sulla somma complessiva delle provvigioni lorde percepite dall'agente nei dodici mesi precedenti alla cessazione del contratto²⁵¹.

Da questa somma si ricava la quota relativa ai nuovi clienti abituali acquisiti dall'agente oppure ai clienti preesistenti le cui relazioni d'affari con l'imprenditore si siano intensificate in conseguenza dell'attività svolta dell'agente.

Dall'ammontare delle provvigioni percepite per i clienti abituali va ulteriormente ricavata la quota che si riferisce solo all'attività di promozione esercitata dall'agente.

La somma risultante va rapportata ad un determinato periodo di tempo, tenuto conto della quota di clienti che presumibilmente andrà persa.

Da questo importo vengono quindi dedotti gli interessi.

Infine, verrà stabilito il limite massimo previsto dal § 89 b, comma 2 *HGB*.

10.3.4. Calcolo esemplificativo

- ultima provvigione annuale (comprensiva di IVA):	€ 200.000,--
- di cui il 90 % (ipotetico) con nuovi clienti acquisiti e clienti preesistenti che hanno intensificato i loro rapporti commerciali con il preponente nel periodo di attività dell'agente	€180.000,--
- importo di riferimento per la previsione:	€ 180.000,--
- (ipotetico) periodo oggetto della previsione: 3 anni	
- (ipotetica) quota dei clienti perduti 25%	
- provvigioni perse nel 1° anno (75 % di € 180.000,--)	€ 135.000,--
- provvigioni perse nel 2° anno (50 % di € 180.000,--)	€ 90.000,--
- provvigioni perse nel 3° anno (25% di € 180.000,--)	€ 45.000,--
- totale delle provvigioni perse:	€ 315.000,--

²⁴⁷ BGH, 6.2.1964, in *BGHZ*, 41, 135; BGH, in *BGHZ*, 56, 149 (50% non ancora molto elevato).

²⁴⁸ BGH, 29.3.1990, in *NJW*, 1990, 2889, 2891.

²⁴⁹ BGH, in *WM*, 1987, 1465; BGH, 8.11.1990, in *NJW-RR*, 1991, 483.

²⁵⁰ BGH, v. 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 75.

²⁵¹ Cfr. il calcolo esemplificativo in BGH, 6.8.1997, in *NJW*, 1998, 66,71; cfr., inoltre, l'esempio fornito da KINDLER, in *Giur. comm.*, 1995, 816.

- interessi dedotti a seconda del metodo (ipotetico)	€ 30.000,--
- provvigioni perse = vantaggio conseguito dall'imprenditore	€ 285.000,--
- limite massimo ex § 89, comma 2 <i>HGB</i> (ipotetica provvigione annuale media)	€ 180.000,--
- indennità spettante all'agente	€ 180.000,--

10.4. Limite massimo

10.4.1 Principio

Il § 89, comma 2 *HGB* prevede un limite massimo („*Kappungsgrenze*“) per il diritto all'indennità, che trova applicazione soltanto se l'indennità determinata secondo il § 89 b, comma 1 supera questo limite.

10.4.2. Provvigione annuale media

Il limite massimo equivale ad una annualità di provvigioni, calcolata sulla media degli ultimi cinque anni di attività, qualora la durata del rapporto contrattuale abbia superato i cinque anni.

La determinazione della provvigione annuale deve tener conto di *tutte* le provvigioni e degli altri compensi percepiti²⁵², come ad esempio delle retribuzioni per il magazzino, l'incasso, lo star del credere ed altri servizi.

Il § 89 b, comma 2 *HGB* si riferisce alle „provvigioni lorde“²⁵³, a prescindere dal fatto che esse siano state effettivamente pagate, o siano state oggetto di contestazione o siano prescritte senza detrazione dell'imposta sul valore aggiunto.

10.5. Insussistenza del diritto

Il § 89 b, comma 3 *HGB* disciplina tre casi in cui l'agente non ha diritto all'indennità.

10.5.1. Recesso da parte dell'agente

In base al § 89 b, comma 3, n. 1 *HGB* il diritto non sussiste se l'agente di commercio ha esercitato il recesso dal contratto (*Eigenkündigung*).

Vi sono comunque due ipotesi in cui l'agente conserva il diritto all'indennità nonostante egli sia receduto dal contratto, e precisamente

- (1.) se il comportamento dell'imprenditore abbia costituito *fondato motivo* per il recesso e
- (2.) se non possa essere richiesta all'agente di commercio una prosecuzione dell'attività a causa della sua età o a causa di malattia.

Nella prima ipotesi è sufficiente che vi sia un motivo oggettivo per il recesso. Non è necessario che il recedente sia a conoscenza di tale motivo. L'agente non è tenuto ad indicare il motivo nel recesso che potrà essere comunicato anche successivamente²⁵⁴.

La nozione di "fondato motivo" ha una portata meno ampia rispetto a quella di "importante motivo" ai sensi del § 89 a *HGB*: è sufficiente che la situazione dell'agente sia divenuta inaccettabile, secondo il principio di buona fede, a causa di un comportamento (azione o omissione) – anche non colposo o addirittura legittimo – tenuto dal preponente²⁵⁵.

La volontà dell'agente di interrompere un rapporto contrattuale con il preponente, fondato su una serie di contratti a catena, espressa mediante il rifiuto di una nuova proposta contrattuale, è equiparata al recesso ex § 89 b, comma 3, n. 1 *HGB*²⁵⁶.

²⁵² BGH, 19.11.1970, in *NJW*, 1971, 462, e in *BGHZ*, 55, 45, 53.

²⁵³ BGH, 11.12.1958, in *NJW*, 1959, 144 nonché BGH, 3.6.1971, in *NJW*, 1971, 1611, e in *BGHZ*, 29, 83; *BGHZ* 56, 250; BGH, 28.6.1973, in *NJW*, 1973, 1744, e in *BGHZ*, 61, 112.

²⁵⁴ BGH, 12.6.1963, in *NJW*, 1963, 2068, e in *BGHZ*, 40, 13, 14.

²⁵⁵ BGH, 12.6.1963, in *NJW*, 1963, 2068, e in *BGHZ*, 40, 13, 15; BGH, *NJW*, 1987, 778; BGH, *NJW*, 1996, 848.

²⁵⁶ BGH, 13.12.1995, in *BB*, 1996, 235, e in *NJW*, 1996, 848.

10.5.2. Recesso da parte dell'imprenditore per importante motivo

In base al § 89 b, comma 3, n. 2 *HGB* il diritto all'indennità non sussiste se il preponente ha esercitato il recesso dal contratto per "un importante motivo a causa di un comportamento colposo" dell'agente di commercio.²⁵⁷

L'"importante motivo", il cui concetto va individuato sulla base del § 89 a *HGB*, deve consistere in un "comportamento colposo" dell'agente. In linea di principio, l'agente perde il diritto all'indennità soltanto per il proprio comportamento colposo e non per atti colposi commessi dai suoi dipendenti. Tali atti rileveranno nel giudizio di equità ai sensi del § 89 b, comma 1, n. 3 *HGB*²⁵⁸. Non ogni legittimo recesso dal contratto per importante motivo determina la perdita del diritto all'indennità. Interpretando il § 89 b, comma 3, n. 2 *HGB* in modo conforme alla direttiva, emerge che l'importante motivo deve essere causa del recesso. Questo principio si desume dall'art. 18, lett. a della direttiva²⁵⁹.

La sussistenza di un importante motivo *deve essere provata dall'imprenditore*.

10.5.3. Subentro di un terzo nel contratto

Secondo il § 89 b, comma 3, n. 3 *HGB*, il diritto all'indennità è escluso se il preponente e l'agente di commercio concordano il subentro di un terzo nel rapporto contrattuale, al posto dell'agente di commercio; l'accordo non può essere concluso prima della cessazione del rapporto contrattuale.

La norma presuppone che il contratto continui a sussistere come tale – eventualmente con alcune modifiche – e che, quindi, il terzo subentri nelle posizioni giuridiche dell'agente.

10.6. Inderogabilità

10.6.1. Significato

Ai sensi del § 89 b, comma 4, primo periodo *HGB* il diritto all'indennità non può essere escluso „a priori“. Questa previsione mira a tutelare l'agente da accordi sfavorevoli conclusi nel periodo durante il quale questi dipende economicamente dal preponente²⁶⁰.

10.6.2. Momento determinante

„A priori“ significa prima dell'estinzione giuridica – completa e definitiva – del rapporto contrattuale e, quindi, "prima della scadenza del contratto" ai sensi dell'art. 19 della direttiva. Sono pertanto ammissibili gli accordi conclusi (contestualmente) all'atto di cessazione del contratto o successivamente²⁶¹.

E' determinante il momento in cui l'accordo acquista efficacia giuridica.

Gli accordi sono inefficaci se lo scioglimento del contratto, pattuito contestualmente all'accordo sull'esclusione del diritto all'indennità, produrrà effetti solo in un momento successivo²⁶².

10.6.3. Accordi sfavorevoli

Sono „sfavorevoli“ tutti gli accordi aventi ad oggetto l'*an* e il *quantum* dell'indennità che potrebbero pregiudicare in qualunque modo, tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sotto

²⁵⁷ BGH, 2.10.1958, in *NJW*, 1958, 1967.

²⁵⁸ BGH, 5.2.1959, in *NJW*, 1959, 878, e in *BGHZ*, 29, 275 ss.

²⁵⁹ „... quando il preponente risolve il contratto per un'inadempienza imputabile all'agente commerciale ...“.

²⁶⁰ BGH, 10.7.1996, in *NJW*, 1996, 2867 nonché BGH, in *ZIP*, 1996, 1549.

²⁶¹ BGH, 5.12.1968, in *NJW*, 1969, 504, e in *BGHZ*, 51, 184, 188, 189; BGH, 10.7.1996, in *NJW*, 1996, 2867 nonché BGH, in *ZIP*, 1996, 1549, 1550.

²⁶² BGH, 29.3.1990, in *NJW*, 1990, 2889; BGH, 10.7.1996, in *NJW*, 1996, 2867 nonché BGH, in *ZIP*, 1996, 1549.

quello probatorio o processuale, i diritti dell'agente in base al § 89 b *HGB*²⁶³. Sono per esempio accordi sfavorevoli quelli relativi a:

- basi di calcolo;
- fattori di calcolo²⁶⁴;
- riduzione del limite massimo;
- differimento dell'esigibilità;
- esclusione del diritto in caso di modifiche alla zona in pendenza del contratto.

Gli accordi in deroga a diritti non disciplinati dal § 89 b *HGB* non rientrano nel divieto previsto dal § 89 b, comma 4, primo periodo *HGB* purché non siano destinati a eludere la normativa. Di conseguenza sono da considerarsi efficaci le pattuizioni relative alla prescrizione del diritto all'indennità (§ 88 *HGB*) a condizione che sia rispettato il termine di un anno previsto dal § 89 b, comma 2 *HGB*²⁶⁵.

10.6.4. Accordi sulla liquidazione anticipata

Nei contratti di agenzia è possibile stipulare un accordo, in base al quale il preponente anticipa in tutto o in parte l'indennità per la cessazione del rapporto, purché il pagamento di tale indennità costituisca in concreto una liquidazione ulteriore alla provvigione concordata²⁶⁶. La parte da imputare all'indennità deve essere determinata sia nel suo ammontare, sia come anticipo dell'indennità dovuta ai sensi del § 98 b *HGB*. L'onere della prova è a carico del preponente²⁶⁷.

10.6.5. Indennità corrisposta dal successore dell'agente

Spesso, nella pratica, il preponente e il successore dell'agente convengono che quest'ultimo debba corrispondere l'indennità all'agente precedente, o rimborsare al preponente l'indennità da questi corrisposta all'agente.

10.6.5.1. Ammissibilità

Questi accordi, che possono avere il carattere di un acollo cumulativo, di un acollo di pagamento o di un pagamento iniziale, sono ammissibili a condizione che non vengano conclusi prima della cessazione del contratto, esonerando così il preponente dai suoi obblighi nei confronti dell'agente precedente.

10.6.5.2. Effetti

A seconda degli accordi, il successore dell'agente deve corrispondere l'indennità direttamente all'agente precedente o al preponente; l'importo dell'indennità potrà essere versato con un pagamento unico o detratto dalle provvigioni future.

I clienti acquisiti dall'agente precedente e ceduti al successore non sono considerati "nuovi clienti" del successore, salvo diversi accordi tra il preponente e il successore dell'agente²⁶⁸. Il *BGH* afferma che l'indennità così pagata offre al successore semplicemente la possibilità di continuare a intrattenere rapporti d'affari con la clientela esistente e di percepire provvigioni sugli affari conclusi²⁶⁹.

Se il contratto stipulato tra l'imprenditore e il successore si estingue prima della scadenza originariamente pattuita dalle parti e se l'agente non è riuscito a compensare l'indennità

²⁶³ *BGH*, 14.11.1966, in *NJW*, 1967, 248.

²⁶⁴ *OLG Hamm*, in *EwiR*, 1999, 1127.

²⁶⁵ In tal senso: *EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH* (nota 64) numero 139 al § 89 b *HGB*; di opinione diversa è *HOPT* (nota 38) numero 71 al § 89 b *HGB*.

²⁶⁶ *EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH* (nota 64) numero 141 al § 89 b *HGB* con numerose citazioni nella nota 786.

²⁶⁷ *BGH*, 13.1.1972, in *NJW*, 1972, 477, e in *BGHZ*, 58, 61.

²⁶⁸ *HOPT* (nota 38) numero 12 al § 89 b *HGB*; *BGH*, 10.5.1984 *NJW*, 1985, 58.

²⁶⁹ *BGH*, 10.5.1984, in *NJW*, 1985, 58.

pagata con le provvigioni percepite, potrebbe pretendere dall'imprenditore un rimborso parziale²⁷⁰.

10.7. Morte dell'agente

Il § 89 b *HGB* trova applicazione anche in caso di morte dell'agente. Il diritto all'indennità si trasmette agli eredi²⁷¹.

La situazione giuridica è analoga nel diritto italiano; l'art. 1751, comma 7 c.c. prevede infatti che l'indennità sia dovuta anche se il rapporto contrattuale cessa per morte dell'agente, questo diritto sarà infatti trasmesso in via ereditaria.

10.8. Termine

In base al disposto del § 89 b, comma 4, secondo periodo *HGB* il diritto all'indennità deve essere fatto valere *entro un anno* dalla cessazione del rapporto. Questa disposizione corrisponde a quanto stabilito dall'art. 1751, comma 5 c.c. e all'art. 17, comma 5 della direttiva.

10.8.1. Termine di decadenza

Il termine di un anno previsto dal § 89 b, comma 4, secondo periodo *HGB* e dall'art. 1751, comma 5 c.c. è un termine di decadenza²⁷², non soggetto a interruzioni o sospensioni. Con il decorso del termine, il diritto si estingue²⁷³. Resta comunque invariato il termine di prescrizione prevista dal § 88 *HGB*.

La mancata osservanza del termine di decadenza deve essere rilevata dal giudice *d'ufficio* e non, come in caso di prescrizione, solo su eccezione²⁷⁴.

10.8.2. Esercizio del diritto all'indennità

Il diritto all'indennità può essere fatto valere, senza l'osservanza di requisiti di forma, già prima della cessazione del contratto.

Per "far valere" questo diritto l'agente deve pretendere dal preponente, in modo chiaro e inequivocabile²⁷⁵, l'indennità, ma senza obbligo di quantificazione della propria pretesa²⁷⁶.

Il valido esercizio del diritto presuppone che l'indennità sia richiesta entro i termini stabiliti dall'avente diritto o dal suo rappresentante²⁷⁷.

11. Patto di non concorrenza dopo lo scioglimento del contratto

11.1. Requisiti per l'efficacia

Un accordo che limiti l'attività professionale dell'agente di commercio *dopo* la cessazione del contratto richiede, in base al § 90 a, comma 1, primo periodo *HGB* la forma scritta e la consegna all'agente di un documento sottoscritto dal preponente e contenente le pattuizioni concordate. Entrambi i requisiti devono ricorrere cumulativamente, ma non è necessaria la redazione di un apposito documento.

²⁷⁰ BGH, 10.5.1984, in *NJW*, 1985, 58.

²⁷¹ BGH, 13.5. 1957, in *NJW*, 1957, 1029, e in *BGHZ*, 24, 214, 224; BGH, 6.2.1964, in *BGHZ*, 41, 129.

²⁷² CECCONI (nota 78) p. 196; HOPT (nota 38) numero. 77 ss. al § 89 b *HGB*.

²⁷³ Il diritto estinto non può nemmeno essere compensato; OLG Karlsruhe, in *WM*, 1985, 237

²⁷⁴ KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1422.

²⁷⁵ La formulazione non è chiara e inequivocabile se l'agente si riserva semplicemente „ulteriori azioni“; BGH, in *NJW*, 1968, 1419.

²⁷⁶ BGB, in *BB*, 1962, 1101; KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1427.

²⁷⁷ BGH, in *BB*, 1979, 288.

Il § 90 a *HGB* trova applicazione soltanto ai patti di non concorrenza stipulati prima della cessazione del contratto di agenzia²⁷⁸.

Secondo l'art. 1751-bis, comma 1, primo periodo c.c., il patto che limita la concorrenza da parte dell'agente dopo lo scioglimento del contratto deve avere soltanto la forma scritta. Questa previsione corrisponde a quanto stabilito all'art. 20 n. 2 a) della direttiva.

