

FABREGAT  
PERULLES  
SALES

**Presentazione del terzo E book Internazionale  
dell'Ordine Avvocati di Milano**

***Durata e cessazione dei contratti di concessione di vendita e  
franchising nell'Unione Europea***

Fernando Sales. Abogado. MClarb.  
f.sales@fabregat-perulles-sales.com  
www.fabregat-perulles-sales.com  
Milano, 11 maggio 2018.

## **1.- Assenza di legge specifica: contratto atipico.**

**1.1** Assenza di una norma specifica che disciplina il contratto di distribuzione.

**1.2** Regolamento del contratto secondo le disposizioni generali.

- ✓ Articoli 1088 e seguenti del Codice Civile.
- ✓ Articoli 2 e 50 del Codice di Commercio: contratti di natura commerciale.

**1.3 Iniziativa legislative:** Disposizione non in vigore.

- ✓ Progetto di Legge del contratto di distribuzione del 2011.
- ✓ Proposte di un nuovo Codice del Commercio 2014.
- ✓ Introduzione nell'anno 2011 della prima disposizione supplementare della Legge 12/1992, del 27 maggio, *relativa al contratto di agenzia* (in seguito, LCA) di una regolamentazione del contratto di distribuzione di autoveicoli

# FABREGAT PERULLES SALES

## **1.4 Norme settoriale:**

- ✓ Legge 7/1996, del 15 gennaio, sulla Regolamentazione del Commercio al Dettaglio;
- ✓ Testo Consolidato della Legge sui Consumatori approvato dal Decreto Legislativo Reale 1/2007, del 16 novembre;
- ✓ Legge 15/2007, del 3 luglio, sulla Tutela della Concorrenza; ecc.

## **1.5 Conseguenze:**

- ✓ Conflitti.
- ✓ Incertezza giuridica. Diverse teorie. Arricchimento senza causa. Lucro cessante. Teorie compensatorie vs teorie remuneratorie.
- ✓ Applicazione per analogia della LCA per risolverli. (¿?)

## 2.- Motivi per i quali il legislatore non si è deciso a promulgare una legge che disciplini in modo autonomo il contratto di distribuzione.

**2.1** La codificazione del diciannovesimo secolo non prende in considerazione quei contratti che permettono la creazione di reti commerciali di distribuzione.

**2.2** In favore della necessità di una codificazione:

- ✓ Asimmetria tra le parti.
- ✓ Situazioni abusive che dovrebbero essere prevenute e controllate.
- ✓ Strumento al di là della tutela prevista nell'ambito del Diritto della Concorrenza.

**2.3** Contro la necessità di una codificazione.

- ✓ Commissione Nazionale per la Concorrenza. Rapporto IPN 58/11 sull progetto di Codice di Commercio.
- ✓ Eccesivo dettaglio nel regolamento.
- ✓ Eventualmente, restrizione ingiustificata della libertà d'impresa,
- ✓ Una armonizzazione delle reti di distribuzione potrebbe implicare una riduzione della concorrenza.
- ✓ Mette in dubbio la necessità dell'esistenza di una regolamentazione relativa a tali contratti, considerando invece sufficiente la normativa già esistente, il C.C., il C. del Com., così come il ricorso per analogia alla LCA.
- ✓ Si considerò pertanto giustificata soltanto la promulgazione di una normativa che si riferisce alle obbligazioni precontrattuali e alla cessazione del contratto.
- ✓ Lobbying de certi settori economici, tra altri, dell'Associazione Spagnola dei Franchisee.

## **3.- Durata del contratto.**

### **3.1** Importanza riguardante a circostanze rilevante:

- ✓ facoltà di risoluzione del contratto *ad nutum*;
- ✓ o i diritti alle indennità che potrebbero eventualmente risultare dalla terminazione del contratto. Ecc.

### **3.2** Durata determinata.

### **3.3** Durata indeterminata.

- ✓ *ab initio*,
- ✓ successive proroghe dello stesso attraverso tacito rinnovo.

