



AGNELLI | STUDIO LEGALE | KANZLEI

IL CONTRATTO DI AGENZIA IN GERMANIA

LA DISCIPLINA NORMATIVA DEL RAPPORTO

IL CONTRATTO DI AGENZIA IN GERMANIA

LA DISCIPLINA NORMATIVA DEL RAPPORTO

Introduzione

Per una società che opera commercialmente in Germania e che si avvale di intermediari sul territorio tedesco, è importante conoscere la disciplina dei rapporti di agenzia e anche i tratti distintivi della figura dell'agente rispetto ad altre tipologie di soggetti che possono operare per conto della società.

A livello europeo le direttive comunitarie, che risalgono agli anni '80 del secolo scorso, hanno svolto un importante ruolo di armonizzazione delle discipline nazionali, tant'è che ad oggi vari aspetti del rapporto di agenzia possono definirsi uniformi a livello europeo. Ciò anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e delle Corti nazionali, che alla giurisprudenza comunitaria hanno fatto riferimento nel corso degli ultimi decenni, integrando l'opera di armonizzazione e di definizione dei principi stabiliti nelle direttive.

A fronte di questa importante opera di avvicinamento delle discipline normative, permangono tuttavia delle regole specifiche a livello nazionale che vanno adeguatamente considerate, in quanto divergono per profili formali e sostanziali da quelli vigenti nell'ordinamento italiano. Un esempio emblematico è il regime dell'esclusiva, disciplinato in Italia dall'art. 1743 c.c., che non trova corrispondenza normativa nell'ordinamento tedesco, bensì solo parzialmente in sede giurisprudenziale, con tutte le conseguenze che ciò comporta.

L'agente di commercio nell'ordinamento tedesco

Il rapporto di agenzia in Germania è disciplinato a livello normativo nel Codice di Commercio (Handelsgesetzbuch - HGB) dai §§ 84 e seguenti, che sono dedicati alla figura dell'Handelsvertreter, cioè l'agente di commercio. In termini generali, la disciplina del rapporto si fonda principalmente sul contratto stipulato dalle parti e, in mancanza di accordi specifici, si applica la disciplina del codice di commercio. Occorre tuttavia considerare che alcune norme del codice di commercio non possono essere derogate e trovano quindi applicazione necessaria al rapporto, a prescindere da quanto pattuito dalle parti nel contratto.

Per quanto riguarda la definizione, secondo il codice tedesco l'agente di commercio è un professionista indipendente che assume stabilmente l'incarico di promuovere affari per un altro imprenditore o di concluderli in suo nome. I due requisiti fondamentali che definiscono l'agente tedesco sono quindi l'indipendenza del soggetto e la stabilità dell'incarico di agenzia. Il rapporto di agenzia commerciale in Germania ha quindi natura essenzialmente autonoma.

Diverso è l'inquadramento del c.d. angestellter Reisender, che pur svolgendo attività di promozione commerciale e muovendosi sul territorio di riferimento, è a tutti gli effetti un dipendente della società e come tale assoggettato alle norme sostanziali e processuali del diritto del lavoro. L'elemento distintivo rispetto all'agente è quello dell'indipendenza, quindi l'assenza del vincolo di subordinazione.

Per stabilire se il soggetto preposto è un agente oppure un lavoratore subordinato non rileva la definizione che le parti hanno voluto dare al rapporto con il contratto stipulato; ciò che conta, infatti, sono le modalità effettive di svolgimento del rapporto. La valutazione delle circostanze di fatto e di alcuni indici presuntivi (tipologia della retribuzione, orario di lavoro, potere disciplinare e direttivo da parte del preponente, assunzione di rischio imprenditoriale) sono quindi fondamentali nella qualificazione del rapporto.

La figura dell'agente commerciale (Handelsvertreter) va tenuta distinta da altre simili, come l'angestellter Reisender oppure l'Handelsmakler

Una figura simile a quella dell'agente è invece quella del mediatore commerciale (Handelsmakler), disciplinata anch'essa nel codice di commercio, subito di seguito all'agente commerciale (§§ 93 e ss.). La differenza tra le due figure non è data tanto dall'attività in sé svolta, ma dalla sua continuità o stabilità, che è caratteristica propria dell'agenzia, mentre non lo è per la mediazione, che si caratterizza per la sua occasionalità. L'agente commerciale si distingue inoltre dal c.d. mediatore civile, che è infatti disciplinato dal codice civile (§§ 652 e ss. BGB), per il fatto che svolge la propria attività in maniera professionale. Infine, un'altra figura di intermediario è quella del commissionario, il quale tuttavia acquista in nome proprio per conto terzi (preponente), mentre l'agente procura l'affare o lo conclude in nome e per conto del preponente.

