



Il diritto dell'agente alla provvigione nell'ordinamento tedesco

Valerio Sangiovanni

Avvocato, Rechtsanwalt e Dottore di ricerca in Diritto commerciale

SINTESI

a) Gli affari che fanno sorgere il diritto alla provvigione

La materia dell'agenzia è disciplinata, nel diritto tedesco, nel codice di commercio. Fra le numerose disposizioni che disciplinano tale tematica un ruolo significativo, anche dal punto di vista pratico, è giocato da quelle che regolano il diritto dell'agente alla provvigione. È fondamentale, anzitutto, individuare quali siano gli affari che fanno sorgere tale diritto. Il legislatore tedesco utilizza come parametro di riferimento il "momento" in cui l'affare è concluso, che deve collocarsi durante la persistenza del rapporto contrattuale fra preponente e agente. Bisogna poi che sussista un nesso causale fra il comportamento dell'agente e la conclusione del contratto. Una regola parzialmente diversa vale quando all'agente sia stata assegnata una determinata area. In questo caso l'agente competente per la zona ha comunque diritto alla provvigione per gli affari conclusi con i soggetti di tale area, anche se non ha contribuito causalmente alla conclusione dell'affare.

b) Il momento in cui sorge il diritto alla provvigione

Stabilito per quali affari l'agente abbia diritto alla provvigione, il legislatore tedesco si preoccupa di affrontare un'altra questione: quando

sorga tale diritto. Presupposto è la conclusione dell'affare fra preponente e cliente. Il contratto, però, deve anche essere eseguito da entrambe le parti: il preponente fornisce la merce e il cliente la paga. Pertanto l'arco temporale che intercorre fra i primi contatti posti in essere dall'agente e l'esecuzione completa di tutto l'affare può rivelarsi piuttosto lungo. In quale momento il preponente è obbligato a corrispondere la provvigione all'agente? Il legislatore tedesco, come regola di base, stabilisce che la provvigione è dovuta non appena il preponente esegue l'affare (ossia non appena il produttore fornisce i beni che sono stati acquistati dal cliente).

c) L'ammontare della provvigione

Infine è importante stabilire a quanto ammonti la provvigione dovuta dal preponente all'agente. Nella quasi totalità dei casi l'ammontare della provvigione è determinato dal previo accordo delle parti. Essa trova generalmente espressione in una percentuale rispetto al prezzo di vendita dei beni. Si tratta di capire quali voci dell'importo corrisposto dal cliente finale debbano essere considerate al fine del calcolo della provvigione. Al riguardo il legislatore tedesco detta disposizioni piuttosto analitiche.

» SOMMARIO

1. Introduzione – 2. La determinazione degli affari che fanno sorgere il diritto alla provvigione – 3. L'assegnazione all'agente di una zona o di un portafoglio-clienti – 4. La provvigione per gli affari conclusi dopo la cessazione del rapporto di agenzia – 5. Il momento in cui sorge il diritto alla provvigione – 6. Mancata esecuzione del contratto da parte del terzo (par. 87a, 2° co., 2 HGB) – 7. Mancata esecuzione del contratto da parte del preponente (par. 87a, 3° co., HGB) – 8. L'ammontare della provvigione

1. Introduzione

Il diritto dell'agenzia costituisce una di quelle materie nelle quali la conoscenza del diritto straniero può risultare di significativa rilevanza pratica anche per l'operatore italiano.

Ad esempio nei contratti di agenzia fra imprese italiane e tedesche viene abbastanza frequentemente scelto il diritto applicabile al rapporto contrattuale e tale legge può essere il diritto tedesco. Può così capitare che un contratto di agenzia che trova esecuzione in Italia (ossia un contratto di agenzia in cui il compito

dell'agente è di vendere i prodotti del preponente tedesco in Italia) sia assoggettato al diritto tedesco. In situazioni del genere, pur sussistendo un contratto scritto che – in ipotesi – regola diversi aspetti del rapporto fra le parti, l'agente italiano si può trovare in difficoltà, in quanto non conosce il diritto tedesco e – dunque – non sa con esattezza quali sono i suoi diritti.

Con questo articolo si intende colmare tale lacuna informativa, con particolare riferimento alla materia della provvigione spettante all'agente nel diritto tedesco⁽¹⁾.

(1) Ovviamente sono diverse le questioni che possono assumere rilevanza nel rapporto fra un preponente tedesco e un agente italiano, ma – fra queste – nel presente articolo si sceglie di concentrarsi sul diritto alla provvigione. Fra i contributi apparsi in lingua italiana sul diritto tedesco

dell'agenzia cfr. KINDLER, *La direttiva comunitaria sugli agenti commerciali: un primo bilancio nel confronto tra Italia e Germania*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 235 ss. (trad. di Troiano); SANGIOVANNI, *Esclusione dell'indennità di fine rapporto dell'agente nel diritto comunitario, italiano e tedesco*, in *Contr.*

Dal punto di vista dell'inquadramento sistematico, bisogna osservare che la materia del diritto dell'agente alla provvigione è disciplinata in alcune disposizioni del codice del commercio (Handelsgesetzbuch, di seguito – in forma abbreviata – anche HGB). Si tratta dei seguenti paragrafi:

- il par. 87 HGB, concernente la determinazione di quali affari danno diritto alla provvigione;
- il par. 87a HGB, relativo al momento in cui è dovuta la provvigione;
- il par. 87b HGB, che si occupa dell'ammontare della provvigione⁽²⁾.

2. La determinazione degli affari che fanno sorgere il diritto alla provvigione

Il par. 87 HGB si occupa di determinare gli affari che fanno sorgere in capo all'agente il diritto a ottenere il pagamento della provvigione.

La legge tedesca esordisce dicendo che l'agente ha diritto alla provvigione per tutti gli affari conclusi durante il rapporto contrattuale che siano riconducibili alla sua attività o che siano stati conclusi con terzi che sono stati acquisiti dall'agente come clienti per affari dello stesso tipo (par. 87, 1° co., 1ª frase, HGB).

La provvigione è, dunque, connessa agli affari conclusi e costituisce – pertanto – un compenso legato al successo dell'attività svolta dall'agente. Il compito dell'agente è definito nel par. 86, 1° co., HGB: l'agente deve sforzarsi d'intermediare oppure di concludere affari per il preponente. Tale attività deve essere in qualche modo compensata e il meccanismo standard di pagamento è la provvigione. Ciò che viene premiato non è tanto lo sforzo dell'agente, bensì il risultato che consegue.

La provvigione non è peraltro l'unico meccanismo con il quale l'agente può essere retribuito. È, ad esempio, ipotizzabile un compenso fisso⁽³⁾. La pattuizione di un compenso fisso prescinde dai risultati dell'attività svolta dall'agente. In alternativa al compenso fisso può essere previsto un pagamento legato al fatturato oppure agli utili dell'impresa. Anche queste ultime due modalità di pagamento sono in qualche modo legate ai risultati, ma non tanto al risultato del singolo affare quanto piuttosto all'andamento dell'impresa nel suo complesso. Nel caso di un compenso fisso oppure di un compenso legato al fatturato o agli utili, le disposizioni del codice del commercio sulle provvigioni (parr. 87-87d HGB) non trovano applicazione.

