

Distribuzione commerciale e concessione di vendita: l'ambito di applicabilità della cd. "clausola di esclusiva"

Le recenti tendenze socioeconomiche che valorizzano la produzione su larga scala, assieme all'abbattimento dei limiti alla circolazione dei beni e all'emersione di uno spazio comune europeo, non potevano non rendere socialmente tipiche alcune figure contrattuali che, dapprima relegate negli angusti spazi concessi dalla prassi commerciale, sono via via divenute di frequente applicazione nei traffici odierni fino a sollecitare l'attenzione del legislatore.

In particolare, la specializzazione delle imprese nella produzione di beni sempre più complessi dal punto di vista tecnologico, richiesta al fine di soddisfare le necessità di una clientela più attenta allo standard qualitativo di un prodotto ed alle caratteristiche dei prodotti simili, ha imposto un accentrarsi dello sforzo produttivo *stricto sensu* inteso ed una contestuale esternalizzazione delle attività connesse. Ben lontani sono i tempi in cui l'artigiano, faticosamente cesellata l'opera al chiuso della sua angusta bottega, provvedeva da solo a reclamizzarla, imballarla, alienarla e consegnarla all'acquirente: la produzione in serie e la concorrenza delle imprese operanti nello stesso settore ha invece reso necessario affidare le diverse fasi del processo produttivo ad aziende collegate le quali, sulla scorta di apposite pattuizioni, si impegnano a reclamizzare il prodotto (contratti pubblicitari o di sponsorizzazione), a farlo viaggiare da un posto all'altro (contratti di trasporto), addirittura a produrre alcune parti o a metterne a disposizione la materia prima (contratto di subfornitura).

Tuttavia, nell'ambito dei più recenti studi di *marketing*, si è da più parti evidenziato che il segmento finale del ciclo produttivo, ossia la distribuzione del prodotto al consumatore finale, va curato con particolare attenzione ed affidato a soggetti specializzati, giacché la penetrazione territoriale dell'impresa commerciale assicura un introito costante ed una pubblicità indiretta del marchio, dalla quale specie i gruppi imprenditoriali di rilevanti dimensioni traggono il beneficio maggiore e più stabile nel medio – lungo periodo.

Sono così invalse nella pratica commerciale contemporanea numerose figure contrattuali idonee a perseguire siffatte finalità, che la dottrina mira a ricomprendere nella locuzione ampia di “contratti di distribuzione” i quali, in assenza di una regolamentazione codicistica, proliferano sul fertile terreno della sperimentazione quotidiana e dell’intervento della giurisprudenza, sino a quando il legislatore, spesso tardivamente, prende atto di tale fenomeno e riconosce a siffatti strumenti la dignità di assurgere a livello normativo primario. Si pensi, giusto per ricorrere ad un esempio, alla tormentata disciplina del cd. contratto di *franchising* che, mutuato nel nostro ordinamento dalle esperienze giuridiche d’oltreoceano e sottoposto nel corso degli anni agli ondivaghi *revirements* della giurisprudenza di legittimità, è gradualmente entrato nella prassi commerciale sino ad ottenere una positivizzazione con la legge n. 129 del 2004, che infine definisce e tipizza il contratto di “affiliazione commerciale”.

In linea generale, mediante un contratto di distribuzione commerciale i paciscenti tendono a realizzare finalità diverse ma convergenti, oltre che legate da un penetrante nesso di sinallagmaticità. In particolare l’impresa produttrice del bene destinato al mercato, spesso priva di una capillare rete distributiva ed interessata a fornire al consumatore non solo il bene in quanto tale, ma anche e soprattutto una serie di servizi accessori (riparazioni, sostituzioni, *upgrade*, rivendita di materiali di consumo e così via), trova conveniente non curare in prima persona la delicata fase della distribuzione, bensì affidarla a soggetti autonomi già presenti in maniera capillare sul territorio i quali, sulla scia delle istruzioni ricevute e nel rispetto degli accordi conclusi, provvederanno mediante una accorta attività d’impresa individuale ad accrescere la fidelizzazione dei consumatori al marchio della casa madre, marchio che - com’è noto - è di per se stesso portatore di un valore economico talvolta di notevoli proporzioni. Si consideri inoltre che, nelle ipotesi più frequenti, ben difficilmente l’impresa produttrice avrà convenienza a concludere un accordo distributivo con un soggetto privo di una pregressa esperienza imprenditoriale, laddove invece l’affidare la commercializzazione a ditte radicate sul territorio e fornite di un discreto avviamento è un buon viatico per un positivo riscontro in termini di fatturato.

