

## CONCESSIONE DI VENDITA E ABUSO DI POTERE

La concessione di vendita è definita dalla migliore dottrina come contratto corrispettivo di durata intercorrente tra imprenditori, fondato su un nesso indissolubile di scambio e collaborazione, in base al quale il concessionario, agendo in veste di acquirente-rivenditore, assume stabilmente l'incarico di curare la commercializzazione dei prodotti del concedente, in cambio di una posizione privilegiata nella rivendita.

L'opinione ormai dominante sia in dottrina che giurisprudenza sostiene che essa sia un contratto atipico, essendosi superate le tesi della qualificazione come somministrazione, o contratto misto.

Risulta evidente come, essendo un contratto atipico, le disposizioni del codice civile applicabili sono quelle relative al contratto in generale, ovvero gli artt. 1321 - 1469- sexies, le norme sulla somministrazione (artt. 1559 e seguenti), quelle in tema di mandato (artt. 1703 e seguenti) e di agenzia (artt. 1742 e seguenti).

Pertanto in materia di durata del contratto vale anche per la concessione di vendita il principio generale che nei contratti di durata è possibile il recesso ad nutum disciplinato all'art. 1569 c.c. che prevede che "ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo ...." Quanto detto sopra pare essere contraddetto dai recenti orientamenti giurisprudenziali che hanno riguardato proprio il contratto di concessione di vendita.

In due diverse sentenze della Corte di Cassazione una del 2009 e l'altra del 2011, infatti, si afferma la possibilità per il giudice di dichiarare la illegittimità del recesso ad nutum dal contratto di concessione di vendita, nonostante tale diritto fosse espressamente riconosciuto dal contratto, quando esso risulti essere stato effettuato in violazione del **divieto di abuso di diritto**.

Viene qui in rilievo uno dei principi più intriganti del diritto civile, idoneo ad essere applicato ad una pluralità di fattispecie in chiave compensativa dei diritti e degli obblighi delle parti quando una di loro è in posizione di svantaggio. L'abuso di diritto, come principio generale, non è previsto dal nostro ordinamento. Dal punto di vista dottrinario, quindi, alcuni autori sostengono che l'abuso di diritto non sia un principio generale del nostro ordinamento che sarebbe ispirato, invece, al principio qui iure suo utitur neminem laedit.

Altri autori invece hanno ravvisato nel nostro ordinamento molteplici norme, che sarebbero un'espressione del generale principio del divieto di abuso: l'articolo 833 sugli atti emulativi; gli articoli 1175 e 1375; l'articolo 96 c.p.c, relativo al divieto di lite temeraria nel processo; l'articolo 2043.

La Cassazione con le due sentenze in commento prende posizione sull'argomento, riconoscendo all'abuso di diritto il ruolo di principio generale, con una sentenza esemplare per chiarezza e completezza che estende l'applicazione del summenzionato principio anche al contratto di concessione di vendita, arrivando ad una soluzione che non aveva trovato precedenti nella passata interpretazione giurisprudenziale. Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto – ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale – sono i seguenti:

- 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto;
- 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate;
- 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico;
- 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

L'abuso del diritto quindi riguarda l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.

Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva, e questo al fine di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.

Come abbiamo detto, nel codice non esiste una norma che sanziona, in via generale, l'abuso del diritto, e questo perché si temeva che l'ampio potere che una clausola generale, come quella dell'abuso del diritto, avrebbe potuto attribuire al giudice, consentendogli di intervenire anche in senso modificativo ed integrativo del contratto e potesse in qualche modo andare ad intaccare la certezza e prevedibilità del diritto.

Tuttavia con i mutamenti socio-culturali e giuridici il concetto di abuso di potere strettamente legato a quello della buona fede è stato nuovamente oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza di legittimità. Basti pensare alle applicazioni giurisprudenziali di tale principio in materia societaria, ed al fenomeno dell'abuso della personalità giuridica quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge.

Nell'ambito, poi, dei rapporti bancari è stato più volte riconosciuto che, in ossequio al principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 cod. civ.), non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari.

In materia contrattuale, poi, gli stessi principi sono stati applicati, in particolare, con riferimento al contratto di mediazione, al contratto di sale and lease back connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 c.c ed al contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli*.

Del principio dell'abuso del diritto è stato, da ultimo, fatto frequente uso in materia tributaria, fondandolo sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo.

Il breve excursus esemplificativo consente, quindi, di ritenere ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale

esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano. Deve, con ciò, pervenirsi alla soluzione che oggi, i principi della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti.

Da quanto detto risulta che l'applicazione del principio dell'abuso di diritto al contratto di concessione di vendita rientri proprio in questo nuovo ma quanto mai dinamico quadro giurisprudenziale. La novità più rilevante è che nel caso delle concessione di vendita ci troviamo nell'ambito di un contratto stipulato tra due imprenditori. Il cessionario si obbliga ad acquistare determinati prodotti dal concedente, a venderli ed a promuoverne la commercializzazione mentre il concedente attribuisce al concessionario una posizione favorevole nella commercializzazione del prodotto, che può consistere in diverse attività, quali ad esempio venderli in esclusiva, concedergli l'uso del marchio.

La concessione di vendita dunque fa nascere un rapporto complesso di scambio e di collaborazione, connessi l'uno con l'altro, dove il rapporto tra le parti pare quanto mai su un piano di parità più che di dipendenza economica come avviene ad esempio per il contratto di sub-fornitura dove la compenetrazione e il legame tra le parti contrattuali di cui una molto più forte dell'altra risulta essere di particolare evidenza.