Può essere previsto anche un meccanismo misto di compenso per l'agente, in parte legato a provvigioni in parte fisso (oppure legato al fatturato o agli utili). In questo caso i parr. 87-87d HGB trovano applicazione solo con riferimento alla provvigione, non in relazione alle altre voci che concorrono a formare la remunerazione complessiva.

Il par. 87, 1° co., 1ª frase, HGB prevede che la provvigione spetta per gli affari conclusi «durante il rapporto contrattuale» («während des Vertragsverhältnisses»). Al riguardo è utile menzionare la nozione legislativa di «agente», quale soggetto chiamato in via

continuativa a intermediare oppure a concludere affari per un altro imprenditore (par. 84, 1° co., HGB)⁽⁴⁾. L'agente deve dunque, alternativamente, «intermediare» oppure – direttamente – «concludere» affari. In entrambi i casi è decisivo il momento in cui il contratto è concluso: se la conclusione avviene mentre sussiste ancora il rapporto contrattuale fra preponente e agente, quest'ultimo ha diritto alla provvigione (mentre per gli affari conclusi dopo la cessazione del rapporto contrattuale il par. 87, 3° co., HGB, che esamineremo sotto, detta una disciplina particolare).

La disposizione richiede che l'affare sia stato concluso. Se vi è solo un contratto preliminare, questo non dà diritto alla provvigione. Il contratto preliminare contiene l'obbligo di addivenire a un contratto definitivo, ma sarà solo al momento della conclusione del definitivo che scatterà il diritto alla provvigione. Allo stesso modo la possibile conclusione di un accordo-quadro con un cliente non fa sorgere il diritto alla provvigione: saranno invece gli atti esecutivi dello stesso a darvi diritto. Si pensi all'ipotesi in cui un certo cliente, grazie all'intervento dell'agente, fissi le regole generali in base alle quali si giungerà in futuro alla conclusione di contratti. I contratti «intermediati» o «conclusi» ai fini della disposizione sulla provvigione sono quelli che si realizzano in esecuzione del contratto-quadro, in quanto essi movimentano danaro (diversamente dal contratto-quadro).

«Conclusione» dell'affare è nozione diversa da «esecuzione» dell'affare. Alla conclusione dell'affare fa, di norma, seguito la sua esecuzione. Tuttavia, per diversi motivi, l'esecuzione dell'una o dell'altra parte potrebbe non avere luogo, oppure essere solo parziale. Di queste vicende (alterazioni nella esecuzione del contratto) si occupa il par. 87a HGB, che esamineremo nel prosieguo. Si noti che il preponente non è obbligato ad accettare l'affare che gli viene proposto dall'agente. Diverse ragioni possono indurlo a non concludere il contratto. Si pensi al caso in cui il preponente ritenga che il cliente non sia in grado di pagare il prezzo della merce venduta. L'agente non può costringere il preponente a concludere il contratto, ma – se non si giunge alla conclusione del contratto – in linea di principio non sorge il diritto alla provvigione (vedremo però meglio sotto come questa evenienza è disciplinata dal legislatore tedesco). Può dunque capitare che l'agente abbia operato mettendo in contatto il preponente con un potenziale acquirente, ma che non si giunga alla conclusione del contratto. Manca così uno dei presupposti per il riconoscimento della provvigione. Una soluzione diversa vale ovviamente nel caso in cui l'agente abbia (non solo il potere d'intermediare, ma anche) il potere di concludere il contratto. In questa ipotesi compete allo stesso agente la conclusione del contratto e, con essa, sorge il diritto alla provvigione.

Altro elemento costitutivo della fattispecie disciplinata dal par. 87, 1° co., HGB è il fatto che la conclusione dell'affare deve essere riconducibile all'attività dell'agente. Bisogna che sussista un contributo causale rispetto alla conclusione del contratto. Sul punto bisogna distinguere fra la posizione dell'agente chiamato solo a

2007, 1029 ss.; ID., *I diritti delle parti alla cessazione del contratto di agenzia nel diritto tedesco*, ivi, 153 ss.; ID., *Contratto di agenzia e presupposti dell'indennità di fine rapporto nel diritto tedesco*, ivi, 2006, 405 ss.; ID., *Contratto di agenzia e nozione di "agente commerciale". Una comparazione con il diritto tedesco*, in *Giur. it.*, 2005, 1987 ss.; ID., *Il concetto di "agente commerciale" nel diritto tedesco*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 327 ss.; ID., *Il patto di non concorrenza postcontrattuale tra preponente e agente nel diritto tedesco*, in *Contratto e impresa Europa*, 2004, 121 ss.

⁽²⁾ Per completezza va menzionata anche l'esistenza del par. 87c HGB, sul calcolo delle provvigioni dovute, nonché del par. 87d HGB, relativo al rimborso delle spese nel contesto del contratto di agenzia. Su queste due

disposizioni, piuttosto particolari, non ci si sofferma però nel presente articolo.

⁽³⁾ HOPT, in HOPT e MERKT, *Handelsgesetzbuch*, fondato da Baumbach, 33ª ed., München, 2008, sub par. 87, n. 5; ROTH, in KOLLER, ROTH e MORCK, *Handelsgesetzbuch*, 6ª ed., München, 2007, sub par. 87, n. 8.

⁽⁴⁾ Sulla nozione di agente nel diritto tedesco sia consentito il rinvio a SANGIOVANNI, *Handelsvertretervertrag und Handelsvertreterbegriff*, in *ZVglRWiss*, 2005, 525 ss.; ID., *Handelsvertretervertrag und Handelsvertreterbegriff – Ein Vergleich zwischen italienischem und deutschem Recht*, in *Uniform Terminology for European Contract Law*, a cura di Ajani e Ebers, Baden-Baden, 2005, 150 ss.

intermediare i contratti e quella dell'agente tenuto anche a concludere i contratti: nel secondo caso, è fuori di dubbio che sia stato l'agente a contribuire causalmente alla conclusione del contratto, dal momento che si tratta dello stesso soggetto che firma il contratto; nel primo caso, invece, occorre indagare cosa abbia fatto concretamente l'agente, per accertarsi che l'affare sia riconducibile al suo comportamento⁽⁵⁾.

Il contributo causale dell'agente non deve essere esclusivo, ma può accompagnarsi al contributo di altri soggetti. Può, ad esempio, capitare che l'intermediario si limiti a mettere in contatto il preponente e il potenziale cliente, mentre è il produttore stesso (mediante suoi dipendenti o anche tramite terzi) che sviluppa successivamente le trattative che – infine – terminano con la conclusione del contratto.

