



# Agente, preponente e diritto di esclusiva

**Valerio Sangiovanni**

*Avvocato, Rechtsanwalt e Dottore di ricerca in Diritto commerciale*

## SINTESI

### a) La nozione di contratto di agenzia

Già dalla definizione di contratto di agenzia si ricava che l'agente opera in una «zona» determinata. Se non è previsto in modo espreso in una clausola contrattuale, diventa pertanto necessario – almeno in via d'interpretazione del contratto – stabilire quale sia la zona di competenza dell'agente.

### b) Il diritto di esclusiva

Per la zona di competenza dell'agente la legge riconosce un diritto di esclusiva, nel senso che il preponente non può incaricare altri agenti per la medesima area. Il diritto di esclusiva sussiste peraltro *ex lege* anche a favore del preponente, nel senso che l'agente non può distribuire prodotti di un secondo preponente che si collochino in diretta concorrenza con quelli trattati per il primo preponente.

## » SOMMARIO

1. Il contratto di agenzia e la previsione di una zona – 2. Il diritto di esclusiva in favore dell'agente – 3. Il diritto di esclusiva in favore del preponente – 4. La possibilità di derogare al diritto di esclusiva – 5. Le violazioni del diritto di esclusiva – 6. Diritto di esclusiva e provvigioni

### 1. Il contratto di agenzia e la previsione di una zona

Come è noto, la disciplina italiana del contratto di agenzia costituisce attuazione della dir. 86/653/CEE<sup>(1)</sup>. Bisognerebbe dunque iniziare l'analisi con il diritto europeo. La direttiva comunitaria regola però in maniera solo marginale la materia dell'esclusiva in favore delle parti del contratto di agenzia. Al riguardo si prevede che «per un'operazione conclusa durante il contratto di agenzia l'agente commerciale ha... diritto alla provvigione – quando è incaricato di una determinata zona o di un determinato gruppo di persone – quando gode di un diritto d'esclusiva per una determinata zona o un determinato gruppo di persone, e l'operazione è stata conclusa con un cliente appartenente a tale zona o a tale gruppo. Gli Stati membri devono inserire nella loro legislazione una delle possibilità di cui ai due precedenti commi» (art. 7, 2° par., dir. 86/653/CEE). Come si può notare, il legislatore comunitario si limita a disciplinare l'esclusiva in riferimento alla provvigione spettante all'agente: ci occuperemo di questo aspetto specifico nella parte finale di questo articolo.

Nel diritto italiano si rinviene invece una disposizione apposita sul diritto di esclusiva nel contratto di agenzia: l'art. 1743 c.c. prevede che «il preponente non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, né l'agente può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro».

L'art. 1743 c.c. prevede un diritto di esclusiva in capo ad ambedue le parti del contratto di agenzia. Tali parti non vengono de-

finite dal codice civile, il quale si limita a indicare cosa si debba intendere per contratto di agenzia: «col contratto di agenzia una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata» (art. 1742, 1° co., c.c.). Da tale nozione si ricava peraltro sia la definizione di agente sia quella di preponente: l'agente è chi assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata; viceversa il preponente è il soggetto che conferisce tale incarico.

La definizione di contratto di agenzia contiene in sé un elemento importante ai fini del diritto di esclusiva: essa difatti prevede che l'attività dell'agente sia circoscritta a una zona determinata. Il legislatore non si occupa di dare una nozione di zona, ma la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi di tale concetto. Secondo la Corte di cassazione, peraltro in una pronuncia piuttosto risalente, la zona ha un significato territoriale, geografico, che si riferisce all'ambito nel quale l'affare, anche se concluso direttamente dal preponente, deve essere andato a buon fine, perché l'agente abbia diritto alla provvigione pattuita<sup>(2)</sup>. Pertanto, ove nel contratto di agenzia sia previsto il diritto alla provvigione per le vendite effettuate in Italia, l'agente ha diritto alla provvigione anche quando il preponente concluda il contratto direttamente con stranieri, anche se residenti all'estero, nel territorio italiano, cioè nella zona nella quale l'agente, in base al contratto, svolge la sua opera organizzatrice e promozionale.

<sup>(1)</sup> Dir. 86/653/CEE del Consiglio del 18.12.1986, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, in *Gazz. Uff. CE* 31.12.1986, n. 382. Sulla direttiva comunitaria cfr. BALDI, *La Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee 18 dicembre 1986 sugli agenti di commercio*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*,

1989, 55 ss.; CAMPAILLA, *Recenti sviluppi sulla figura dell'agente di commercio nel "diritto comunitario"*, in *Dir. commercio internaz.*, 2010, 335 ss.; PINTO MONTEIRO, *Il contratto di agenzia rivisitato. La direttiva CEE 86/653*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 877 ss.

<sup>(2)</sup> Cass., 7.12.1978, n. 5822, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1923.

Con riferimento all'estensione della zona, essa può essere più o meno ampia a seconda del tipo di prodotto che deve essere distribuito. Astrattamente l'area assegnata all'agente può coincidere con tutto il territorio nazionale, anche se – di norma – la zona è più ristretta. Ad esempio la zona di riferimento può coincidere con una regione oppure una provincia.

La determinazione della «zona» in cui si dovrà sviluppare l'attività dell'agente costituisce oggetto dell'accordo intercorso fra le parti. Tale pattuizione può essere espressa, inserita appositamente nel contratto (frequentemente nei suoi allegati), oppure tacita. Nel caso di assegnazione espressa di una determinata area (ad esempio una provincia oppure una regione), il problema principale che si può porre – nell'esecuzione del contratto – è quello di una successiva richiesta del preponente di variare l'ampiezza di tale zona. In caso d'incremento dell'area, non si pongono particolari rischi, in quanto l'agente tenderà ad accettare benevolmente tale modifica, che comporta un incremento dei guadagni che riesce a conseguire. Tuttavia, nell'ipotesi contraria, di una proposta di riduzione della zona, l'agente potrebbe non essere d'accordo con la medesima, in quanto comportante una diminuzione dei suoi guadagni. Come regola generale si può affermare che il preponente non può modificare unilateralmente l'area assegnata all'agente, avendo il contratto forza di legge fra le parti (art. 1372, 1° co., c.c.).