### **3.4.-** Il rinnovo del contratto e la clausola che ne prevede la proroga sono leciti. Eventualmente, frode di legge:

- ✓ i contratti concatenati - Kettenverträge che nascondono contratti a tempo indeterminato [SAP Álava 04-10-1997 (AC 1998/1985)]
- ✓ i contratti con clausola di proroga, nella quale non venga fissato un numero massimo di proroghe, che nascondono contratti a tempo indeterminato

#### **4.- Principi basilari della Giurisprudenza maggioritaria del Tribunale Supremo in relazione agli effetti della risoluzione del contratto.**

**4.1 LCA.** L'applicazione dei principi relativi all'indennità per la clientela della Legge sul Contratto di Agenzia per i contratti di distribuzione non è automatica e prevede un'analisi caso per caso in merito alla sua applicazione.

- ✓ STS 15.I.2008 e STS 30.6.09. n. **1911/2017 del 19 maggio 2017.**
- ✓ Differenze fondamentali tra i contratti di agenzia e quelli di distribuzione, come uno degli elementi a considerare per decidere sull'applicazione o meno per analogia di alcune (non tutte) le norme della Legge sul Contratto di Agenzia.
- ✓ Recente STS num. 163/2016 di 16 marzo 2016: clientela come "asset comune" vs applicazione analogica della LCA.

# FABREGAT PERULLES SALES

## Agenzia:

- 1.- Attività dell'agente: "promozione" e, nel caso sia stato previsto, "conclusione" di atti o operazioni commerciali
- 2.- Compimento di atti per conto terzi
- 3.- In caso eccezionale l'agente può dover rispondere del buon fine delle operazioni (art. 19 LCA)
- 4.- Indipendenza
- 5.- Continuità e stabilità
- 6.- Remunerazione normalmente con commissione; anche se può darsi il caso che riceva una remunerazione fissa, o una parte fissa e una variabile
- 7.- Patto o Clausola di Esclusività abituale
- 8.- Carattere *Intuitu Personae*
- 9.- Contratto tipico; carattere imperativo LCA

## Distribuzione:

- 1.- Attività del distributore o concessionario: rivendita dei prodotti dell'imprenditore. E, in alcuni casi, prestazione di assistenza tecnica
- 2.- Compimento di atti per conto proprio
- 3.- Assunzione del rischio delle operazioni commerciali
- 4.- Indipendenza.
- 5.- Vocazione di permanenza, stabilità
- 6.- Remunerazione: margine commerciale sulla rivendita dei prodotti
- 7.- Patto o Clausola di Esclusività abituale
- 8.- Carattere *Intuitu Instrumenti*
- 9.- Contratto atipico (Applicazione per analogia LCA?); carattere dispositivo (art. 1255 CC)

# FABREGAT PERULLES SALES

## 4.2 Preavviso Minimo:

### 4.2.1 Validità del recesso ad nutum.

- ✓ Validità del recesso unilaterale dal contratto stipulato a tempo indeterminato. La STS 1199/2003 del 16 dicembre (RJ 2003, 8665)
- ✓ Tempo ragionevole, tramite preavviso.
- ✓ Il preavviso che viene previsto allo scopo di risolvere il contratto a tempo indeterminato può essere considerato nella seguente doppia prospettiva.
  - La prima come un principio generale basato sulla lealtà e la buona fede che si esige da parte di ciascuno dei contraenti: STS 569/2013.
    - Orientativamente: un mese per anno fino a 6 mesi: dipenderà dalla durata del contratto e del prodotto. (LCA non applicabile automaticamente)
    - Esistono tuttavia decisioni -TS 22.5.2009. STS del 22.6.10- dove si dichiara che non è possibile l'applicazione per analogia dei termini di preavviso della LCA. Più recentemente: STS 19.5.17.
  - La seconda, dal punto di vista della concorrenza: come violazione del dovere generale di comportarsi secondo i dettami della concorrenza lecita: **La dipendenza economica**: Art. 16.2 e 3 LCD:

*“a) La rottura, anche se in modo parziale, di una relazione commerciale stabilita senza che ci sia stato un preavviso scritto e preciso con un **anticipo minimo di sei mesi**, salvo che ciò sia dovuto a gravi inadempienze relative alle condizioni pattuite o in caso di forza maggiore.”*

**4.2.2 Valutazione dei rischi : Un preavviso come strumento per diminuire i rischi**

- ✓ Cessazione per termine: rischio scarso.
- ✓ Cessazione con preavviso: rischio minimo.
- ✓ Cessazione per ristrutturazione: rischio medio.
- ✓ Cessazione senza preavviso: rischio massimo.