La legge tedesca attribuisce all'agente il diritto alla provvigione anche nel caso in cui il preponente concluda successivi affari dello stesso genere con clienti che sono stati acquisiti dall'intermediario. Può, in altre parole, capitare che l'agente acquisisca un certo cliente che, dopo la conclusione del primo contratto, si rivolge direttamente all'imprenditore. In questi casi l'intermediario ha diritto alla provvigione anche se non "intermedia" in senso stretto i successivi contratti fra preponente e cliente. Il merito dell'agente è originario e consiste nell'aver creato il contatto iniziale fra i contraenti, di cui il preponente continua a beneficiare. Per i successivi contratti non sussiste una specifica attività d'intermediazione, ma il legislatore fa bastare l'intermediazione iniziale. Deve trattarsi di affari «dello stesso genere» («der gleichen Art»), tipicamente di nuovi ordinativi della stessa merce. Il legislatore crea una presunzione che i successivi affari dello stesso genere con lo stesso cliente siano riconducibili all'attività dell'agente, con attribuzione del diritto alla provvigione. La presunzione è di carattere assoluto e non è ammessa la prova contraria. La legge tedesca specifica che il diritto alla provvigione non spetta all'agente se e nella misura in cui la provvigione, ai sensi del 3° co., spetta al precedente agente che ha terminato il rapporto con il preponente (**par. 87, 1° co., 2ª frase, HGB**).

Questa disposizione tocca la problematica della possibile presenza di più agenti.

Al riguardo bisogna però operare una distinzione, a seconda che la presenza di più agenti sia contemporanea oppure successiva. Si hanno più agenti in contemporanea quando, in costanza di rapporto con il preponente, due o più agenti contribuiscono alla conclusione di un certo affare. Per un'ipotesi del genere manca un'espressa previsione legislativa ed è pertanto certamente consigliabile un'apposita pattuizione contrattuale. In assenza di legge e di previsione contrattuale sul punto, se entrambi gli agenti hanno contribuito causalmente alla conclusione dell'affare, in linea di principio tutti e due potrebbero pretendere la provvigione dal preponente. Questa soluzione è peraltro insoddisfacente, dal punto di vista dell'imprenditore, il quale si troverebbe a corrispondere un doppio compenso per la conclusione di un unico affare. Pare pertanto preferibile la soluzione per cui la provvigione debba essere divisa fra i due agenti in relazione al contributo causale dato da ciascuno di essi alla conclusione dell'affare⁽⁶⁾. Nei casi dubbi il contributo causale (e l'ammontare della quota parte di provvigione) si presume identico.

Si ha invece presenza di più agenti in fase temporalmente suc-

cessiva quando a un certo agente ne subentra un altro. Il par. 87, 1° co., 2ª frase, HGB prevede per questa ipotesi che l'agente che subentra non ha diritto alla provvigione se la provvigione spetta al suo predecessore ai sensi del 3° co. La disposizione va pertanto letta congiuntamente al 3° co., di cui si occuperà più avanti (e che regola appunto la spettanza della provvigione nel caso in cui a un agente subentri un altro). La norma qui in commento si limita ad affermare che il primo e il secondo agente non possono far valere entrambi la pretesa alla provvigione nei confronti del preponente. Bisogna di volta in volta stabilire, ai sensi del 3° co., quale dei due agenti abbia diritto alla provvigione, con la conseguenza che l'altro non potrà vantare pretese.

3. L'assegnazione all'agente di una zona o di un portafoglio-clienti

La legge tedesca prevede che, se all'agente è assegnata una certa zona oppure è attribuito un determinato portafoglio-clienti, l'agente ha diritto alla provvigione anche per gli affari che sono stati conclusi senza il suo contributo causale con persone appartenenti alla sua zona o facenti parte del suo portafoglio (**par. 87, 2° co., 1ª frase, HGB**).

Per capire il significato di questa disposizione bisogna riflettere sul fatto che, nella prassi, può capitare che il territorio sul quale deve avvenire la distribuzione dei prodotti del preponente può essere ampio e che un solo agente non è in grado di servirlo adeguatamente. L'imprenditore si vede allora costretto a formare una rete di vendita costituita da più agenti, a ognuno dei quali viene assegnata una certa area.

Cosa intende il legislatore tedesco con l'espressione di «clienti appartenenti alla zona assegnata a un certo agente»? Il riferimento deve intendersi alle persone fisiche residenti nella zona assegnata. In caso di persone giuridiche, in linea di principio, è decisivo il luogo in cui la persona giuridica ha sede (nel senso che la provvigione spetta all'agente competente per la zona in cui la società-cliente ha sede). Nel caso di persone giuridiche la situazione – a dire il vero – può risultare più complessa. La persona giuridica difatti, pur avendo un'unica sede principale, può avere una o più sedi secondarie e, inoltre, può essere operativa anche in località diverse dalla sede principale e da quelle secondarie.

Residenza della persona fisica e sede della persona giuridica costituiscono i principali criteri di riferimento per determinare l'appartenenza del cliente a una certa zona. Non hanno invece rilievo altri elementi che potrebbero, in ipotesi, essere presi in considerazione. In particolare non ha rilievo il luogo in cui il contratto fra il preponente e il cliente viene concluso. Ad esempio l'agente (di un preponente tedesco) competente per la Lombardia ha diritto alla provvigione anche quando il cliente, pure lui lombardo, fosse stato incontrato e avesse sottoscritto il contratto di compravendita – si immagini – in Veneto. Allo stesso modo non ha rilievo il luogo in cui deve essere effettuata la fornitura. Se un cliente con sede in Lombardia acquista un certo prodotto mediante l'agente competente per la Lombardia, il fatto che il prodotto sia destinato – in ipotesi – al Veneto non dà diritto all'agente veneto di pretendere la provvigione. Questa soluzione è preferibile anche in considerazione del fatto che il luogo di conclusione del contratto e il luogo di fornitura dei beni sono criteri maggiormente

⁽⁵⁾ ROTH, *op. cit.*, sub par. 87, n. 6.

⁽⁶⁾ La questione è peraltro controversa. Cfr. sul punto HOPT, *op. cit.*, sub par. 87, n. 21; ROTH, *op. cit.*, sub par. 87, n. 9.

variabili rispetto ai parametri della residenza e della sede del cliente (che tendono invece a essere stabili nel tempo).

In alcuni casi la distribuzione operata dal preponente degli incarichi fra gli agenti non avviene tanto su base territoriale, quanto piuttosto in relazione alla tipologia di cliente che deve essere raggiunta. Tipica è la distinzione fra i clienti grandi (o "direzionali") e quelli piccoli: i primi vengono seguiti da certi agenti, i secondi da altri agenti. Oppure la distinzione fra gruppi di clienti può essere legata al tipo di prodotto venduto: una linea di prodotti viene seguita da certi agenti (che serviranno pertanto certi clienti), mentre un'altra linea da altri agenti (che serviranno altri clienti).

In presenza dell'assegnazione a un agente di una certa zona o di un determinato portafoglio-clienti, sorge in capo all'agente il dovere di curare tale zona o tale portafoglio in modo continuativo con particolare diligenza. Il corrispettivo per questo obbligo è la spettanza di tutte le provvigioni che maturano nella zona o in relazione al portafoglio.