11.2. Ammissibilità del patto

Non è consentito stipulare accordi in deroga al § 90 a *HGB* sfavorevoli per l'agente di commercio (§ 90 a, comma 4 *HGB*).

Ai sensi del § 90 a, comma 1, seconda metà del secondo periodo *HGB* il patto di non concorrenza può riguardare solo la zona o la categoria di clienti assegnate all'agente di commercio ed i beni (prodotti, servizi) per cui l'agente di commercio svolge attività di promozione o di conclusione di negozio per il preponente.

Analogo risulta essere la situazione giuridica in Italia: ai sensi dell'art. 1751-bis, comma 1, secondo periodo c.c. il patto di non concorrenza dopo lo scioglimento del contratto deve riguardare la medesima zona, clientela e genere di beni o servizi oggetto del contratto di agenzia.

11.3. Durata massima

Secondo il § 90 a, comma 1, prima metà del secondo periodo *HGB* il patto di non concorrenza non può superare i *due anni*.

E' consentita la pattuizione di un periodo più breve, mentre la pattuizione di un termine *più lungo* non determina la nullità dell'intero patto, ma la sostituzione del termine pattuito con quello legale²⁷⁹.

11.4. Indennità

11.4.1. Congruità

In base al § 90 a, comma 1, terzo periodo *HGB*, il preponente deve corrispondere all'agente una congrua indennità (c.d. *Karenzentschädigung*) per la durata del patto limitativo della concorrenza.

L'obbligo dell'imprenditore di corrispondere l'indennità è imposto dalla legge e non deve essere specificato nel contratto. Se il contratto disciplina l'ammontare dell'indennità, l'imprenditore deve corrispondere la somma convenuta e, ove essa risulti incongrua, anche l'importo di differenza.

La „congruità“ deve essere valutata in base al caso concreto. Sebbene la congrua indennità non eccederà la retribuzione che l'agente avrebbe ordinariamente percepito in base al contratto e che presumibilmente perde, la stessa, nel caso concreto, non sarà molto inferiore²⁸⁰.

11.4.2. Scadenza

In linea di principio, l'indennità diventa esigibile contestualmente alla cessazione del contratto di agenzia e deve essere pagata in un'unica soluzione.

11.4.3. Normativa italiana

La normativa *italiana* prevede all'art. 1751-bis comma 2 c.c. un regolamento sull'indennità di difficile comprensione, in virtù del quale l'accettazione del patto di non concorrenza comporta

²⁷⁸ EBENDROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 6 al § 90 a *HGB*.

²⁷⁹ EBENDROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 16 al § 90 a *HGB*.

²⁸⁰ BGH, 19.12.1974, in *NJW*, 1975, 388, e in *BGHZ*, 63, 353, 356.

l'obbligo, in capo all'imprenditore, di corrispondere all'agente un'indennità di natura non provvigionale.

L'indennità va commisurata alla durata del patto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto (ex art. 1751 c.c.). L'esatta determinazione dell'indennità in base a tali parametri è rimessa all'accordo tra le parti, che comunque devono tenere in considerazione quanto disposto dagli accordi economici collettivi.

In difetto di accordo tra le parti, l'indennità è determinata dal giudice secondo equità, in base alla valutazione dei seguenti *quattro elementi*:

(1.) media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto e loro incidenza sul volume d'affari complessivo realizzato nello stesso periodo (il legislatore italiano non indica quale sia il periodo di riferimento per il calcolo della „media“. Probabilmente si tratta di un lasso di tempo equivalente alla durata del patto di non concorrenza dopo lo scioglimento del contratto);

(2.) cause di cessazione del contratto di agenzia;

(3.) estensione della zona assegnata all'agente;

(4.) esistenza o meno del vincolo di esclusiva per il solo imprenditore.

11.5. Rinunzia

In base al § 90 a, comma 2 *HGB* il preponente può, sino alla fine del rapporto contrattuale (e non successivamente), rinunciare *per iscritto* al patto limitativo della concorrenza. E' consentita anche la rinunzia parziale.

La rinunzia determina l'immediata inefficacia del patto di non concorrenza ed esonera il preponente dal pagamento dell'indennità, decorsi sei mesi dalla dichiarazione di rinuncia.

11.6. Liberazione

Ai sensi del § 90 a, comma 3 *HGB* chi recede dal contratto per un importante motivo derivante da un comportamento colposo dell'altra parte, può liberarsi dall'accordo limitativo della concorrenza con dichiarazione *scritta* entro un mese dal recesso.

11.7. Effetti giuridici della violazione

L'agente che viola il patto di non concorrenza è tenuto a porre fine all'attività di concorrenza esercitata e a risarcire il danno subito dal preponente. Per il tempo in cui l'agente svolge attività di concorrenza in violazione del patto, il preponente non ha l'obbligo di corrispondere all'agente l'indennità. L'indennità non erogata deve essere in ogni caso dedotta dal risarcimento del danno²⁸¹.

12. Requisiti di forma

12.1. Principio della libertà di forma

La stipula del contratto di agenzia non richiede il rispetto di particolari oneri di forma ed acquista efficacia anche in seguito a conclusione verbale o tacita – con comportamento concludente²⁸². La situazione giuridica in Italia è la stessa²⁸³.

Le parti sono libere di stabilire determinati requisiti di forma per il contratto stesso e per altre dichiarazioni e pattuizioni. In tale ipotesi, in conformità al § 127, comma 1 *BGB*, si applicano, nel dubbio anche ai requisiti di forma convenuti nel contratto, le norme del § 126 *BGB*, del § 126 a *BGB* o del § 126 b *BGB*²⁸⁴.

²⁸¹ EBENROTH/BOUJONG/JOOST/LÖWISCH (nota 64) numero 38 al § 90 a *HGB*.

²⁸² BGH, 18.11.1957, in *NJW*, 1958, 180; BGH, 1.4.1992, in *NJW*, 1992, 2818.

²⁸³ ASAM (nota 22) p. 338.

²⁸⁴ Cfr. il paragrafo 14.1.

12.2. Documento contrattuale

Similmente a quanto disposto dall'art. 1742, comma 2, secondo periodo c.c., in base al § 85, comma 1 *HGB*, l'agente e il preponente hanno diritto di pretendere che il contenuto del contratto, nonché successivi accordi integrativi, siano riportati in una scrittura privata firmata dall'altra parte. Questo diritto non può essere escluso (§ 85, secondo periodo *HGB*). È tuttavia oggetto di discussione l'effettiva praticabilità di tale disposizione.

Il diritto tedesco non possiede una disposizione probatoria equivalente all'art. 1742, comma 2 c.c. secondo cui il contratto deve essere "provato per iscritto". Ciò significa che, sostanzialmente la prova testimoniale è inammissibile e che l'esistenza del contratto può essere provata soltanto documentalmente²⁸⁵.

12.3. Specifiche esigenze di forma

12.3.1. Star del credere

Secondo il § 86 b, comma 1, terzo periodo *HGB* l'accettazione della clausola dello star del credere richiede la *forma scritta*.

12.3.2. Patto di non concorrenza dopo lo scioglimento del contratto

Il § 90 a, comma 1, primo periodo *HGB* stabilisce che la pattuizione che limiti l'attività professionale dell'agente di commercio dopo la cessazione del rapporto contrattuale, debba essere conclusa per iscritto a pena di invalidità e dispone la consegna all'agente di un documento, sottoscritto dal preponente, contenente le pattuizioni concordate.

12.3.3. Clausole di individuazione del foro competente

Nell'ambito di applicazione dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles, dell'art. 17 della Convenzione di Lugano e dell'art. 23 del regolamento (CE) n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, le clausole sul foro competente richiedono la forma ivi stabilita.

12.3.4. Condizioni generali di contratto

L'efficacia delle disposizioni del contratto di agenzia che costituiscono condizioni generali di contratto *non è condizionata all'osservanza di determinati requisiti di forma*, a differenza di quanto previsto dagli artt. 1341, comma 2 e 1342 c.c. che richiedono una "approvazione specifica per iscritto" della parte contraente del predisponente (nella maggior parte dei casi si tratta del preponente).

13. Prescrizione

13.1. Il § 88 *HGB*

La prescrizione dei diritti derivanti dal contratto di agenzia è disciplinata dal § 88 *HGB* che prevede un termine di prescrizione di quattro anni, a decorrere dalla fine dell'anno in cui i diritti sono divenuti esigibili.

Il § 88 *HGB* non ha subito modifiche nell'ambito della riforma del diritto delle obbligazioni e non richiede la conoscenza del diritto sorto. Oltre al § 88 *HGB*, si applicano le disposizioni dei §§ 195 ss. *BGB*, soprattutto in riferimento alla *sospensione*, alla *rinnovata decorrenza* e agli *effetti* della prescrizione.

²⁸⁵ KINDLER, in *RIW*, 2000, p. 162.

13.2. Ambito di applicazione

La norma si applica a *tutti* i diritti derivanti dal contratto di agenzia e anche alle pretese risarcitorie e alle domande sollevate in via subordinata ai sensi del § 87 c *HGB*²⁸⁶. In linea di principio tutti questi diritti, compresi quelli sorti da accordi integrativi ed escluse le pretese di natura extracontrattuale e da arricchimento senza causa²⁸⁷, si prescrivono automaticamente²⁸⁸.

La normativa *italiana*, invece, assoggetta i diversi diritti derivanti dal contratto di agenzia a termini differenti ex art. 2946 ss. c.c.

13.3. Decorrenza del termine di prescrizione

Il termine di prescrizione decorre a partire dalla fine dell'anno in cui il diritto è divenuto esigibile. Per quanto concerne il diritto alla provvigione, il momento del sorgere del diritto non coincide con quello dell'esigibilità²⁸⁹.

13.4. Accordi derogatori

Il § 88 *HGB* è una norma *dispositiva*. L'abbreviazione del termine di prescrizione era consentita sia prima della riforma ai sensi del § 225, secondo periodo *BGB*, sia ora ai sensi del § 202 *BGB* nella nuova stesura, anche in caso di contratti standard²⁹⁰.

La previsione di un termine di prescrizione inferiore a un anno è in contrasto con il § 89 b, comma 4, secondo periodo *HGB* in base al quale il diritto all'indennità deve essere fatto valere entro un *termine di decadenza* – che si aggiunge al termine di prescrizione – di un anno. Appare pertanto inammissibile pattuire un termine di prescrizione inferiore ad un anno. Secondo il principio della parità di trattamento, il termine di prescrizione ridotto deve trovare applicazione tanto ai diritti dell'agente di commercio, quanto a quelli dell'imprenditore²⁹¹.

Se le parti decidono di ridurre il termine di prescrizione ai sensi del § 88 *HGB*, sembra opportuno specificare il momento a partire dal quale inizierà a decorrere il termine.

14. Il diritto delle obbligazioni in generale

Nel presente capitolo si intende approfondire brevemente alcune norme del diritto delle obbligazioni che rilevano spesso anche nei rapporti giuridici tra imprenditore ed agente.

14.1. Requisiti di forma

I requisiti di forma dei negozi giuridici sono disciplinati dai §§ 126 ss. *BGB*.

²⁸⁶ BGH, 12. 10.1979, in *NJW*, 1980, 296, e in *BGHZ*, 75, 219; BGH, 11.7.1980, in *NJW*, 1981, 457.

²⁸⁷ OLG Koblenz, in *NJW-RR*, 1988, 673, che si è occupata della restituzione di provvigioni pagate erroneamente in eccesso.

²⁸⁸ BGH, 22.5.1981, in *NJW*, 1982, 235.

²⁸⁹ Esempio (secondo HOPT (nota 38)) numero 5 al § 88 *HGB*: in data 15.11.2000 viene stipulato ed eseguito il contratto: di conseguenza, sorge il diritto alla provvigione (§ 87 a, commi 1-3 *HGB*); periodo di liquidazione (§ 87 c, comma 1, primo periodo *HGB*) dal 1.10.2000 al 31.12.2000; scadenza della provvigione (§§ 87 a, comma 4, 87 c, comma 1, secondo periodo *HGB*) in data 31.1.2001; prescrizione del diritto alla provvigione in data 31.12.2005, anziché in data 31.12.2004.

²⁹⁰ Ad esempio, a 6 mesi *dal momento in cui si ha avuto notizia* del sorgere del diritto (BGH, in *BB*, 1990, 2066); ma non a dodici mesi dalla scadenza, senza tener conto del momento in cui si è venuto a conoscenza del sorgere del diritto (BGH, in *NJW*, 1996, 2097). KÜSTNER/THUME (nota 56) numero 1297, 1298.

²⁹¹ BGH, 12.10.1979, in *NJW*, 1980, 296, e in *BGHZ*, 75, 218.

14.1.1. Forma scritta (§ 126 BGB)

Se la legge impone la forma scritta (ad esempio § 86 b, comma 1, terzo periodo *HGB*, § 90 a, comma 1 *HGB*, § 90 a, comma 2 *HGB*, § 90 a, comma 3 *HGB*), in base al § 126, comma 1 *BGB* il documento deve essere sottoscritto di proprio pugno da chi lo predispone.

In un *contratto* la sottoscrizione di entrambe le parti avviene sul medesimo documento, ai sensi del § 126, comma 2, primo periodo *BGB*.

Ex § 126, comma 3 *BGB* la forma scritta può essere sostituita dalla *forma elettronica* (§126 a *BGB*).

Il § 126, comma 4 *BGB* stabilisce che la forma scritta si intende sostituita dalla certificazione notarile (§128 *BGB*).

14.1.2. Forma elettronica (§ 126 a BGB)

Qualora la forma scritta imposta dalla legge sia sostituita dalla forma elettronica, ai sensi del § 126 a, comma 1 *BGB*, l'autore della dichiarazione deve apporre al documento elettronico il proprio nome e aggiungere una *firma digitale* qualificata, come disposto dalla legge sulla firma digitale.

Il § 126 a, comma 2 *BGB* prevede che in un *contratto* ciascuna delle parti deve apporre la propria firma digitale ad un documento di contenuto conforme, secondo le modalità descritte al comma 1.

14.1.3. Forme del testo (§ 126 b BGB)

Se la legge prescrive la forma del testo, la dichiarazione deve essere resa, conformemente al § 126 b *BGB*, in un documento o in altre forme equivalenti alla scrittura ammesse dalla legge; il dichiarante deve essere menzionato e la conclusione del documento deve essere resa riconoscibile con l'apposizione della firma o in altro modo.

14.1.4. Accordo sui requisiti di forma (§ 127 BGB)

In base al § 127, comma 1 *BGB* le prescrizioni del § 126, del § 126 a e del § 126 b valgono, nel dubbio, anche per i requisiti di forma stabiliti contrattualmente dalle parti.

Se le parti hanno stabilito l'utilizzo della forma scritta, qualora non vi sia una diversa volontà delle parti, in base al § 127, comma 2 *BGB* è sufficiente la trasmissione a distanza e, nel caso di contratto, lo scambio epistolare.

Secondo il § 127, comma 3 *BGB* per il rispetto della *forma elettronica* stabilita dalle parti, qualora non vi sia una diversa volontà, è sufficiente anche una firma digitale diversa da quella prevista dal § 126 a *BGB* e, nel caso di contratto, lo scambio della proposta e dell'accettazione, entrambe provviste di firma digitale.

14.2. Condizioni generali di contratto

Con l'entrata in vigore in data 1.1.2002 della "*legge sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni*" del 26.11.2002²⁹², la normativa sulle condizioni generali di contratto, che dall'1.4.1977 al 31.12.2001 era codificata nella "*legge disciplinante le condizioni generali di contratto*" (*AGB-Gesetz*), è confluita, con alcune modifiche contenutistiche, nel *BGB* (§§ 305 ss. *BGB*).

L'art. 229, § 5 *EGBGB* dispone che i rapporti obbligatori sorti prima dell'1.1.2002 sono soggetti all'*AGB-Gesetz* nella versione in vigore fino a tale data. I §§ 305 ss. *BGB* si applicano soltanto ai rapporti obbligatori costituiti dopo l'1.1.2002.

Per i rapporti obbligatori di durata, come ad esempio *il contratto di agenzia*, è previsto un termine transitorio fino al 31.12.2002. Con decorrenza dal 1.1.2003 si applicano i §§ 305 ss. *BGB* anche ai rapporti obbligatori di durata instaurati prima dell'1.1.2002.

²⁹² BGBl., I, p. 3138.

14.2.1. Nozione

Secondo il § 305, comma 1, primo periodo *BGB*, le “condizioni generali di contratto” (*AGB*) sono condizioni contrattuali *predisposte* da una parte (il predisponente) per una *serie indefinita* di contratti ed imposte all'altra parte alla stipula del contratto, a nulla rilevando che le disposizioni siano contenute in un documento contrattuale separato o che vengano inserite nel contratto stesso.

Ai sensi del § 305, comma 1, terzo periodo *BGB* le clausole negoziate fra le parti non sono condizioni generali di contratto. La negoziazione non deve confondersi con la conduzione di semplici “trattative”²⁹³. Il predisponente deve essere seriamente disposto ad apportare modifiche fondamentali alle proprie *AGB* e concedere all'altra parte l'autonomia necessaria per tutelare i propri interessi. Quindi, all'altra parte deve essere offerta effettivamente la possibilità di cambiare il contenuto delle *AGB*²⁹⁴. In linea di massima, la negoziazione di singole condizioni non intacca il carattere di “condizioni generali di contratto” delle altre disposizioni²⁹⁵.