**4.2.3. Necessità di gestire in modo adeguato la cessazione del contratto. In particolare, la lettera di cessazione:**

- ✓ È essenziale per il suo successivo uso in giudizio.
- ✓ Deve determinare in maniera specifica la cessazione.
- ✓ Deve ricomprendere tutte le possibili cause di cessazione, nel caso in cui ce ne siano (anche in via subordinata)
- ✓ Le cause presenti nella lettera vincolano l'impresa nella sua difesa in giudizio e non se ne possono aggiungere altre successivamente.
- ✓ Bisogna pianificare il momento della sua spedizione e successivo ricevimento.
- ✓ Bisogna prestare attenzione alla tempistica in relazione al fatto che potrebbe verificarsi un rinnovo tacito del contratto

### 4.3 Conseguenze risarcitorie della cessazione contrattuale.

#### 4.3.1. Possibilità di risoluzione e rinuncia.

- ✓ Validità delle clausole che permettano di risolvere il contratto senza giusta causa, così come di quelle di rinuncia alle indennizzazioni.
- ✓ Limite: principio di Buona Fede, giusto equilibrio ....
- ✓ Sentenza num. 130/2011 del 15 marzo del Tribunale Supremo (Sezione Civile, Sezione 1ª) RJ 2011\3321 (paragrafo 41), Sentenza 88/2010 del 10 marzo (RJ 2010, 2337) sentenza del 22 giugno 2007 (RJ 2007, 5427)", 215/2010 del 13 aprile (RJ 2010, 3532).
- ✓ Tali patti **non sono** validi nell'ambito del Contratto di Agenzia.

# FABREGAT PERULLES SALES

## **4.3.2 Indennità di clientela (se applicabile):**

- ✓ La valida risoluzione del contratto di distribuzione in esclusiva da parte del concedente prevede il diritto, se dal caso, all'indennità di clientela. STS 22.2.10; STS 20.5.9. STS 356/2016 del 30.5.16 e STS 19.5.17.
- ✓ Nel passato certa giurisprudenza che ha basato la concessione di indennità di clientela sulla base de:
  - Arricchimento senza causa.
  - Tesi di argomento remunerativo ( differito nel tempo)
  - Necessità di protezione per considerare il distributore la parte strutturalmente più debole del contratto.
  - Oggi sembrarebe superata la suddetta la presunzione che tradizionalmente considera il distributore come la parte debole della catena di distribuzione.
  - Articolo 3, del regolamento 330/2010 del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE ) per alcune categorie di accordi verticali e pratiche concordate, prevede che 30% della quota di mercato che può essere raggiunto a seguito dell'accordo in questione non solo considera la quota di mercato del fornitore, ma anche la del distributore.
- ✓ Limite massimo dell'indennità di clientela (ex. 28.3): si può se dal caso applicare alla distribuzione.
- ✓ Non potrà essere superiore all'importo medio annuale delle remunerazioni ricevute durante gli ultimi cinque anni o durante tutta la durata del contratto se fosse inferiore.
- ✓ Calcolo dell'indennità: margine netto = benefici. (Non lordo) STS 22.12.06 e 19.03.17

**4.3.3. Indennità per la clientela, qualora applicabile: Risoluzione del contratto non imputabile al distributore.**

- ✓ Applicazione sia ai contratti a tempo determinato sia ai contratti a tempo indeterminato. Si applica nei casi di “estinzione” del contratto.
- ✓ Apporto di nuova clientela o,
- ✓ Visibile incremento rispetto alle operazioni preesistenti.
- ✓ Attività continua a procurare vantaggi.
- ✓ Il risarcimento deve essere **equo** in base alle circostanze che si verificano, tra altri:
  - di accordi di non concorrenza,
  - l'immagine del marchio, le particolarità di determinati settori (autoveicoli)
  - l'attività pubblicitaria posta in essere dal distributore.
  - L'immagine del marchio e la pubblicità sviluppata dal Fornitore è una questione che è stata ritenuta rilevante per rifiutare costantemente la indennità per la clientela nel caso dei contratti di distribuzione nel settore autoveicoli.
- ✓ Analisi cliente per cliente.