Teoricamente il problema che stiamo affrontando potrebbe essere risolto con l'inserimento nel contratto di un'apposita clausola che legittima il preponente, in fase di esecuzione del contratto, a modificare a piacere la zona di spettanza dell'agente. Sul punto è però intervenuta la Corte di cassazione, affermando che deve considerarsi nulla la clausola di un contratto di agenzia con la quale la società preponente si riserva di modificare in qualsiasi momento a proprio piacere la lista dei clienti direzionali senza che l'agente possa vantare alcun diritto a provvigioni e senza che possa opporre eccezioni di sorta<sup>(3)</sup>. Anche se questa pronuncia concerne i clienti direzionali (e non la zona), essa può essere applicata anche alla zona, considerando che l'effetto economico dell'iniziativa del preponente è la medesima: ridurre i margini di guadagno dell'agente. Una clausola che consentisse una variazione unilaterale a piacere dell'area assegnata all'agente sarebbe da qualificarsi come meramente potestativa e tale da far venir meno l'efficacia vincolante dell'intero contratto. La sua applicazione svuoterebbe di significato lo stesso contratto di agenzia e si risolverebbe in un ingiustificato squilibrio contrattuale a danno dell'agente. Questi potrebbe essere spogliato, senza alcun motivo e in qualsiasi momento, dalla società preponente di un numero indefinito di clienti senza diritto a provvigioni e senza che vengano tenute in considerazione le spese e le attività svolte dall'agente per organizzare la rete dei clienti. Sulla base di questo orientamento della Corte di cassazione (che considera non valida la clausola), permane – però – il problema dell'appropriato trattamento giuridico di proposte di modificazioni unilaterali della zona assegnata all'agente.

Gli accordi economici collettivi affrontano tale problematica con un sistema improntato a flessibilità e incentrato sulla gravità della modifica proposta, offrendo ragionevoli tutele all'agente. Ad esempio l'accordo economico collettivo per la disciplina del rapporto di agenzia e rappresentanza commerciale del settore del commercio del 16.2.2009 distingue fra variazioni di zona di

lieve entità (modifiche comprese fra 0 e 5%), di media entità (fra 5 e 20%) e di sensibile entità (superiori al 20%). Le variazioni di lieve entità possono essere realizzate senza preavviso e sono efficaci sin dal momento della ricezione della comunicazione della casa mandante. Le variazioni di media entità possono essere realizzate previa comunicazione scritta all'agente con un preavviso di almeno due mesi per i plurimandatari o di quattro mesi per i monomandatari. Le variazioni di sensibile entità possono essere realizzate previa comunicazione scritta all'agente con un preavviso non inferiore a quello previsto per la risoluzione del rapporto. Inoltre qualora l'agente comunichi, entro 30 giorni, di non accettare le variazioni che modificano sensibilmente il contenuto economico del rapporto, la comunicazione del preponente costituisce preavviso per la cessazione del rapporto di agenzia a iniziativa della casa mandante.

Di norma il contratto prevede espressamente quale sia l'area assegnata all'agente. Può tuttavia capitare che il testo contrattuale non preveda espressamente la determinazione della zona assegnata all'agente. L'ampiezza della zona, in assenza di pattuizioni contrattuali espresse, deve allora essere ricostruita in via interpretativa.

Al riguardo bisogna distinguere il caso di un unico agente che opera per il preponente e l'ipotesi, peraltro del tutto comune nell'esperienza pratica, di una pluralità di agenti. Se vi è un unico agente, in mancanza di qualsiasi riferimento nel contratto, la zona di spettanza coincide con l'intero territorio nazionale.

I problemi concreti si pongono però in presenza di più agenti, sussistendo il pericolo che vi siano aree sulle quali più agenti vantino il diritto di operare. Se, ad esempio, il preponente Alfa nomina agenti Tizio e Caio, senza suddividere esattamente fra essi il territorio di rispettiva competenza, sussiste il rischio che ambedue si vogliano occupare della medesima zona. In casi del genere, bisognerà individuare delle circostanze che consentano di ricostruire quale possa essere stata la presunta volontà delle parti in ordine alla suddivisione del territorio. La suddivisione per zone, laddove non stabilita per iscritto nel contratto, potrebbe risultare dalla prassi precedente. Se ad esempio il preponente incarica due agenti, uno dei quali riforniva precedentemente il Nord Italia e l'altro il Sud Italia, si può desumere in via interpretativa che il nuovo incarico abbia la stessa ampiezza per ciascuno di essi. In alternativa alla prassi precedente, si può dare rilievo all'esecuzione del contratto realizzata dai medesimi agenti. Può così capitare che un agente rifornisca per un primo periodo, ad esempio, il Nord Italia e un altro agente il Sud Italia. Se, successivamente, un agente "invade" una parte dell'area su cui prima operava l'altro agente, tale invasione può essere reputata illegittima, dovendosi intendere l'originario ambito di operatività come quello voluto – anche se solo tacitamente – dalle parti.

Il diritto di esclusiva previsto nel nostro ordinamento in capo alle parti del contratto di agenzia è bilaterale: esso vale sia a favore del preponente sia a favore dell'agente. In questo modo, impedendo reciproche attività concorrenziali, si garantisce la leale collaborazione fra i contraenti.

Infine si noti che, nel contratto di agenzia, il diritto di esclusiva opera *ex lege*. Ciò non avviene in altri tipi contrattuali, come la somministrazione. Nella somministrazione, l'esclusiva a favore del somministrante (art. 1567 c.c.) e quella a favore dell'agente

<sup>(3)</sup> Cass., 20.5.1997, n. 4504, in *Foro it.*, 1997, I, 2940, con nota di G. LENER, *Contratto di agenzia, clienti "diretti" e clienti "direzionali"*; in *Orient.*

*giur. lav.*, 1998, I, 64, con nota di POMARES, *Clausola "clienti direzionali": una presa di posizione della Corte di cassazione*; e in *Giur. it.*, 1998, 1370.

diritto alla somministrazione (art. 1568 c.c.) devono essere patuite fra i contraenti.