Il distributore, d'altro canto, ha spesso un forte interesse ad addivenire ad un accordo con l'impresa produttrice, ben sapendo che dalla commercializzazione di detti beni otterrà probabilmente notevoli guadagni, derivanti dalla forza attrattiva del marchio e dall'avviamento commerciale della ditta produttrice che, nella maggior parte dei casi, opera sul territorio nazionale o sopranazionale ed ha necessità di avviare trattative per la distribuzione proprio nei periodi di forte espansione economica.

Il più frequente dei contratti di distribuzione è senza dubbio la concessione di vendita, mediante la quale l'impresa produttrice, denominata concedente, affida la fase distributiva ad un soggetto autonomo ed estraneo all'organizzazione produttiva, detto concessionario, che si impegna alla commercializzazione del bene nel rispetto delle direttive emanate dal concedente: paradigmatica sul punto e di frequentissima applicazione pratica la concessione relativa alla vendita di autoveicoli, che le case automobilistiche certamente non possono alienare direttamente al consumatore finale.

La dottrina civilistica, conformemente ad una dilagante tendenza alla categorizzazione, avvicina il contratto di concessione di vendita talora all'affiliazione commerciale, talora alla somministrazione. Difatti, per dare celermente conto delle minoritarie ipotesi ricostruttive prospettate in dottrina, non sembra ipotizzabile un legame con la figura del contratto estimatorio in assenza di un obbligo di restituzione della cosa, che invece l'articolo 1556 richiede per la stessa genesi della fattispecie contrattuale: né appare corretto discutere di vendita di cosa altrui, giacché l'atteggiarsi concreto delle pattuizioni fra produttore e distributore solitamente esclude la limitazione di cui al secondo comma dell'articolo 1478 del codice civile, limitazione che scoraggerebbe non poco gli eventuali acquirenti, spesso interessati ad essere beneficiari di una operazione di finanziamento contestuale alla vendita (si pensi alla cd. "vendita a rate" o con riserva della proprietà). Né, infine, appare conferente il richiamo alla fattispecie contrattuale dell'agenzia, laddove l'agente si limita ad assumere un obbligo di concludere contratti in una zona determinata, mentre in capo al concessionario scaturiscono, come si è accennato, ben altri e più complessi doveri contrattuali.

Secondo la prima impostazione accreditata, i diritti e gli obblighi derivanti dal rapporto concessorio entrerebbero a far parte del più ampio insieme di obbligazioni scaturenti dal contratto di *franchising* (ora denominato di affiliazione commerciale): militerebbe in tal senso il dettato normativo di cui all'articolo 1 della legge 129/2004 che, indicando lo scopo del contratto nella “*commercializzazione di determinati beni o servizi*”, non lascerebbe adito a differenti interpretazioni. Tale rapporto sarebbe tuttavia di inclusione del minore nel maggiore, se è vero che con l'affiliazione commerciale i contraenti mirano non solo a regolamentare la fase distributiva del prodotto, ma anche ad assumere numerosi altri obblighi e diritti reciproci, fra i quali spicca la cessione in capo all'affiliato, dietro corrispettivo, del cd. *know-how*, ossia di quel complesso di cognizioni tecniche ed empiriche, spesso non brevettate, che costituiscono il valore aggiunto di una impresa vincente. E' inoltre frequente il caso in cui l'affiliante, concluso il contratto, si assuma l'obbligo di formare il personale alle dipendenze dell'affiliato mediante appositi corsi, trasmettendo e divulgando quel bagaglio conoscitivo che si ritiene essenziale per un corretto svolgimento di un rapporto contrattuale normativamente improntato a correttezza e buona fede (cfr. l'articolo 6 della legge che, nel ribadire pedissequamente gli obblighi già previsti in linea generale dagli articoli 1337 e 1175 del codice civile, assume un valore rafforzativo all'interno di una figura negoziale che si basa più di altre sull'*intuitus personae*).

Secondo altra corrente egualmente seguita in dottrina, la concessione di vendita sarebbe riconducibile allo schema tipico del contratto di somministrazione, quale disciplinato dagli articoli 1559 e seguenti del codice civile. Nondimeno, per quanto sinora enunciato in merito alle motivazioni che inducono le parti a stipulare un accordo distributivo, può già anticiparsi che lo schema classico della somministrazione, edificato dal legislatore del 1942 per regolare i rapporti giuridici derivanti dalla fornitura periodica o continuativa di cose, si appalesa inadeguato a disciplinare il dipanarsi del legame distributivo che attualmente si atteggia in una maniera oltremodo complessa, all'interno della quale la commercializzazione del prodotto costituisce un mero punto di partenza rispetto al proliferare dei servizi accessori richiesti dal mercato e di spettanza del concessionario.