**4.3.4. Compatibilità dell'indennità di clientela con gli danni –danno emergente e lucro cessante- e gli investimenti non ammortizzati.**

- ✓ Compatibilità che si basa sulla diversa natura giuridica che viene attribuita a ciascuna di queste tipi di risarcimenti.
- ✓ Indennità di clientela: attenuazione dell'arricchimento indebito (carattere compensatorio oppure remuneratorio), mentre l'indennità per danni è caratterizzata da una natura puramente risarcitoria.
- ✓ STS 20.5.09 e Sentenza num. 130/2011 del 15 marzo. RJ 2011\3321 (paragrafo 43).

#### 4.3.5 Risarcimento del danno / danni e perdite (lucro cessante e/o danno emergente) e Investimenti non ammortizzati:

- ✓ **Regola generale:** non sorge l'obbligazione di corrispondere un risarcimento del danno, sempre che venga dato il relativo preavviso e la comunicazione.
- ✓ Risarcimento del danno –resarcitoria- vs e investimenti non ammortiti –compensatoria–=Compatibilità.
- ✓ Via art. 29 LCA oppure via art. 1101 e 1106 CC.
- ✓ **Requisiti** per il risarcimento per danni non ammortizzati.
  - Deve trattarsi di un **contratto a tempo indeterminato**.
  - Tuttavia in ipotesi di **tempo determinato** se la risoluzione del contratto avviene per inadempienza del fornitore, indennità andrà a formare parte del danno risarcibile ex articoli 1101 e 1106 CC.
  - L'indennizzo per investimenti ha una **natura compensatoria e non meramente indennizzatoria**. Compatibilità con il risarcimento per i danni causati per mancato preavviso essendo quest'ultimi di tipo assolutamente risarcitoria.
  - **Se preavviso**, risulti essere insufficiente per l'ammortizzazione degli investimenti portati a termine durante l'esecuzione del contratto.
  - **L'estinzione deve avere luogo a seguito di disdetta unilaterale**.

# FABREGAT PERULLES SALES

- **Investimenti pendenti di ammortamento.**
  - Spese specifiche e necessarie per l'esecuzione del contratto normalmente indicate dal fornitore.
  - Esclusione delle spese o gli esborsi superflui in relazione all'attività svolta.
  
- **Mancato ammortamento dell'investimento.** La mancanza di ammortamento deve essere presa in considerazione al momento in cui avrà effetto la cessazione del contratto. STS del 23 aprile 2005.
  
- Voci che possono essere **ricomprese**:
  - Aspettative economiche
  - Salari o indennizzi dovuti ai lavoratori
  - Investimenti non ammortizzati (ad es. installazioni, affitti, acquisto di macchinari, ecc.)
  
- **Onere della prova.** Spetta in ogni caso al distributore l'onere di provare l'esistenza dei requisiti richiesti affinché possa ritenersi che sussistano gli estremi per concedere il risarcimento di cui si tratta. STS dell'11 dicembre 2007.

#### 4.4 Non sussistenza del diritto al risarcimento.

- ✓ L'esclusione dell'indennità di clientela si avrà in caso di **inadempimento** dell'Agente o del Distributore (LCA: in questo caso sì che si applica alla distribuzione) STS 26.6.2008; STS 10.3.2010. STS 23.6.10.
- ✓ La maniera più efficace è quella di PROVARE l'inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del Distributore.
- ✓ Ciò esclude automaticamente l'indennità di clientela o i danni e le perdite nel caso in cui il Giudice confermi l'inadempimento.
- ✓ Devono essere gravi, sufficienti e inoltre ripetuti nel tempo.
- ✓ Quando il **distributore (agente) risolve il contratto**, a meno che la risoluzione abbia come causa circostanze che siano imputabili all'imprenditore (buona/mala fede dell'imprenditore).
- ✓ Quando il **distributore cede** le proprie obbligazioni a un terzo senza il consenso dell'imprenditore.

