

La distribuzione del vino in Germania

Principali problematiche e
soluzioni percorribili

*con spunti comparatistici
con l'Italia*

Verona 22 marzo 2015

Dr. Robert Budde
Colonia

Distribuzione di vino in Germania tramite Agenti commerciali e Concessionari di vendita

- **Argomenti che tratteremo:**
- **Applicabilità del diritto tedesco e foro competente**
- **Forma del contratto**
- **Varie forme di agenti e concessionari**
- **Indennità di fine rapporto dell'agente e del concessionario**
- **Strategie per evitare o ridurre l'indennità**

Distribuzione di vino in Germania tramite Agenti commerciali e Concessionari di vendita

In quali casi il diritto tedesco può disciplinare il contratto di agenzia e di concessione di vendita?

- Scelta espressa oppure tacita del diritto tedesco che può risultare da:
 - uso di norme del diritto tedesco nel contratto
 - altre circostanze (per es. argomentazioni delle parti sulla base di norme tedesche in vertenze giudiziali, anche dopo la conclusione del contratto)
 - Scelta del foro esclusivamente competente in Germania (controverso)

Distribuzione di vino in Germania tramite Agenti commerciali e Concessionari di vendita

In quali casi il diritto tedesco può disciplinare il contratto di agenzia e di concessione di vendita?

–In mancanza di scelta del diritto applicabile: **sempre!**

- In mancanza di scelta del diritto applicabile, un contratto di distribuzione è disciplinato dalla legge del paese nel quale il distributore ha la residenza abituale.

- Contratti di agenzia e di concessione di vendita vengono considerati contratti di distribuzione.

Distribuzione di vino in Germania tramite Agenti commerciali e Concessionari di vendita

Foro competente

–Scelta delle parti del foro competente (Art. 25 Regolamento UE 1215/2012 del 12.12.2012)

- Requisito formale: forma scritta (anche elettronica che permetta registrazione)

–In mancanza di accordo: competenza del giudice al luogo di esecuzione della obbligazione in questione

- In caso di prestazione di servizi **tutte** le obbligazioni hanno luogo di esecuzione al luogo di esecuzione dei servizi (Art. 7 comma 1 b).
- Agenti e concessionari vengono considerati prestatori di servizi.
- => **Foro competente presso sede dell'agente o concessionario!**

Forma del contratto di agenzia/concessione

- Contratti di agenzia e di concessione di vendita non richiedono alcuna forma
- Anche modifiche del contratto non richiedono alcuna forma

⇒ Modifiche possibili tramite:

- accordo verbale,
- consenso tacito,
- comportamento concludente

Forma del contratto di agenzia/concessione

– Possibili rischi:

- Può essere indizio di un consenso tacito l'esecuzione continuativa del rapporto in contrasto a quanto previsto espressamente dal contratto, se non vi è alcuna contestazione della parte "tollerante" (es.: pagamento di provvigione differente da quanto previsto nel contratto).
- Altre circostanze possono essere interpretate come indizio di un consenso tacito delle parti.
- In un procedimento giudiziario una parte può nominare testimoni che confermano un presunto accordo verbale.

Varie forme di agenti e concessionari

- Agente con o senza rappresentanza (§ 84 comma 1 Codice di Commercio Tedesco "HGB").
- Requisiti:
 - Lavoratore autonomo (imprenditore commerciale)
 - Oggetto dell'attività: promuovere per conto del preponente la conclusione di contratti
 - Obbligo di impegnarsi per la promozione d'affari
 - Obbligo di una certa durata (stabilità)

Varie forme di agenti e concessionari

– Non necessario:

- „a fronte di una retribuzione“
- „in una zona determinata“
 - Il conferimento di una zona ha effetto soltanto sulla provvigione: l'agente ha diritto alla provvigione per tutti gli affari conclusi con clienti nella zona (derogabile).

Varie forme di agenti e concessionari

– Rappresentanza

- Se non previsto dagli accordi: no rappresentanza
 - Nel contratto (o con procura espressa o tacita) può essere conferita la rappresentanza.
 - Rischio: Se il preponente è o dovrebbe essere a conoscenza del fatto che l'agente agisce come procuratore, viene trattato come se avesse dato procura.