## 2. Il diritto di esclusiva in favore dell'agente

Con riferimento al diritto di esclusiva che il preponente deve concedere all'agente, la legge prevede che il produttore «non può valersi contemporaneamente di più agenti nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività» (art. 1743 c.c.). La disposizione mira a tutelare l'agente. Se, in una stessa area, il preponente potesse utilizzare più agenti, questi vedrebbero ridotte in modo significativo le proprie prospettive di guadagno. Gli agenti si troverebbero in concorrenza l'un l'altro e le provvigioni spettanti per gli affari conclusi da uno di essi non potrebbero essere riconosciute agli altri.

Più in generale bisogna dire che, nel nostro ordinamento, l'agente gode di una forte tutela, sia di tipo sostanziale sia di tipo processuale. Al riguardo appare utile segnalare come il legislatore italiano non riprenda una specificazione di quello comunitario. Secondo la normativa comunitaria per agente commerciale s'intende un intermediario «indipendente» (art. 1, 2° par., dir. 86/653/CEE). Nella definizione italiana di «contratto di agenzia» – la definizione di «agente» non viene data dal nostro legislatore – non vi è alcun riferimento al requisito dell'indipendenza. Anzi, un esame della complessiva disciplina italiana in materia di agenzia conduce a ritenere che la posizione dell'agente si avvicini a (anche se non coincida con) quella del lavoratore subordinato. Mi riferisco essenzialmente a due circostanze, una di diritto sostanziale e una di diritto processuale. Dal punto di vista sostanziale, all'agente viene riconosciuta un'indennità di fine rapporto (peraltro prevista già dal diritto comunitario), la quale – anche se certamente non identica – si avvicina a quella riconosciuta al lavoratore subordinato<sup>(4)</sup>. Dal punto di vista processuale, le controversie in materia di agenzia sono assoggettate al rito del lavoro (art. 409 c.p.c.).

Questa breve digressione serve a evidenziare come il legislatore italiano abbia assunto nel complesso, rispetto a quello comunitario, una posizione di maggior protezione dell'agente. Tale tutela trova espressione anche nella previsione di un'esclusiva posta a vantaggio dell'agente.

Il testo della legge va esaminato accuratamente al fine di attribuirgli il suo significato corretto. In particolare il divieto per il preponente si riferisce al fatto di valersi «contemporaneamente» di più agenti «nella stessa zona» e «per lo stesso ramo di attività». Cerchiamo di attribuire il significato corretto a queste tre espressioni.

Sotto un primo profilo, il testo legislativo prevede che il preponente non possa avvalersi «contemporaneamente» di più agenti nella stessa zona. Parrebbe dunque che il produttore possa avvalersi «in momenti diversi» di più agenti nella stessa zona. Considerato tuttavia che, di norma, l'agente lavora senza apprezzabile soluzione di continuità nel tempo, è difficile immaginare – nella prassi – che sia possibile che più agenti si alternino nello svolgere l'attività di promozione delle vendite nella medesima zona per lo stesso preponente.

Sotto un secondo profilo, la legge prevede che il preponente non possa valersi di più agenti «nella stessa zona». In positivo se ne

ricava che il produttore può valersi di più agenti, purché dislocati in aree diverse. Del resto si è già accennato sopra al fatto che le esigenze della distribuzione moderna sono tali per cui è altamente improbabile che un solo agente possa operare su tutto il territorio nazionale. Risulta dunque comune una suddivisione del territorio in più zone. Con riferimento a ciascuna area non è consentito al preponente di avvalersi di più agenti, al fine di evitare fenomeni di concorrenza fra questi ultimi.

La disposizione in esame vieta al preponente di avvalersi di più agenti per la medesima zona. La norma, invece, non vieta espressamente al produttore di procedere a vendite dirette nell'area riservata a un certo agente. Se ne potrebbe pertanto desumere che il preponente sia del tutto libero di vendere direttamente nella zona assegnata a un agente. Tuttavia, per questo caso, non si deve dimenticare che l'art. 1748, 2° co., c.c. riserva comunque all'agente competente per territorio il diritto alla provvigione.

L'art. 1748, 2° co., c.c. parrebbe peraltro riguardare la sola ipotesi in cui l'ingerenza del preponente nel territorio riservato all'agente sia occasionale. Tale «invasione di campo» viene punita con il fatto che il preponente deve riconoscere comunque all'agente la provvigione. Un ragionamento diverso potrebbe forse valere per il caso in cui l'ingerenza del preponente abbia carattere di sistematicità. Potrebbe cioè accadere che il produttore adotti una politica tesa a concludere direttamente tutti gli affari con i clienti che si trovano nella zona riservata all'agente. Questa attività può essere svolta sia avvalendosi di venditori alle dipendenze del preponente sia istituendo una filiale *in loco* che gestisce direttamente le vendite. Secondo una possibile interpretazione della disposizione di legge che attribuisce all'agente l'esclusiva, non sarebbe consentito al preponente, che si avvale di un certo agente per una determinata area, vendere sistematicamente in modo diretto in tale zona. Tale comportamento, difatti, finirebbe con lo svuotare di contenuti il contratto di agenzia. Bisogna peraltro dire che è improbabile che una condotta del genere si riscontri nella prassi, in quanto il preponente non può avere interesse a vendere direttamente, se deve riconoscere la provvigione all'agente. Il produttore, in altre parole, svolgerebbe il medesimo lavoro dell'agente in sua sostituzione e ne reggerebbe il costo, riconoscendo la provvigione a un agente inerte. È invece più ragionevole (e probabile) che il preponente che voglia vendere direttamente, senza servirsi più dell'agente, si limiti a disdettare il contratto di agenzia.

Rispetto alla problematica illustrata, un'interpretazione di compromesso può essere quella di distinguere fra le vendite attive e le vendite passive<sup>(5)</sup>. Nel caso di vendite attive, è il preponente stesso che promuove l'acquisizione di contratti nella zona riservata all'agente: tale comportamento deve ritenersi in violazione del diritto di esclusiva e può legittimare l'agente al risarcimento del danno. Nel caso invece di vendite passive, si tratta di clienti che si rivolgono direttamente al preponente, senza passare tramite l'agente. In questa fattispecie il comportamento del preponente (che procede a vendere il bene richiesto) può ritenersi legittimo, a condizione che venga riconosciuta all'agente la provvigione.

