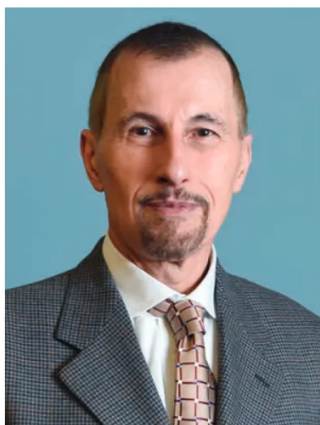


CLAUSOLE NULLE O CRITICHE NEI CONTRATTI DI AGENZIA

In questo numero di Marketplace, si esamineranno alcune pattuizioni nulle o critiche, che ho talvolta rinvenuto in contratti di agenzia sottoposti alla mia attenzione.



MAURIZIO IORIO

Dalla partnership tra Marketplace e Andec prende vita questa rubrica, curata dall'Avvocato Maurizio Iorio nel suo duplice ruolo di Avvocato Professionista in Milano e di Presidente di Andec.

1. CLAUSOLE RISOLUTIVE ESPRESSE

Una "clausola risolutiva espressa" (art. 1456 codice civile) è quella con cui si stabilisce che una delle parti possa risolvere il contratto al verificarsi di uno o più specifici inadempimenti dell'altra.

Per lungo tempo la piena validità di tale clausola nel contratto di agenzia non è stata posta in discussione dalla giurisprudenza.

Senonchè, è ormai da ritenersi ampiamente consolidato un orientamento giurisprudenziale secondo il quale **una clausola risolutiva espressa dovrebbe ritenersi pienamente valida solo quando essa non si ponga in contrasto con norme inderogabili di legge.**

Il menzionato orientamento giurisprudenziale è stato inaugurato nel 2011 e prevede (si veda, tra le più recenti, **Cass. Civ. 18030/2023**) che «*Il recesso senza preavviso dell'impresa preponente dal rapporto di agenzia è consentito soltanto nel caso in cui intervenga una causa che ne impedisca la prosecuzione anche provvisoria, ai sensi dell'articolo 1751, comma 2, c.c. In caso di ricorso da parte della medesima impresa preponente ad una clausola risolutiva espressa - che può ritenersi valida nei limiti in cui venga a giustificare un recesso in tronco attuato in situazioni concrete e con modalità a norma di legge o di accordi collettivi non legittimanti un recesso per giusta causa - pertanto, il giudice deve comunque verificare anche che sussista un inadempimento dell'agente integrante giusta causa*

di recesso, a norma dell'articolo 2119 c.c., tenendo conto delle complessive dimensioni economiche del contratto, dell'incidenza dell'inadempimento sull'equilibrio contrattuale e della gravità della condotta, seppur da valutarsi in considerazione della peculiare posizione dell'agente e della intensità che la relazione di fiducia assume nel rapporto di agenzia.

Detto altrimenti, ai fini della validità della clausola in questione, lo specifico inadempimento individuato dalle parti come presupposto per la risoluzione, deve necessariamente costituire una giusta causa di recesso dal contratto ai sensi dell'art. 2119 c.c., ovvero sia un fatto talmente grave da non consentire la prosecuzione del rapporto, neppure in via temporanea.

Un esempio di clausola del tipo appena descritto, consuetamente inserita nei contratti di agenzia, consiste nell'obbligo in capo all'agente di realizzare un minimo di fatturato o di giro d'affari, il cui mancato raggiungimento conferisce alla preponente il diritto di risolvere il contratto senza preavviso.

A tale proposito, si esamini una clausola del seguente tenore:

• FATTURATO MINIMO

- *Nell'espletamento dell'incarico l'Agente sarà obbligato a rispettare i quantitativi minimi di vendita (minimi contrattuali) e concordati col Preponente all'inizio di ogni Campagna Vendite.*



- Le Parti attribuiscono rilevanza essenziale al raggiungimento dei minimi contrattuali. Pertanto, nel caso di mancato raggiungimento dei predetti minimi da parte dell'agente, sarà facoltà del preponente risolvere in tronco il contratto di agenzia, quindi senza preavviso né il pagamento di alcuna indennità di mancato preavviso o di cessazione del contratto, fatto salvo il FIRR già accantonato presso l'ENASARCO.

Ebbene, in applicazione dell'orientamento giurisprudenziale corrente, soltanto ove il mancato raggiungimento dei minimi integri un fatto tale da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del contratto di agenzia (**giusta causa**), questo potrà essere risolto **senza preavviso** e, naturalmente, **senza corresponsione dell'indennità ex art. 1751 c.c.** Si tratterà, naturalmente, di valutare in concreto se l'inadempimento sia grave al punto da potersi identificare in una giusta causa.