Varie forme di agenti e concessionari

– Agente con deposito:

- La legge disciplina due tipi di contratti separati: il contratto d'agenzia e il contratto di deposito
- Vantaggio pratico: immediata consegna della merce venduta
- Vantaggio giuridico: possibilità del preponente di fissare il prezzo di rivendita nonostante la "somiglianza" dell'atto di vendita a quello di un concessionario
- Possibile rischio fiscale (IVA): „Stabile organizzazione“ (se il magazzino è a disposizione diretta del preponente e l'agente ha autonomia ridotta)

Varie forme di agenti e concessionari

– Agente con deposito:

- L'agente con deposito, nei confronti dei clienti, appare come un rivenditore; conclude però il contratto in nome del preponente e deve rispettare i prezzi di vendita fissati dal preponente.
- **Rischio:** Per essere considerato "vero agente commerciale" ai sensi del diritto *antitrust*, non deve assumersi rischi economici e commerciali in merito all'attività svolta.
- Eccezioni:
 - La retribuzione dipende dal successo dell'attività
 - Investimenti in negozio/ufficio e personale

Varie forme di agenti e concessionari

- Contratto di concessione di vendita (non disciplinato dalla legge):
 - Rivenditore, obbligato ad impegnarsi per la vendita dei prodotti del fornitore
 - Limitate possibilità del fornitore di "dirigere" il concessionario:
 - Restrizioni del territorio nel quale (o dei clienti ai quali) il concessionario può vendere il vino sono soggette a rigorose norme *antritrust*.
 - Fissazione (diretta o indiretta) dei prezzi di rivendita inammissibile.
 - Limitate possibilità di restrizione del commercio online effettuato dal concessionario (ammissibilità divieto vendita su ebay?).

Indennità di fine rapporto

– Possibili titolari:

- **Agente commerciale**
 - disciplinato espressamente dalla legge (§ 89 b HGB)
 - Non esistono Accordi Economici Collettivi
- **Concessionario**
 - qualora sussistono i presupposti sviluppati dalla giurisprudenza per un'applicazione in via analogica del § 89 b HGB

Indennità di fine rapporto

Agente commerciale

- Presupposti del diritto all'indennità (§ 89 b HGB)
- Contratto di agenzia + cessazione del rapporto
- Acquisizione di nuovi o sviluppo di clienti esistenti e vantaggi del preponente derivanti da affari con tali clienti (§ 89 b comma 1, n. 1 HGB)
- Equità in base alle circostanze, in particolare le provvigioni che l'agente perde risultanti da affari con i clienti di cui sopra (§ 89 b comma 1, n. 2 HGB)
- **Acquisizione/sviluppo clienti ed equità sono anche criteri quantitativi**
 - „l'agente ha diritto all'indennità se e nella misura in cui“ (§ 89 b HGB)

Indennità di fine rapporto

Agente commerciale

- Assenza di fattispecie estintive (§ 89 b comma 3 HGB):
 - Recesso volontario dell'agente (eccezione: circostanze attribuibili al preponente o circostanze che non gli consentono la prosecuzione)
 - Risoluzione del contratto da parte del preponente per grave inadempienza imputabile all'agente (risoluzione senza preavviso per "giusta causa")
 - Cessione del contratto ad un terzo con consenso del preponente

Indennità di fine rapporto

Agente commerciale

- **Inderogabilità:**

- Qualsiasi esclusione, rinuncia, riduzione o aggravio del diritto all'indennità prima della cessazione del rapporto è invalida.
 - Per qualsiasi tipo di agente (persona fisica, società di persone, società di capitali)
 - Vale anche per transazioni

- Dopo la cessazione del rapporto qualsiasi rinuncia è possibile.