Per il caso di assegnazione di una zona oppure di un portafoglio-clienti, il legislatore tedesco detta difatti una disciplina particolare. Il par. 87, 2° co., HGB costituisce un'eccezione alla regola secondo cui il compenso dell'agente è direttamente connesso ai risultati della sua attività, in quanto la norma attribuisce il diritto alla provvigione anche se l'agente non ha contribuito alla conclusione dell'affare. Non vi è contribuzione causale dell'agente in quanto il contratto con il cliente può essere concluso direttamente dal preponente oppure intermediato (o concluso) da un altro agente oppure avviato grazie all'intervento di un terzo. Non rileva chi abbia determinato il cliente alla conclusione del contratto: in ogni caso il legislatore riconosce all'agente competente per quella zona oppure per quel cliente il diritto alla provvigione. Data l'assegnazione di una certa area oppure l'attribuzione di un determinato portafoglio-clienti, ai fini della spettanza della provvigione non rilevano – almeno in linea di principio – le ragioni per cui l'agente non ha contribuito causalmente alla conclusione dell'affare. La provvigione spetta, ad esempio, anche per i contratti conclusi (nella zona di riferimento) nel periodo in cui l'agente è stato malato oppure negli altri casi in cui è stato impossibilitato a rendere la propria prestazione per altre ragioni a esso non imputabili.

L'assegnazione di una zona o di un portafoglio-clienti potrebbe peraltro favorire comportamenti opportunistici in capo all'agente, il quale potrebbe non impegnarsi sufficientemente per la conclusione di affari. Vi è pertanto da chiedersi come possa reagire il preponente nei confronti di un intermediario che si lascia scappare affari per sua colpevole inattività⁽⁷⁾.

Anche in questo caso spetta – in linea di principio – all'agente il diritto alla provvigione, ma il preponente potrebbe opporre la richiesta di risarcimento del danno⁽⁸⁾. Bisogna difatti considerare che, fra i doveri dell'agente, rientra quello di «sforzarsi» («sich bemühen») per l'intermediazione o, a seconda dei casi, anche per la conclusione degli affari (già citato par. 86, 1° co., HGB). Questo obbligo è più forte nel caso di assegnazione di una zona specifica o di un portafoglio-clienti. Laddove l'agente non si sforzi in misura sufficiente per la conclusione degli affari, gli può essere contestato un inadempimento contrattuale che legittima

la richiesta di un risarcimento. L'ammontare del risarcimento è legato, in essenza, alla quantità degli affari che l'agente avrebbe potuto concludere, ma non ha concluso per sua colpa. Nei casi più gravi il preponente può risolvere l'intero rapporto contrattuale con l'agente, ai sensi del par. 89a HGB, per la sussistenza di un importante motivo.

Il fatto che sia stata assegnata a un certo agente una determinata zona non significa necessariamente che tale agente non possa operare al di fuori della zona assegnata⁽⁹⁾. Per un corretto apprezzamento della reale volontà delle parti bisogna procedere a un esame di tutte le caratteristiche del contratto nel caso specifico. In assenza di un divieto di operare fuori della zona assegnata, l'agente potrà operare fuori zona. Fa eccezione il caso in cui il preponente abbia proceduto alla suddivisione di un intero territorio (si immagini l'Italia) in diverse zone (si supponga in regioni), ognuna delle quali assegnata a uno specifico agente. In un'ipotesi del genere la suddivisione di tutto il territorio di riferimento può essere interpretata come un divieto per ciascun intermediario di operare fuori della zona attribuita.

Si badi che la fattispecie disciplinata dal par. 87, 2° co., 1ª frase, HGB (possibile assegnazione a un agente di una determinata area o di un determinato portafoglio-clienti) è diversa dall'accordo avente a oggetto la concessione della rappresentanza esclusiva («Alleinvertretung») a favore di un determinato agente⁽¹⁰⁾. L'assegnazione di una certa zona a un determinato agente non significa necessariamente esclusiva per quella zona in favore di quell'agente. In tale area, in linea di principio, possono operare anche altri soggetti per il preponente. La pattuizione di una rappresentanza esclusiva significa invece che solo l'agente che gode dell'esclusiva è abilitato a operare nella zona di riferimento. In presenza di un'esclusiva né il preponente (mediante vendite dirette) né altri agenti possono vendere nella zona riservata. Il par. 87, 2° co., 1ª frase, HGB, che è una disposizione di fonte legale e non una pattuizione di origine contrattuale, disciplina qualcosa di diverso, in quanto non vieta al preponente o ad altri agenti di operare nella zona riservata a un certo agente: si limita solo a stabilire che l'agente cui è riservata la zona ha comunque diritto alla provvigione. Nel caso invece della pattuizione di una rappresentanza esclusiva, l'inosservanza dell'esclusiva rappresenta una violazione contrattuale che obbliga al risarcimento del danno e, nei casi più gravi, legittima a chiedere la risoluzione del rapporto per importante motivo (par. 89a HGB).

Il legislatore tedesco specifica espressamente che la regola per cui l'agente ha diritto alla provvigione per gli affari comunque conclusi nella sua zona (o con persone appartenenti al suo portafoglio-clienti) non vale se e nella misura in cui la provvigione, ai sensi del 3° co., spetta al precedente agente che ha – nel frattempo – terminato il rapporto con il preponente (**par. 87, 2° co., 2ª frase, HGB**). Analogamente a quanto si è visto sopra, viene dettata una disciplina particolare per il caso della successione di agenti nel rapporto contrattuale.

4. La provvigione per gli affari conclusi dopo la cessazione del rapporto di agenzia

La legge tedesca si occupa poi degli affari conclusi dopo che il

(7) Per un'analisi più dettagliata della problematica cfr. HOPT, *op. cit.*, sub par. 87, n. 32; ROTH, *op. cit.*, sub par. 87, n. 11.

(8) Sul risarcimento del danno contrattuale in una prospettiva di comparazione fra Germania e Italia cfr. ADDIS, *Risarcimento del danno contrattuale. Riflessioni su "Sistema e prospettive nell'interazione fra gli ordinamenti tedesco e italiano in Europa" secondo Stefan Grundmann*, in *Dir. e*

giur., 2007, 18 ss.; e in *I processi di armonizzazione nel diritto privato europeo. Riflessioni e colloqui su talune recenti tendenze nel sistema tedesco*, a cura di Pollice e Gatt, Napoli, 2008, 135 ss.

(9) Cfr. HOPT, *op. cit.*, sub par. 87, n. 28; ROTH, *op. cit.*, sub par. 87, n. 10.

(10) HOPT, *op. cit.*, sub par. 87, n. 24; ROTH, *op. loc. ult. cit.*

rapporto di agenzia fra il preponente e un certo agente è terminato e al primo agente se ne sostituisce uno nuovo.

Questa fase di passaggio fa sorgere problemi in relazione alla spettanza delle provvigioni. Fra il primo contatto dell'agente con il cliente e la liquidazione della corrispondente provvigione passa un certo lasso di tempo, in quanto devono realizzarsi – nel frattempo – diversi accadimenti: 1) il contratto deve essere concluso; 2) il contratto deve essere eseguito; 3) la provvigione deve essere calcolata; 4) la provvigione deve essere pagata. Durante questo periodo può capitare che l'agente che aveva posto in essere il contatto originario fra il cliente e il preponente cessi di operare per l'imprenditore, ponendosi così la questione della spettanza della provvigione: al primo agente oppure a quello che gli è succeduto?