#### 4.5.- Cessazione per giusta causa:

- ✓ Inadempimento grave: obiettivi commerciali, riorganizzazione della rete, mancato pagamento. Provare la causa.
- ✓ STS 28.1.09; STS 16.2.10; STS 30.4.10

**4.6.- Stock dei prodotti in seguito alla cessazione del contratto: Diritti e obbligazioni delle parti.**

- ✓ **Contratti a tempo determinato** in assenza di un accordo esplicito il distributore deve rilevare il magazzino inventuto.
  - La dottrina ritiene che questa circostanza fa parte del rischio assunto dal distributore durante il periodo di validità del contratto.
  - Conclusione non è assoluta e può essere modificata se esistono accordi di non concorrenza post-contrattuali che impediscono la futura commercializzazione dei prodotti.
  
- ✓ **Contratti a tempo indeterminato**, in assenza di una clausola contrattuale esplicita: il ragionevole termine di preavviso dato dal fornitore al distributore sia sufficiente e rispettoso dei requisiti di buona fede e lealtà consentendo al distributore di gestire in modo appropriato lo stock del prodotto.
  - Eventuale obbligo di riacquisto della merce rimanente da parte del fornitore nei casi che le parti hanno preveduto nel contratto che il distributore mantenga una certa quantità del prodotto in magazzino per poter essere prontamente in grado per soddisfare l'contratto.
  
- ✓ Nei casi di **contratti risolti**:
  - **Per violazione del contratto del distributore**, si deve prendere in consegna l'intero stock rimanente.
  - **Per violazione del produttore/fornitore**, o nel caso in cui la risoluzione del contratto si verifichi con abuso, slealtà o malafede, il riacquisto dello stock sarà a carico del fornitore stesso.

## **4.7. Miscellaneous:**

### **4.7.1. Mancata nullità automatica dei Contratti di Adesione tra imprenditori.**

- ✓ Validità.
- ✓ STS 4.3.2009

### **4.7.2. Risoluzione automatica per insolvenza y concordato con i creditori del Distributore:**

- ✓ Clausola nulla (art. 63.1 Legge sul Fallimento)
- ✓ Tuttavia si consente la stipulazione di altre cause di risoluzione quali: crisi economica, evidente mancanza di redditività, previsione di gravi perdite...

### **4.7.3 Tribunale Competente. Prescrizione delle azioni.**

- ✓ Arbitrato.
- ✓ Domicilio del convenuto.
- ✓ Termine per ciò che concerne la distribuzione: 5 anni Codice Civile (in vigore dal 7 ottobre 2015), 10 anni in Catalogna.
- ✓ STS 16.2.2010
- ✓ Legge Contratto di Agenzia: Non si applica.

## 5.- Franchising.

### 5.1 Regolamentazione.

**5.1.1** Non esiste una regolamentazione specifica al di là di una definizione generica.

**5.1.2** Decreto 201/2010 *tramite il quale viene regolato l'esercizio dell'attività commerciale nell'ambito del franchising e la comunicazione dei dati al registro dei franchisor:*

- ✓ Sviluppo della Legge 7/1996 sul commercio al dettaglio.
- ✓ Trasposizione de la Direttiva Comunitaria 2006/123/CE (la direttiva dei servizi) e sviluppare l'oggi derogato Regolamento (CE) n°2790/1999 della Commissione Europea del 22 dicembre dello stesso anno,
- ✓ Si amplia la definizione dell'attività commerciale svolta nell'ambito del franchising:
- ✓ Si crea e regola il Registro dei franchisor e
- ✓ Si fissano per la prima volta delle condizioni pre-contrattuali minime.

**5.1.3** Adesione a gennaio 2015 alla Federazione Europea del Franchising (F.E.F.) e, come conseguenza, al Codice Deontologico Europeo del 1972.