Indennità di fine rapporto

Concessionario

- Presupposti del diritto all'indennità (applicazione del § 89 b HGB in via analogica)

- 1. Integrazione del concessionario nel sistema distributivo del fornitore in modo simile all'agente
 - Indizi per „l'integrazione“: zona esclusiva, divieto di concorrenza, poteri direttivi del fornitore, fatturati minimi, obbligo del concessionario di fare rapporti e fornire informazioni, obblighi di cooperazione

 - Non è sufficiente la sussistenza di un unico indizio; valutazione di tutte le circostanze del fatto

Indennità di fine rapporto

Concessionario

- Presupposti del diritto all'indennità (applicazione del § 89 b HGB in via analogica)

- 2. Obbligo contrattuale del concessionario di comunicare al fornitore i dati dei clienti
 - Obbligo normalmente previsto espressamente nel contratto.
 - L'obbligo può però essere di natura indiretta.
 - Esempi:
 - Obbligo di fornire informazioni sulle vendite,
 - Obbligo di concedere al fornitore visione dei libri contabili

Indennità di fine rapporto

Quantificazione dell'indennità

Agente commerciale

1. Quantificazione dei vantaggi del preponente

Difficile per agente => Calcolo in base alle perdite di provvigioni dell'agente
(Giustificazione: presunzione che i vantaggi del preponente ricavati da affari siano per lo meno uguali alle provvigioni guadagnate dall'agente)

Base del calcolo: provvigioni che l'agente avrebbe guadagnato nei prossimi anni con clienti acquisiti o sviluppati.

Indennità di fine rapporto

Quantificazione dell'indennità

1. step: Provvigioni che l'agente ha guadagnato negli ultimi 12 mesi del rapporto con clienti acquisiti o sviluppati (soltanto retribuzione per attività promozionale => „importo base“

2. step: „Importo base“ viene estrapolato (moltiplicato) per 3 – 5 anni (a seconda la fluttuazione della clientela),

sottraendo

(1)per ogni anno una percentuale stimata per perdita clientela e

(2)un importo per vantaggio interessi

Risultato: „indennità provvisoria“

Indennità di fine rapporto

Quantificazione dell'indennità

3. step: Limitazione dell'„indennità provvisoria“ con retribuzione media annuale, calcolata in base alla media degli ultimi 5 anni (limite massimo).

- Il limite massimo contiene tutte le retribuzioni dell'agente, non soltanto – come l'„indennità provvisoria“ - le provvigioni per affari procurati.
- Il limite massimo contiene anche le provvigioni quadagnate con clienti precedentemente esistenti.

Indennità di fine rapporto

Quantificazione dell'indennità

Importante:

- Indennità di fine rapporto non può mai essere calcolata soltanto in base al limite massimo, neanche facendone deduzioni forfettarie.
- Un'azione giudiziaria che non rispetta il sistema della quantificazione dell'indennità è inammissibile e verrebbe senz'altro rigettata.

Indennità di fine rapporto

Quantificazione dell'indennità

Concessionario

- La quantificazione dell'indennità del concessionario è sostanzialmente identica a quella dell'agente.
- Al posto delle provvigioni perdute da affari con clienti procurati o sviluppati viene calcolato il margine di rivendita del concessionario.
- Il margine viene ridotto per farlo paragonabile alla provvigione dell'agente (con il margine il concessionario deve finanziare costi e rischi che l'agente non ha).

Strategie per evitare l'indennità dell'agente

**Evitare che il rapporto rappresenti un contratto di
agenzia**

Strategie per evitare l'indennità dell'agente

Evitare che il rapporto rappresenti un contratto di agenzia

- Evitare „l'autonomia“ => Lavoratore dipendente
 - Vantaggio: nessun obbligo di indennità alla fine del rapporto
 - Svantaggio: Disciplina del diritto di lavoro

- Un agente autonomo – in seguito ad accordo delle parti – „trasformato“ in dipendente ha diritto all'indennità.

- Un dipendente che diventa agente autonomo non può chiedere l'indennità per la clientela che aveva acquisito nella sua funzione di venditore impiegato.