Ove non si ravvisi l'esistenza di motivi sufficienti per giustificare il recesso in tronco, la parte recedente sarà invece tenuta al rispetto dei termini di preavviso e comunque alla corresponsione dell'indennità di risoluzione del rapporto.

Non è infrequente che la clausola risolutiva espressa ancorata al mancato raggiungimento dei minimi di affari o di fatturato sia accompagnata da un'ulteriore clausola che stabilisca, in favore della preponente, la facoltà di predeterminare periodicamente gli stessi risultati minimi in capo all'agente.

Con questa premessa, passiamo agevolmente al prossimo argomento.

2. FACOLTÀ DI STABILIRE MODIFICHE UNILATERALI DEL CONTRATTO IN FAVORE DELLA PREPONENTE

Un'altra prassi piuttosto diffusa consiste nel pattuire clausole che attribuiscono alla preponente un diritto di modifica unilaterale di determinate condizioni contrattuali: le provvigioni, la zona o, come già detto, i minimi di affari o di fatturato.

Previsioni di questo tipo sono da ritenersi nulle nell'ipotesi in cui la ridefinizione unilaterale dell'assetto contrattuale, o di alcuni suoi aspetti, sia rimessa, in ultima analisi, al mero arbitrio della preponente.

Si ha traccia di pronunce di legittimità, risalenti ma tuttora incontrastate, che fanno discendere la nullità di tali clausole talvolta dall'indeterminatezza del loro oggetto (art. 1346 c.c.) talvolta dalla loro natura meramente potestativa (art. 1355 c.c.).

Per esempio:

Cass. Civ. 4504/1997 ha ritenuto meramente potestativa la clausola con cui si attribuiva alla preponente la facoltà di modificare unilateralmente la lista dei clienti direzionali;

Cass. Civ. 11003/1997, invece, ha ritenuto che la facoltà di modifica unilaterale dei comensi provvigionali fosse da



ritenersi nulla per indeterminatezza dell'oggetto.

Attenzione però: non è del tutto escluso che il contratto di agenzia possa prevedere, in maniera del tutto legittima, una facoltà di modifica unilaterale: è orientamento diffuso nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, infatti, quello secondo cui «Nel contratto di agenzia, l'attribuzione al preponente del potere di modificare talune clausole, e in particolare quella relativa al portafoglio clienti, **può trovare giustificazione nell'esigenza di meglio adeguare il rapporto alle esigenze delle parti, così come esse sono mutate durante il decorso del tempo, ma, perché non ne rimanga esclusa la forza vincolante del contratto nei confronti di una delle parti contraenti, è necessario che tale potere abbia dei limiti e in ogni caso sia esercitato dal titolare con l'osservanza dei principi di correttezza e buona fede**» (Cass. Civ. Ordinanza 14181/2021) -

Pertanto, la stipulazione di clausole contrattuali che autorizzino il preponente a modificare unilateralmente alcune clausole del contratto di agenzia è un'operazione da valutare con cautela. Una redazione prudente, da valutare di volta in volta, dovrebbe prevedere che eventuali facoltà di

modifica unilaterali siano vincolate a criteri seri ed apprezzabili; d'altra parte, l'esecuzione del contratto dovrà essere condotta secondo correttezza e buona fede, di modo che tali strumenti non diventino per la preponente espedienti per il raggiungimento di vantaggi economici esorbitanti rispetto all'economia generale del contratto.

3. CLAUSOLE CHE PREVEDONO PENALI IN CAPO ALL'AGENTE

L'art. 1382 c.c. disciplina la clausola penale, quella con cui i contraenti possono stabilire che la parte rivelatasi inadempiente sarà tenuta a una determinata prestazione.

Qui di seguito saranno esaminate tre clausole penali inserite in contratti di agenzia unilateralmente predisposti dalla preponente:

1. La prima clausola si riferisce al caso di mancato raggiungimento da parte dell'agente dei «minimi produttivi» stipulati periodicamente ai sensi del contratto di agenzia: «Il mancato raggiungimento da parte dell'Agente degli obiettivi minimi annui comporterà l'applicazione a carico dell'Agente di una penale a titolo di risarcimento forfettario dei danni derivati alla Preponente pari ad euro XXXXX».

Tale clausola, purché sottoscritta con doppia firma (così come previsto all'art. 1341 del Codice civile nel caso di clausole vessatorie), è formalmente valida ma reca con sé il seguente aspetto critico: la penale è la conseguenza che le parti pongono all'inadempimento ed è del tutto pacifico che una condotta, per potersi dire inadempiente, deve essere caratterizzata dalla presenza di un elemento soggettivo consistente nella colpa (o nel dolo, il che nel caso di specie è ovviamente escluso).