14.2.2. Collegamento fra *AGB* e contratto

Il § 305, comma 2 *BGB* tratta specificamente il tema del collegamento fra le *AGB* e il contratto. Tuttavia, in base al § 310, comma 1, primo periodo *BGB*, il § 305, comma 2 *BGB* non trova applicazione alle *AGB* utilizzate nei confronti di un “*imprenditore*”. Secondo il § 14 *BGB* è “*imprenditore*” qualsiasi persona fisica o giuridica che conclude un negozio giuridico nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o della propria libera professione. Quindi, l'agente di commercio, ai sensi del § 84, comma 1 *HGB*, è in ogni caso un “*imprenditore*”.

Anche per i negozi conclusi fra imprenditori le *AGB* sono efficaci soltanto se sono state incluse negozialmente nel contratto e costituiscono quindi parte integrante dello stesso²⁹⁶.

L'inclusione può essere stabilita *espressamente* o per atti *concludenti*. In quest'ultimo caso è necessario che il predisponente effettui un evidente rinvio alle proprie *AGB* e che il contraente non sollevi obiezioni²⁹⁷. Il rinvio deve essere chiaro e inequivocabile in modo tale da consentire all'altra parte di conoscere il contenuto delle *AGB* senza dover affrontare difficoltà eccessive²⁹⁸. Non è necessario accludere le *AGB* alla lettera che porta alla stipula del contratto²⁹⁹ ed è sufficiente l'indicazione che le *AGB* vengano trasmesse su richiesta³⁰⁰ ovvero che le *AGB* siano pubblicate sul sito Internet del predisponente, se l'altra parte ha la possibilità di accedervi.

14.2.3. Precedenza degli accordi individuali

Secondo il § 305 b *BGB* gli accordi individuali stabiliti nel contratto prevalgono sulle condizioni generali di contratto.

14.2.4. Clausole ambigue

Il § 305 c, comma 2 *BGB* stabilisce che, in caso di dubbio, le *AGB* vengano interpretate a sfavore del predisponente; è pertanto nel suo interesse esprimersi in modo chiaro ed inequivocabile.

²⁹³ BGH, 27.3.1991, in *NJW*, 1991, 1679.

²⁹⁴ BGH, in *NJW*, 1992, 1107; BGH, in *NJW*, 2000, 1110.

²⁹⁵ *BGHZ*, 97, 215.

²⁹⁶ BGH, 12.2.1992, in *NJW*, 1992, 1232, e in *BGHZ*, 117, 190, 194.

²⁹⁷ BGH, 12.2.1992, in *NJW*, 1992, 1232, e in *BGHZ*, 117, 190, 194.

²⁹⁸ *BGHZ*, 102, 304.

²⁹⁹ BGH, 30.6.1976, in *NJW*, 1976, 1886, e in *BB*, 1976, 1289; BGH, 3.2.1982, in *NJW*, 1982, 1749, 1750.

³⁰⁰ OLG Düsseldorf, in *VersR*, 1996, 1394.

14.2.5. Effetti giuridici della mancata inclusione nel contratto e inefficacia

Se tutte le *AGB* o alcune di esse non sono diventate parte integrante del contratto o sono inefficaci, il contratto rimane comunque valido ai sensi del § 306 *BGB*, per quanto riguarda le altre disposizioni, salvo il caso di eccessiva onerosità per uno dei contraenti (§ 306, comma 3 *BGB*).

In base al § 306, comma 2 *BGB*, le disposizioni che non sono divenute parte integrante del contratto o che sono inefficaci si intendono sostituite dalle norme di legge.

14.2.6. Controllo contenutistico

A differenza del legislatore italiano, che nel 1942 ha optato per uno strumento di controllo solo in riferimento alle “clausole vessatorie” indicate all’art. 1341 comma 2 c.c.³⁰¹, il legislatore tedesco è andato oltre, prevedendo non solo la verifica dell’inclusione delle *AGB* nel contratto, ma anche un controllo contenutistico.

Il controllo contenutistico delle *AGB* è disciplinato dalla clausola generale del § 307 *BGB*, che si applica anche ai rapporti giuridici fra imprenditori (§ 310, comma 1 *BGB*).

Ai sensi del § 307, comma 1 *BGB* sono inefficaci le disposizioni contenute nelle *AGB* che, contrariamente al principio di buona fede, pregiudicano iniquamente il contraente del predisponente. Un tale pregiudizio può anche derivare da una disposizione non sufficientemente chiara e comprensibile.

In base al § 307, comma 2 *BGB*, in caso di dubbio, si ritiene la presenza di una iniqua situazione di svantaggio allorquando una disposizione (1.) risulti incompatibile con principi ispiratori della norma di legge oggetto della deroga, o (2.) limiti diritti o doveri essenziali in modo tale da pregiudicare il raggiungimento dello scopo contrattuale.

14.2.7. Clausole vietate

I §§ 308 e 309 *BGB* vietano specificamente l’utilizzo di determinate clausole, questi divieti non trovano applicazione diretta nei rapporti giuridici fra imprenditori.

14.2.8. Rapporti giuridici fra imprenditori

Benché in virtù del § 305 ss. *BGB* sia esclusa la diretta applicabilità di molte norme ai rapporti giuridici fra imprenditori, la giurisprudenza, facendo ricorso al § 307 *BGB*, ha sancito l’applicabilità dei principi alla base dei divieti previsti dai §§ 308 e 309 *BGB* anche alle condizioni generali di contratto vigenti nei rapporti tra imprenditori. In particolare è molto circoscritta l’ammissibilità di *limitazioni di responsabilità*³⁰².

Le *AGB*, ad esempio, non devono escludere o limitare la responsabilità per *dolo* o *colpa grave* nonché la responsabilità per lesioni – anche solo colpose – alla *vita*, all’*integrità fisica* o alla *salute*.

Inoltre, non è ammessa la completa esclusione della responsabilità per violazione – anche se soltanto colposa – di *obblighi contrattuali essenziali*³⁰³. La responsabilità per la violazione

³⁰¹ Secondo l’art. 1341, comma 2, c.c. non hanno effetto, se non sono „specificamente approvate per iscritto“, le condizioni generali che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l’esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell’altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell’autorità giudiziaria („doppia firma“).

³⁰² Cfr., sul tema, ULMER/BRANDNER/HENSEN, *AGB-Gesetz*, 8a ed., 1997, numero 35 ss. al § 11 Nr. 7 *AGB-Gesetz*.

³⁰³ ULMER/BRANDNER/HENSEN (nota 302) numero 34 al § 11 Nr. 7 *AGB-Gesetz*. Sull’inammissibilità dell’esclusione di responsabilità in caso di violazione di obblighi essenziali del contratto, cfr.: BGH, in *NJW*, 1985, 306; BGH, 21.12.1987, in *NJW-RR*, 1988, 559; BGH, 26.6.1991, in *NJW*, 1991, 2630, 2632; BGH, 11.11.1992, in *NJW*, 1993, 335; BGH, 26.1.1993, in *NJW-RR*, 1993, 560; BGH, 12.1.1994, in *BGHZ*, 124, 351, e in *NJW*, 1994, 1060.

colposa di obblighi contrattuali essenziali („*Kardinalpflichten*“), può essere limitata, semmai, al danno tipico prevedibile³⁰⁴.

14.3. Cessione

La cessione è disciplinata dai §§ 398 ss. *BGB*.

Accade frequentemente che l'agente ceda i propri crediti verso l'impresa a clienti del preponente e che questi compensino poi i crediti loro ceduti con quelli vantati dal preponente.

14.3.1. Principio della cedibilità

Secondo il § 398 *BGB*, il creditore può cedere il credito – anche futuro³⁰⁵ – a un terzo in base ad un contratto stipulato con lo stesso.

Tale previsione corrisponde a quella di cui all'art. 1260, comma 1 c.c., in base al quale il creditore può cedere il suo credito, anche senza il consenso del debitore, purché il credito non abbia carattere strettamente personale e la cessione non sia vietata dalla legge.

In linea di principio, la cessione *non è soggetta a requisiti di forma* che possono però essere previsti da leggi speciali.

Perché la cessione sia valida il credito ceduto e il debitore devono essere *determinabili*³⁰⁶.

14.3.2. Divieti di cessione

I divieti di cessione sono disciplinati dai §§ 399 e 400 *BGB*.

Per il contratto di agenzia rileva il divieto di cessione *stabilito contrattualmente*, spesso contenuto in contratti standard ed ammissibile in base al § 399 *BGB*.

E' inefficace qualsiasi accordo che si ponga in contrasto con un divieto di cessione contrattuale³⁰⁷. Il credito rimane nel patrimonio del cedente e può essere pignorato³⁰⁸.

In riferimento ai divieti di cessione stabiliti contrattualmente, è rilevante la disposizione del § 354 a *HGB*, secondo cui la cessione di un credito in danaro derivante da una *operazione commerciale bilaterale* è “comunque valida”, anche se la cessione è stata esclusa in base al § 399 *BGB*. Il debitore può, tuttavia, adempiere con effetto liberatorio nei confronti del cedente.

14.3.3. Adempimento nei confronti del cedente

Secondo il § 407 comma 1 *BGB* il *cessionario* non può sollevare eccezioni sulle prestazioni eseguite dal debitore nei confronti del *cedente dopo* la cessione, nonché sugli atti giuridici compiuti dal debitore e dal cedente sempre dopo la cessione, salvo che il debitore sia stato a conoscenza dell'avvenuta cessione al momento in cui ha eseguito la prestazione o in cui ha compiuto il negozio giuridico.

Per stabilire se il debitore *era a conoscenza* dell'avvenuta cessione si fa riferimento al momento in cui la prestazione è stata eseguita. Non è sufficiente il fatto che il debitore avrebbe dovuto essere a conoscenza della cessione e quindi neppure il fatto che la cessione sia stata notificata.

Incombe sul *cessionario l'onere di provare* che il debitore era a conoscenza dell'avvenuta cessione; se il debitore ha ricevuto la notificazione, la conoscenza si presume *prima facie*³⁰⁹.

³⁰⁴ BGH, 11.11.1992, in *NJW*, 1993, 335.

³⁰⁵ BGH, 19.9.1983, in *BGHZ*, 88, 206; BGH, 22.6.1989, in *BGHZ*, 108, 98, 104; BGH, 21.4.1988, in *NJW*, 1988, 3204.

³⁰⁶ BGH, 16.3.1995, in *NJW*, 1995, 1668; BGH, 12.10.1999, in *NJW*, 2000, 276.

³⁰⁷ *BGHZ*, 102, 301.

³⁰⁸ *BGHZ*, 102, 301.

³⁰⁹ BGH, 5.3.1997, in *BGHZ*, 135, 39, e in *NJW*, 1997, 1775.

14.4. Compensazione

La compensazione è disciplinata dai §§ 387 ss. *BGB*.

Il diritto tedesco non distingue, al pari della normativa italiana, tra *compensazione legale* (art. 1241 c.c.), *compensazione giudiziale* (art. 1243, comma 2 c.c.) e *compensazione volontaria*³¹⁰. La compensazione giudiziale prevista dalla normativa italiana non è paragonabile alla compensazione processuale („*Prozessaufrechnung*“) del diritto tedesco.

14.4.1. Presupposti

I presupposti per la compensazione sono stabiliti dal § 387 *BGB*, ai sensi del quale quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra e i debiti hanno ad oggetto prestazioni dello stesso genere, ciascuna parte può compensare il proprio credito con il credito dell'altra, non appena la prestazione ad essa dovuta diventa esigibile e non appena è in grado di eseguire la propria prestazione.

14.4.1.1. Reciprocità

Sia la normativa italiana³¹¹ che quella tedesca prevedono la reciprocità. Chi procede alla compensazione deve essere creditore del credito opposto in compensazione e debitore del credito compensato, mentre l'altra parte deve essere debitrice del credito opposto in compensazione e creditrice del credito compensato.

14.4.1.2. Omogeneità

I debiti devono avere ad oggetto prestazioni dello stesso genere. Il requisito della omogeneità limita la compensazione essenzialmente ai crediti di danaro reciproci. Non si considerano prestazioni dello stesso genere i crediti di danaro espressi in valute diverse³¹².

14.4.1.3. Liquidità del credito opposto in compensazione

Il credito opposto in compensazione deve essere liquido ed esigibile³¹³, assoggettabile ad adempimento forzato e non contestato (§ 390 *BGB*).

Pertanto, l'agente di commercio non può compensare i crediti vantati nei suoi confronti con il suo diritto all'indennità, prima dello scioglimento del contratto.

14.4.1.4. Possibilità di adempiere il credito compensato

Un ulteriore requisito per la compensazione è la possibilità di adempiere il credito principale compensato dal debitore. Tale possibilità sussiste dal momento in cui il debitore può fornire la prestazione e il creditore è tenuto ad accettarla, mentre non è necessario che il credito compensato sia scaduto³¹⁴.

14.4.1.5.. Divieti di compensazione

I divieti di compensazione legali (§§ 390-395 *BGB*) e contrattuali determinano l'inefficacia della compensazione. La compensazione può essere vietata anche se contraria al principio di buona fede. Ad esempio l'agente di commercio non può compensare i crediti vantati

³¹⁰ Gebauer, in *Jahrbuch für Italienisches Recht*, 12, 1999, p. 37; per la giurisprudenza tedesca, v. OLG Stuttgart, 21.8.1995, in *RIW*, 1995, 943 s.; ASAM (nota 22) p. 349.

³¹¹ Art.1241 c.c. (“Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra...”).

³¹² KG Berlin, in *NJW*, 1988, 2181; OLG Hamm, in *NJW-RR*, 1999, 1736.

³¹³ BGH, 20.6.1951, in *BGHZ*, 2, 302.

³¹⁴ *BGHZ*, 17, 29.

dall'imprenditore per i pagamenti che l'agente ha riscosso legittimamente o illegittimamente dai clienti con le provvigioni a lui spettanti³¹⁵.

14.4.2. Dichiarazione di compensazione

A differenza della *compensazione legale* (art. 1241 c.c.) prevista dal diritto italiano, in base alla quale l'effetto liberatorio si verifica indipendentemente da una dichiarazione resa dal titolare del credito opposto, secondo la normativa tedesca la compensazione è condizionata ad una dichiarazione rilasciata dalla parte che desidera avvalersene (§ 388, primo periodo *BGB*).

La dichiarazione di compensazione è una dichiarazione di volontà recettizia irrevocabile non soggetta a condizioni (§ 388, secondo periodo *BGB*).

La dichiarazione non deve essere resa esplicitamente ed è sufficiente che sia chiaramente riconoscibile la volontà di procedere a compensazione³¹⁶.

14.4.3. Compensazione in sede processuale

Alla compensazione dichiarata in sede processuale si attribuisce, in Germania, non solo il carattere di un negozio giuridico di diritto materiale ma anche la natura di un atto processuale (*Doppelnatur*)³¹⁷. La compensazione dichiarata nel processo tedesco, che sia irrilevante sotto il profilo *processuale*, non produce alcun effetto sotto il profilo *materiale*.

Le questioni inerenti alla "compensazione processuale" sono, per il diritto tedesco, questioni *processuali* e sono quindi regolate dalla *lex fori* e pertanto irrilevanti nel processo istruito dinanzi alla corte italiana.

Viceversa, se la compensazione è regolata dal diritto *italiano*, l'art. 1243, comma 2 c.c., che disciplina la *compensazione giudiziale*, essendo una disposizione di diritto materiale e non processuale, deve essere applicato anche dalla corte *tedesca*,³¹⁸.

14.4.4. Effetti della compensazione

In base al § 389 *BGB* la compensazione determina l'estinzione dei crediti, nella misura in cui uno sia coperto dall'altro, dal momento in cui essi sono venuti a coesistere in forma compensabile. Pertanto, la compensazione estingue il credito con effetto retroattivo.

14.5. Luogo dell'adempimento

Le norme sul luogo dell'adempimento sono contenute nei §§ 269 e 270 *BGB*.

14.6.1. § 269 *BGB*

Il § 269 *BGB* stabilisce il luogo in cui il debitore deve eseguire l'adempimento e si applica ai rapporti obbligatori di qualunque tipo. L'accordo delle parti prevale sulla norma del § 269, comma 1 *BGB*. Solo nel caso in cui il luogo dell'adempimento "*non sia né determinato né determinabile in base alle circostanze*", la prestazione dovrà essere eseguita al domicilio del debitore al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Per i contratti a prestazioni corrispettive la giurisprudenza tende ad affermare che il luogo dell'adempimento per gli obblighi reciproci è quello dell'esecuzione della prestazione oggetto del contratto.

³¹⁵ OLG Hamm, 12.8.1993, in *NJW-RR*, 1993, p. 158, 159.

³¹⁶ BGH, 16.1.1958, in *BGHZ*, 26, 241.

³¹⁷ BGH, 20.12.1956, in *BGHZ*, 23, 17, 23, e in *NJW*, 1957, 591.

³¹⁸ LG München I, 20.3.1995, in *IPRax*, 1996, 31 ss. con nota di Kindler, in *IPRax*, 1996, 16 ss.; probabilmente anche OLG München, 21.12.2000 – Az. 14 U 444/00 – non pubblicata; di segno opposto, OLG Stuttgart, 21.8.1995, in *RIW*, 1995, 943, 944.