Strategie per evitare l'indennità dell'agente

Evitare che il rapporto rappresenti un contratto di agenzia

- Evitare „l'obbligo di impegnarsi per la promozione d'affari“ => Procacciatore d'affari

- Presupposti: Promessa di provvigione per affari procurati, assenza dell'obbligo di procurare affari.
 - Vantaggio: nessun obbligo di indennità alla fine del rapporto
 - Svantaggio: Scarsi poteri direttivi del preponente

Strategie per evitare l'indennità dell'agente

Evitare che il rapporto rappresenti un contratto di agenzia

–Evitare la „promozione di affari“

–Senza questo presupposto l'intermediario è un cosiddetto „propagandista“:

- Presentazione di prodotti, ma non allo scopo di promuovere direttamente l'affare

–oppure:

–Consulente e prestatore di servizi (attività marketing, organizzazione eventi promozionali)

Strategie per evitare l'indennità dell'agente

- **Provvigione *una tantum* per acquisizione di nuovi clienti**
 - L'agente riceve una provvigione unica (*una tantum*) quando procura un nuovo cliente, non riceve provvigioni per gli affari conclusi con tali clienti.
 - Conseguenza: Alla fine del rapporto l'agente non perde provvigioni ricavate da affari con clienti acquisiti

Strategie per evitare l'indennità del concessionario

Evitare che sussistano i presupposti dell'applicazione in via analogica del § 89 b HGB

Strategie per evitare l'indennità del concessionario

- **Evitare il primo presupposto:**
- Integrazione del concessionario nel sistema distributivo del fornitore (simile all'agente commerciale)
- Strategia: Evitare il più possibile la sussistenza degli indizi che provano l'integrazione (vedi sopra pag. 17)
- Se un concessionario può gestire la propria zona (pur esclusiva) in modo autonomo ed è libero di organizzare le vendite, non sussiste un'integrazione e quindi neppure il diritto all'indennità.

Strategie per evitare l'indennità del concessionario

- **Evitare il secondo presupposto:**
- Obbligo contrattuale del concessionario di rivelare al fornitore i dati dei suoi clienti
- Strategia: Evitare l'obbligo di comunicare i dati
- Consiglio: Escludere nel contratto espressemente la comunicazione dei dati

Strategie per evitare l'indennità del concessionario

- Questione frequente: È sufficiente che il fornitore venga di fatto a conoscenza dei dati dei clienti (rivelazione *de facto*)?
- Esempio: La clientela del concessionario di vino consiste in ristoranti e grandi magazzini; la merce viene spedita direttamente dal produttore ai clienti del concessionario.
- Sentenza della Corte di Cassazione tedesca (BGH) del 17.4.1996: La rivelazione *de facto* dei dati a causa della esecuzione degli affari è sufficiente, se fondata su un obbligo contrattuale.
- Non è sufficiente che il fornitore ricavi di fatto vantaggi dalla clientela perché essa rimane fedele ai prodotti del fornitore.

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Evitare/ridurre i vantaggi del preponente/fornitore**
 - Cessazione della relazione d'affari con i clienti procurati dall'agente/concessionario
 - Cessazione produzione dei relativi prodotti
 - Vendita del relativo ramo d'azienda
 - **Attenzione:** Il corrispettivo per la clientela venduta insieme al ramo d'azienda rappresenta un vantaggio ai sensi del § 89 b c. 1, n. 1 HGB

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Suddivisione della provvigione/del margine di rivendita in due categorie: per attività promozionale e per attività amministrativa**
 - „L'indennità provvisoria“ viene calcolata soltanto in base al compenso per attività promozionale. Se l'agente/concessionario svolge anche attività amministrativa, è possibile suddividere la retribuzione in due parti. (Per il limite massimo si tiene però conto anche della retribuzione amministrativa.)
 - La divisione della provvigione/del margine comporta riduzione dell'“indennità provvisoria“.
 - Giurisprudenza riconosce tale divisione soltanto quando l'agente/concessionario svolge veramente notevole attività amministrativa.