Sotto un terzo e ultimo profilo, l'art. 1743 c.c. vieta al preponente di valersi di più agenti «per lo stesso ramo di attività». Ne conse-

<sup>(4)</sup> In materia di indennità di fine-rapporto dell'agente cfr. A. BARBA, *Responsabilità ed arricchimento nella disciplina dell'indennità di cessazione del rapporto di agenzia*, in *Contr.*, 2008, 1106 ss.; GIAZZI, *L'interminabile odissea dell'indennità di cessazione del rapporto di agenzia tra diritto nazionale e comunitario*, in *Dir. lav. e relaz. ind.*, 2008, 755 ss.; SANGIOVANNI, *L'indennità*

*di cessazione del rapporto dell'agente*, in *Corriere giur.*, 2010, 313 ss.; Id., *Contratto di agenzia, cessione di azienda e indennità di fine rapporto*, *ivi*, 2008, 638 ss.; L. VENDITTI, *L'art. 1751 c.c. e la verifica giudiziale dell'equa indennità calcolata secondo gli accordi "ponte"*, in *Dir. e giur.*, 2009, 308 ss.

<sup>(5)</sup> BALDI e VENEZIA, *Il contratto di agenzia*, 8ª ed., Milano, 2008, 73 s.

gue che il produttore può valersi di più agenti nella medesima zona se tali agenti trattano diversi rami di attività. In questo caso non vi è concorrenza fra gli agenti e il diritto di esclusiva non ha ragione di essere. La Corte di cassazione ha avuto occasione di occuparsi specificamente di questa questione in una sentenza del 2000<sup>(6)</sup>. In tale decisione si è affermato che il preponente può avvalersi di due diversi agenti per la medesima zona senza violare il diritto di esclusiva quando il primo distribuisca un prodotto cartaceo e il secondo un prodotto elettronico, ritenuti come due prodotti diversi e appartenenti a distinti rami di attività.

### 3. Il diritto di esclusiva in favore del preponente

Per quanto riguarda il diritto di esclusiva di cui beneficia il preponente, la legge prevede che l'agente non «può assumere l'incarico di trattare nella stessa zona e per lo stesso ramo gli affari di più imprese in concorrenza tra loro» (art. 1743 c.c.).

Volendo cercare d'individuare la *ratio* di questa disposizione, è agevole rilevare come la norma miri a tutelare la posizione del preponente. L'obiettivo economico del produttore di beni o servizi è quello di massimizzare la vendita dei suoi beni. A tal fine necessita di personale, che può essere dipendente oppure autonomo, che si dedichi intensamente a tale attività. L'agente che, operando per un secondo preponente, potesse svolgere attività in concorrenza con quella del primo produttore, non consentirebbe al primo di raggiungere i medesimi risultati di vendite. L'agente si troverebbe in una continua situazione di conflitto d'interessi, dovendo di volta in volta decidere se vendere, in una determinata zona, il bene del produttore Alfa piuttosto che il bene del produttore Beta. Assumendo, per fare un esempio, che le vendite – nella zona di riferimento – vengano ripartite equamente fra i due preponenti di riferimento, Alfa e Beta arriverebbero a realizzare solo il 50% del fatturato che altrimenti potrebbero potenzialmente raggiungere in quell'area. L'esclusiva a beneficio del preponente va letta unitamente alla disposizione che obbliga l'agente a fare gli interessi del produttore: «nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede» (art. 1746, 1° co., c.c.).

Il diritto di esclusiva in favore del preponente non è però illimitato e, come per quello a favore dell'agente esaminato sopra, è importante soffermarsi sull'esatto tenore letterale della disposizione dell'art. 1743 c.c., al fine di evidenziarne i limiti.

Sotto un primo profilo, il diritto di esclusiva in favore del preponente vale solo limitatamente all'area di riferimento. È pertanto consentito all'agente curare due (o più) zone per due (o più) preponenti). S'immagini il caso di un agente che vende in una prima provincia i prodotti della società Alfa e in una seconda provincia i prodotti della società Beta. Normalmente ciò tende a non capitare nella prassi, in quanto il carico di lavoro per un unico agente che dovesse occuparsi di due zone diverse per due distinti preponenti sarebbe eccessivo. Tuttavia la legge non vieta tale attività.

Sotto un secondo profilo, il divieto per l'agente opera solo quando l'attività del medesimo incide sullo «stesso ramo» di attività. Il fine del legislatore è quello di evitare che l'operato dell'agente, al posto di favorire le vendite del preponente, ne determini una contrazione. Questo risultato non si verifica quando l'agente presta la sua attività per imprese che non operano nello stesso ramo: il rischio di privilegiare un'impresa a danno dell'altra non sussiste.

Sotto un terzo profilo, la legge prevede che il divieto di operare per l'agente vale se si tratta di imprese «in concorrenza». Nel caso in cui le preponenti svolgano attività del tutto diverse, non si pone alcun problema di concorrenza e l'agente sarà libero di operare per ambedue le case mandanti. La situazione è del resto piuttosto comune e si realizza tutte le volte in cui l'agente è plurimandatario. Nell'ipotesi, viceversa, in cui le due imprese svolgano un'attività perfettamente concorrenziale, sarà interdetto all'agente di operare per entrambe. Può tuttavia capitare che un agente operi per imprese che sono – astrattamente – in concorrenza, ma che l'attività concretamente svolta non incida su tali profili concorrenziali. Ciò avviene nel caso di grandi imprese che si occupano di rami di attività diversi. Può cioè darsi che l'impresa Alfa e l'impresa Beta abbiano un ramo di attività (o più rami) in concorrenza, ma gestiscano altresì rami completamente diversi, rispetto ai quali non si può realizzare una situazione di concorrenza. In condizioni del genere può legittimamente capitare che il medesimo agente operi per la società Alfa e contemporaneamente per la società Beta (che pure sono in concorrenza per certi rami di attività), purché lo faccia occupandosi di rami diversi.