Il contratto di agenzia: forma e durata

Il contratto di agenzia in Germania può essere stipulato in forma scritta, ma anche essere concluso in forma verbale. La forma scritta è ovviamente raccomandata a fini probatori. In ogni caso, per alcune specifiche pattuizioni, la legge prevede la forma scritta, come ad esempio quelle relative al patto di non concorrenza successivo alla cessazione del rapporto (§ 90 a) e la clausola relativa allo star del credere (§ 86 b).

Anche nel codice tedesco è previsto che ciascuna parte possa pretendere che il contenuto del contratto stipulato verbalmente, nonché successivi accordi concernenti il contratto, siano redatti in una scrittura privata firmata dall'altra parte. A differenza della disciplina italiana, non è invece previsto che il contratto debba essere provato per iscritto.

Il contratto di agenzia in Germania può essere stipulato a tempo determinato o a tempo indeterminato. Nel caso di contratto a tempo determinato, se il rapporto prosegue dopo la scadenza convenuta esso si trasforma in un contratto a tempo indeterminato (§ 89, comma 3, HGB).

Il recesso nel contratto a tempo indeterminato può essere esercitato con i seguenti periodi di preavviso (§ 89 HGB):

- ▶ nel primo anno di rapporto, preavviso di 1 mese
- ▶ nel secondo anno di rapporto, preavviso di 2 mesi
- ▶ nel terzo, quarto e quinto anno, preavviso di 3 mesi
- ▶ successivamente, preavviso di 6 mesi.

I termini di preavviso non possono essere accorciati contrattualmente, ma possono essere allungati, fermo restando che il termine di preavviso per il preponente non può comunque essere più breve rispetto a quello previsto per l'agente (l'ipotesi contraria è invece consentita).

I termini legali di preavviso per il recesso dal contratto di agenzia a tempo indeterminato sono diversi rispetto a quelli previsti dalla normativa italiana

Se sussistono gravi motivi, come ad esempio un grave inadempimento delle obbligazioni contrattuali, è possibile anche recedere dal contratto senza preavviso (fristlose Kündigung). Le situazioni che legittimano il recesso straordinario possono anche essere previste contrattualmente, purché i fatti o gli atti considerati integrino la fattispecie dei "gravi motivi" (es. mancato pagamento delle provvigioni oppure violazione dell'obbligo di non concorrenza). In tale situazioni è altresì riconosciuto il risarcimento del danno subito. Il diritto di recesso senza preavviso non può essere escluso o limitato contrattualmente (§ 89a HGB).

Gli obblighi dell'agente e il regime dell'esclusiva

Gli obblighi essenziali dell'agente sono (§ 86 HGB): adoperarsi per la promozione o la conclusione di affari; tutelare gli interessi del preponente.

Questo secondo obbligo, che ha portata generale e molto ampia, viene poi interpretato e declinato dalla giurisprudenza nel senso di ricomprendere una pluralità di doveri specifici, anche molto importanti, come per esempio l'obbligo di non promuovere affari in concorrenza con quelli del preponente.

Una caratteristica peculiare dell'ordinamento tedesco è data dal fatto che nel codice di commercio non è previsto esplicitamente un obbligo di non concorrenza a carico dell'agente in corso di rapporto. Anche la previsione di una determinata zona di azione o di determinati tipologie di clienti o prodotti non è, in linea generale, un elemento essenziale del rapporto di agenzia, bensì deve essere oggetto di uno specifico accordo tra le parti.

L'obbligo di non concorrenza, tuttavia, è normalmente riconosciuto dalla giurisprudenza quale contenuto dell'obbligo più generale previsto dal § 86 HGB, che impone all'agente di tutelare gli interessi del preponente. Allo stesso modo, la mera assegnazione di una

zona o di un segmento di clientela, non costituisce in favore dell'agente un diritto di esclusiva rispetto ad attività posta in essere dal preponente o da altri agenti incaricati.