## **5.2 Attività commerciale del franchising:** Contenuto minimo del contratto.

- ✓ Uso di una denominazione comune o di un segno o di altri diritti di proprietà intellettuale o industriale e una presentazione uniforme dei locali o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto;
- ✓ comunicazione da parte del franchisor al franchisee di conoscenze tecniche o know-how, che deve essere suo, sostanziale e unico, e
- ✓ assistenza commerciale o tecnica o entrambi durante la durata del contratto

## **5.3 Registro dei franchisor. L'Articolo 62.2 della Legge 7/1996, del 15 gennaio, sull'Ordinamento del Commercio al Dettaglio: la Regolamentazione del settore del franchising:**

- ✓ Obbligazione di comunicare l'inizio della propria attività entro il termine di tre mesi da quando l'inizio di tale attività abbia avuto luogo.
- ✓ Solo effetti amministrativi,
- ✓ La non iscrizione dello stesso non inficia la validità o la nullità del contratto. Si veda SAP Madrid (Sezione 11ª), num. 83/2010, del 30 dicembre (AC 2010, 747), SAP Madrid (Sezione 14ª), num. 270/2010, del 5 maggio (AC 2010, 1029).
- ✓ La sanzione per mancata comunicazione di inizio di attività è una multa tra i 6.000 e i 30.000 €.

## **5.4.- Informazione pre-contrattuale obbligatoria.**

- ✓ Fornita 20 giorni prima della firma del contratto e soggetta a riservatezza.
- ✓ Contenuto minimo: Dati identificazione; Diritti di IP in vigore; descrizione generale del settore; Storia del Franchisor; struttura e rete ; elementi principali del contratto di franchising.

**5.5.- Il franchising in cifre. Osservatorio del Franchising. Dati ottenuti presso l'Associazione Spagnola dei Franchisor negli anni dal 2014 al 2018.**

**5.5.1.-** Si osserva che il grado di **litigiosità** nel franchising è molto scarso se paragonato alla percentuale di relazioni commerciali esistenti nell'ambito del franchising: 0,08%.

Totale di 126 Sentenze.

47 nel 2014

39 nel 2015 e 40 nel 2016

Si nota una diminuzione che si può situare tra il 17% e il 15%

Dei 7 casi che cercarono di giungere fino al Tribunale Supremo, solo uno è arrivato a una sentenza sul merito mentre gli altri sei sono stati ritenuti inammissibili.