Al di là, poi, di quello che è il tenore letterale dell'art. 1743 c.c., vi è da chiedersi se l'agente possa svolgere in proprio un'attività in concorrenza con quella del suo preponente. A questa risposta pare di dover dare risposta negativa. Dalla mera lettura dell'art. 1743 c.c. non si può ricavare un divieto in tal senso, limitandosi tale disposizione a vietare che l'agente operi contemporaneamente per due produttori in concorrenza. Tuttavia non si può dimenticare che il già menzionato art. 1746, 1° co., c.c. impone all'agente di tutelare gli interessi del preponente. Francamente non si vede come un agente possa tutelare tali interessi mentre, in contemporanea, gestisce un'attività in concorrenza. Si deve dunque concludere nel senso che un agente, una volta accettato un incarico da una casa mandante, non può – nemmeno in proprio – svolgere attività concorrenziale con tale casa mandante.

### 4. La possibilità di derogare al diritto di esclusiva

Come si è visto, in assenza di deroghe operate dai contraenti al diritto di esclusiva, il sistema vigente nel nostro ordinamento è quello della concessione reciproca *ex lege* di esclusive reciproche fra preponente e agente. Detto con altre parole, le parti non possono farsi concorrenza l'un l'altra nella zona di riferimento durante la vigenza del contratto. Questo divieto di concorrenza è insito nella stessa previsione legislativa delle esclusive. Ne consegue che un patto di non concorrenza concluso espressamente fra preponente e agente durante la vigenza del contratto non avrebbe altro effetto che ribadire quanto già risulta dalla legge. Al riguardo la Corte di cassazione ha deciso che, durante lo svolgimento del rapporto, l'obbligo di astenersi dalla concorrenza risulta dalla legge ed è connaturale a ogni rapporto di collaborazione economica (come quello di agenzia), con l'effetto che è inutile e privo di causa un patto accessorio in tal senso<sup>(7)</sup>.

Vi è da chiedersi se l'art. 1743 c.c., nell'affermare esclusive reciproche, costituisca una disposizione imperativa. In caso affermativo i contraenti non possono derogare a essa; in caso negativo, sono possibili accordi delle parti in deroga. Per stabilire la natura imperativa di una norma è decisiva la valutazione degli interessi che la regola intende tutelare: nel caso la disposizione sia posta a tutela esclusiva dei contraenti, vi si può derogare, nel caso invece

<sup>(6)</sup> Cass., 2.12.2000, n. 15410, in *Giust. civ. mass.*, 2000, 2538.

<sup>(7)</sup> Cass., 23.7.2008, n. 20312, in *Giust. civ. mass.*, 2008, 1198.

in cui la norma tuteli anche interessi di rango pubblicistico, non vi si può derogare. Secondo l'orientamento della giurisprudenza, gli interessi tutelati dall'art. 1743 c.c. sono di tipo privatistico. Ne consegue che le parti possono derogare al diritto reciproco di esclusiva, altrimenti risultante *ex lege*.

Devo dire che nutro qualche perplessità rispetto a questa soluzione giurisprudenziale. Consentire lo svolgimento di attività concorrenziale vuole difatti dire alterare la natura del contratto di agenzia come rapporto di collaborazione fra le parti. L'art. 1746, 1° co., c.c. afferma non solo che «nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede», ma chiarisce che «è nullo ogni patto contrario». Se però è nullo tale patto, non si riesce a comprendere come possa essere valido un accordo in forza del quale le parti, nel derogare all'esclusiva, si consentono reciprocamente di svolgere attività in concorrenza.

Al di là, però, di questa mia personale riflessione, non si può non rilevare come la giurisprudenza sia costante nella sua affermazione della derogabilità del diritto di esclusiva. La deroga all'esclusiva potrebbe riguardare una sola delle parti del contratto.

Volendo gettare uno sguardo ad alcuni precedenti di legittimità, vale segnalare come – secondo una sentenza della Corte di cassazione del 2007 – il diritto di esclusiva, benché costituisca elemento naturale del contratto di agenzia ai sensi dell'art. 1743 c.c., non ne è tuttavia elemento essenziale e può, pertanto, essere derogato a opera della volontà delle parti, deroga che può desumersi anche in via indiretta, purché in modo chiaro e univoco<sup>(6)</sup>. La deroga può risultare da una tacita manifestazione di volontà, che può desumersi dal comportamento tenuto dalle parti al momento della conclusione del contratto e anche successivamente, durante l'esecuzione del medesimo. Nel caso affrontato dalla Cassazione, già in fase di stipulazione del contratto di agenzia la previsione di una riserva clienti in favore del preponente costituiva di per sé dato interpretativo di pregnante rilevanza ai fini della ricostruzione della volontà delle parti. Con riferimento al momento dell'attuazione del rapporto, più agenti operavano nella medesima zona e, pertanto, le provvigioni indirette non potevano essere riconosciute nella misura in cui erano già state pagate ad altri.

Non è previsto alcun particolare requisito di forma per la deroga alle esclusive. Del resto si deve riflettere sul fatto che, più in generale, per il contratto di agenzia non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*. Basta che il contratto sia provato per iscritto (art. 1742, 2° co., c.c.). Il comportamento delle parti, dal quale si può desumere una deroga all'esclusiva, può consistere nel fatto che una di esse pone in essere una condotta in violazione dell'esclusiva che viene tollerata dall'altra (nonostante questa sia consapevole che godrebbe di un diritto di esclusiva). Già nel 2004 la Corte di cassazione aveva affermato che il diritto di esclusiva previsto dall'art. 1743 c.c. costituisce un elemento naturale e non essenziale del contratto di agenzia e, quindi, esso può essere validamente oggetto di deroga per concorde volontà delle parti<sup>(9)</sup>. La medesima Corte di cassazione aveva affermato, nel 1999, che il diritto di esclusiva delineato dall'art. 1743 c.c., investendo la stessa funzione contrattuale, costituisce un elemento naturale del contratto di agenzia che – in quanto tale – deve ritenersi presente in assenza di contraria pattuizione<sup>(10)</sup>. Per

il principio dell'art. 2697 c.c., l'eventuale limitazione del suddetto diritto esige adeguata prova.