Il divieto di concorrenza da parte dell'agente non è stabilito espressamente nel codice di commercio, ma è un derivato della giurisprudenza in tema di obblighi dell'agente

Per questo motivo è importante prevedere nel contratto di agenzia un divieto esplicito di concorrenza in corso di rapporto e i contenuti dell'assegnazione di specifiche aree di competenza, fissandone i limiti.

Va comunque tenuto conto che l'agente ha comunque il diritto a ricevere le provvigioni sugli affari conclusi nella sua zona di competenza o in relazione a clienti a lui assegnati, anche qualora gli affari siano stati conclusi senza il suo apporto o senza essere una conseguenza della sua attività di promozione.

Il patto di non concorrenza post-contrattuale è invece disciplinato in maniera diretta ed esaustiva nel § 90a HGB, che prevede quanto segue:

- ▶ il patto deve essere previsto necessariamente per iscritto;
- ▶ la non concorrenza deve riguardare la medesima area o clientela o tipologia di prodotti promossi dall'agente in corso di rapporto;
- ▶ la durata massima dell'obbligo di non concorrenza è di due anni dalla cessazione del rapporto;
- ▶ la non concorrenza va remunerata, attraverso un'indennità congrua.

Eventuali pattuizioni contrarie in senso sfavorevole all'agente sono nulle.

Fino al momento della cessazione del rapporto, il preponente può comunicare all'agente che intende rinunciare all'obbligo di non concorrenza successivo; in tal caso l'indennità non è dovuta.

Qualora il rapporto di agenzia sia risolto da una parte per un comportamento colposo della controparte, la parte recedente può comunicare entro un mese di ritenersi liberata dall'obbligo di concorrenza (§ 90 a, comma 4).

Le provvigioni e l'indennità di fine rapporto

In termini generali, il codice del commercio prevede uno sdoppiamento tra il momento in cui sorge il diritto alla provvigione in favore dell'agente e il momento in cui tale provvigione risulta effettivamente esigibile e quindi deve essere liquidata da parte del preponente.

Il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui l'affare è concluso, vale a dire nel momento in cui è validamente stipulato un contratto o raggiunto un accordo vincolante tra il preponente e il terzo cliente. L'attività dell'agente deve aver svolto un ruolo causale nella conclusione del contratto.

Il momento in cui la provvigione deve essere liquidata è invece collegato all'effettiva esecuzione del contratto, da parte del preponente o del cliente. Di base, pertanto, anche la sola esecuzione del contratto da parte del preponente (ad esempio, a mezzo consegna della merce) fa diventare esigibile la provvigione, anche qualora il cliente non dovesse pagare il prezzo. È possibile derogare a tale regola, prevedendo contrattualmente che la provvigione sia esigibile solo allorquando il terzo adempia alla propria obbligazione.

E' possibile prevedere contrattualmente che il diritto alla liquidazione della provvigione sia collegato al pagamento da parte del cliente

Per quanto concerne le provvigioni maturate successivamente alla cessazione del contratto, l'agente ha diritto alla provvigione in due ipotesi:

- ▶ quando ha intermediato l'affare oppure quando l'ha avviato e preparato al punto tale che la conclusione dell'affare è riconducibile all'attività posta in essere dall'agente; l'affare comunque deve essere stato concluso entro un ragionevole termine rispetto alla data di cessazione del rapporto di agenzia.
- ▶ quando un'offerta per la conclusione dell'affare da parte del cliente sia pervenuta all'agente o al preponente prima della cessazione del contratto di agenzia e tale affare rientri tra quelli che danno diritto alla provvigione in base al contratto o alle regole del § 87, comma 1 e 2 HGB.

Nel caso sub 1 è possibile che la provvigione possa essere ripartita con l'agente subentrante quando sussistano le condizioni, cioè quando l'attività di promozione possa essere riconducibile ad entrambi gli agenti.

Nella disciplina tedesca è espressamente regolato lo "star del credere" (86 b HGB): è previsto il diritto dell'agente a una speciale provvigione (Delkredereprovision) se egli si obbliga a garantire l'adempimento dell'obbligazione relativa a uno specifico affare. L'obbligo può essere previsto in relazione a uno specifico affare o ad affari con clienti determinati. La clausola va concordata per iscritto dalle parti, non può trattarsi di un accordo verbale. Occorre sottolineare che le limitazioni legali allo star del credere non valgono qualora il preponente o il cliente hanno sede all'estero oppure quando l'agente è dotato di pieni poteri nella conclusione ed esecuzione degli affari. Il diritto alla provvigione speciale sorge nel momento in cui l'affare è concluso.