Per quanto concerne i reciproci obblighi derivanti dal contratto di agenzia, la giurisprudenza non stabilisce un unico luogo per l'adempimento³¹⁹: esso sarà individuato di volta in volta per ogni singolo obbligo.

14.6.2. § 270 BGB

Il § 270 non è una disposizione sul luogo dell'inadempimento. Secondo il § 270, comma 4 *BGB* di applicano, in ogni caso, le norme del § 269 *BGB*.

In riferimento ai *debiti di danaro* (provvigioni, indennità, risarcimento del danno; ma *non* il diritto alla consegna ex § 667 *BGB* o la pretesa per indebito arricchimento ex § 812 *BGB*) il § 270 *BGB* prevede che "nel dubbio", il debitore, il cui domicilio è il luogo dell'adempimento ai sensi del § 269, comma 1 *BGB*, è tenuto a trasferire il danaro, a proprie spese e a proprio rischio, al domicilio del creditore.

Il § 270 *BGB* è una mera norma interpretativa ("nel dubbio") sulla quale prevalgono gli accordi raggiunti dalle parti.

Posto che il luogo dell'adempimento è il domicilio del debitore, è decisivo il momento in cui il debitore ha provveduto all'inoltro del danaro per stabilire se l'adempimento è avvenuto nei termini³²⁰. Il rischio per i ritardi è a carico del creditore.

14.6. Interessi

14.7.1. Tasso degli interessi legali

Se un debito produce interessi in virtù della legge o del contratto, il staso ammonta al 4% annuo.

Secondo il § 352, comma 1 *HGB* il tasso degli interessi per le operazioni commerciali bilaterali è del 5% annuo.

14.7.2. Interessi di mora

Il § 288, comma 1, secondo periodo *BGB* prevede che, durante il periodo di mora, al debito di danaro si applica il tasso *base* maggiorato del 5%.

Nei negozi giuridici, cui non partecipa un consumatore, il tasso degli interessi per *crediti di natura retributiva* ammonta al tasso base, maggiorato dell'8% (§ 288, comma 2 *BGB*). La provvigione e l'indennità spettanti all'agente sono *crediti di natura retributiva* ai sensi del § 288, comma 2 *BGB*.

14.7.3. Interessi processuali

Il § 291 *BGB* stabilisce che il debitore, anche se non messo in mora, è tenuto a pagare gli interessi per un debito di danaro decorrenti dalla pendenza del giudizio. In merito si applica il § 288, comma 1, secondo periodo, commi 2 e 3 *BGB*.

I diritti sanciti dai §§ 288 *BGB* ed 291 *BGB* si pongono in rapporto di concorrenza e, quindi, il creditore non può chiedere cumulativamente gli interessi processuali e interessi di mora³²¹.

14.7.4. Tasso base

Secondo il § 247, comma 1 *BGB* il tasso base ammonta al 3,62 %. Si tratta di un tasso variabile, la cui percentuale viene diminuita o aumentata il 1° gennaio e il 1° luglio di ciascun anno, in proporzione alla diminuzione o all'aumento subito dal valore di riferimento con decorrenza dall'ultimo mutamento del tasso base.

³¹⁹ BGH, 22.10.1987, in *NJW*, 1988, 966.

³²⁰ BGH, 7.10.1965, in *NJW*, 1966, 46, e in *BGHZ*, 44, 179; OLG Köln, in *NJW-RR*, 1990, 285.

³²¹ OLG Saarbrücken, in *NJW-RR*, 1987, 471.

Il valore di riferimento è il tasso degli interessi applicato dalla Banca Centrale Europea al risconto più recente, effettuato precedentemente al primo giorno di calendario del semestre in questione. Il tasso base attuale viene pubblicato a cura della Banca Federale Tedesca nella Gazzetta Ufficiale (*Bundesanzeiger*).

Attualmente, il tasso base è del 2,47% e, quindi, il tasso degli interessi di mora è del 7,47% o del 10,27% annuo.

15. Diritto internazionale privato italiano

15.1. Fonti giuridiche del diritto delle obbligazioni internazionale

15.1.1 Legge sul diritto internazionale privato del 31.5.1995

La legge n. 218 del 31.5. 1995 ha riformato radicalmente il diritto internazionale privato italiano³²² e contiene norme relative alla competenza internazionale, al diritto applicabile nonché al riconoscimento e all'esecuzione di sentenze straniere.

Secondo l'art. 57 di tale legge le obbligazioni contrattuali sono "in ogni caso"³²³ regolate dalla Convenzione di Roma del 19.6.1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali³²⁴. L'applicazione della Convenzione di Roma, quale normativa autonoma del diritto internazionale privato italiano, è quindi estesa alle obbligazioni contrattuali³²⁵. L'estensione non riguarda unicamente le norme in materia contrattuale, ma l'intero contenuto della Convenzione di Roma³²⁶, ovvero anche le norme sul campo di applicazione della legge regolatrice del contratto, sui requisiti di forma, sulla capacità d'agire, sulla cessione, ecc.

15.1.2. Convenzione di Roma del 19.6.1980

Secondo l'art. 2, comma 1 della legge n. 218 del 1995 le disposizioni di tale legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia³²⁷.

La Convenzione di Roma di data 19.6.1980 regolamentante la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, si applica ai rapporti fra Germania e Italia dal 1.4.1991 e contiene importanti criteri di collegamento anche per i *contratti di agenzia*.

³²² Traduzioni in lingua tedesca in *IPRax*, 1996, 356 ss.; in *RabelsZ*, 61, 1997, 344 ss.; in *ZfRV*, 1996, 54 ss.

³²³ In base all'art. 17, la Convenzione di Roma si applica ai contratti conclusi dopo la sua entrata in vigore ossia dopo il 1.4.1991 (cfr. nota 382). I contratti stipulati prima di tale data continuavano ad essere soggetti alla norma dell'art. 25 *preleggi*. In merito alla formulazione „in ogni caso“, prevista dall'art. 57 della legge n. 218 del 1995 in combinato disposto con l'art. 72 della stessa legge, la dottrina sostiene che l'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995 abbia provocato l'abrogazione della limitazione temporale posta all'applicabilità della Convenzione di Roma che, quindi, sarebbe applicabile anche ai rapporti contrattuali sorti prima del 1.4.1991, a condizione che la controversia sia venuta in essere solo dopo l'entrata in vigore della riforma del diritto internazionale privato. In tal senso, v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 591 ss.; CIAN/TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2002, p. 93; Cfr., inoltre, Cass., 30.6.1999, n. 366.

³²⁴ Il testo *tedesco* della Convenzione di Roma è pubblicato in JAYME/HAUSMANN, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 11a ed., 2002, n. 70; per il testo *italiano* della Convenzione di Roma v. GIUFFRÈ, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e testi collegati*, Milano, 2002; per quanto concerne la Germania, la Convenzione di Roma è entrata in vigore in data 1.4.1991 nei confronti del Belgio, della Danimarca, della Francia dell'Italia, del Lussemburgo e del Regno Unito (pubblicazione del 12.7.1991, in BGBl., 1991 II, p. 871). Nei rapporti con l'Italia, a partire dal 1.9.1995 la Convenzione di Roma trova applicazione nella versione della seconda Convenzione di adesione firmata a Funchal il 18.5.1992 (BGBl., 1997, II, p. 844).

³²⁵ La situazione è diversa in Germania in quanto la Convenzione di Roma è stata incorporata, con alcune modifiche redazionali, nell'*EGBGB* (art. 27 ss.) e, come risulta dalla legge di approvazione del 25.7.1986 (BGBl., II, p. 809) non trova applicazione diretta nel territorio nazionale.

³²⁶ POCAR, in *IPRax*, 1997, 145 ss., 157; Id., *Il nuovo diritto internazionale privato*, Milano, 1994, p. 55, 59.

³²⁷ L'art. 57 contiene un'inutile ripetizione di tale principio. Sembra superfluo enunciare tali principi nella legge sul diritto internazionale privato in quanto l'applicazione di una Convenzione internazionale non può essere limitata con una legge ordinaria; così MOSCONO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2001, p. 13.

15.2. Libertà di scelta del diritto applicabile

Numerosi contratti di agenzia contengono un'*esplicita* scelta sul diritto applicabile. Il diritto di operare tale scelta è riconosciuto alle parti in virtù dell'art. 3, comma 1 della Convenzione di Vienna.

È pure possibile individuare il diritto applicabile in base a fatti concludenti, purché tale individuazione si fondi su sufficienti indizi certi e significativi³²⁸.

Le parti possono convenire – in modo esplicito o per atti concludenti – di sottoporre il contratto ad un determinato diritto anche *successivamente* alla conclusione, addirittura in sede processuale, sostituendo così il diritto che lo regolava in precedenza (art. 3, comma 2, primo periodo Convenzione di Roma).

L'esistenza e la validità dell'accordo sulla legge applicabile al contratto non sono valutate con ricorso alla *lex fori*, bensì al diritto scelto dalle parti (art. 3, comma 4 Convenzione di Roma in combinato disposto con l'art. 8, comma 1 Convenzione di Roma). Questo aspetto può rilevare nel caso in cui tra le parti sorga una controversia sull'efficacia - dal punto di vista del diritto materiale e del diritto internazionale privato - delle clausole sulla scelta del diritto applicabile contenute nelle condizioni generali di contratto.

Non è efficace la scelta del diritto applicabile finalizzata ad eludere norme imperative che altrimenti rientrerebbero nella normativa, almeno per la parte che risponda a tale scopo (art. 3, comma 3 Convenzione di Roma).

Ai fini dell'individuazione della forma da adottare per la scelta del diritto trova applicazione, conformemente all'art. 3, comma 4 Convenzione di Roma, l'art. 9 Convenzione di Roma.

15.3. Diritto applicabile in mancanza di scelta

Qualora la legge che regola il contratto non sia stata determinata – espressamente o per fatti concludenti – dalle parti si dovrà provvedere alla sua individuazione ai sensi dell'art. 4 Convenzione di Roma. Troverà applicazione la legge del paese col quale il contratto presenta il *collegamento più stretto* (art. 4, comma 1, primo periodo Convenzione di Roma). Si presume che il contratto presenti il legame più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la *prestazione caratteristica* ha la propria residenza abituale o l'amministrazione centrale dei propri affari (art. 4, comma 2, primo periodo Convenzione di Roma)³²⁹.

Per quanto riguarda il *contratto di agenzia*, la prestazione caratteristica è quella fornita dall'agente³³⁰; è quindi determinante la legge vigente nel luogo in cui si trova la sede dell'agente salvo che, dall'insieme delle circostanze si debba ritenere che il contratto presenti il collegamento più stretto con un altro paese (art. 4, comma 5, secondo periodo Convenzione di Roma), ad esempio se l'agente domiciliato in uno Stato svolge la propria attività di promozione esclusivamente in un terzo Stato.

15.4. Rinvio al diritto materiale

I rinvii internazional-privatistici operati dagli artt. 3 e 4 della Convenzione di Roma, costituiscono rinvii al diritto materiale, come può desumersi dall'art. 15 della Convenzione di Roma. Non rilevano pertanto gli ulteriori rimandi o rinvii previsti dal diritto internazionale privato straniero.

³²⁸ Cass., 9.9.1993, n. 9435.

³²⁹ Cass., S.U., 11.6.2001, n. 7860. Il criterio della *prestazione caratteristica* è da considerarsi una presunzione semplice confutabile con prova contraria (art. 4, comma 5 Convenzione di Roma).

³³⁰ BALDI (nota 39) S. 487; a differenza di altre leggi in materia internazional-privatistica, come ad esempio l'art. 117 della legge svizzera, la Convenzione di Roma non contiene una definizione della *prestazione caratteristica*. Una parte della dottrina ha seguito la regola introdotta dalla Commissione di esperti Giuliano e Lagarde, secondo cui la *prestazione caratteristica* non consiste in un pagamento in danaro, bensì nella prestazione opposta alla controprestazione. Nell'acquisto di un bene mobile si tratta della prestazione fornita dal venditore, nel contratto d'appalto della costruzione dell'opera edile, nel contratto di agenzia della promozione finalizzata alla stipula di contratti, ecc.; BALLARINO (nota 323), p. 605; Cass., 6.8.1998, n. 7714; Corte d'Appello di Milano, 18.7.1997.

15.5. Ambito di applicazione della legge che regola il contratto

In base agli artt. 8, 10 e 14 della Convenzione di Roma, che fanno riferimento all'ambito di validità del diritto applicabile, la normativa è determinante per:

- l'esistenza e la validità del contratto,
- l'interpretazione del contratto,
- l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono,
- le conseguenze dell'inadempimento totale o parziale delle obbligazioni contrattuali, compresa la liquidazione del danno,
- i diversi modi di estinzione delle obbligazioni, in particolare ove tale estinzione sia dovuta a fatti diversi dall'adempimento, come ad esempio in caso di compensazione,
- la prescrizione,
- le decadenze fondate sul decorso di un termine, e
- le conseguenze della nullità del contratto.

In base all'art. 14, comma 1 della Convenzione di Roma, la legge regolatrice del contratto va inoltre applicata per l'individuazione delle presunzioni legali e delle norme sulla ripartizione dell'onere della prova. A questo proposito ci si riferisce tuttavia soltanto alle regole di ripartizione dell'onere probatorio poste dal diritto materiale, che individuano chi sopporta il rischio della mancata dimostrabilità di un fatto. Di genere diverso sono invece le norme probatorie a carattere processuale, quali, per esempio, quelle che prevedono gli effetti del comportamento assunto da una parte nel processo, che devono essere desunte dalla *lex fori* (art. 12 della legge n. 218 del 1995).

15.6. Applicazione delle norme imperative

L'applicazione delle norme imperative *straniere* è regolata dall'art. 7, comma 1 della Convenzione di Roma.

15.7. Cessione

La cessione contrattuale e legale di un credito è disciplinata all'art. 12 della Convenzione di Roma.

La norma distingue il rapporto giuridico tra il cedente e il cessionario da quello intercorrente tra il cedente o il cessionario e il debitore.

In base all'art. 12 della Convenzione di Roma, se un credito (ad esempio per il *diritto alla provvigione* o per il *diritto all'indennità*) viene ceduto in forza di un negozio giuridico, il rapporto giuridico causale tra cedente e cessionario è regolato dalla legge che si applica al contratto intercorso tra essi (art. 12, comma 1 Convenzione di Roma).

Al contrario, in base all'art. 12, comma 2 della Convenzione di Roma, sono disciplinate dalla *legge che regola il credito ceduto*, e quindi dal diritto vigente per il rapporto giuridico da cui dipende il credito ceduto (*Forderungsstatut*), alcune questioni rilevanti, come ad esempio:

- i requisiti per la valida cessione;
- la cedibilità del credito;
- le modalità della cessione;
- il carattere liberatorio della prestazione eseguita dal debitore;
- le condizioni di opponibilità della cessione al debitore;
- il rapporto gerarchico tra cessioni plurime.

15.8. Compensazione

Secondo l'art. 10, comma 1. lett. b e d della Convenzione di Roma, l'*adempimento* degli obblighi sorti dal contratto nonché le diverse ipotesi di *estinzione* degli obblighi derivanti dal rapporto obbligatorio – e pertanto anche la compensazione – sono regolate dalla *lex causae*.

Secondo l'opinione dominante in dottrina e giurisprudenza, l'ammissibilità della compensazione in base al diritto materiale va valutata in riferimento alla legge che regola

l'obbligazione creditoria che deve essere estinta, ovvero il credito principale (*Hauptforderung*)³³¹.

L'intenzione è di tutelare il creditore della *Hauptforderung*, il cui diritto si estingue senza pagamento.

Anche l'effetto della compensazione, così come i *presupposti* e le *modalità* in base alle quali la compensazione può essere fatta valere, sono quindi regolati dalla legge vigente per il credito principale³³².

La legge che regola il credito principale *non* si applica agli aspetti legati all'esistenza, all'ammontare e alla scadenza del credito opposto³³³.

Anche i divieti di compensazione *legali* discendono dalla legge disciplinante il credito principale³³⁴.

Non vi è unanimità in merito alla questione sull'individuazione del diritto applicabile ai divieti di compensazione *stabiliti contrattualmente* spesso all'interno delle condizioni generali di contratto. Anche in questo caso si dovrebbe optare per la legge applicabile al credito principale³³⁵.

Per un certo periodo, la giurisprudenza tedesca ha ricavato i *divieti di compensazione processuali* dalle norme sulla competenza internazionale e territoriale³³⁶.

15.9. Rappresentanza volontaria

La rappresentanza volontaria non è regolata dalla Convenzione di Roma, bensì dall'art. 60 della legge n. 218 del 1995 che si è ispirata³³⁷ alla *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai contratti di agenzia e alla rappresentanza* del 14.3.1978³³⁸, non ratificata dall'Italia.

Ai sensi dell'art. 60, comma 1, primo periodo della legge n. 218 del 1995, la rappresentanza volontaria è regolata dalla legge dello Stato in cui il *rappresentante* ha la propria *sede d'affari*, sempre che egli agisca a titolo professionale e che tale sede sia conosciuta o conoscibile dal terzo. Tale previsione coincide con quanto affermato dalla giurisprudenza tedesca in materia di rappresentanza commerciale³³⁹.

Secondo l'art. 60, comma 1, secondo periodo della legge n. 218 del 1995, in assenza di tali condizioni si applica la legge dello Stato in cui il rappresentante esercita in via principale i suoi poteri nel caso concreto. A differenza del *diritto internazionale privato tedesco*³⁴⁰, non trova applicazione la disciplina del paese in cui si esplicano gli effetti (*Wirkungsland*) ovvero quello in cui l'affare dovrà essere concluso.