Una deroga al diritto di esclusiva si verifica anche quando il preponente si riserva nel contratto di trattare direttamente con alcuni clienti, senza avvalersi dell'opera dell'agente<sup>(11)</sup>. Tali clienti vengono comunemente denominati «direzionali». L'operazione configura una deroga all'esclusiva in quanto i clienti direzionali vengono «sottratti» all'agente, che non ha diritto di percepire le provvigioni per gli affari conclusi con i medesimi. La gestione di tali clienti (e i guadagni conseguenti) spettano esclusivamente al preponente.

La derogabilità del diritto di esclusiva è confermata dagli accordi economici collettivi. Ad esempio l'accordo economico collettivo per la disciplina del rapporto di agenzia e rappresentanza commerciale nel settore del commercio del 16.2.2009 prevede al suo art. 3 la possibilità di una deroga a opera delle parti.

Alla luce dell'art. 1743 c.c. e della sua *ratio*, nonché dei precedenti giurisprudenziali esaminati, si deve pertanto ritenere che il diritto di esclusiva costituisca sì un elemento «naturale» del contratto di agenzia, ma non ne rappresenti un elemento «essenziale». Laddove i contraenti derogano a tale diritto, sarà possibile operare in un regime di concorrenza diretta fra le parti.

La situazione è completamente diversa dopo la conclusione del rapporto contrattuale, quando le parti tornano libere di farsi concorrenza. Proprio per questa ragione il legislatore prevede la possibilità che i contraenti concludano, nei limiti dell'art. 1751 *bis* c.c., un patto di non concorrenza. In altre parole, la situazione complessiva che si presenta è la seguente: 1) durante la vigenza del contratto, divieto di concorrenza (salvo patto contrario); 2) dopo lo scioglimento del contratto, libertà di concorrenza (salvo patto contrario).

Se le parti hanno pattuito una deroga al diritto di esclusiva (e dunque un'eccezione al divieto di concorrenza), esse sono libere di operare in un regime concorrenziale. In un regime di non esclusiva, il preponente può utilizzare un secondo agente (o più agenti) nell'area assegnata al primo. Viceversa l'agente è libero di distribuire i beni di un secondo produttore nella medesima zona, nonostante siano in concorrenza con quelli del primo.

Infine si noti che la deroga al diritto di esclusiva può essere anche solo unilaterale. La deroga può operare solo a vantaggio dell'agente: in questo caso l'agente può operare per più preponenti nella sua area. Viceversa la deroga può operare solo a vantaggio del preponente: in questo caso il preponente può utilizzare più agenti nella medesima zona.

## 5. Le violazioni del diritto di esclusiva

Abbiamo visto come la legge riconosca automaticamente, in capo ad ambedue i contraenti del contratto di agenzia, un diritto di esclusiva, che può venir meno solo in caso di una deroga pattuita fra le parti. Come ogni diritto, anche quello di esclusiva può essere violato.

Le modalità con cui, nella prassi, il diritto di esclusiva può essere violato sono le più diverse. Tali violazioni possono provenire dal preponente oppure dall'agente.

Con riferimento alla violazione posta in essere dal preponente, essa si sostanzia nel fatto di essersi avvalso di un secondo agente (o di più altri agenti) nella zona assegnata a un primo agente. Al

<sup>(6)</sup> Cass., 9.10.2007, n. 21073, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Agenzia*, 20.

<sup>(9)</sup> Cass., 30.7.2004, n. 14667, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Agenzia*, n. 27.

<sup>(10)</sup> Cass., 24.7.1999, n. 8053, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 1713.

<sup>(11)</sup> Cfr. ROSIN, *sub art. 1743*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di G. Perlingieri, IV, 2, Napoli, 2010, 1877.

riguardo la Corte di cassazione ha affermato che il preponente, sottraendo una serie di affari all'agente con la conclusione di contratti di agenzia con altri soggetti per la medesima zona, ne lede il diritto di esclusiva<sup>(12)</sup>.

Con riferimento all'inosservanza del diritto di esclusiva posta in essere dall'agente, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'agente viola tale diritto quando pubblicizza prodotti in concorrenza<sup>(13)</sup>. Secondo questa sentenza, ai fini della violazione del divieto di cui all'art. 1743 c.c. non è richiesto che il comportamento dell'agente si iscriva nell'ambito di un rapporto di stabile collaborazione con altra impresa né che lo stesso abbia necessariamente determinato la conclusione di uno o più contratti fra un cliente anche solo potenziale del suo preponente e un'impresa concorrente di quest'ultimo, essendo invece sufficiente un'attività dell'agente medesimo idonea a determinare un dirottamento della clientela del suo preponente presso imprese concorrenti, con possibile alterazione, a favore di queste ultime, in una stessa zona e in uno stesso ramo di affari, delle originarie condizioni della domanda di determinati prodotti. Si tratta di una decisione particolarmente severa in quanto fa bastare una sorta di "tentativo" di concorrenza (cui non fa seguito la conclusione di un contratto a favore di un differente produttore) per far scattare la violazione del diritto di esclusiva. Più in generale si può affermare che la violazione del diritto di esclusiva posto a favore del preponente può avvenire in via diretta (a opera dell'agente) oppure in via indiretta (mediante collaboratori di cui l'agente si avvale). In particolare il Tribunale di Ascoli Piceno ha ritenuto che agisse in violazione del diritto di esclusiva l'agente il quale si avvaleva della figlia per promuovere la conclusione di contratti di assicurazione con un'impresa assicurativa diversa e in concorrenza con quella da cui aveva ricevuto il mandato<sup>(14)</sup>.

Il legislatore statuisce il diritto di esclusiva, ma non si preoccupa di dire cosa accada qualora tale diritto venga violato. In assenza di una disposizione specifica, la soluzione va ricercata nella disciplina generale dei contratti.

Indipendentemente dal soggetto da cui provenga la violazione dell'esclusiva, sia per il preponente sia per l'agente l'inosservanza del diritto di esclusiva costituisce una violazione di legge. Tale violazione di legge configura un inadempimento contrattuale ai sensi dell'art. 1218 c.c. La parte che subisce l'illecito contrattuale può pertanto ottenere dall'altra il risarcimento del danno subito. Il danno da inosservanza dell'esclusiva consiste normalmente in un mancato guadagno (art. 1223 c.c.). Per il preponente, il mancato guadagno ammonta alla somma dei guadagni derivanti dagli affari che non ha potuto concludere per via dell'attività in concorrenza svolta dall'agente. Per l'agente, il mancato guadagno ammonta alla somma delle provvigioni che non ha percepito per tutti quegli affari che sono stati conclusi da altri agenti autorizzati a operare nella zona che era invece riservata all'agente danneggiato.