Va pertanto sottolineato che se non c'è colpa (come ad esempio nel caso di inattività dell'agente per malattia debitamente comunicata alla preponente) alcun risarcimento è dovuto e che nel caso di inadempimento contrattuale la colpa si presume (articolo 1218 Codice civile): ciò tuttavia non toglie che l'agente possa fornire prova contraria dimostrando, dati di mercato alla mano, che i minimi di fatturato previsti erano chiaramente sproporzionati e irraggiungibili. Tale prova potrebbe essere difficile da fornire, a seconda delle circostanze concrete e del mercato.

2. La seconda clausola penale che mi accingo ad illustrare è prevista per il caso di insolvenza da parte del cliente:

«È pattuita a carico dell'agente una penale, nel caso in cui il terzo non rispetti i pagamenti pattuiti e si verifichino insolvenze. La penale è stabilita nella misura del 15% dell'importo rimasto insoluto».

È fuori di dubbio che si tratta di una clausola nulla in quanto volta ad aggirare il divieto di star del credere previsto all'articolo 1746, co. 3, c.c. ai sensi del quale «È vietato il patto che ponga a carico dell'agente una responsabilità, anche solo parziale, per l'inadempimento del terzo». Infatti, si reputa illecita la causa del contratto quando il contratto costituisce il mezzo per eludere una norma imperativa (art. 1344 c.c.). La nullità della clausola, nel corso di un procedimento civile, può pertanto

essere eccepita anche d'ufficio dal giudice (art. 1450 c.c.).

3. La terza clausola penale si riferisce al caso di recesso dell'agente dal contratto di agenzia:

«Salvo le ipotesi di immediato scioglimento previste dal presente contratto e dalla legge, le parti potranno recedere dal contratto in ogni momento a mezzo lettera raccomandata R.R. In tale eventualità, la parte recedente sarà tenuta ad osservare il periodo di preavviso previsto dalle vigenti norme dell'AEC o a corrispondere, in caso di esonero in tutto o in parte, l'indennità sostitutiva. Nel caso in cui sia l'Agente a recedere dal contratto, questi sarà inoltre tenuto a corrispondere, a fronte del recesso, ed in aggiunta all'indennità di mancato preavviso, una penale di Euro...»

Sia la contrattazione collettiva sia l'art. 1750 c.c. (che è norma imperativa) pongono specifici termini di preavviso che devono essere uguali per entrambe le parti e che, se violati, attribuiscono alla parte non recedente un importo a titolo di indennità.

La clausola sopra riportata stabilisce invece che, a differenza del preponente, l'agente che receda senza dare il preavviso debba pagare, in aggiunta all'indennità dovuta per legge, una penale predeterminata, con il conseguente sbilanciamento dell'assetto contrattuale a svantaggio dell'agente.

La clausola è pertanto nulla, in quanto costituisce il mezzo per aggirare la disposizione imperativa di cui all'art. 1750 c.c., il quale pone su un piano di parità sostanziale agente e preponente.

Come stabilito da **Cass. Civ. 24274/2006**, «In tema di contratto di agenzia, la regola secondo cui i termini di preavviso devono essere gli stessi per entrambe le parti del rapporto è inderogabile e vieta pattuizioni che alterino la parità delle parti in materia di recesso. Ne consegue che è nullo per frode alla legge il patto che contempli, in aggiunta

all'obbligo di pagare l'indennità di mancato preavviso, una clausola penale a carico del solo agente che si renda inadempiente all'obbligo di dare preavviso».

Il principio di cui sopra è stato confermato anche in tempi più recenti da **Cass. Civ. 24478/2021**, la quale ha ritenuto che «In tema di contratto di agenzia, l'art. 1750, comma 4, c.c., nel porre la regola inderogabile secondo cui i termini di preavviso devono essere gli stessi per le due parti del rapporto, esprime un precetto materiale che vieta pattuizioni che alterino la parità delle parti in materia di recesso, con la conseguenza che è nullo per frode alla legge (art. 1344 c.c.) il patto che contempli, in aggiunta all'obbligo di pagare l'indennità di mancato preavviso, una clausola penale che, in quanto eccessivamente onerosa, incida in maniera significativa sulla normale facoltà di recedere di una delle parti, limitandola fortemente».

4. COMPENSO IN FORMA PROVVISORIALE PER PATTO DI NON CONCORRENZA POST CONTRATTUALE

L'art. 1751-bis c.c. prevede la possibilità che il contratto di agenzia ponga a carico dell'agente un obbligo di non concorrenza.

È noto che il patto in questione è soggetto ad alcuni requisiti di validità:

- a. *pattuizione in forma scritta all'inizio del rapporto;*
- b. *durata massima di due anni dalla cessazione del rapporto;*
- c. *deve avere ad oggetto le zone, i canali, i beni o servizi originariamente contemplati dal contratto;*
- d. *deve essere oneroso, cioè, prevedere un compenso che non sia in forma provvisoriale.*

La determinazione della indennità è affidata alla contrattazione collettiva (cfr. AEC Commercio, art. 7; AEC Industria, art.14).