³³¹ BERGER, *Der Aufrechnungsvertrag*, Tübingen 1996, p. 448; REITHMANN/MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, 5a ed., 1996, numero 206; OLG Hamm, 09.06.1995, 11 U 191/94; OLG Düsseldorf, 11.07.1996, 6 U 152/95; cfr., inoltre, BGHZ 38, 254, 256; BGH, in *NJW*, 1994, 1413, 1416; OLG Hamm, in *RIW*, 1995, 55.

³³² BERGER (nota 331) p. 448.

³³³ Non si sono affermate altre soluzioni, come ad esempio quella di creare un collegamento con il diritto applicabile al credito opposto in compensazione, con il diritto applicabile alla persona del debitore del credito opposto in compensazione, la *lex fori*, con il diritto del paese in cui la compensazione si è verificata, con il diritto applicabile alla residenza ovvero alla sede di colui che procede alla compensazione ovvero con il diritto applicabile al credito sorto per primo. V. BERGER (nota 331) p. 450.

³³⁴ BERGER (nota 331) p. 448; cfr. KROPHOLLER, *Internationales Einheitsrecht*, Tübingen 1975, § 24 II 1.

³³⁵ BERGER (nota 331) p. 449; EUJEN, *Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich und England*, Frankfurt a.M. 1975, p. 110.

³³⁶ Nella sentenza pronunciata in data 12.5.1993 (*IPRax*, 1994, 115) il BGH ha sostenuto – ingiustamente – che la valida compensazione nel processo richiederebbe la competenza originaria del tribunale adito per decidere sul credito opposto in compensazione, ovvero un nesso materiale tra credito principale e credito opposto in compensazione ai sensi dell'art. 6, n. 3 della Convenzione di Bruxelles. In seguito alla decisione della Corte di giustizia europea del 13.7.1995 (*IPRax*, 1997, 114), il BGH ha abbandonato questo orientamento giurisprudenziale con sentenza del 7.11.2001 (*IPRax*, 2002, 299).

³³⁷ Così POCAR, in *IPRax*, 1997, p. 158.

³³⁸ Testo tedesco in *RabelsZ*, 43 (1979) 176. La Convenzione è entrata in vigore in data 1.5.1992 per l'Argentina, la Francia e il Portogallo e in data 1.10.1992 anche per l'Olanda; cfr. JAYME/HAUSMANN (nota 324) nota 1 del n. 43.

³³⁹ REITHMANN/MARTINY (nota 331) numero 1732; BGH, in *AWD*, 1962, 52.

³⁴⁰ BGHZ 64, 183, e in *RIW*, 1975, 425; BGH, in *NJW*, 90, 3088.

In base all'art. 13, comma 2, lett. c della legge n. 218 del 1995, il rinvio operato nell'art. 60, comma 1 di tale legge è un *rinvio al diritto materiale* e, quindi, non si tiene conto di ulteriori rimandi e rinvii.

Rientrano nel campo di applicazione del diritto disciplinante la rappresentanza volontaria tutti gli aspetti relativi alla rappresentanza negoziale³⁴¹.

15.10. Forma

In base all'art. 9 della Convenzione di Roma un contratto o un atto giuridico unilaterale è valido se soddisfa i requisiti di forma della *lex causae* (art. 9 commi 2 e 4 Convenzione di Roma) o della legge del luogo in cui esso viene concluso ovvero compiuto (forma del luogo – art. 9 commi 1 e 4 Convenzione di Roma).

In applicazione del suddetto articolo potrebbero, tuttavia, sorgere dei problemi di qualificazione nei casi in cui la legge straniera applicabile contenga *norme probatorie*, come per l'art. 1742, comma 1, primo periodo c.c.

In linea di principio la *lex fori* stabilisce in che modo l'esistenza di un negozio giuridico possa essere dimostrata nel processo.

La situazione è diversa se il requisito di forma posto dal diritto straniero ha anche un contenuto di diritto materiale che inficia la validità del negozio giuridico³⁴².

16. Questioni processuali

16.1. Il regolamento (CE) n. 44/2001 del 21.12.2000

16.1.1. Campo di applicazione

In data 1.3.2002 è entrato in vigore il *regolamento (CE) n. 44/2001*, concernente *la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (di seguito il regolamento), emanato dal Consiglio delle Comunità Europee in data 21.12.2000³⁴³.

Questo regolamento si applica in tutti gli Stati membri dell'Unione Europea.

Per quanto concerne la Danimarca, tuttavia, il regolamento non trova applicazione a causa di un'esplicita riserva contenuta nell'art. 65 Trattato CE³⁴⁴.

Tra gli altri Stati membri e la Danimarca continua quindi ad applicarsi, in forma immutata, come Trattato internazionale, la Convenzione di Bruxelles³⁴⁵.

Inoltre, conserva la propria validità come Trattato internazionale la Convenzione di Lugano.

Il regolamento prevale sulle norme dell'art. 3 ss. della legge n. 218 del 1995 che concernono la giurisdizione internazionale delle corti italiane.

16.1.2. Giurisdizione internazionale

Nei paragrafi seguenti si individueranno brevemente i fori competenti che rivestono maggiore importanza per il contratto di agenzia e si affronteranno le questioni legate alla pendenza dello stesso processo innanzi a corti diverse.

³⁴¹ KINDLER, *Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 2002, p. 423; TROMBETTA-PANIGADI, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 1201 ss; CIAN /TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2002, p. 102, III.

³⁴² Non è il caso dell'art. 1742, comma 2, primo periodo c.c. che limita l'attività probatoria alla presentazione di documenti; pertanto, la sua applicazione nel processo civile tedesco è esclusa.

³⁴³ Regolamento (CE) n. 44/2001, in G.U.C.E. 2000 L 12, 1 ss. = http://europa.eu.int/eur-lex/de/search/search_oj.html ; per la relazione e le motivazioni v. <http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/1998/de> .

³⁴⁴ Cfr. l'art. 1, primo periodo del protocollo sulla posizione della Danimarca rispetto al Trattato CE; cfr. HESS, in *NJW*, 2000, 23, 28; HAUSMANN, *The European Legal Forum*, 2000/2001, 40, 42.

³⁴⁵ Cfr. il 22° considerando del regolamento 44/2001.

16.1.2.1. Il foro generale

In base all'art. 2, comma 1, le persone domiciliate nel territorio di uno Stato membro sono convenute davanti ai giudici di tale Stato membro, a prescindere dalla loro nazionalità³⁴⁶.

Ai fini dell'applicazione del regolamento, le società e le persone giuridiche sono domiciliate, ex art. 60, nel luogo in cui si trova la loro sede statutaria, la loro amministrazione centrale oppure il centro principale della loro attività.

Per determinare se una parte ha il proprio domicilio nel territorio dello Stato membro in cui il procedimento è pendente, il giudice applica la legge nazionale (art. 59, comma 1).

16.1.2.2. Il foro del luogo dell'adempimento

L'art. 5 n. 1 del regolamento disciplina il foro del luogo dell'adempimento e, rispetto all'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles, tale norma ha introdotto alcune modifiche essenziali di seguito brevemente individuate³⁴⁷.

16.1.2.2.1. Art. 5 n. 1 a) del regolamento

Secondo l'art. 5 n. 1 a), norma fondamentale per il foro del luogo dell'adempimento, la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in altro Stato membro se il procedimento ha per oggetto un contratto o obblighi nascenti da contratto. In questo caso sarà competente il giudice del luogo in cui gli obblighi devono essere eseguiti³⁴⁸.

E' da ritenersi che, in riferimento all'art. 5 n. 1 a) del regolamento, la giurisprudenza continui ad uniformarsi ai principi affermati dalla Corte di giustizia europea nella sentenza Tessili- e De Bloos³⁴⁹ secondo cui il luogo dell'adempimento va individuato con ricorso alla legge regolatrice del contratto, definita in base al diritto internazionale privato dello Stato in cui è situato il foro competente. Rileva l'obbligazione oggetto della controversia e, in caso di pretese risarcitorie, l'obbligazione contrattuale sul cui inadempimento si fonda la pretesa.

Il luogo dell'adempimento può essere stabilito anche da una clausola contrattuale e l'efficacia di tale clausola va accertata in base alla *lex causae*, individuata in base al diritto internazionale privato dello Stato in cui è situato il foro competente³⁵⁰; in linea di principio, non è necessario osservare la forma di cui all'art. 23 del regolamento.

16.1.2.2.2. Art. 5 n. 1 b) del regolamento

L'art. 5 n. 1 b) fornisce una *definizione autonoma* di luogo dell'adempimento per determinati obblighi, contribuendo così ad eliminare i dubbi posti dall'art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea in materia³⁵¹.

Secondo la norma speciale dell'art. 5 n. 1 b) del regolamento, salvo diversa convenzione, il luogo di esecuzione dell'obbligazione è, nel caso della *compravendita di beni mobili*, il luogo - situato nel territorio dello Stato membro - in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto e, nel caso della *prestazione di servizi*, il luogo - situato nel

³⁴⁶ Sul problema dei paesi terzi, cfr. MICKLITZ/ROTT, in *EuZW*, 2002, 327.

³⁴⁷ Cass., S.U., 14.12.1999, n. 895; Cass., S.U., 10.3.2000, n. 58; Cass., S.U., 28.7.1998, n. 7398; Cass., S.U., 6.8.1998, n. 7714.

³⁴⁸ BALDI (nota 39) p. 448 ss.; BALLARINO (nota 323) p. 106 ss.; SIMONS/HAUSMANN, *The European Legal Forum*, 1-2000/01, p. 40 ss.; COMBA, SAMAROTTO, *Il contratto internazionale di agenzia*, Milano, 1993, p. 191; Cass., S. U., 14.12.1999, n. 895n in *Giust. civ.*, 2000, I, 2333, con nota di Ferrari.

³⁴⁹ Corte di giustizia europea, 06.10.1976 – Rs. 14/76 – De Bloos/Bouyer, in *EUGH* 1976, 1497, 1508 s., 1510 s., e in *NJW*, 1977, 490, 491; Corte di giustizia europea, 1987 – Rs. 286/85 – Shenevai/Kreischer, in *EUGH*, 1982, 239, 254, 256 s., e in *NJW*, 1987, 1131 con nota di Geimer.

³⁵⁰ KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 7a ed., 2002, Art. 5 EuGVO numero 28 e 43.

³⁵¹ In base alla cosiddetta formula "Tessili", la convenzione di Bruxelles affida la determinazione del luogo dell'adempimento al diritto delle obbligazioni che deve essere individuato in base al diritto internazionale privato della *lex fori*, cfr. Corte di giustizia europea, in *NJW*, 1977, 491; di recente Corte di giustizia europea, in *NJW*, 2000, 719

territorio dello Stato membro - in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto³⁵².

Il luogo di esecuzione così individuato si applica a tutti i diritti nascenti dal contratto, e quindi anche agli obblighi di pagamento dell'acquirente e dell'avente diritto al servizio³⁵³. Ciò porta ad una *concentrazione* di tutte le controversie nascenti da un contratto dinanzi ad un unico giudice. L'art. 5 n. 1 b) del regolamento non disciplina soltanto la giurisdizione internazionale, ma anche la competenza territoriale³⁵⁴.

La nozione di servizi di cui all'art. 5 n. 1 b) del regolamento deve essere interpretata in senso ampio; al suo interno sono ricomprese le attività industriali, commerciali, artigianali e le prestazioni fornite da liberi professionisti³⁵⁵. Per quanto concerne i contratti misti è rilevante la circostanza che il servizio costituisca o meno l'elemento caratterizzante del contratto stesso.

Ne deriva che anche i *contratti di agenzia* rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 5 n. 1 b) del regolamento, con la conseguenza che l'agente, salvo diversa convenzione, può far valere tutti i propri diritti dinanzi al giudice dello Stato membro in cui ha fornito o avrebbe dovuto fornire i suoi servizi di promozione.

Per i contratti che non possono essere qualificati quali contratti di compravendita o di prestazione di servizi, in base a quanto affermato dalla Commissione, è necessario attenersi alla giurisprudenza finora pronunciata dalla Corte di giustizia europea in riferimento all'art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles³⁵⁶. Resta ancora aperta la questione se la Corte di giustizia europea accoglierà questo suggerimento o se individuerà luoghi di esecuzione uniformi - per esempio richiamandosi al luogo in cui viene fornita la prestazione caratteristica - anche per altri tipi di contratto.

E' tuttavia possibile *derogare* a quanto previsto dall'art. 5 n. 1 b) del regolamento addivenendo ad un diverso accordo che espliciti effetti sulla competenza³⁵⁷. Nell'ambito di validità dell'art. 5 n. 1 della Convenzione di Bruxelles l'efficacia di tali accordi va valutata in base alla *lex causae*³⁵⁸. Quanto detto dovrebbe valere anche per l'ambito di applicazione dell'art. 5 n. 1 del regolamento. In questo caso, tuttavia, l'accordo sul luogo dell'esecuzione richiede la forma scritta imposta dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles e, anche dall'art. 23 del regolamento, ove la pattuizione sia in realtà finalizzata a stabilire il foro competente³⁵⁹.

16.1.2.3. Clausola attributiva di competenza

Le clausole attributive di competenza sono disciplinate dall'art. 23 del regolamento e la loro pattuizione è ammissibile anche tra l'*agente* e l'*imprenditore*. Secondo l'art. 23, comma 1, queste clausole devono essere pattuite per iscritto o oralmente con ratifica scritta. E' sufficiente anche una forma che rispecchi la prassi adottata dalle parti nei loro rapporti e, nel commercio internazionale, una forma prevista da un uso commerciale, che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che è regolarmente conosciuto e rispettato dalla generalità dei contraenti che concludono negozi di natura simile a quello concluso dalle parti in questione nel medesimo settore di attività.

Stando alla nuova formulazione del comma 1 è ammessa anche la clausola che non individui in modo esclusivo la competenza di un tribunale di uno Stato membro.

³⁵² Cass., S.U., 5.11.1998, n. 11088, in *Riv. dir. int.*, 1999, 222; Cass., S.U., 7.8.1998, n. 7759, in *Dir. comm. int.*, 1999, p. 757 ss., con nota di Monfeli; BALDI (nota 39) p. 447 ss.; BALLARINO (nota 323) p.103.

³⁵³ HAU, in *IPRax*, 2000, 354 ss., 358 ss.; MICKLITZ/ROTT, in *EuZW*, 2001, 328.

³⁵⁴ MICKLITZ/ROTT, in *EuZW*, 2001, 328. KROPHOLLER (nota 350) Art. 5 EuGVO numero 38 ss.

³⁵⁵ MICKLITZ/ROTT, in *EuZW*, 2001, 328; HAU, in *IPRax*, 2000, 359.

³⁵⁶ MICKLITZ/ROTT, in *EuZW*, 2001, 329.

³⁵⁷ HAU, in *IPRax*, 2000, 360, che specifica le nuove perplessità da ciò derivanti; KROPHOLLER, (nota 350) Art. 5 EuGVO, numero 43.

³⁵⁸ KROPHOLLER (nota 350) Art. 5 EuGVO numero 28 e 43; DE CRISTOFARO, *Il foro delle obbligazioni. Profili di competenza e giurisdizione*, Torino, 1999, p. 2333 ss. che muove critiche all'art. 5, comma 1 della Convenzione di Bruxelles.

³⁵⁹ Corte di giustizia europea, in *NJW*, 97, 1431; ancora di diverso avviso Corte di giustizia europea, in *NJW*, 80, 1218.

Secondo l'art. 23, comma 2 soddisfa il requisito della forma scritta qualsiasi comunicazione effettuata con mezzi elettronici che permetta una registrazione duratura della clausola attributiva di competenza. Questa norma rappresenta una novità rispetto all'art. 17 della Convenzione di Bruxelles/Lugano.

La disposizione dell'art. 17, comma 5 della Convenzione di Bruxelles/Lugano, prima contenuta all'art. 23 del regolamento, è stata ora inserita all'interno dell'art. 21.

Il requisito di determinatezza, previsto dall'art. 23, comma 1 del regolamento, impone che tanto il rapporto giuridico, quanto il giudice competente siano chiaramente determinati³⁶⁰ o risultino per lo meno determinabili³⁶¹. È dubbio se tale requisito sia soddisfatto da clausole che consentono di scegliere tra due o più tribunali³⁶².

Ove si sia in presenza di un vincolo necessario tra forma e accordo di volontà, l'efficacia per il diritto materiale della clausola attributiva di competenza non deve essere giudicata in base alla *lex causae*, individuata attraverso il diritto internazionale privato della *lex fori*³⁶³, bensì in base al diritto comune europeo, ricavato direttamente dall'art. 23 del regolamento³⁶⁴.

16.1.3. Doppia litispendenza

I casi di doppia litispendenza e di connessione dei procedimenti sono disciplinati agli artt. 21 e 22 della Convenzione di Bruxelles/Lugano. Il regolamento contiene agli artt. 27-30 un'ampia regolamentazione in materia.

L'art. 27 del regolamento ha subito solo degli adattamenti redazionali rispetto all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles/Lugano.

All'art. 28, comma 1 del regolamento è stata cancellata la limitazione, secondo la quale il procedimento poteva essere sospeso solo durante la pendenza in primo grado³⁶⁵. Di conseguenza ora la sospensione può essere decisa anche nei gradi superiori del processo.