Al riguardo il testo normativo dice che, in relazione a un affare che è stato concluso solo dopo la cessazione del rapporto contrattuale, l'agente ha diritto a provvigione solo se: 1) egli ha intermediato l'affare oppure lo ha avviato oppure lo ha preparato in modo tale che la conclusione del contratto è riconducibile in misura prevalente alla sua attività e l'affare è stato concluso entro un termine congruo dalla cessazione del rapporto contrattuale oppure se 2) prima della cessazione del rapporto contrattuale è giunta all'agente oppure al preponente la proposta di un terzo per la conclusione di un affare in relazione al quale l'agente ha diritto alla provvigione ai sensi del 1° co., 1ª frase, oppure del 2° co., 1ª frase, HGB (**par. 87, 3° co., 1ª frase, HGB**).

La regola di base, che abbiamo esaminato sopra, è che all'agente spettano le provvigioni per gli affari conclusi «durante il rapporto contrattuale» («während des Vertragsverhältnisses») intercorrente con il preponente (par. 87, 1° co., 1ª frase, HGB). Il legislatore mostra però in questo contesto un certo favore per l'agente, nel senso che gli riconosce la provvigione anche quando la conclusione dell'affare avviene dopo la cessazione del suo rapporto con il preponente. Il riconoscimento delle provvigioni per così dire «post-contrattuali» è tuttavia consentito solo in due casi.

Il primo caso in cui può essere riconosciuta la provvigione all'agente che ha cessato il rapporto contrattuale si ha quando: 1) l'agente ha intermediato l'affare oppure lo ha avviato oppure lo ha preparato in modo tale che la conclusione dell'affare è attribuibile prevalentemente alla sua attività e 2) l'affare è stato concluso entro un termine congruo dopo la cessazione del rapporto contrattuale (§ 87, 3° co., 1ª frase, n. 1, HGB).

In altre parole questa disposizione esige, sotto due profili, un contributo causale significativo dell'agente che ha ormai terminato il rapporto con il preponente. Tale contributo causale trova espressione sia in modo diretto (nel fatto che l'agente deve aver partecipato in modo sostanziale alla fase preparatoria del contratto) sia in modo indiretto (nel fatto che fra l'attività preparatoria e la conclusione del contratto non deve essere passato troppo tempo).

Più in dettaglio: nella prima ipotesi la legge parla di «intermediazione» dell'affare, di «avvio» dello stesso oppure di «preparazione». La «intermediazione» è l'attività tipica dell'agente, quella che connota la sua stessa definizione (cfr. il par. 84, 1° co., HGB). Se intermediazione significa porre in contatto le parti in vista della conclusione del contratto, allora intermediazione in questo contesto significa essenzialmente trasmissione della proposta proveniente dal cliente. Si tratta così dell'ipotesi già regolata dal par. 87, 3° co., 1ª frase, n. 2, HGB. «Introdurre» («einleiten») e «preparare» («vorbereiten») l'affare indicano invece un'attività precedente al momento dell'offerta da parte del cliente.

L'interprete deve inoltre chiedersi se l'attività del primo agente abbia avuto effetto «prevalente» («überwiegend») rispetto alla

conclusione del contratto. Solo in caso affermativo gli spetta la provvigione.

Bisogna poi che la conclusione dell'affare avvenga entro un termine congruo dalla cessazione del rapporto contrattuale. Il legislatore non ha dato in questa sede indicazioni precise. La «congruità» del termine dipende pertanto da tutte le circostanze del caso. Esistono affari che vengono conclusi in breve tempo, mentre altri contratti – per le loro caratteristiche – richiedono una lunga fase preparatoria. Nel primo caso il termine sarà breve, nel secondo lungo. Nella determinazione della «congruità» del termine entro cui deve concludersi l'affare è senz'altro opportuno, fra le altre circostanze, fare riferimento anche alle caratteristiche del settore (ad esempio chimico piuttosto che meccanico) in cui il preponente è attivo.

La seconda ipotesi in cui va riconosciuta al primo agente la provvigione post-contrattuale si ha quando, prima della cessazione del rapporto contrattuale, giunge all'agente oppure all'imprenditore la proposta di un terzo relativa alla conclusione di un contratto per il quale l'agente ha diritto alla provvigione ai sensi del 1° co., 1ª frase, o del 2° co., 1ª frase HGB (par. 87, 3° co., 1ª frase, n. 2, HGB).

Si deve trattare di una proposta vera e propria, non della mera manifestazione di un interesse da parte del cliente. La proposta deve essere determinata nei suoi elementi essenziali e pronta per essere accettata. Essa deve giungere all'agente oppure al preponente prima che il contratto fra agente e preponente sia terminato. L'accettazione della proposta può invece anche essere successiva alla conclusione del contratto, senza con ciò togliere al primo agente il diritto alla relativa indennità. Diversamente da quanto previsto nel n. 1 (agente che si limita a preparare la conclusione dell'affare), nel caso del n. 2 non è previsto che la conclusione dell'affare debba aver luogo entro un congruo termine dopo la cessazione del rapporto contrattuale. Il fatto che vi sia già una proposta fa presumere il contributo causale dell'agente alla conclusione del contratto anche se l'offerta viene accettata molto tempo dopo.

La legge tedesca specifica che la pretesa alla provvigione ai sensi della 1ª frase spetta in parte al successivo agente, quando – in considerazione di particolari circostanze – una divisione della provvigione appare equa (**par. 87, 3° co., 2ª frase, HGB**). Abbiamo appena visto come il legislatore detti delle regole per definire i casi in cui la provvigione spetta all'agente precedente anche quando il contratto è stato concluso dopo la cessazione del suo rapporto con il preponente. La legge contiene però questa disposizione di chiusura che si richiama al parametro, generale e indeterminato, dell'equità. Il caso tipico è quello dell'agente successivo che ha collaborato in misura sostanziale alla conclusione dell'affare. Se la collaborazione del secondo agente è stata marginale, la provvigione spetta al primo agente; se invece la collaborazione del secondo agente è stata importante, allora – in via di equità – si può addivenire a una divisione della provvigione (se però la collaborazione con il primo agente alla conclusione dell'affare è stata prestata direttamente dal preponente oppure da suoi dipendenti, non vi sarà divisione della provvigione, dal momento che il nuovo agente non vi ha contribuito in alcun modo). È ragionevole affermare che la divisione della provvigione fra i due agenti, in mancanza di parametri chiari dettati dalla legge, debba avvenire in relazione al rispettivo contributo causale. Nel dubbio la provvigione va divisa a metà.

Il legislatore tedesco prevede infine che, in aggiunta al diritto alla provvigione per gli affari conclusi, l'agente ha diritto alla provvigione per l'attività d'incasso, per gli importi che sono stati dallo stesso incassati in conformità all'incarico ricevuto (**par. 87, 4° co., HGB**). Come si è visto sopra, la provvigione premia l'attività

d'intermediazione di affari svolta per conto del preponente. Se a questa attività, tipica dell'agente e costitutiva della sua stessa definizione, si associa l'attività d'incassare quanto dovuto dai clienti, ecco che la legge si premura di garantire che l'intermediario percepisca un compenso ulteriore. Fra l'altro l'attività d'incasso è consentita solo se l'agente ha ricevuto apposita procura (in questo senso dispone il par. 55, 3° co., HGB). L'attività d'incasso non è uno dei doveri tipici dell'agente e, se esso svolge tale funzione aggiuntiva, il legislatore gli attribuisce il diritto a un compenso ulteriore. In altre parole la provvigione per la mera intermediazione di affari non viene reputata comprendere lo sforzo necessario per l'incasso.