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Stabilire e adottare motivi per risoluzione del contratto per grave inadempienza imputabile all'agente**
 - Risoluzione del contratto da parte del preonente/fornitore per giusta causa imputabile all'agente/concessionario è fattispecie estintiva.
 - Strategia: Pattuizione di possibili „giuste cause“ per risoluzione senza preavviso.
 - Esempio: Stabilire un target di fatturato minimo e il diritto alla risoluzione del contratto in caso di mancato raggiungimento.
 - Accollare l'onere della prova per la non imputabilità all'agente/concessionario (non possibile in contratti standard).

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Compenso economico per l'indennità tramite pattuizione di „prezzo d'acquisto“ per l'agenzia/concessione di vendita**
 - La stipulazione di un „prezzo d'acquisto“ per il conferimento di un mandato di agenzia/una concessione di vendita è sostanzialmente ammissibile (sentenza BGH del 24.2.1983).
 - Presupposto: corrispettivo equivalente per il „prezzo d'acquisto“
 - Clientela stabile che fa supporre un notevole flusso di affari,
 - Accordo secondo il quale la clientela esistente al momento della conclusione del contratto verrà trattata come clientela acquisita dall'agente/concesionario
 - Assenza di intenzione (visibile) di aggirare l'indennità (ampia casuistica)

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Diritto di scelta: Somma definita o indennità secondo legge**
- Strategia: Nel contratto viene promessa all'agente/concessionario una somma precisa a titolo di liquidazione (spesso inferiore alla probabile indennità secondo legge) con una condizione risolutiva: Se l'agente/concessionario chiede l'indennità di fine rapporto, decade il diritto alla liquidazione pattuita.
- Scopo: L'agente/concessionario spesso sceglierà la liquidazione (inferiore) rinunciando all'indennità per evitare un lungo processo sull'ammontare dell'indennità calcolata secondo la legge.
- Secondo una sentenza del BGH del 21.5.2003 questa clausola è valida e non contrasta con l'inderogabilità del diritto all'indennità.

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Accordi sull'indennità in occasione della cessazione del contratto**
- Situazione: Preponente e agente/concessionario vogliono addivenire allo scioglimento anticipato del contratto e trovare una soluzione transattiva atta a concordare l'entità dell'indennità (spesso in misura minore a quella che probabilmente risulterebbe dal calcolo secondo legge).
- Problema: Una rinuncia (anche parziale) all'indennità antecedente la cessazione del contratto è invalida (anche in transazione).
- Conseguenza: Transazione sull'entità dell' indennità è invalida, se l'importo è inferiore a quello previsto dalla legge e se la cessazione del rapporto è successiva alla stipulazione della transazione. L'agente/concessionario a seguito della cessazione del rapporto può comunque pretendere la differenza tra somma pattuita e indennità secondo legge.

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Accordi sull'indennità in occasione della cessazione del contratto**

- Possibili soluzioni:
 - Risoluzione retroattiva: Fissare la data della cessazione del rapporto nel passato (ammissibile, dato che dopo la cessazione del rapporto sono possibili accordi a scapito dell'agente).

 - Doppia firma: l'agente si impegna a firmare di nuovo l'accordo dopo la cessazione concordata; il pagamento dovuto non scade prima che venga prestata la seconda firma. La ripetuta conferma dell'accordo nullo dopo la cessazione del rapporto lo risana. (Rischio del ripensamento)

Evitare o ridurre l'indennità dell'agente e del concessionario (strategie comuni)

- **Accordi sull'indennità in occasione della cessazione del contratto**

- Possibili soluzioni:
 - Recesso concordato dell'agente: In un accordo (non di risoluzione) il preponente si impegna a corrispondere una liquidazione pattuita alla condizione sospensiva che l'agente receda dal contratto con effetto alla futura data concordata.

 - Effetto: Con il recesso volontario l'agente perde il diritto all'indennità previsto dalla legge, ma acquista il diritto alla liquidazione promessa nell'accordo.

- Rischio: Non esiste ancora giurisprudenza a conferma di questo metodo.

GRAZIE PER LA VOSTRA ATTENZIONE!

Contact details

Dr. Robert Budde
Partner

CMS Hasche Sigle
Im Zollhafen 18
50678 Köln

www.cms-hs.com



T +49 221 7716 133

E robert.budde@cms-hs.com