Sarebbe in altre parole riduttivo, oltre che inconferente rispetto alla *voluntas legis*, pretendere di assoggettare al regime della somministrazione gli obblighi del concessionario di riparare o sostituire il bene alienato, di fornire pezzi di ricambio, di attivare servizi accessori di gestione delle pratiche, di registrazione dei contratti, di finanziamento, di assistenza: *idem* dicasi per gli obblighi del concedente di dotare il concessionario del materiale pubblicitario (insegne, cartellonistica, *depliants*, modulistica), di garantirgli una fornitura dei beni differenziata e continua, di apprestargli una assistenza costante nel corso del rapporto, di tenerlo costantemente informato sull'andamento globale della propria attività.

Del resto, proprio a valorizzare questo secondo filone interpretativo è intervenuta del tempo una cospicua giurisprudenza, la quale è stata chiamata a sciogliere numerose problematiche intercorse fra i grossi produttori ed i concessionari, in special modo con riguardo agli aspetti di dettaglio del rapporto distributivo. Fra le tante, è stata così ritenuta meritevole di accoglimento la domanda risarcitoria spiegata da un concessionario di autoveicoli il quale, di fronte ad un cospicuo aumento del fatturato degli esercizi anteriori, aveva deciso di ampliare le dimensioni della sua azienda, rimodernando i propri locali commerciali ed assumendo nuovo personale, vedendo però compromettere la situazione patrimoniale nel corso dei mesi successivi anche a cagione del comportamento illecito della casa produttrice, la quale iniziava ad inviare al concessionario autoveicoli di qualità e prestazioni inferiori rispetto agli anni precedenti, con conseguente allontanamento della clientela e fallimento dell'investimento programmato. I giudici hanno motivato siffatta pronuncia argomentando dal carattere misto delle obbligazioni scaturenti dal contratto di concessione di vendita, in forza del quale il concedente non sarebbe tenuto ad una mera consegna dei beni prodotti, ma anche e soprattutto ad assicurarne un livello qualitativo non solo costante, ma addirittura crescente nel corso del tempo, in una col progresso tecnologico e la specializzazione produttiva. Va da sé che l'inadempimento di quest'obbligo, ledendo il legittimo affidamento del concessionario il quale aveva posto le basi per un proficuo investimento, è suscettibile di un pregiudizio patrimoniale da risarcire nei termini di legge.

Non manca allora un terzo ed ulteriore filone dottrinale che, accentuando i profili di originalità insiti nella costruzione del contratto di concessione di vendita, giunge a predicare una piena autonomia della figura negoziale, che sarebbe fornita di una causa sua propria atta a consacrarne la piena giuridicità, all'uopo ipotizzandone un riconoscimento legislativo in una prospettiva *de iure condendo*.

Ragionando però sul dato normativo attuale, è evidente che l'accoglimento dell'una o dell'altra delle suesposte tesi non è questione di poco momento, ma da essa derivano una serie di corollari di immediata portata applicativa, con particolare riguardo alla compatibilità nel contratto di distribuzione di una clausola di esclusiva. E' infatti di immediata comprensione che all'interno di un sinallagma distributivo contraddistinto, come si è accennato, da un accentuata valorizzazione dell'elemento individualistico, la stipulazione di clausole di esclusiva appare ipotesi tutt'altro che infrequente, giacché dal loro concreto atteggiarsi le parti regolamentano aspetti decisivi e fondanti dell'intera pattuizione; come il concedente è casualmente orientato nella sua scelta verso una controparte che tratti esclusivamente i suoi prodotti, onde evitare sgradevoli e subdole forme di "concorrenza intestina", parimenti il concessionario avrà interesse a vincolare l'imprenditore a non concludere analoghe pattuizioni nell'ambito territoriale di sua spettanza, giacché dalla moltiplicazione dei canali distributivi deriva immancabilmente una riduzione delle quote di mercato spettanti, e quindi dei profitti.

La riprova di questa conclusione è rinvenibile proprio nella legge di disciplina dell'affiliazione commerciale, la quale prevede espressamente l'obbligo per i contraenti di indicare gli ambiti di esclusiva territoriale, con riferimento ad un duplice profilo: da un lato, il contratto dovrà evidenziare la nicchia di mercato dell'affiliato quale risultante dalle interrelazioni con gli altri affiliati presenti sul territorio; dall'altro, andrà disciplinata l'eventualità che l'affiliante conservi per sé margini di vendita diretta mediante canali autonomi (si pensi, ad esempio, alla necessità di vendere i beni prodotti con prezzi particolarmente aggressivi, obiettivo al quale può giungersi non solo

riducendo i costi di produzione, ma anche abolendo il passaggio intermedio della presenza del concessionario).

La compatibilità delle clausole di esclusiva all'interno del contratto di concessione di vendita è quindi positivamente risolta, se si aderisce all'opzione ricostruttiva che vede tale figura negoziale come una gemmazione del contratto di affiliazione commerciale.