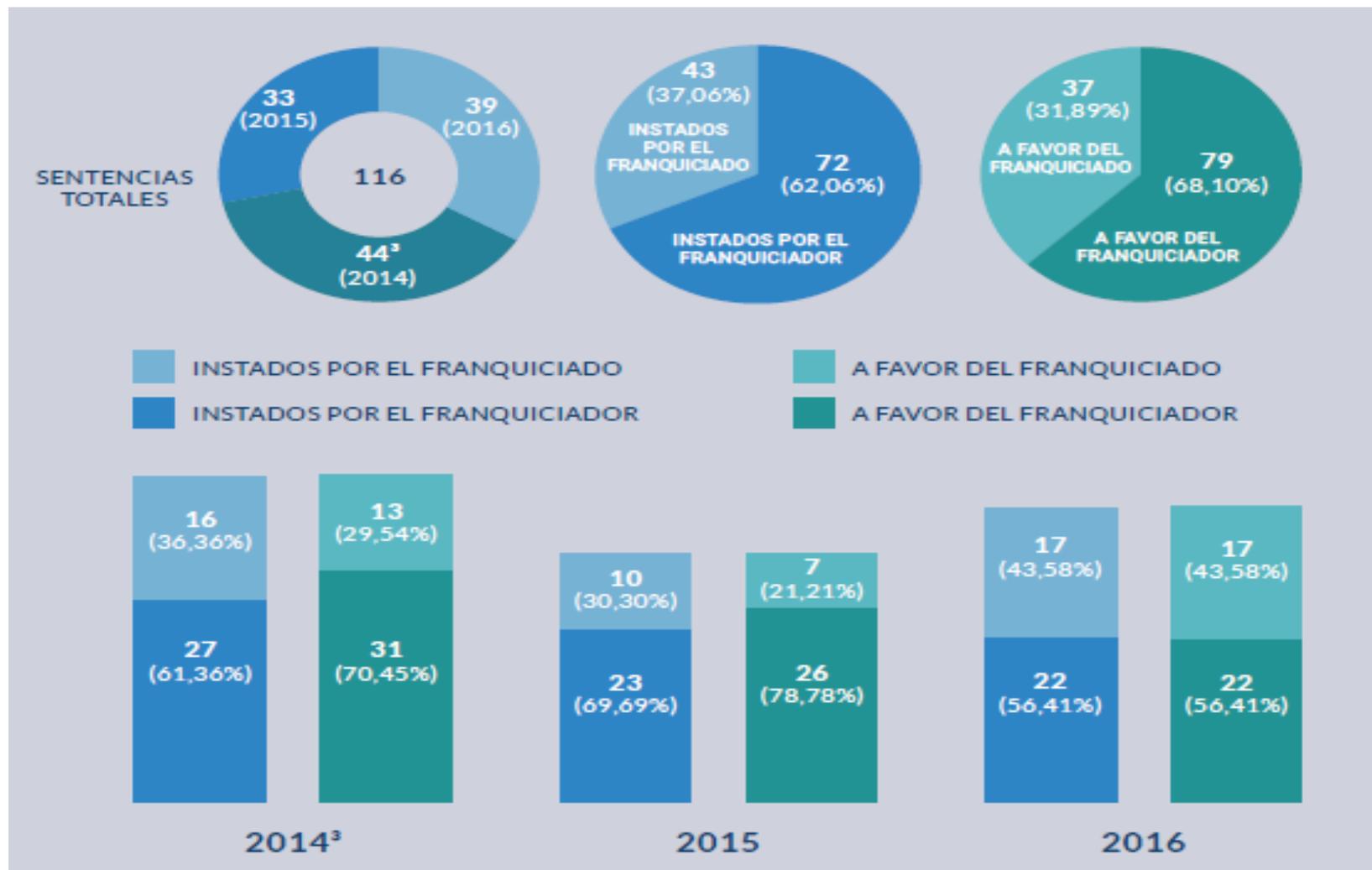
Sulla base di ciò si può affermare che il franchising è un tipo di relazione commerciale con un riconosciuto radicamento giuridico e, pertanto, con un interesse relativamente scarso a livello di Cassazione.

Per ciò che concerne l'ambito dell'arbitrato, si nota che durante gli anni che vanno dal 2014 al 2016 sono stati instaurati solo due procedimenti arbitrali iniziati dal Franchisor a titolo di richiesta di importi dovuti e risoluzione del contratto di franchising e nei quali non è comparso il franchisee.

**5.5.2.-** La maggior parte dei procedimenti vengono instaurati su **iniziativa del Franchisor (una media del 62,06%)**

**5.5.3.- L'azione principale** che viene esercitata è la risoluzione del contratto di franchising per inadempimento e la richiesta di importi dovuti.

# FABREGAT PERULLES SALES



**5.5.4.-** Tendenza di risoluzioni favorevoli al Franchisor con una percentuale media del 68,10%. Nell'anno 2016 questo dato è del 56,41%.

**5.5.5.-** Settori di attività che presentano il livello più alto di litigiosità sono quelli Alberghiero e della Ristorazione e quello della Moda, che raggiungono un totale di 11 procedimenti in ognuno dei suddetti settori durante i tre anni analizzati, e i Servizi Finanziari con 10 procedimenti durante lo stesso lasso di tempo.

Mentre i settori Alberghiero, Ristorazione e Moda costituiscono i settori con maggiore numero di insegne e franchisee, quello dei Servizi Finanziari presenta un anomalo grado di litigiosità.

**5.5.6.-** L'arbitrato non è ancora molto diffuso nell'ambito del franchising.

FABREGAT  
PERULLES  
SALES

**GRAZIE**