In conformità all'art. 28, comma 2, se le cause sono pendenti in primo grado, se il giudice adito per primo è competente per la causa e se in base al diritto che questi si trova ad applicare, è consentita la riunione dei processi, il potere di dichiarare la propria incompetenza spetta anche ad ogni altro giudice successivamente adito.

L'art. 30 del regolamento è stato introdotto ex novo e definisce quando un giudice possa considerarsi adito e, di conseguenza, quando il procedimento risulti pendente; nulla prevedeva in merito la Convenzione di Bruxelles/Lugano. In questo modo si viene a colmare una lacuna che la Corte di giustizia europea non era riuscita a colmare con una propria definizione autonoma³⁶⁶.

La doppia litispendenza e la connessione assumono spesso rilevanza nelle controversie nate da contratti di agenzia italo-tedeschi. Di regola, l'imprenditore italiano, dopo essere receduto dal contratto, cerca di radicare la causa dinanzi ad una corte italiana e di prolungarne la durata, proponendo un'azione di accertamento circa l'efficacia del recesso, la sussistenza di proprie pretese risarcitorie e l'insussistenza di diritti all'indennità in capo all'agente³⁶⁷.

Il concetto di "*domande aventi il medesimo oggetto e il medesimo titolo*" (art. 21 Convenzione di Bruxelles/Lugano, art. 27, comma 1 del regolamento) non è stato definito; si dovrà ricorrere ad una interpretazione autonoma³⁶⁸ ed estensiva³⁶⁹. Solo in questo modo

³⁶⁰ Corte di giustizia europea, in *NJW*, 1992, 1671.

³⁶¹ THOMAS/PUTZO/HÜBTEGE, ZPO, 23a ed., 2001, Art. 17 EuGVÜ, numero 6; KROPHOLLER (nota 350) Art. 23 EuGVO numero 69 SS.

³⁶² REITHMANN/MARTINY/HAUSMANN (nota 331) numero 2247 con esempi di giurisprudenza; OLG München (nota 371).

³⁶³ Così, ad esempio, THOMAS/PUTZO/HÜBTEGE (nota 361) Art. 17 EuGVÜ numero 4.

³⁶⁴ Così, sull'art. 17 della Convenzione di Bruxelles: KROPHOLLER (nota 350) Art. 23 EuGVO Rn 17 E 30; GEIMER, in *IPRax*, 1991, 34; BGH, in *NJW*, 1996, 1819.

³⁶⁵ Con riferimento ad un caso analogo: OLG München, 13.3.2000, in *Jahrbuch für Italienisches Recht*, 13, 2000, p. 277 ss., e in *The European Legal Forum*, 2000/01, p. 136 s. con nota di Simons

³⁶⁶ MICKLITZ/ROTT, in *EuZW*, 2001, 333.

³⁶⁷ Cfr., per un caso analogo : OLG München (nota 365); BGH, 6.2.2002, in *NJW*, 2002, 2795 ss.; tra la giurisprudenza italiana: Cass., 21.2. 1995, n. 1880.

³⁶⁸ Corte di giustizia europea, in *EuZW*, 1995, 309, 311, e in *NJW*, 1995, 1883.

sarà possibile evitare la pronuncia di decisioni incompatibili. Nell'interpretazione della nozione non rileva che le domande siano identiche sotto il profilo formale, ma che entrambe le controversie abbiano lo stesso oggetto principale³⁷⁰.

L'art. 28, comma 3 del regolamento offre una definizione legale della nozione di "cause connesse". C'è una connessione se le cause presentano un legame così stretto tra loro da rendere opportuna un'unica trattazione e decisione, al fine di evitare il rischio che si addivenga a pronunce tra loro incompatibili. Un tale rischio dovrebbe essere in questo modo efficacemente scongiurato.

16.2. Norme in materia di prove

16.2.1. L'accertamento del diritto straniero

16.2.1.1. Situazione giuridica in Italia

Gli artt. 14 e 15 della legge n. 218 del 1995 disciplinano l'accertamento e l'applicazione del diritto straniero ad opera del giudice *italiano*.

In base all'art. 14, comma 1, primo periodo della legge n. 218 del 1995 l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi di informazioni acquisite tramite il Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. L'applicazione della legge straniera equivale ad applicazione di diritto non di fatto³⁷¹.

Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, nemmeno con l'aiuto delle parti, ex art. 14, comma 2, primo periodo della legge n. 218 del 1995, egli applica la legge individuata mediante altri criteri di collegamento. In difetto si applica la legge italiana ai sensi dell'art. 14, comma 2, secondo periodo, e, quindi, la *lex fori*.

In base all'art. 15 della legge n. 218 del 1995 la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo. Pertanto il giudice italiano deve uniformarsi all'ordinamento giuridico straniero.

16.2.1.2. Situazione giuridica in Germania

Se un rapporto giuridico è soggetto all'applicazione del diritto straniero, la corte tedesca è tenuta, ex § 293 ZPO, ad accertare d'ufficio³⁷² quale sia il contenuto del diritto straniero applicabile in modo così accurato da consentire la decisione della controversia³⁷³. A tal fine, la corte deve ricorrere a tutte le fonti di conoscenza accessibili e deve impegnarsi, senza tener conto dell'onere della prova³⁷⁴, a individuare la *lex causae* come elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina ed applicata dagli operatori stranieri³⁷⁵. Questo obbligo deriva dal principio dell'uniformità delle decisioni a livello internazionale.

Nell'accertare il diritto straniero, il giudice deve avvalersi di tutte le fonti di informazione accessibili³⁷⁶ ed è libero di interpellare istituzioni ed esperti nazionali e stranieri o di agire secondo la Convenzione europea del 7.6.1968³⁷⁷.

³⁶⁹ OLG Hamm, in *IPRax*, 1995, 104. Esempi in THOMAS/PUTZO/HÜßTEGE (nota 361) Art. 21 EuGVÜ numero 5.

³⁷⁰ Corte di giustizia europea, in *NJW*, 1989, 665; BGH, 6.2.2002, in *NJW*, 2002, 2795, 2796 ("la stessa domanda" ricorre anche allorché il primo procedimento sia volto all'ottenimento di un pagamento e il secondo all'accertamento della mancata sussistenza del diritto al pagamento o di un rapporto giuridico posto alla base di tale diritto).

³⁷¹ POCAR, in *IPRax*, 1997, 151.

³⁷² BGH, 8.5.1992, in *NJW*, 1992, 3106; BGH, 2.2.1995, in *NJW-RR*, 1995, 767; BGH, 22.10.1996, in *NJW*, 1997, 324; BGH, 25.9.1997, in *NJW*, 1998, 1321; BGH, 2.10.1997, in *NJW*, 1998, 1395, 1396.

³⁷³ Sul tema: V. HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, 6a ed., 2000, p. 98 ss.

³⁷⁴ BGH, 17.2.1982, in *NJW*, 1982, 1216; BGH, in *IPRax*, 83, 178; OLG Frankfurt/Main, in *FamRZ*, 2000, 496.

³⁷⁵ BGH, 21.1.1991, in *NJW*, 1991, 1418, 1419; BGH, 8.5.1992, in *NJW*, 1992, 3107; KG, in *NJW*, 1998, 246.

³⁷⁶ BGH, 21.1.1991, in *NJW*, 1991, 1418.

³⁷⁷ BGBl., II, 1974, 937 con protocollo aggiuntivo del 15.3.1978, BGBl., 1987, II, 60 e 593 e legge di attuazione del 5.7.1974, BGBl., I, 1433, modificata con la legge del 21.1.1987, BGBl., II, 58. La Convenzione trova applicazione nel rapporto con l'Italia. Sull'ambito di applicazione della Convenzione, vedi pubbl. del 22.8.2000

Ai fini dell'accertamento del diritto straniero, le parti devono prestare la massima collaborazione al giudice³⁷⁸.

In presenza di fattispecie che, fino a quel momento, non sono state oggetto di decisione nello Stato la cui legge trova applicazione, il giudice può e deve (divieto del diniego di giustizia) elaborare il diritto straniero, adeguando questa elaborazione allo spirito dell'ordinamento giuridico straniero³⁷⁹. Al riguardo, le norme unitarie sul contratto di agenzia devono essere interpretate conformemente alla direttiva.

In linea di principio, l'applicazione del diritto straniero ad opera del giudice tedesco non può essere oggetto di ricorso per cassazione (§ 549 I ZPO)³⁸⁰.

16.2.2. Mezzi probatori

Le norme sulle prove appartengono al diritto processuale e, quindi, sono soggette alla *lex fori*. Ciò si ricava dall'art. 12 della legge n. 218 del 1995. Va pertanto stabilito in base alla *lex fori* quali sono i mezzi probatori ai quali le parti possono ricorrere nel processo civile.

16.2.3. Onere della prova

I principi di diritto inerenti all'onere della prova ed alla sua ripartizione fanno parte, in base all'opinione prevalente, non al diritto processuale, bensì al diritto materiale³⁸¹.

16.3. Esecuzione

La questione del riconoscimento e dell'esecuzione di una sentenza *italiana* in *Germania*, trattata all'art. 32 ss. del regolamento non verrà approfondita in questa sede³⁸².

ALLEGATO

1. §§ 84 ss. Codice Commerciale Tedesco (HGB)

§ 84 (Agente di commercio)

(1) È agente di commercio colui che, quale commerciante indipendente, assume stabilmente l'incarico di promuovere affari per un altro imprenditore (imprenditori) o di concluderli in suo nome. È indipendente colui che, in forma sostanzialmente libera, può organizzare la propria attività e il proprio orario di lavoro.

(2) Chi, senza essere indipendente ai sensi del comma 1, assume stabilmente l'incarico di promuovere affari per un altro imprenditore o di concluderli in suo nome è da considerarsi dipendente.

(3) L'imprenditore può essere anche un agente di commercio.

§ 85 (Documento contrattuale)

Ciascuna delle parti può pretendere che il contenuto del contratto, nonché successivi accordi concernenti il contratto, siano redatti in una scrittura privata firmata dall'altra parte. Questo diritto non può essere escluso.

§ 86 (Obblighi del agente del commercio)

BGBI., II, 1210. Sull'obbligo dei giudici di richiedere informazioni di questo tipo in caso di dubbi, cfr. BGH, in *RIW*, 1983, 617; BGH, in *NJW-RR*, 1992, 643.

³⁷⁸ BGH, 30.3.1976, in *NJW*, 1976, 1581.

³⁷⁹ V. HOFFMANN (nota 373) p. 101.

³⁸⁰ BGH, 29.6.1987, in *NJW*, 1988, 647; BGH, 30.4.1992, in *NJW*, 1992, 2026, 2029.

³⁸¹ Per il diritto tedesco: BGH, in *NJW*, 1983, 2032, 2033; BGH, in *NJW*, 1986, 2508, 2509; BGH, in *GRUR*, 1992, 203, 206; per il diritto italiano: SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 317 ss.

³⁸² Tra le numerose decisioni sul riconoscimento di sentenze *italiane* in *Germania*: OLG Frankfurt/Main, in *RIW*, 1992, 677; BGH, in *RIW*, 1993, 588; OLG Stuttgart, in *RIW*, 1997, 513; OLG Düsseldorf, in *RIW*, 1998, 696, in *RIW*, 1999, 540, in *RIW*, 2001, 620; BALLARINO (nota 324) p. 147 ss.

- (1) L'agente di commercio deve adoperarsi per la promozione a la conclusione di affari; egli deve in tale attività tutelare gli interessi dell'imprenditore.
- (2) Egli deve dare all'imprenditore le informazioni necessarie, e in particolare deve informarlo senza indugio di ogni promozione e di ogni conclusione di contratti.
- (3) Egli deve adempiere i suoi obblighi con la diligenza del buon commerciante.
- (4) Non sono validi gli accordi in deroga ai commi 1 e 2.

§ 86 a (Obblighi dell'imprenditore)

- (1) L'imprenditore deve mettere a disposizione dell'agente di commercio la documentazione necessaria per l'espletamento della sua attività, come campioni, disegni, listini prezzi, materiale pubblicitario, condizioni generali di vendita.
- (2) L'imprenditore deve fornire all'agente di commercio le informazioni necessarie. Egli deve comunicargli senza indugio l'accettazione o la reiezione di un affare promosso ovvero di un affare concluso senza potere di rappresentanza, nonché la mancata esecuzione di un affare promosso o concluso. Egli deve informarlo se presumibilmente può o intende concludere affari solo in misura notevolmente inferiore a quanto l'agente avrebbe normalmente potuto attendersi.
- (3) Non sono validi gli accordi in deroga ai commi 1 e 2.

§ 86 b (Provvigione per lo star del credere)

- (1) Se l'agente di commercio si impegna a rispondere dell'adempimento dell'obbligazione derivante da un affare, egli ha diritto ad uno speciale compenso (provvigione per lo star del credere). Tale diritto non può essere escluso a priori. L'obbligo può essere assunto soltanto per un determinato affare o per certi affari, con determinati terzi, che l'agente di commercio promuove o conclude. L'assunzione di responsabilità richiede la forma scritta.
- (2) Il diritto alla provvigione per lo star del credere sorge con la conclusione dell'affare.
- (3) Il comma 1 non si applica se l'imprenditore o il terzo ha la propria sede o, in mancanza di essa, la propria residenza, all'estero. Esso non si applica inoltre per quegli affari per la cui conclusione ed esecuzione l'agente di commercio è autorizzato senza limiti.

§ 87 (Provvigione)

- (1) L'agente di commercio ha diritto alla provvigione su tutti gli affari conclusi durante il rapporto contrattuale, che siano da ricondurre alla sua attività o siano conclusi con terzi che egli ha acquisito quali clienti per affari dello stesso genere. Non gli spetta alcun diritto alla provvigione se ed in quanto la stessa è dovuta all'agente uscito ai termini del comma 3.
- (2) Se all'agente di commercio è stata assegnata una determinata zona o una determinata categoria di clienti, egli ha diritto alla provvigione anche per quegli affari che vengono conclusi durante il rapporto contrattuale con persone della sua zona o della sua categoria di clienti senza il suo intervento. Questo non vale se ed in quanto la provvigione spetta all'agente uscito ai termini del comma 3.
- (3) Per affari che vengono conclusi solo dopo la cessazione del rapporto contrattuale, l'agente di commercio ha diritto alla provvigione soltanto nel caso
 1. che egli li abbia promossi oppure li abbia avviati e preparati in modo tale che la conclusione sia da ricondurre prevalentemente alla sua attività, e che siano stati conclusi entro un congruo termine dopo la cessazione del rapporto contrattuale, oppure (nel caso)
 2. che, prima della cessazione del rapporto contrattuale, l'ordinazione effettuata dal terzo mirante alla conclusione di un affare per il quale l'agente di commercio avrebbe diritto alla provvigione in virtù del comma 1. frase 1. oppure del comma 2. frase 1. sia stata ricevuta dall'agente di commercio o dall'imprenditore.

Il diritto alla provvigione di cui alla frase 1. spetta in parte all'agente subentrante qualora a causa di circostanze particolari una ripartizione della provvigione corrisponde ad equità.

- (4) Oltre al diritto ad una provvigione per gli affari conclusi, l'agente di commercio ha diritto ad una provvigione di incasso per gli importi da lui riscossi in conformità del mandato.

§ 87 a (Scadenze della provvigione)

- (1) L'agente di commercio ha diritto alla provvigione non appena e in quanto l'imprenditore abbia eseguito l'affare. Può essere stipulato un accordo in deroga; tuttavia con l'esecuzione dell'affare da parte dell'imprenditore, l'agente di commercio ha diritto ad un congruo anticipo che è dovuto al più tardi l'ultimo giorno del mese successivo. Indipendentemente da un accordo, l'agente di commercio ha tuttavia il diritto alla provvigione non appena ed in quanto il terzo abbia eseguito l'affare.
- (2) Se risulta che il terzo non adempie, viene meno il diritto alla provvigione; gli importi già incassati devono essere restituiti.
- (3) L'agente di commercio ha diritto alla provvigione anche quando risulta che l'imprenditore non esegue l'affare interamente o in parte oppure non lo esegue nel modo in cui è stato concluso. Il diritto alla provvigione viene meno nel caso della mancata esecuzione se ed in quanto essa sia dovuta a circostanze non imputabili all'imprenditore.

(4) Il diritto alla provvigione diventa esigibile l'ultimo giorno del mese in cui essa deve essere liquidata ai sensi del § 87 c comma 1.

(5) Non sono validi gli accordi che derogano il comma 2, prima parte, oppure i commi 3 o 4 a detrimento dell'agente commerciale.

§ 87 b (Ammontare della provvigione)

(1) Se la misura della provvigione non è stabilita, essa è da considerarsi determinata secondo gli usi.

(2) La provvigione deve essere calcolata sul corrispettivo che il terzo o l'imprenditore deve pagare. Non potranno essere dedotti gli sconti per pagamento per contanti; lo stesso vale per le spese accessorie, in particolare per quelle di trasporto, imballaggio, oneri doganali, imposte, tasse a meno che tali spese accessorie siano addebitate al terzo separatamente. L'imposta sul valore aggiunto, che viene indicata separatamente nella fattura solo per disposizioni fiscali, non s'intende addebitata separatamente.