La Corte di cassazione ha avuto occasione di occuparsi della prescrizione del diritto a ottenere il risarcimento del danno, affermando che il diritto dell'agente al risarcimento del danno contrattuale derivante da lesione del diritto di esclusiva è sogget-

to alla prescrizione ordinaria decennale, la quale decorre da quando si è esaurita la fattispecie illecita permanente, comprensiva della persistenza dell'altro rapporto di agenzia (instaurato in violazione dell'esclusiva)<sup>(15)</sup>.

In aggiunta alla possibilità di ottenere il risarcimento del danno, nel caso d'inosservanza dell'esclusiva da parte dell'agente, che svolge ingiustamente attività in concorrenza con quella del preponente, sussiste inoltre una giusta causa di recesso dal contratto di agenzia. Allo stesso modo, in caso d'inosservanza dell'esclusiva da parte del preponente, l'agente può invocare la risoluzione del contratto.

Infine si noti che un'inosservanza tipica dell'agente si realizza quando questi "invade" la zona riservata ad altro agente. Questo tipo di comportamento costituisce un illecito contrattuale nei confronti del preponente e un illecito extracontrattuale nei confronti del secondo agente<sup>(16)</sup>. Nel primo caso (rapporto preponente-agente) sussiste difatti un contratto (il contratto di agenzia); nel secondo caso (relazione agente-agente), invece, non sussiste un contratto fra le parti, con la conseguenza che la relazione agente-agente deve essere risolta sul piano dell'illecito aquiliano. Quali basi normative della responsabilità dell'agente l'ordinanza del Tribunale di Torino menziona l'art. 2043 c.c. unitamente all'art. 2598 c.c. In modo analogo si era espresso due mesi prima il medesimo Tribunale di Torino, affermando che l'agente in esclusiva che, contravvenendo agli obblighi contrattuali assunti con il preponente e non osservando la disciplina generale dettata in materia di esclusiva in fase di contrattazione collettiva, fuoriesce dalla zona a lui riservata e invade quella di altro agente a sua volta titolare di diritto di esclusiva, lede un'aspettativa o un affidamento di quest'ultimo, ponendo in essere un comportamento non conforme ai principi della correttezza professionale e, come tale, sleale *ex art. 2598, n. 3, c.c.*<sup>(17)</sup>.

## 6. Diritto di esclusiva e provvigioni

La previsione di un diritto di esclusiva si riflette anche sul diritto dell'agente alla retribuzione.

Come accennato all'inizio, la materia del diritto dell'agente alla provvigione in caso di esclusiva è disciplinata dal diritto comunitario (art. 7, 2° par., dir. 86/653/CEE). La Corte di giustizia è intervenuta su tale disposizione, stabilendo che l'art. 7, 2° par., dir. 86/653/CEE va interpretato nel senso che l'agente commerciale incaricato di una zona geografica determinata non ha diritto alla provvigione per le operazioni concluse da clienti appartenenti a tale zona senza l'intervento, diretto o indiretto, del preponente<sup>(18)</sup>. Per comprendere il senso di questa massima si deve riflettere sul fatto che il contratto di agenzia intercorre fra il preponente e l'agente; i terzi non sono invece parte di tale contratto: essi si limitano a concludere un contratto con il preponente grazie all'intermediazione dell'agente. Secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia, laddove il contratto di compravendita sia concluso senza che il preponente si sia in alcun modo attivato, non potrà essere riconosciuta all'agente alcuna provvigione. Non solo non vi è alcun contributo causale dell'agente, ma non vi è nemmeno un contributo causale del preponente rispetto all'in-

<sup>(12)</sup> Cass., 17.5.1993, n. 5591, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 145, con nota di GHEDINI FERRI, *Violazione del diritto di esclusiva e prescrizione dell'azione di risarcimento danni*; e in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 528 ss., con nota di CASOLA, *Intema di diritto di esclusiva dell'agente*.

<sup>(13)</sup> Cass., 23.4.2002, n. 5920, in *Foro padano*, 2002, I, 466 ss., con nota di GALBIATI, *Obbligo di esclusiva dell'agente e sviamento di clientela*.

<sup>(14)</sup> Trib. Ascoli Piceno, 28.6.2004, in *Lavoro e giur.*, 2003, 1206.

<sup>(15)</sup> Cass., 17.5.1993, n. 5591, cit.

<sup>(16)</sup> Trib. Torino, (ord.) 13.7.1995, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 886 ss., con nota di Rossomando.

<sup>(17)</sup> Trib. Torino, (ord.) 14.6.1995, cit.

<sup>(18)</sup> C. Giust. CE, 17.1.2008, causa C-19/07, in *Europa dir. priv.*, 2008, 1061 ss., con nota di MANNINO, *Sul diritto alla provvigione dell'agente relativamente alle operazioni concluse da clienti della zona affidatagli senza intervento diretto del preponente*.

staurazione del contatto che porta poi alla conclusione del contratto.

Con riferimento al diritto italiano, la questione della spettanza all'agente della provvigione è disciplinata nell'art. 1748 c.c., sia nel caso non sia prevista la suddivisione in aree (1° co.) sia nel caso vi sia una suddivisione in zone (2° co.).

Secondo la regola generale «per tutti gli affari conclusi durante il contratto l'agente ha diritto alla provvigione quando l'operazione è stata conclusa per effetto del suo intervento» (art. 1748, 1° co., c.c.). Questa disposizione si occupa del diritto dell'agente alla provvigione indipendentemente dal fatto che l'attività del medesimo sia limitata a una certa zona. La norma si concentra sulla causalità dell'operato dell'agente: se questi ha determinato la conclusione dell'affare gli spetta la provvigione. La provvigione costituisce il giusto compenso per l'attività meritoria dell'agente che è riuscito a intermediare la conclusione di un contratto in favore del preponente.