5. Il momento in cui sorge il diritto alla provvigione

Il secondo paragrafo della legge tedesca in materia di provvigioni dell'agente (il par. 87a HGB) si occupa di stabilire quando sorge il diritto alla provvigione.

In via preliminare è utile osservare che si tratta di una disposizione che non trova applicazione quando il meccanismo per pagare l'agente è diverso dalla provvigione. Si è visto sopra che la provvigione non è l'unico sistema possibile per remunerare l'intermediario. Se, ad esempio, all'agente è riconosciuto un fisso oppure una partecipazione al fatturato o agli utili, la regola che si sta per esaminare non si applica.

La legge tedesca afferma che l'agente ha diritto alla provvigione non appena e nella misura in cui il preponente ha eseguito l'affare (par. 87a, 1° co., 1ª frase, HGB). Questa disposizione conferma il principio che il compenso dell'agente è connesso al successo della sua attività. Mentre il par. 87, 1° co., HGB – esaminato sopra – lega il sorgere del diritto alla provvigione alla «conclusione» dell'affare, il par. 87a, 1° co., HGB determina il momento in cui la provvigione è dovuta avuto riguardo alla «esecuzione» dell'affare. Pertanto non basta la conclusione dell'affare (cioè l'espressione del consenso astratto delle parti), ma occorre la sua esecuzione (ossia che l'attività dell'agente abbia avuto successo in quanto la prestazione del preponente viene eseguita). Se non vi è esecuzione dell'affare vuol dire che l'attività prestata dall'agente non è stata sufficiente a ottenere il risultato sperato: pur essendo stato concluso l'affare, per qualche ragione a esso non è stato dato seguito.

«Esecuzione» («Ausführung») dell'affare significa adempimento delle prestazioni cui il preponente si obbliga in forza del contratto. Normalmente si tratta della fornitura della merce che è stata venduta. Nel caso di esecuzione parziale, il diritto alla provvigione sorge in proporzione all'esecuzione effettuata. In questo senso dispone la legge laddove prevede che il diritto sorge se e «nella misura in cui» («soweit»). Se, ad esempio, l'esecuzione viene effettuata in un primo momento solo al 50%, l'agente avrà dapprima diritto al 50% della provvigione totale⁽¹⁾.

Il legislatore tedesco consente un accordo diverso (rispetto al sorgere del diritto alla provvigione nel momento dell'esecuzione dell'affare da parte del preponente); tuttavia con l'esecuzione dell'affare da parte del preponente l'agente ha diritto a un congruo anticipo, che è dovuto al più tardi l'ultimo giorno del mese successivo (par. 87a, 1° co., 2ª frase, HGB).

La legge mostra in questa sede una certa flessibilità a vantaggio del preponente. Se vi è l'accordo dei contraenti, il momento in

cui sorge il diritto alla provvigione può essere posticipato rispetto al momento dell'esecuzione dell'affare. È ricorrente nella prassi la clausola secondo la quale la pretesa alla provvigione sorge con il pagamento del prezzo della merce da parte del cliente finale. In questo modo il preponente riduce il rischio di anticipare una provvigione che poi potrebbe non essere dovuta, e la provvigione verrà corrisposta solo una volta che il prezzo è stato incassato. In definitiva, con una clausola che posticipa il pagamento della provvigione al momento dell'incasso del prezzo da parte del preponente si soddisfano gli interessi di tutti: del cliente che è già in possesso del bene, del preponente che ha già incassato il prezzo e dell'agente che riceve il «premio» per l'attività svolta.

La disposizione in commento afferma inoltre il diritto dell'agente a ottenere un anticipo: nel caso in cui i contraenti pattuiscono che il diritto alla provvigione sorga successivamente all'esecuzione del contratto da parte del preponente, l'agente ha diritto a un congruo anticipo. Se è vero che, nell'esercizio dell'autonomia privata, le parti possono posporre il momento in cui sorge il diritto alla provvigione, il legislatore è però attento a una tutela sostanziale degli interessi dei contraenti. Si deve riflettere sul fatto che le parti del contratto di agenzia non dispongono, almeno normalmente, dello stesso potere contrattuale. Il preponente può scegliersi gli agenti che preferisce e può, entro certi limiti, dettare le condizioni contrattuali. Il preponente ha dunque facilità a scegliere le clausole contrattuali a sé favorevoli. Per ridurre questo rischio, una parte delle disposizioni di legge tedesche in materia di agenzia sono inderogabili. Altre norme sono invece derogabili. Nel caso di specie è stata scelta una via di mezzo: la disposizione è sì derogabile, ma entro certi limiti. Il limite è dato dal fatto che, pur consentendosi che il momento in cui sorge il diritto alla provvigione venga posticipato rispetto all'esecuzione dell'affare, l'agente può in questa ipotesi pretendere un anticipo. Dal punto di vista dell'analisi economica, ben si comprendono le ragioni per cui il legislatore riconosce tale diritto a un anticipo. L'attività dell'agente comporta dei costi e, in un'ottica di collaborazione fra i contraenti, il legislatore esige che il preponente contribuisca (indirettamente) a tali spese⁽²⁾. Non si tratta di un rimborso spese in senso tecnico, ma di un anticipo sulla provvigione. Tale anticipo costituisce peraltro, senza dubbio, un aiuto per l'agente nello svolgimento della sua (più o meno) costosa attività.

La legge dice che l'anticipo deve essere «congruo» («angemessen»). È difficile dare indicazioni specifiche per l'esatta quantificazione di ciò che possa ritenersi come un anticipo «congruo». Le circostanze del caso concreto possono essere estremamente variabili e vanno valutate tutte nella definizione di congruità. Elementi quali la complessità dell'affare nonché le disponibilità economiche di preponente e agente possono concorrere a definire l'esatto ammontare di un «congruo» anticipo.

Con riferimento alla tempistica del pagamento dell'anticipo, la legge prevede che l'anticipo non può essere ritardato oltre l'ultimo giorno del mese successivo rispetto a quello dell'esecuzione dell'affare da parte del preponente. Anche sotto questo profilo il legislatore si è sentito in dovere d'intervenire, definendo la tempistica del pagamento. Altrimenti sarebbe piuttosto agevole per il preponente spostare eccessivamente nel futuro il pagamento dell'anticipo, svuotandolo di significato e facendolo sostanzialmente coincidere con il pagamento della provvigione in senso stretto.

⁽¹⁾ La provvigione guadagnata a questo punto è peraltro soggetta a condizione risolutiva. Essa, difatti, viene meno nell'ipotesi in cui il terzo non adempia (par. 87a, 2° co., HGB, che esamineremo meglio nel prosieguo).

⁽²⁾ HOPT, *op. cit.*, sub par. 87a, n. 9.

La legge tedesca prevede infine che, indipendentemente da un eventuale accordo in senso diverso fra i contraenti, l'agente ha diritto alla provvigione non appena e nella misura in cui il terzo ha dato esecuzione all'affare (**par. 87a, 1° co., 3ª frase, HGB**).