(3) Nei contratti per cessione d'uso e d'utilizzazione a tempo determinato, la provvigione viene calcolata sul corrispettivo per la durata del contratto. Nei contratti a tempo indeterminato la provvigione deve essere calcolata sul corrispettivo sino al momento in cui il terzo può disdire il contratto per la prima volta; l'agente di commercio ha diritto alle ulteriori provvigioni corrispondentemente calcolate, se il contratto continua a sussistere.

§ 87 c (Liquidazione della provvigione)

(1) L'imprenditore deve liquidare mensilmente la provvigione che spetta all'agente di commercio; il periodo di liquidazione può essere esteso al massimo a tre mesi. La liquidazione deve avere luogo immediatamente, al più tardi per la fine del mese successivo.

(2) L'agente di commercio può pretendere con la liquidazione un estratto conto di tutti gli affari per i quali gli spetta la provvigione ai sensi del § 87.

(3) L'agente di commercio può inoltre pretendere informazioni su tutte le circostanze che sono essenziali per il diritto alla provvigione, alla sua esigibilità e liquidazione.

(4) Se l'estratto conto viene negato o se sussistono fondati dubbi sull'esattezza o completezza della liquidazione o dell'estratto conto, l'agente di commercio può pretendere che, a scelta dell'imprenditore, sia concessa a lui o ad un revisore dei conti da lui nominato, oppure ad un perito giurato contabile, l'ispezione dei libri contabili o di altri documenti in quanto necessario ai fini dell'accertamento dell'esattezza o completezza della liquidazione o dell'estratto conto.

(5) Questi diritti dell'agente di commercio non possono essere esclusi né limitati.

§ 87 d (Rimborso spese)

L'agente di commercio può pretendere il rimborso delle spese sostenute nello svolgimento regolare della sua attività soltanto se ciò è conforme agli usi commerciali.

§ 88 (Prescrizione)

I diritti derivanti dal rapporto contrattuale si prescrivono in 4 anni a partire dalla fine dell'anno in cui essi sono divenuti esigibili.

§ 88 a (Diritto di ritenzione)

(1) L'agente di commercio non può rinunciare a priori ai diritti di ritenzione disposti dalla legge.

(2) Dopo la cessazione del rapporto contrattuale, l'agente di commercio ha il diritto di ritenzione, secondo le disposizioni generali, sui documenti messi a sua disposizione (§ 86 a, comma 1) solo in relazione a suoi diritti alla provvigione già scaduti, e al rimborso delle spese.

§ 89 (Recesso del contratto)

(1) Se il rapporto contrattuale è stato concluso a tempo indeterminato, si può recedere nel primo anno di durata del contratto con un preavviso di un mese, nel secondo anno con un preavviso di due mesi e dal terzo al quinto anno con un preavviso di tre mesi. Dopo una durata di cinque anni si può recedere dal rapporto contrattuale con un preavviso di sei mesi. Il recesso può essere dato solo con effetto per la fine del mese, se non è stato stipulato un accordo derogatorio.

(2) I termini di preavviso di cui al comma 1, frase 1 e frase 2, possono essere prorogati di comune accordo; il termine per l'imprenditore non può essere più breve di quello per l'agente di commercio. Nel caso di una pattuizione di un termine più breve per l'imprenditore si applica il termine concordato per l'agente di commercio.

(3) Il rapporto contrattuale a tempo determinato, che continui ad essere eseguito da entrambe le parti successivamente alla scadenza del termine, si ritiene prorogato a tempo indeterminato. Ai fini della determinazione dei termini di preavviso di cui al comma 1, frase 1 e 2, si fa riferimento alla durata complessiva del rapporto contrattuale.

§ 89 a (Recesso senza preavviso)

- (1) Il contratto può essere risolto da ciascuna delle parti per un « importante motivo » senza il rispetto di un preavviso. Tale diritto non può essere escluso né limitato.
- (2) Se la risoluzione è provocata da un comportamento che è da imputare all'altra parte, questa è tenuta al risarcimento del danno risultante dalla cessazione del rapporto contrattuale.

§ 89 b (Indennità)

(1) L'agente di commercio può pretendere dall'imprenditore dopo la cessazione del rapporto contrattuale una congrua indennità se ed in quanto:

1. l'imprenditore tra le notevoli vantaggi anche dopo la cessazione del rapporto contrattuale da relazioni d'affari con nuovi clienti che l'agente di commercio ha acquisito;
2. l'agente di commercio, in seguito alla cessazione del rapporto contrattuale, perde il diritto a provvigioni che gli sarebbero spettate in caso di continuazione del rapporto stesso, su affari già conclusi o di futura attuazione con i clienti da lui acquisiti, e
3. il pagamento di un'indennità, considerate tutte le circostanze, corrisponde ad equità.

Equivale all'acquisizione di un nuovo cliente il fatto che l'agente di commercio abbia ampliato le relazioni d'affari con un cliente in misura tale che ciò, dal punto di vista economico, corrisponde all'acquisizione di un nuovo cliente.

- (2) L'indennità può ammontare al massimo ad una annualità di provvigioni, calcolata sulla media degli ultimi cinque anni di attività dell'agente di commercio, o ad altro compenso annuale. Nel caso di più breve durata del rapporto contrattuale è determinante la media del periodo di durata dell'attività.
- (3) Il diritto non sussiste se

1. l'agente di commercio è receduto dal contratto, a meno che a ciò abbia dato fondato motivo un comportamento dell'imprenditore, ovvero non possa essere richiesta all'agente di commercio una prosecuzione dell'attività a causa della sua età o a causa di malattia, oppure (se)
2. l'imprenditore è receduto dal contratto e per il recesso sussisteva un importante motivo a causa di un comportamento colpevole dell'agente di commercio, oppure (se)
3. a causa di un accordo tra l'imprenditore e l'agente di commercio un terzo subentra nel rapporto contrattuale al posto dell'agente di commercio; l'accordo non può essere concluso prima della cessazione del rapporto contrattuale.

(4) Tale diritto non può essere escluso a priori. Esso deve essere fatto valere entro un anno dalla cessazione del rapporto.

(5) I commi 1, 3 e 4 si applicano agli agenti di assicurazione, con la precisazione che, anziché la relazione di affari con nuovi clienti promosse dall'agente di commercio, si considera la promozione di nuovi contratti d'assicurazione tramite l'agente di assicurazione, e che equivale alla promozione di un contratto di assicurazione il fatto che l'agente di assicurazione abbia ampliato un contratto di assicurazione già esistente in misura tale che ciò, dal punto di vista economico, corrisponda alla promozione di un nuovo contratto di assicurazione. L'indennità dell'agente di assicurazione può ammontare, in deroga a quanto dispone il comma 2, al massimo a tre annualità di provvigioni o di altro compenso annuale. Le disposizioni di cui alle frasi 1 e 2 si applicano anche agli agenti di casse di risparmio immobiliare.

§ 90 (Segreti commerciali e aziendali)

L'agente di commercio non deve utilizzare o comunicare ad altri, nemmeno dopo la cessazione del rapporto contrattuale, i segreti commerciali e aziendali che gli sono stati affidati o che sono venuti a sua conoscenza nel corso della sua attività per l'imprenditore, nella misura in cui ciò, per l'insieme delle circostanze, sia in contrasto con l'etica professionale del buon commerciante.

§ 90 a (Patto sulla concorrenza)

(1) Un' accordo che limiti l'attività professionale dell'agente di commercio dopo la cessazione del rapporto contrattuale (patto sulla concorrenza) richiede la forma scritta e la consegna all'agente di commercio di un documento sottoscritto dall'imprenditore e contenente le pattuizioni concordate. Tale patto non può superare la durata di due anni dalla cessazione del rapporto contrattuale; esso può riguardare solo la zona o la categoria di clienti assegnate all'agente di commercio ed i beni riguardo ai quali l'agente di commercio deve promuovere o concludere affari per l'imprenditore. Per la durata del patto limitativo della concorrenza l'imprenditore deve corrispondere all'agente di commercio una congrua indennità.

(2) L'imprenditore può, fino alla fine del rapporto contrattuale, rinunciare per iscritto al patto limitativo della concorrenza con l'effetto che dopo il decorso del termine di sei mesi dalla dichiarazione egli è esonerato

dall'obbligo di pagamento dell'indennità. Qualora l'imprenditore receda dal contratto per un importante motivo derivante da un comportamento colpevole dell'agente di commercio, questo non ha alcun diritto all'indennità.

(3) Qualora l'agente di commercio receda dal contratto per un importante motivo derivante da un comportamento colpevole dell'imprenditore, egli può liberarsi dall'accordo limitativo della concorrenza con dichiarazione scritta entro un mese dal recesso.

(4) Non possono essere stipulati accordi derogativi meno favorevoli per l'agente di commercio.

§ 91 (Poteri del agente di commercio)

(1) Il § 55 si applica anche all'agente di commercio che è autorizzato a concludere contratti da un imprenditore che non è commerciante.

(2) L'agente di commercio, anche se non gli è stato conferito il potere di concludere contratti, s'intende autorizzato a ricevere i reclami per difetti della merce, la dichiarazione che la merce viene posta a disposizione, nonché dichiarazioni analoghe con le quali un terzo fa valere o si riserva di far valere i suoi diritti derivanti da una fornitura o servizio difettosi; egli può far valere i diritti spettanti all'imprenditore per l'accertamento preventivo della prova. Una limitazione di tali diritti può essere opposta ad un terzo solo se costui ne era o doveva esserne a conoscenza.

§ 91 a (Difetti del potere di rappresentanza)

(1) Se l'agente di commercio, incaricato solo della promozione di affari, ha concluso un affare in nome dell'imprenditore, e la mancanza del potere di rappresentanza non era conosciuta dal terzo, l'affare si ritiene accettato dall'imprenditore se questi non lo respinge nei confronti del terzo immediatamente dopo essere stato informato dall'agente di commercio o dal terzo della conclusione e del contenuto essenziale dell'affare.

(2) Lo stesso vale se l'agente di commercio, incaricato della conclusione di affari, ha concluso in nome dell'imprenditore un affare per la cui conclusione non era autorizzato.

§ 92 (Agenti di assicurazione e di casse di risparmio immobiliari)

(1) È agente di assicurazione colui che, quale agente di commercio ha il compito di promuovere o concludere contratti d'assicurazione.

(2) Al rapporto contrattuale tra l'agente di assicurazione e l'assicuratore si applicano le disposizioni relative al rapporto contrattuale tra l'agente di commercio e l'imprenditore, salvi i commi 3. e 4.

(3) In deroga al § 87 comma 1 frase 1 l'agente di assicurazione ha diritto alla provvigione soltanto sugli affari che sono da attribuire alla sua attività. Il § 87 comma 2 non si applica all'agente di assicurazione.

(4) L'agente di assicurazione ha diritto alla provvigione (§ 87 a, comma 2) non appena l'assicurato ha pagato il premio sulla base del quale, ai termini del contratto, si calcola la provvigione.

(5) Le disposizioni dei commi 1 a 4 si applicano analogamente agli agenti di casse di risparmio immobiliari.

§ 92 a (Condizioni minime di lavoro)

(1) Per il rapporto contrattuale dell'agente di commercio, che in base al contratto non può esplicitare la sua attività per altri imprenditori o ne è impedito dal genere e dalle dimensioni dell'attività a lui richiesta, il Ministro Federale della Giustizia, di comune accordo con i Ministri Federali per l'Economia e per il Lavoro, sentite le associazioni degli agenti di commercio e degli imprenditori, può stabilire, con decreto che non richiede l'approvazione del *Bundesrat*, il limite minimo delle prestazioni contrattuali dell'imprenditore al fine di assicurare le necessarie esigenze sociali ed economiche di questi agenti di commercio o di un determinato gruppo di essi. Le prestazioni stabilite non possono essere escluse né limitate nel contratto.

(2) Il comma 1. si applica anche al rapporto contrattuale dell'agente di assicurazione al quale, in base ad uno o più contratti, è conferito l'incarico di promuovere o concludere affari per più assicuratori che appartengono ad un gruppo di assicurazioni o ad un raggruppamento organizzativo tra di essi, qualora la cessazione del rapporto con uno di questi assicuratori abbia nel dubbio come conseguenza anche la cessazione del rapporto contrattuale con gli altri assicuratori. In tal caso può inoltre essere stabilito, con decreto che non richiede l'approvazione del *Bundesrat*, se le prestazioni stabilite debbano essere effettuate da tutti gli assicuratori in via solidale oppure in parti uguali o solamente da uno di essi, e in che modo il conguaglio tra di essi debba effettuarsi.

§ 92 b (Agente di commercio come professione accessoria)

(1) §§ 89 e 89 b non si applicano all'agente di commercio che espliciti l'attività come professione accessoria. Dal contratto a tempo indeterminato si può recedere con un preavviso di un mese con effetto per la fine del mese; se viene pattuito un termine di preavviso diverso, esso deve essere uguale per entrambe le parti. Il diritto ad un congruo anticipo ai sensi del § 87 a comma 1 frase 2 può essere escluso.

(2) Al comma 1 può richiamarsi soltanto l'imprenditore che ha espressamente conferito all'agente di commercio l'incarico di agente di commercio come professione accessoria per la promozione o la conclusione di affari.

(3) Si determina in base agli usi se un agente di commercio esercita la sua professione soltanto come professione accessoria.

(4) Le disposizioni di cui ai commi da 1 a 3 si applicano analogamente agli agenti di assicurazione o agli agenti di casse di risparmio immobiliare.

§ 92 c (Agente di commercio fuori della CEE)

(1) Qualora l'agente di commercio non debba, in base al contratto, svolgere la sua attività al interno del territorio della Comunità Europea o degli altri stati contraenti del Trattato sullo spazio economico europeo, le parti possono accordarsi diversamente in relazione a tutte le disposizioni del presente capitolo.

(2) Lo stesso vale nel caso in cui all'agente di commercio sia conferito l'incarico di promuovere o di concludere affari che hanno per oggetto il noleggio, la spedizione o l'allestimento di navi o la precifrazione di passaggi su navi.

2. Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali

PREAMBOLO

LE ALTE PARTI CONTRAENTI del trattato che istituisce la Comunità economica europea, SOLLECITE di continuare, nel campo del diritto internazionale privato, l'opera di unificazione giuridica già intrapresa nella Comunità, in particolare in materia di competenza giurisdizionale e di esecuzione delle sentenze,

DESIDEROSE d'adottare delle regole uniformi concernenti la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali,

HANNO CONVENUTO LE DISPOSIZIONI SEGUENTI:

TITOLO I CAMPO D'APPLICAZIONE

Articolo 1. Campo d'applicazione

1. Le disposizioni della presente convenzione si applicano alle obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi

2. Esse non si applicano:

a) alle questioni di stato e di capacità delle persone fisiche, fatto salvo l'articolo 11;

b) alle obbligazioni contrattuali relative a:

- testamenti e successioni,

- regimi matrimoniali,

- diritti e doveri derivanti dai rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità, compresi gli obblighi alimentari a favore dei figli naturali;

c) alle obbligazioni che derivano da cambiali, assegni, vaglia cambiari nonché da altri strumenti negoziabili, qualora le obbligazioni derivanti da tali strumenti risultino dal loro carattere negoziabile;

d) ai compromessi, alle clausole compromissorie e alle convenzioni sul foro competente;

e) alle questioni inerenti al diritto delle società, associazioni e persone giuridiche, quali la costituzione, la capacità giuridica, l'organizzazione interna e lo scioglimento delle società, associazioni e persone giuridiche, nonché la responsabilità legale personale dei soci e degli organi per le obbligazioni della società, associazione o persona giuridica;

f) alla questione di stabilire se l'atto compiuto da un intermediario valga a obbligare di fronte ai terzi la persona per conto della quale egli ha affermato di agire, o se l'atto compiuto da un organo di una società, associazione o persona giuridica valga ad obbligare di fronte ai terzi la società, l'associazione o la persona giuridica;

g) alla costituzione di "trusts" né ai rapporti che ne derivano tra i costituenti, i "trustees" e i beneficiari;

h) alla prova e alla procedura, fatto salvo l'articolo 14.

3. Le disposizioni della presente convenzione non si applicano ai contratti di assicurazione per la copertura di rischi localizzati nei territori degli Stati membri della Comunità economica europea. Al fine di determinare se un rischio è localizzato in questi territori, il giudice applica la propria legge interna.

4. Il paragrafo 3 non concerne i contratti di riassicurazione.

Articolo 2. Carattere universale

La legge designata dalla presente convenzione si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente.

TITOLO II NORME UNIFORMI

Articolo 3. Libertà di scelta

1. Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze. Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto, ovvero a una parte soltanto di esso.

2. Le parti possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza, vuoi in funzione di una scelta anteriore secondo il presente articolo, vuoi in funzione di altre disposizioni della presente convenzione. Qualsiasi modifica relativa alla determinazione della legge applicabile, intervenuta posteriormente alla conclusione del contratto, non inficia la validità formale del contratto ai sensi dell'articolo 9 e non pregiudica i diritti dei terzi.

3. La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate "disposizioni imperative".

4. L'esistenza e la validità del consenso delle parti sulla legge applicabile al contratto sono regolate dagli articoli 8, 9 e 11.

Articolo 4. Legge applicabile in mancanza di scelta

1. Nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta a norma dell'articolo 3, il contratto è regolato dalla legge del paese col quale presenta il collegamento più stretto. Tuttavia, qualora una parte del contratto sia separabile dal resto e presenti un collegamento più stretto con un altro paese, a tale parte del contratto potrà applicarsi, in via eccezionale, la legge di quest'altro paese.