La legge però si occupa anche del rilievo che la suddivisione in zone ha in termini di provvigione. Si prevede difatti che la provvigione è dovuta anche per gli affari conclusi dal preponente con terzi appartenenti alla zona riservata all'agente (art. 1748, 2° co., c.c.). La disposizione mira a tutelare l'agente, proteggendolo – nella zona che gli viene assegnata – da possibili interferenze del preponente. Sarebbe inutile prevedere un diritto di esclusiva (e, dunque, un certo ambito di operatività riservato all'agente), se poi si consentisse al preponente d'invadere l'area riservata e di concludere direttamente affari. Ai sensi dell'art. 1748, 2° co., c.c. l'agente ha pertanto diritto a ottenere la provvigione per tutti gli affari che sono stati conclusi dal preponente nell'area di competenza dell'agente. Non rileva in questo caso il contributo causale dell'agente, ma il mero fatto che il cliente sia ascrivibile alla zona di competenza dell'agente.

La Corte di cassazione è intervenuta in materia con una sentenza secondo la quale il diritto dell'agente a conseguire le provvigioni per le vendite concluse direttamente dal preponente nella zona riservata allo stesso agente, ex art. 1748, 2° co., c.c., presuppone che si tratti di vendite concluse da un soggetto, appunto il preponente, in immediato rapporto con la controparte acquirente, nelle quali, cioè, lo scambio fra prestazioni corrispettive avvenga in maniera immediata e diretta fra le due parti, senza l'intervento di soggetti interposti e senza ulteriori passaggi intermedi<sup>(19)</sup>. La Cassazione ha conseguentemente annullato la sentenza di merito che aveva riconosciuto la provvigione in relazione a vendite effettuate da un grossista, che aveva acquistato i prodotti commerciati presso il preponente e li aveva successivamente posti in vendita al dettaglio mediante propri venditori. Bisogna peraltro dire che questa sentenza fa applicazione dell'art. 1748, 2° co., c.c. nella versione vigente prima della novella realizzata dal d.lg. 15.2.1999, n. 65. Con tale riforma è stato eliminato il riferimento al fatto che la provvigione spettasse in caso di affari conclusi

«direttamente» dal preponente. Attualmente tale avverbio non viene utilizzato dalla legge, potendosi allora sostenere che la provvigione spetti sia per gli affari conclusi «direttamente» dal preponente sia per gli affari conclusi «indirettamente». Nel caso affrontato dalla Corte di cassazione il preponente operava le vendite avvalendosi di un grossista. Non si trattava dunque di una vendita diretta del produttore al cliente finale, ma di una vendita indiretta (mediante il grossista). Anche alla luce della citata riforma del testo dell'art. 1748, 2° co., c.c. è preferibile riconoscere anche in questa ipotesi la provvigione all'agente. Diversamente il preponente avrebbe la possibilità di aggirare sistematicamente il diritto dell'agente alla provvigione nella zona a questi assegnata avvalendosi di un grossista che compra e rivende le sue merci.

In materia di spettanza della provvigione, vale una soluzione diversa – rispetto a quella standard delineata dall'art. 1748, 2° co., c.c. – quando le parti hanno pattuito una deroga al diritto di esclusiva. Se l'agente ha consentito al preponente di effettuare direttamente delle vendite nella zona di riferimento, non gli spetterà la provvigione per le operazioni concluse direttamente dal produttore. Sono diversi i precedenti che hanno affermato questo principio. La Corte di cassazione ha deciso che, quando è stata pattuita una deroga all'esclusiva, l'agente non può far valere il diritto alle provvigioni per gli affari conclusi direttamente dal preponente, giacché tale diritto è concepibile in quanto la zona in cui il preponente ha concluso direttamente gli affari sia riservata in via esclusiva all'agente<sup>(20)</sup>. La medesima Corte di cassazione ha affermato che, siccome il diritto di esclusiva può essere validamente oggetto di deroga a opera della volontà delle parti, se ne desume l'esclusione della provvigione per le vendite concluse dallo stesso preponente<sup>(21)</sup>. Ma, già nel 1983, la Corte di cassazione aveva deciso che la deroga all'esclusiva in favore dell'agente comporta che a questo non spetta il diritto, sancito dall'art. 1748 c.c., alla provvigione per gli affari conclusi nella zona direttamente dal preponente<sup>(22)</sup>.

Infine si noti che i contraenti potrebbero derogare al riconoscimento in capo all'agente del diritto alla provvigione anche senza avere derogato all'esclusiva. Il regime naturale fra le parti del contratto di agenzia è quello dell'esclusiva reciproca (art. 1743 c.c.). In tale sistema l'agente ha diritto alla provvigione per gli affari conclusi direttamente dal preponente nell'area di riferimento (art. 1748, 2° co., c.c.). Se il diritto all'esclusiva viene derogato, il preponente è libero di concludere affari nella zona riservata all'agente e a quest'ultimo non spetta la provvigione. I contraenti potrebbero però prevedere di rimanere in regime di esclusiva, pur escludendo il diritto dell'agente alla provvigione nel caso di affari conclusi direttamente dal preponente nell'area di riferimento. Questa possibilità si ricava dal fatto che l'art. 1748, 2° co., c.c. prevede espressamente che si possa diversamente pattuire. ■

<sup>(19)</sup> Cass., 22.8.2001, n. 11197, in *Contr.*, 2001, 1106, con nota di VENEZIA, *Esclusiva e provvigioni indirette nel contatto di agenzia. Il commercio elettronico*; in *Arch. civ.*, 2001, 1352; in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, 566; e *ivi*, 2002, 24, nota di LUZZANA, *Deroga all'esclusiva in favore dell'agente e diritto alle provvigioni indirette: ambiguità nell'impiego del requisito della conclusione diretta degli affari da parte del preponente*.

<sup>(20)</sup> Cass., 22.8.2001, n. 11197, cit.

<sup>(21)</sup> Cass., 19.3.1994, n. 2634, in *Giust. civ. mass.*, 1994, 345.

<sup>(22)</sup> Cass., 28.1.1983, n. 797, in *Assicurazioni*, 1984, II, 144, con nota di BALDI, *Sull'esclusiva nel rapporto di agenzia assicurativa*.