Per comprendere il significato di questa disposizione bisogna tenere presente la distinzione fra: 1) esecuzione del contratto da parte del preponente e 2) esecuzione del contratto da parte del cliente. L'esecuzione da parte del preponente consiste essenzialmente nella consegna al cliente dei beni compravenduti. L'esecuzione da parte del cliente consiste, invece, nel pagamento del prezzo concordato. Ai sensi della disposizione in commento il momento in cui viene pagato il prezzo è l'ultimo momento possibile in cui sorge il diritto dell'agente alla provvigione. Considerato che il preponente ha incassato il corrispettivo di quanto venduto e che tale importo è stato guadagnato grazie all'intermediazione dell'agente, non vi è motivo per ritardare ulteriormente il pagamento delle competenze dell'intermediario. Il risultato perseguito (conclusione dell'affare con pagamento del prezzo) è stato definitivamente raggiunto e l'agente deve ottenere il «premio» per l'attività svolta.

Ne consegue ulteriormente che il diritto dell'agente alla provvigione sorge immediatamente in caso di pagamento anticipato da parte del cliente. Potrebbe cioè capitare che il preponente esiga dal cliente che paghi il prezzo della merce prima che questa venga fornita. In un caso del genere l'ordine temporale per così dire "naturale" delle prestazioni viene invertito: prima viene pagato il prezzo, poi viene fornita la merce. In una fattispecie del genere il diritto dell'agente alla provvigione sorge non appena il preponente incassa il prezzo. È in questo momento, difatti, che il preponente ottiene completa soddisfazione e, conseguentemente, pare equo riconoscere all'agente – da subito – il premio per l'attività svolta.

Se il pagamento del prezzo avviene in più fasi, l'agente ha diritto alla provvigione in rapporto ai pagamenti che vengono progressivamente effettuati. Se, ad esempio, il 50% del prezzo viene pagato prima della consegna dei beni e il restante 50% dopo la consegna, l'intermediario ha diritto al 50% della provvigione nel momento del pagamento dell'anticipo e al restante 50% nel momento del saldo del prezzo.

6. Mancata esecuzione del contratto da parte del terzo (**par. 87a, 2° co., 2 HGB**)

Nel 2° e nel 3° co. del par. 87a HGB, il legislatore tedesco si occupa dei casi in cui, rispettivamente, il terzo (2° co.) oppure il preponente (3° co.) non esegue il contratto che è stato concluso grazie all'intermediazione dell'agente.

Cominciamo l'analisi con la mancata esecuzione del contratto da parte del terzo.

La legge tedesca prevede che, se è accertato che il terzo non adempie, viene meno il diritto alla provvigione e gli importi già percepiti devono essere restituiti (**par. 87a, 2° co., HGB**).

Le parti del contratto di agenzia sono due: il preponente e l'agente. Il contratto di agenzia è però finalizzato alla conclusione di un altro contratto (di compravendita) che vede l'intervento di un soggetto ulteriore: il cliente. La disposizione appena riportata si occupa del caso in cui il cliente sia inadempiente. Si è già accennato più volte al fatto che la provvigione dell'agente è un compenso legato ai risultati raggiunti. Il preponente "ingaggia" l'agente affinché questi venda i suoi prodotti. L'obiettivo perseguito è quello di un incremento del fatturato e degli utili. L'agente opera bene se consegue un incre-

mento di fatturato e di utili e, a tal fine, è necessario che trovi clienti adempienti. Se il cliente non paga il preponente, la legge prevede che il diritto alla provvigione dell'intermediario viene meno e che gli importi già incassati devono essere restituiti.

Il mancato adempimento del cliente sussiste quando esso ha carattere di ragionevole definitività. La legge dice difatti che il diritto alla provvigione viene meno quanto «è accertato» («steht fest») che il terzo non adempie. Questa situazione di certezza in merito al mancato adempimento si può considerare come sussistente quando il preponente è costretto ad agire in giudizio per recuperare la somma dovuta oppure quando, pur potendo agire in giudizio, non lo fa per il fatto che non è conveniente farlo⁽¹³⁾. Conseguenza del (definitivo) mancato adempimento del terzo è la restituzione degli importi già percepiti dall'agente. A seconda dei casi sarà già stata pagata l'intera provvigione oppure sarà stato pagato un anticipo.

7. Mancata esecuzione del contratto da parte del preponente (**par. 87a, 3° co., HGB**)

Vi è poi il caso della mancata esecuzione del contratto da parte del preponente. Al riguardo il legislatore tedesco stabilisce che l'agente ha diritto alla provvigione anche quando è accertato che il preponente non dà esecuzione in tutto o in parte all'affare oppure non vi dà esecuzione come era stato concordato (**par. 87a, 3° co., 1ª frase, HGB**).

Bisogna riflettere sul fatto che, una volta che l'agente ha intermediato la conclusione del contratto, l'esecuzione dello stesso è – in linea di principio – una vicenda che non lo riguarda. Spetta difatti alle parti del contratto (ossia al preponente e al cliente) darvi esecuzione. In casi particolari il preponente potrebbe non dare esecuzione al contratto concluso con il cliente. Ciò comporta, in astratto, il venir meno del diritto alla provvigione dell'agente (che è legata, ai sensi del par. 87a, 1° co., HGB, all'esecuzione da parte del preponente). Per evitare un risultato del genere, che sarebbe particolarmente negativo per l'agente, la disposizione di legge in commento prevede espressamente che l'agente conserva il diritto alla provvigione.

Facendo eccezione alla regola appena illustrata, la legge prevede però che la pretesa dell'agente alla provvigione viene meno in caso di mancata esecuzione, se e nella misura in cui la mancata esecuzione dipende da circostanze non imputabili al preponente (**par. 87a, 3° co., 2ª frase, HGB**). Questa disposizione impone di distinguere in merito a quelle che sono le cause della mancata esecuzione dell'affare. Se queste cause sono imputabili al preponente, la provvigione è dovuta: l'imprenditore viene così "punito" per il fatto di avere ostacolato l'esecuzione dell'affare. Se, invece, le cause di non-esecuzione del contratto non sono imputabili al produttore, allora il diritto alla provvigione dell'agente viene meno. Spetta al giudice, nel singolo caso, stabilire se la mancata esecuzione sia o meno imputabile al preponente. Vi è imputabilità certamente nel caso di dolo da parte dell'imprenditore, ma anche nell'ipotesi di suoi comportamenti colposi.

La legge tedesca prevede che il diritto alla provvigione si considera dovuto l'ultimo giorno del mese nel quale si devono effettuare i conteggi sulla pretesa dell'agente ai sensi del par. 87c, 1° co., HGB (**par. 87a, 4° co., HGB**). Secondo la disposizione richiamata da questa norma i conteggi si devono effettuare ogni mese oppure, al massimo, ogni tre mesi. In altre parole le provvigioni sono dovute a date fisse (l'ultimo giorno del mese di riferimento),

⁽¹³⁾ HOPT, *op. cit.*, sub par. 87a, n. 15; ROTH, *op. cit.*, sub par. 87a, n. 3.

indipendentemente da quando è sorta la pretesa. Come si è visto sopra, un'eccezione è rappresentata dal diritto all'anticipo che è dovuto all'agente entro l'ultimo giorno del mese successivo a quello in cui il preponente ha eseguito l'affare (in questo senso dispone espressamente il par. 87a, 1° co., 2ª frase, HGB).