2. Salvo quanto disposto dal paragrafo 5, si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale. Tuttavia, se il contratto è concluso nell'esercizio dell'attività economica o professionale della suddetta parte, il paese da considerare è quello dove è situata la sede principale di detta attività oppure, se a norma del contratto la prestazione dev'essere fornita da una sede diversa dalla sede principale, quello dove è situata questa diversa sede.

3. Quando il contratto ha per oggetto il diritto reale su un bene immobile o il diritto di utilizzazione di un bene immobile, si presume, in deroga al paragrafo 2, che il contratto presenti il collegamento più stretto con il paese in cui l'immobile è situato.

4. La presunzione del paragrafo 2 non vale per il contratto di trasporto di merci. Si presume che questo contratto presenti il collegamento più stretto col paese in cui il vettore ha la sua sede principale al momento della conclusione del contratto, se il detto paese coincide con quello in cui si trova il luogo di carico o di scarico o la sede principale del mittente. Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo sono considerati come contratti di trasporto di merci i contratti di noleggio a viaggio o altri contratti il cui oggetto essenziale sia il trasporto di merci.

5. È esclusa l'applicazione del paragrafo 2 quando la prestazione caratteristica non può essere determinata. Le presunzioni dei paragrafi 2, 3 e 4 vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese.

Articolo 5. Contratto concluso dai consumatori

1. Il presente articolo si applica ai contratti aventi per oggetto la fornitura di beni mobili materiali o di servizi a una persona, il consumatore, per un uso che può considerarsi estraneo alla sua attività professionale, e ai contratti destinati al finanziamento di tale fornitura.

2. In deroga all'articolo 3, la scelta ad opera delle parti della legge applicabile non può aver per risultato di privare il consumatore della protezione garantitagli dalle disposizioni imperative della legge del paese nel quale risiede abitualmente: - se la conclusione del contratto è stata preceduta in tale paese da una proposta specifica o da una pubblicità e se il consumatore ha compiuto nello stesso paese gli atti necessari per la conclusione del contratto o - se l'altra parte o il suo rappresentante ha ricevuto l'ordine del consumatore nel paese di residenza o

- se il contratto rappresenta una vendita di merci e se il consumatore si è recato dal paese di residenza in un paese straniero e vi ha stipulato l'ordine, a condizione che il viaggio sia stato organizzato dal venditore per incitare il consumatore a concludere una vendita.

3. In deroga all'articolo 4 ed in mancanza di scelta effettuata a norma dell'articolo 3, tali contratti sono sottoposti alla legge del paese nel quale il consumatore ha la sua residenza abituale sempreché ricorrano le condizioni enunciate al paragrafo 2 del presente articolo.

4. Il presente articolo non si applica: a) al contratto di trasporto,

b) al contratto di fornitura di servizi quando i servizi dovuti al consumatore devono essere forniti esclusivamente in un paese diverso da quello in cui egli risiede abitualmente.

5. In deroga al paragrafo 4, il presente articolo si applica al contratto che prevede per un prezzo globale prestazioni combinate di trasporto e di alloggio.

Articolo 6. Contratto individuale di lavoro

1. In deroga all'articolo 3, nei contratti di lavoro, la scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicuratagli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del paragrafo 2.

2. In deroga all'articolo 4 ed in mancanza di scelta a norma dell'articolo 3, il contratto di lavoro è regolato: a) dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese, oppure

b) dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, qualora questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese,

a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese.

Articolo 7. Disposizioni imperative e legge del contratto

1. Nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della legge di un paese determinato potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione.
2. La presente convenzione non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto.

Articolo 8. Esistenza e validità sostanziale

1. L'esistenza e la validità del contratto o di una sua disposizione si stabiliscono in base alla legge che sarebbe applicabile in virtù della presente convenzione se il contratto o la disposizione fossero validi.
2. Tuttavia un contraente, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la sua residenza abituale, se dalle circostanze risulti che non sarebbe ragionevole stabilire l'effetto del comportamento di questo contraente secondo la legge prevista nel paragrafo 1.

Articolo 9. Requisiti di forma

1. Un contratto concluso tra persone che si trovano nello stesso paese è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge del luogo che ne regola la sostanza in forza della presente convenzione o della legge del luogo in cui viene concluso.
2. Un contratto concluso tra persone che si trovano in paesi differenti è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge che ne regola la sostanza in forza della presente convenzione o della legge di uno di questi paesi.
3. Quando il contratto è concluso da un rappresentante, il paese in cui il rappresentante agisce è quello che deve essere preso in considerazione per l'applicazione dei paragrafi 1 e 2.
4. Un atto giuridico unilaterale relativo ad un contratto concluso o da concludere è valido quanto alla forma se soddisfa i requisiti di forma della legge del luogo che regola o regolerebbe la sostanza del contratto in forza della presente convenzione o della legge del luogo in cui detto atto è compiuto.
5. I paragrafi da 1 a 4 non si applicano ai contratti cui si applica l'articolo 5, conclusi nelle circostanze enunciate nell'articolo 5, paragrafo 2. La forma di questi contratti è regolata dalla legge del paese in cui il consumatore ha la sua residenza abituale.
6. In deroga ai paragrafi da 1 a 4, qualsiasi contratto che ha per oggetto un diritto reale su un immobile o un diritto di utilizzazione di un immobile è sottoposto alle regole imperative di forma della legge del paese in cui l'immobile è situato sempreché, secondo questa legge, esse si applichino indipendentemente dal luogo di conclusione del contratto e dalla legge che ne regola la sostanza.

Articolo 10. Portata della legge del contratto

1. La legge che regola il contratto in forza degli articoli da 3 a 6 e dell'articolo 12 regola in particolare:
 - a) la sua interpretazione;
 - b) l'esecuzione delle obbligazioni che ne discendono;
 - c) nei limiti dei poteri attribuiti al giudice dalla sua legge processuale, le conseguenze dell'inadempimento totale o parziale di quelle obbligazioni, compresa la liquidazione del danno in quanto sia governata da norme giuridiche;
 - d) i diversi modi di estinzione delle obbligazioni nonché le prescrizioni e decadenze fondate sul decorso di un termine;
 - e) le conseguenze della nullità del contratto.
2. Per quanto concerne le modalità di esecuzione e le misure che il creditore dovrà prendere in caso di esecuzione difettosa, si avrà riguardo alla legge del paese dove l'esecuzione ha luogo.

Articolo 11. Incapacità

In un contratto concluso tra persone che si trovano in uno stesso paese, una persona fisica, capace secondo la legge di questo paese, può invocare la sua incapacità risultante da un'altra legge soltanto se, al momento della conclusione del contratto, l'altra parte contraente era a conoscenza di tale incapacità o l'ha ignorata soltanto per imprudenza da parte sua.

Articolo 12. Cessione del credito

1. Le obbligazioni tra cedente e cessionario di un credito sono regolate dalla legge che, in forza della presente convenzione, si applica al contratto tra essi intercorso.
2. La legge che regola il credito ceduto determina la credibilità di questo, i rapporti tra cessionario e debitore, le condizioni di opponibilità della cessione al debitore e il carattere liberatorio della prestazione fatta dal debitore.

Articolo 13. Surrogazione

1. Quando una persona, il creditore, ha diritti derivanti da contratto nei confronti di un'altra persona, il debitore, ed una terza persona ha l'obbligo di soddisfare il creditore oppure lo ha soddisfatto in esecuzione di detto obbligo, la legge applicabile a questo obbligo del terzo stabilisce se costui possa totalmente o solo in parte far valere i diritti che il creditore ha contro il debitore in forza della legge che regola i loro rapporti.
2. La stessa regola si applica quando più persone sono sottoposte alla stessa obbligazione contrattuale ed una di esse abbia soddisfatto il creditore.

Articolo 14. Prova

1. La legge regolatrice del contratto in forza della presente convenzione è applicabile in quanto, in materia di obbligazioni contrattuali, essa stabilisca presunzioni legali o ripartisca l'onere della prova.
2. Gli atti giuridici possono essere provati con ogni mezzo di prova ammesso tanto dalla legge del foro quanto da quella tra le leggi contemplate all'articolo 9 secondo la quale l'atto è valido quanto alla forma, sempreché il mezzo di prova di cui si tratta possa essere impiegato davanti al giudice adito.

Articolo 15. Esclusione del rinvio

Quando la presente convenzione prescrive l'applicazione della legge di un paese, essa si riferisce alle norme giuridiche in vigore in questo paese, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato.

Articolo 16. Ordine pubblico

L'applicazione di una norma della legge designata dalla presente convenzione può essere esclusa solo se tale applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

Articolo 17. Applicazione nel tempo

La presente convenzione si applica in ogni Stato contraente ai contratti conclusi dopo la sua entrata in vigore in questo Stato.

Articolo 18. Interpretazione uniforme

Nell'interpretazione e applicazione delle norme uniformi che precedono, si terrà conto del loro carattere internazionale e dell'opportunità che siano interpretate e applicate in modo uniforme.

Articolo 19. Sistemi giuridici non unificati

1. Se uno Stato si compone di più unità territoriali di cui ciascuna ha le proprie norme in materia d'obbligazioni contrattuali, ogni unità territoriale è considerata come un paese ai fini della determinazione della legge applicabile secondo la presente convenzione.
2. Uno Stato, in cui differenti unità territoriali abbiano le proprie norme di diritto in materia d'obbligazioni contrattuali, non sarà tenuto ad applicare la presente convenzione ai conflitti di leggi che riguardano unicamente queste unità territoriali.

Articolo 20. Primato del diritto comunitario

La presente convenzione non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti.

Articolo 21. Rapporti con altre convenzioni

La presente convenzione non pregiudica l'applicazione delle convenzioni internazionali di cui uno Stato contraente è o sarà parte.

Articolo 22. Riserve

1. Ogni Stato contraente potrà, al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione, riservarsi il diritto di non applicare:
 - a) l'articolo 7, paragrafo 1,
 - b) l'articolo 10, paragrafo 1, lettera e).
2. Nel notificare l'estensione dell'applicazione della convenzione conformemente all'articolo 27, paragrafo 2, ogni Stato contraente potrà anche esprimere una o più riserve con effetto limitato ai territori o a taluni dei territori previsti dall'estensione.
3. Ogni Stato contraente potrà in ogni momento ritirare una riserva che avrà fatto ; l'effetto della riserva cesserà il primo giorno del terzo mese di calendario dopo la notifica del ritiro.

TITOLO III CLAUSOLE FINALI

Articolo 23

1. Se uno Stato contraente, dopo l'entrata in vigore della presente convenzione nei suoi confronti, desidera adottare una nuova norma di conflitto di leggi per una categoria particolare di contratti che rientrano nel campo di applicazione della convenzione, esso comunica la sua intenzione agli altri Stati firmatari per il tramite del segretario generale del Consiglio delle Comunità europee.
2. Nel termine di sei mesi dalla comunicazione fatta al segretario generale, ogni Stato firmatario potrà domandargli di organizzare consultazioni tra gli Stati firmatari allo scopo di raggiungere un accordo.
3. Se, entro questo termine, nessuno Stato firmatario ha domandato la consultazione o se, nei due anni successivi alla comunicazione fatta al segretario generale, non è intervenuto nessun accordo in seguito alle consultazioni, lo Stato contraente può modificare la sua legislazione. La modificazione è comunicata agli altri Stati firmatari per il tramite del segretario generale del Consiglio delle Comunità europee.

Articolo 24

1. Se uno Stato contraente, dopo l'entrata in vigore della presente convenzione nei suoi confronti, desidera divenire parte di una convenzione multilaterale che ha quale suo oggetto principale, o comprende tra i suoi oggetti principali, una disciplina di diritto internazionale privato concernente una delle materie disciplinate dalla presente convenzione, si applica la procedura prevista all'articolo 23. Tuttavia il termine di due anni, previsto all'articolo 23, paragrafo 3, è ridotto a un anno.
2. Non si segue la procedura prevista al paragrafo 1 se uno Stato contraente o una delle Comunità europee sono già parti alla convenzione multilaterale o se l'oggetto di questa è la revisione di una convenzione cui lo Stato interessato è parte, ovvero se si tratta di una convenzione conclusa nel quadro dei trattati istitutivi delle Comunità europee.

Articolo 25

Se uno Stato contraente ritiene che l'unificazione realizzata dalla presente convenzione è compromessa dalla conclusione di accordi non previsti all'articolo 24, paragrafo 1, esso può domandare al segretario generale del Consiglio delle Comunità europee di organizzare consultazioni tra gli Stati firmatari della presente convenzione.

Articolo 26

Ogni Stato contraente può chiedere la revisione della presente convenzione. In tal caso, il presidente del Consiglio delle Comunità europee convoca una conferenza di revisione.

Articolo 27

1. La presente convenzione si applica al territorio europeo degli Stati contraenti, ivi compresa la Groenlandia, e all'insieme del territorio della Repubblica francese.
2. In deroga al paragrafo 1: a) la presente convenzione non si applica alle Isole Færøer, salvo dichiarazione contraria del Regno di Danimarca, b) la presente convenzione non si applica ai territori europei situati fuori del Regno Unito, di cui il Regno Unito assume la rappresentanza nei rapporti con l'estero, salvo dichiarazione contraria del Regno Unito relativamente ad uno o più territori, c) la presente convenzione si applica alle Antille olandesi, se il Regno dei Paesi Bassi fa una dichiarazione a tale effetto.
3. Queste dichiarazioni possono essere fatte in ogni momento mediante notifica al segretario generale del Consiglio delle Comunità europee.
4. I procedimenti d'appello proposti nel Regno Unito avverso decisioni pronunciate dai tribunali situati in uno dei territori di cui al paragrafo 2, lettera b), sono considerati come procedimenti pendenti davanti a tali tribunali.

Articolo 28

1. La presente convenzione è aperta dal 19 giugno 1980 alla firma degli Stati parti del trattato che istituisce la Comunità economica europea.
3. La presente convenzione sarà ratificata, accettata o approvata dagli Stati firmatari. Gli strumenti di ratifica, di accettazione o di approvazione saranno depositati presso il segretario generale del Consiglio delle Comunità europee.

Articolo 29

1. La presente convenzione entrerà in vigore il primo giorno del terzo mese successivo al deposito del settimo strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione.

2. Per ogni Stato firmatario che la ratifichi, accetti o approvi posteriormente, la convenzione entrerà in vigore il primo giorno del terzo mese successivo al deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione.

Articolo 30

1. La convenzione avrà una durata di dieci anni a partire dalla sua entrata in vigore conformemente all'articolo 29, paragrafo 1, anche per gli Stati per i quali essa entri in vigore posteriormente.
2. La convenzione si rinnoverà tacitamente di cinque anni in cinque anni, salvo denuncia.
3. La denuncia sarà notificata, almeno sei mesi prima della scadenza del termine fissato in dieci o cinque anni secondo il caso, al segretario generale del Consiglio delle Comunità europee. Essa potrà essere limitata ad uno dei territori ai quali la convenzione sia stata estesa in applicazione dell'articolo 27, paragrafo 2.
4. La denuncia avrà effetto unicamente nei confronti dello Stato che l'ha notificata. La convenzione resterà in vigore per gli altri Stati contraenti.

Articolo 31

Il segretario generale del Consiglio delle Comunità europee notificherà agli Stati parti del trattato che istituisce la Comunità economica europea:

- a) le firme,
- b) il deposito di ogni strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione,
- c) la data di entrata in vigore della presente convenzione,
- d) le comunicazioni fatte in applicazione degli articoli 23, 24, 25, 26, 27 e 30,
- e) le riserve ed il ritiro delle riserve di cui all'articolo 22.

Articolo 32

Il protocollo allegato alla presente convenzione ne costituisce parte integrante.

Articolo 33

La presente convenzione, redatta in un unico esemplare in lingua danese, francese, inglese, irlandese, italiana, olandese e tedesca, ciascun testo facente ugualmente fede, sarà depositata negli archivi del segretariato generale del Consiglio delle Comunità europee. Il segretario generale provvederà a trasmetterne copia certificata conforme al governo di ciascuno degli Stati firmatari.

[omissis]

DICHIARAZIONE COMUNE

Al momento della firma della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, i governi del Regno del Belgio, del Regno della Danimarca, della Repubblica federale di Germania, della Repubblica francese, dell'Irlanda, della Repubblica italiana, del Granducato del Lussemburgo, del Regno dei Paesi Bassi e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord,

I. solleciti di evitare, nei limiti del possibile, la dispersione delle norme di diritto internazionale privato in molteplici strumenti e le divergenze tra queste norme,

esprimono il voto che le istituzioni delle Comunità europee, nell'esercizio delle loro competenze sulla base dei trattati istitutivi, si sforzino, all'occorrenza, d'adottare delle norme di diritto internazionale privato che, per quanto possibile, siano in armonia con quelle della presente convenzione;

II. dichiarano la loro intenzione di procedere, fin dalla firma della convenzione e in attesa di essere vincolati dall'articolo 24 della convenzione, a consultazioni reciproche nel caso in cui uno degli Stati firmatari desiderasse diventare parte contraente di una convenzione alla quale si applicherebbe la procedura prevista nel suddetto articolo;

III. considerando il contributo della convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali all'unificazione delle norme sui conflitti di leggi in seno alle Comunità europee, esprimono il parere che ogni Stato che diventerà membro delle Comunità europee dovrebbe aderire a tale convenzione.