E' ammesso lo star del credere, con alcune limitazioni e a fronte del riconoscimento di una speciale provvigione. Le limitazioni tuttavia non valgono se il preponente ha sede all'estero.

Alla cessazione del rapporto è previsto il pagamento di un'indennità (Ausgleich) al ricorrere di determinate condizioni:

1) durante il rapporto di agenzia l'agente ha procurato affari con nuovi clienti (o ha significativamente aumentato gli affari con clienti esistenti) e il preponente continuerà a trarre benefici rilevanti (erhebliche Vorteile) da tali rapporti commerciali anche dopo la cessazione del rapporto.

2) il pagamento di un'indennità, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare le provvigioni che l'agente non andrà più a incassare sugli affari futuri, corrisponde ad equità (Billigkeit).

La determinazione in concreto dell'ammontare dell'indennità va stabilita anche in relazione alla giurisprudenza esistente sul punto, che è molto varia e quantitativamente consistente. Esiste comunque un limite massimo (Kappungsgrenze) all'indennizzo che corrisponde a un anno di provvigioni, calcolato sulla media degli ultimi cinque anni di rapporto o del periodo più breve, se si tratta di contratti stipulati da meno tempo.

In alcuni casi specifici è escluso il diritto all'indennità e più precisamente in caso di:

- ▶ recesso dal contratto da parte dell'agente, salvo il fatto che tale recesso sia giustificato come conseguenza di un comportamento del proponente oppure per il fatto che l'agente non possa proseguire la sua attività per motivi di età o di malattia;
- ▶ recesso dal contratto da parte del preponente, per un grave motivo rappresentato da un comportamento colposo posto in essere dall'agente;
- ▶ accordo tra preponente e agente per il subentro di un terzo (agente) nel rapporto contrattuale.

Eventuali accordi che escludano il diritto all'indennità stipulati anteriormente alla cessazione del rapporto di agenzia non sono validi. L'indennità va comunque rivendicata entro un anno dalla cessazione del rapporto.

La subagenzia

L'agente può avvalersi di subagenti. In particolare, esistono due possibilità per regolare questo tipo di rapporto:

- 1) il c.d. subagente "vero e proprio" (echter Untervertreter), che è un agente (con tutte le caratteristiche che gli sono proprie, quindi anche l'autonomia e l'indipendenza), il quale ha un rapporto contrattuale con l'agente. In questo caso, l'agente sarà tenuto a liquidare le provvigioni al subagente; l'eventuale cessazione del rapporto tra preponente e agente non ha effetti immediati e diretti sul rapporto tra agente e subagente.
- 2) il c.d. subagente "improprio" (unechter Untervertreter), che è un agente contrattualmente legato al preponente, ma che è sottoposto funzionalmente all'agente, che svolge attività di coordinatore. In questo caso l'agente può anche aver diritto a una quota delle provvigioni che vengono riconosciute al subagente improprio (c.d. Provisionsspitze).

Il supporto legale e fiscale in Germania

Assistiamo clienti che operano o intendono operare sul mercato tedesco per la realizzazione di progetti e operazioni commerciali. Forniamo consulenza in merito alla costituzione di società e alla gestione delle questioni di governance societaria.

Supportiamo i clienti nella predisposizione di contratti commerciali, nella definizione e redazione di contratti di lavoro e di agenzia commerciale.

Forniamo consulenza e assistenza per la realizzazione di iniziative di investimento, con particolare riferimento al settore immobiliare, e nella gestione delle questioni normative e fiscali ad esse connesse.

Il nostro Studio si trova a Berlino e fornisce consulenza legale e fiscale con riferimento al diritto tedesco.

Attraverso una rete di collaborazioni professionali possiamo fornire supporto per tutte le attività relative alla costituzione e all'avvio di imprese, alla loro gestione contabile e fiscale, all'esecuzione delle pratiche burocratiche sia a Berlino che nel resto della Germania.

AGNELLI | STUDIO LEGALE | KANZLEI

Wöhlertstr. 18
10115 Berlin

www.avvocatoagnelli.eu
info@avvocatoagnelli.eu

Copyright 2022 / Agnelli | Studio legale | Kanzlei