Il legislatore si preoccupa infine, con un'apposita disposizione, di stabilire quali norme siano cogenti e quali invece derogabili. La legge tedesca prevede che gli accordi che derogano al 2° co., 1ª parte della frase, e al 3° e al 4° co. a svantaggio dell'agente sono inefficaci (**par. 87a, 5° co., HGB**). Questa disposizione identifica alcune parti del par. 87a HGB come inderogabili. Ne consegue che le altre regole fissate dal par. 87a HGB sono derogabili.

Va inoltre sottolineato che l'inderogabilità opera solo a svantaggio dell'agente, non a svantaggio del preponente. Questa scelta si giustifica con il fatto che l'intermediario, quale parte debole del rapporto contrattuale, ha bisogno di maggior tutela rispetto all'imprenditore che – forte del suo potere – può, in linea di principio, dettare il contenuto del contratto.

Tre sono le disposizioni di legge identificate dal par. 87a HGB come inderogabili a svantaggio dell'agente.

La prima norma è quella del 2° co. secondo cui il diritto alla provvigione viene meno quando è accertato che il terzo non adempie. L'inderogabilità a svantaggio dell'agente deve intendersi nel senso che non possono essere alleggerite le modalità di accertamento del mancato adempimento e, in particolare, non può essere anticipato il momento in cui l'inadempimento del terzo può considerarsi come definitivo⁽¹⁴⁾. Dovrebbe pertanto considerarsi inefficace, ad esempio, la clausola con la quale si pattuisce che spetta alla mera discrezionalità del preponente stabilire quando si può dire che il terzo non ha definitivamente adempiuto oppure la clausola con la quale si stabilisce che, a fronte di un semplice ritardo nell'adempimento da parte del terzo, il preponente può da subito rinunciare ad agire in giudizio nei confronti del terzo (facendo così perdere all'agente la provvigione).

La seconda disposizione inderogabile è quella del 3° co., secondo cui la pretesa alla provvigione viene meno nel caso di non-esecuzione da parte del preponente se la mancata esecuzione è dovuta a cause non imputabili al preponente. Una clausola in senso contrario sarebbe inefficace. Si pensi alla possibilità (piuttosto teorica) di pattuire che la provvigione non è dovuta anche in presenza di mancata esecuzione del preponente per cause a esso imputabili.

La terza disposizione del par. 87a HGB inderogabile è il 4° co., il quale stabilisce che il diritto alla provvigione scade l'ultimo giorno del mese in cui devono essere effettuati i conteggi sulle provvigioni dovute. Ne consegue l'inefficacia della clausola che dovesse posticipare tale data a svantaggio dell'agente.

8. L'ammontare della provvigione

La terza delle disposizioni tedesche in materia di provvigione dell'agente (il par. 87b HGB) esaminate in questo articolo si occupa della definizione dell'ammontare della stessa.

La norma distingue fra la percentuale che si deve applicare (1° co.) e la base di calcolo di tale percentuale (2° co.). La somma dovuta all'agente sarà il risultato della moltiplicazione del valore degli elementi che rientrano nella base di calcolo per la percentuale pattuita. Con riferimento alla percentuale dovuta dal preponente all'agente, la legge prevede che, se l'ammontare della provvigione non è pattuito, si considera come pattuita la percentuale che deve considerarsi come usuale (**par. 87b, 1° co., HGB**).

In linea di principio è dunque sovrana, in materia, l'autonomia privata. Spetta ai contraenti determinare l'ammontare della provvigione dovuta dal preponente all'agente.

La legge si preoccupa però del caso in cui non vi sia stata una pattuizione sull'ammontare della provvigione. Si tratta di un evento raro nella prassi, in quanto il *quantum* della provvigione costituisce un elemento centrale del rapporto fra i contraenti ed è improbabile che preponente e agente non si accordino fin dall'inizio in merito. Tuttavia il legislatore non può ignorare questa evenienza e prevede che, in questi casi, si considera come pattuita la percentuale che deve considerarsi usuale.

Bisogna dunque procedere a un accertamento di quale percentuale possa considerarsi usuale. Normalmente si fa riferimento al settore in cui opera l'impresa interessata (ad esempio chimico piuttosto che meccanico) e alla sua localizzazione (in certe regioni possono essere usuali percentuali più alte rispetto ad altre regioni). In caso di necessità si dovrà incaricare un consulente tecnico per accertare quale sia la provvigione usuale.

Nelle rare ipotesi in cui non esista alcun parametro di riferimento per la determinazione della provvigione spettante all'agente, il giudice ne deciderà l'ammontare secondo equità.

La seconda operazione che compie il legislatore tedesco nel par. 87b HGB è quella di identificare quali voci concorrano a determinare la base di calcolo della provvigione spettante all'agente. La legge prevede che la provvigione va calcolata sul corrispettivo che il terzo oppure il preponente deve prestare (**par. 87b, 2° co., 1ª frase, HGB**). Il corrispettivo consiste nel prezzo, ossia in una somma di danaro, pattuito per l'affare.

Il legislatore stabilisce poi che non possono detrarsi gli sconti previsti per il pagamento in contanti; allo stesso modo non possono detrarsi i costi accessori, segnatamente per trasporto, imballaggio, dogana e imposte, a meno che i costi accessori siano stati fatturati separatamente al terzo (**par. 87b, 2° co., 2ª frase, HGB**).

Questa disposizione prevede diverse fattispecie ed è finalizzata a tutelare l'agente. Le voci che compongono il prezzo finale di un certo prodotto sono molteplici. Se alcune di tali voci potessero essere detratte ai fini del calcolo della provvigione, il compenso dell'agente diminuirebbe in modo corrispondente.

La disposizione in commento si occupa anzitutto di sconti. In linea di principio gli sconti vanno a ridurre l'ammontare della provvigione dovuta all'agente. Si immagini che il prezzo di listino di un prodotto sia di 10.000 euro, ma che venga pattuito fra preponente e cliente uno sconto di 500 euro, così che il prezzo finale risulta essere di 9.500 euro. Si supponga altresì che la provvigione ammonti al 10%. La provvigione spettante all'agente sarà in questo caso di 950 euro. La disposizione in esame si occupa però di un'ipotesi diversa: può cioè capitare che il preponente conceda uno sconto rispetto al prezzo originariamente pattuito per il fatto che il pagamento del prezzo avviene in contanti. In questo caso la norma vieta di tener conto degli sconti concessi dal produttore ai fini del calcolo della provvigione.

Con riferimento ai costi accessori, la disposizione in commento distingue a seconda che essi siano o meno fatturati separatamente. Se tali costi non sono fatturati separatamente, essi si considerano parte del corrispettivo e dunque base di calcolo per la provvigione dell'agente. Se invece i costi accessori sono fatturati separatamente, essi non concorrono a comporre la base di calcolo per la provvigione. ■

⁽¹⁴⁾ Al riguardo cfr. HOPT, *op. cit.*, *sub* par. 87, n. 32.