Con specifico riferimento al requisito dell'onerosità, ho rinvenuto in un contratto di agenzia la seguente clausola:





«L'Agente non dovrà, direttamente o indirettamente, distribuire, promuovere, negoziare vendite o produrre altri prodotti in concorrenza con i Prodotti commercializzati dalla Preponente per l'intero periodo di validità del presente contratto di agenzia e per un periodo successivo di sei (6) mesi; l'indennità all'uopo prevista dall'articolo 1751-bis del Codice Civile sarà pari allo 0,5% calcolato sull'importo delle vendite risultanti dalle fatture emesse dalla Preponente al netto delle voci fiscali, degli sconti in denaro e delle spese di imballaggio e spedizione anche se addebitate in misura forfettaria».

La clausola sopra riportata è evidentemente nulla per contrarietà all'art. 1751-bis c.c., nella parte in cui si prescrive l'onerosità del patto di non concorrenza, da compensare in forma non provvisoria («L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura **non provvisoria**»). Sul punto occorre aprire una breve parentesi in tema di irretroattività. In passato, era pacifico che il patto di non concorrenza post contrattuale non fosse da intendersi come obbligatoriamente oneroso. Solo con l'art. 23, L. 29/12/2000, n. 422, l'onerosità del patto è stata introdotta nell'art. 1751-bis c.c. Ebbene, secondo l'orien-

tamento giurisprudenziale corrente «In materia di contratto di agenzia, l'art. 1751-bis, secondo comma, cod. civ., introdotto dall'art. 23 della legge 29 dicembre 2000, n. 422 - secondo cui l'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvisoria - non si applica ai patti stipulati prima della sua entrata in vigore, ancorché i contratti di agenzia cui si riferiscano siano cessati successivamente» (**Cass. civ. n. 12127/2015**)».

5. PATTO DI NON CONCORRENZA POST CONTRATTO E DIRITTO DI "OPZIONE" DEL PREPONENTE

Si esamini la clausola seguente:

«È pattuito il divieto per l'Agente di distribuire, promuovere, negoziare vendite o produrre altri prodotti in concorrenza con i Prodotti commercializzati dalla Preponente per un periodo successivo di sei (6) mesi successivamente alla cessazione del contratto di agenzia; tale divieto è subordinato alla insindacabile scelta del Preponente di avvalersi o meno del diritto di richiedere all'Agente il rispetto di tale divieto, comunicandolo al medesimo al momento della cessazione del contratto di agenzia, con la conseguenza che alcun divieto sarà posto in capo all'Agente e parimenti alcuna indennità all'uopo

prevista dal vigente AEC sarà dovuta all'Agente nel caso in cui il Preponente nulla comunichi in proposito alla cessazione del contratto».

La giurisprudenza (**Cass. Civ. n. 17770/2016**) si è occupata, in particolare, di verificare se la clausola in esame possa integrare una condizione nulla in quanto meramente potestativa ex art. 1355 c.c.¹, stabilendo che «In tema di contratto di agenzia, la clausola contrattuale che prevede la facoltà della società mandante di tenere l'agente vincolato al divieto di concorrenza nei suoi confronti ed il correlato obbligo della medesima società di corrispondere un corrispettivo in caso di esercizio di tale facoltà, **non integra una condizione meramente potestativa**, in quanto l'efficacia dell'obbligazione non dipende dalla volontà dello stesso debitore, ossia dell'agente sul quale grava l'obbligo di non-concorrenza, bensì da quella della parte creditrice, ovvero della casa mandante, sicché tale patto non rientra nella previsione di nullità di cui all'art. 1355 c.c., ma **va qualificato come patto di opzione ex art. 1331 c.c.**».

Pertanto, ad un primo esame, questa clausola sembrerebbe valida, in quanto non appare contrastare direttamente con alcuna norma di legge né con la contrattazione collettiva.

Sussiste tuttavia qualche dubbio alla luce del fatto che la contrattazione collettiva (ma non anche la legge) impone che il divieto di concorrenza sia pattuito al momento dell'inizio del rapporto di agenzia, mentre con questa clausola ciò che si pattuisce a quel momento è in realtà un diritto di opzione a favore del preponente. Infatti, l'agente non è messo in grado di conoscere fin dall'inizio se avrà o meno libertà contrattuale alla cessazione del rapporto, ma solo della possibilità di non averla - a fronte dell'erogazione a suo favore dell'indennità all'uopo prevista - a insindacabile discrezione della casa mandante.

1 - Art. 1355 cc.
"Condizione meramente potestativa: E' nulla ...l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà del ... debitore"

N.B. Le immagini utilizzate a corredo di questo articolo sono solo a puro scopo illustrativo