Qualora invece si avvicini la concessione di vendita al contratto di somministrazione, pur nelle insufficienze sistematiche di cui si è dato conto in precedenza, la risposta al quesito passa attraverso l'analisi della disciplina concreta scolpita dagli articoli 1567 e 1568 del codice civile.

Il primo dei detti articoli vincola l'autonomia negoziale del concessionario, il quale a seguito della stipula del patto di preferenza a favore del somministrante non potrà ottenere da terzi soggetti le medesime prestazioni dedotte nell'originario contratto, né potrà provvedere autonomamente alla produzione dei beni oggetto del contratto. Mentre tale ultima ipotesi appare abbastanza remota e di dubbia verifica pratica, se sono corrette le premesse socioeconomiche qui accolte, verificandosi altrimenti uno snaturamento del contratto di concessione di vendita tale da far pensare addirittura ad una nullità per assenza di causa, ben appare configurabile l'inserimento dell'esclusiva "pura" a favore del somministrante. Sarà ovviamente la libertà negoziale dei contraenti a riempire di contenuto il precetto generale del diritto di esclusiva, giacché in linea teorica l'ampia dizione normativa ("*prestazioni della stessa natura*") consente una regolamentazione pattizia degli opposti interessi: si pensi, per ricorrere ad un esempio tratto dalla casistica concreta, al caso in cui un concessionario di autoveicoli di grossa cilindrata, in assenza di obbligazioni negative in proposito, addivenga ad un accordo con altra casa automobilistica per la concessione di vendita di automobili cd. utilitarie, vendita da effettuarsi sotto la stessa denominazione sociale e la stessa organizzazione che si occupa della commercializzazione delle automobili di grossa cilindrata. La differente natura dei beni dedotti nei due contratti distributivi, scongiurando il rischio di una concorrenza interna, abilita l'autonomia negoziale dei soggetti produttori a prevedere e concedere più o meno ampi margini di libertà per il concessionario, il quale anzi intrattenendo due rapporti simultanei di questo tipo potrà

offrire entrambi i prodotti sul mercato ad un prezzo più competitivo rispetto a quello praticato dai rivali.

L'opposto patto di esclusiva a favore del somministrato, ugualmente configurabile all'interno del contratto distributivo, non pone particolari problemi esegetici, consistendo in un obbligo assunto dal concedente di non fornire le medesime prestazioni dedotte nel contratto a soggetti estranei all'accordo, neppure per interposta persona. Qualche considerazione più approfondita va fatta con riferimento al disposto del secondo comma dell'articolo 1568, che pone in capo al somministrato l'obbligo di risarcire il danno qualora non abbia promosso la vendita dei prodotti di cui dispone dell'esclusiva. Nell'attuale dinamica degli scambi commerciali, la promozione della vendita assume essenzialmente le forme dei contratti pubblicitari, che il concessionario sarà chiamato a concludere in proprio in aggiunta alla *reclame* eventualmente messa in atto dall'impresa produttrice. In altre parole il concessionario non potrà fare esclusivo affidamento sull'opera di valorizzazione pubblicitaria intrapresa dal produttore, ma dovrà autonomamente accrescere il proprio volume d'affari mediante un'attività reclamistica settoriale perché legata all'ambito territoriale individuato nel contratto.

A nulla rileva, soggiunge la norma, l'aver raggiunto l'eventuale quantitativo minimo di vendita contrattualmente stabilito: la previsione si spiega in considerazione dell'accennato rapporto fiduciario intercorrente fra i contraenti, che impone al somministrato di non limitarsi alla stretta e pedissequa osservanza degli obblighi pattuiti, bensì di attivarsi per una sempre maggiore penetrazione del marchio nell'area territoriale di competenza.

Non può però conclusivamente sottacersi che le scarse previsioni normative in tema di contratto di somministrazione, che non hanno subito aggiustamenti od integrazioni sin dal giorno della loro emanazione, suscitano tuttavia più di un dubbio con riguardo ad una loro integrale applicabilità ai contratti distributivi in generale, ed alla concessione di vendita in particolare. Laddove infatti la norma non prevede, l'intervento suppletivo dell'organo giurisdizionale rischia di diventare una conseguenza inevitabile, con tutti i rischi di frammentazione e contraddittorietà che ciò comporta: il ri-

chiamo alla disciplina dell'affiliazione commerciale invece, per come tipizzata dal recente intervento legislativo, sotto questo punto di vista è foriero di maggiori garanzie per i contraenti, in maniera particolare per il concessionario che, quale contraente debole all'interno del rapporto, necessita di una protezione adeguata ad opera dell'ordinamento giuridico.

27 giugno 2005

Avv. Luigi Levita

Specializzato nelle professioni legali

Dottorando di ricerca