Pertanto alla luce di quanto detto pare più che mai legittima l'asserzione della Corte di Appello che, a conferma della sentenza di primo grado, aveva dichiarato la insindacabilità giurisdizionale delle scelte imprenditoriali delle parti in causa quando esse siano soggetti economici.

Detta asserzione, ed è proprio questo l'elemento di novità introdotto dalla due sentenze, viene contraddetto dalla Cassazione. In particolare la Cassazione afferma che, pur non essendoci dubbi sul fatto che le scelte decisionali in materia economica non siano oggetto di sindacato giurisdizionale, **è tuttavia necessario, che in questo contesto, l'esercizio del potere contrattuale riconosciutogli dall'autonomia privata, debba essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello appunto della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e delle correttezze** - alla luce dei quali debbono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale. Ed il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio. Da ciò il rilievo dell'abuso nell'esercizio del proprio diritto.

La libertà di scelta economica dell'imprenditore, pertanto, in sé e per sé, non è minimamente scalfita; **ciò che è censurato è l'abuso, ma non di tale scelta, sebbene dell'atto di autonomia contrattuale che, in virtù di tale scelta, è stato posto in essere.**

Sostiene, infatti, la Cassazione che quando, nell'ambito dell'attività imprenditoriale, vengono posti in essere atti di autonomia privata che coinvolgono - ad es. nei contratti d'impresa - gli interessi, anche contrastanti, delle diverse parti contrattuali, nell'ipotesi in cui il rapporto evolva in chiave patologica e sia richiesto l'intervento del giudice, a quest'ultimo spetta di interpretare il contratto, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti. Ciò vuol significare che l'atto di autonomia privata è, pur sempre, soggetto al controllo giurisdizionale.

Gli strumenti di interpretazione del contratto sono rappresentati: il primo, dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate; con la conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi, quando la comune volontà delle parti emerge in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate, e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa; con l'adozione eventuale degli altri criteri interpretativi, comunque, di natura sussidiaria. Ma il contratto e le clausole che lo compongono - ai sensi dell'art. 1366 c.c. - debbono essere interpretati anche secondo buona fede. Non soltanto.

Il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, ed, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche. La sua violazione, pertanto, costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato. Il criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi. Il giudice, quindi, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi.

Ed è su questa base che la Corte di merito avrebbe dovuto valutare ed interpretare le clausole del contratto - in particolare quella che prevedeva il recesso ad nutum - anche al fine di riconoscere l'eventuale diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza ed alla buona fede. In questa ottica, il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata dovrà essere condotto tenendo presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica dell'altra, siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata. Nel caso di specie in particolare, posto che si controverte in tema di interessi contrapposti, di cui erano portatrici le parti in causa, il punto rilevante a cui guarda la Cassazione è quello della proporzionalità dei mezzi usati al fine di valutare se il recesso ad nutum previsto dalle condizioni contrattuali, sia stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti.

In ipotesi, poi, di eventuale, provata disparità di forze fra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica.

**Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso.**

Sulla base di quanto detto sopra pare dunque evidente la profonda innovazione introdotta in materia di contratto di concessione di vendita e tutte le conseguenze che una sentenza del tipo di quella in commento può comportare per i successivi assetti e rapporti contrattuali. Si evidenzia in particolare «**l'esigenza di proteggere il concessionario e gli investimenti da lui compiuti contro il pericolo di recesso unilaterale o del mancato rinnovo da parte del produttore**», e - prendendo appunto a base il principio di buona fede (art. 1375 c.c.), oltre che alcune disposizioni specifiche (artt. 1671, 2237 e 1727 c.c.) si è

proposto di considerare illecito il recesso intimato dal concedente (senza giusta causa) prima che fosse trascorso un lasso di tempo sufficiente ad accordare al concessionario una ragionevole chance di recupero degli investimenti che lo scioglimento rende irrecuperabili, e di riconoscergli conseguentemente una tutela risarcitoria.

Alla luce di quanto detto, benché da un punto di vista etico, la sentenza in oggetto sembri essere degna di lode, essa tuttavia suscita più d'una perplessità con riferimento all'esito (or ora ricordato) cui approda. Proprio questo esito sembra far riemergere, infatti, i timori (che da sempre accompagnano, per vero, la controversa nozione di "abuso del diritto") che l'ammissione di un sindacato giudiziale dell'esercizio del diritto possa finire per infliggere un vulnus alla certezza delle situazioni giuridiche (e del loro contenuto) e, in definitiva, alla certezza del diritto. Il pericolo è, soprattutto, che attraverso l'esigenza di reprimere gli "abusi" si finiscano per introdurre forme di controllo che possano rimettere in discussione diritti e/o prerogative riconosciute dall'ordinamento ai soggetti.

Bisogna evitare ad es. che attraverso il controllo sull'abuso il giudice arrivi a sindacare il merito delle scelte imprenditoriali, quando queste debbano ritenersi essenzialmente libere in quanto incidenti sul rischio che l'imprenditore assume nello svolgimento della propria attività (ad es.: esigenze di ristrutturazione della rete di vendita, che siano poste a base del recesso; come avveniva nella vicenda di cui ci stiamo occupando).

Lo stesso si osserva nell'esperienza giurisprudenziale, in un campo abbastanza emblematico qual è quello dei licenziamenti dei lavoratori subordinati, dove i giudici si guardano bene dal sindacare (in presenza di un giustificato motivo "oggettivo", e in particolare di un licenziamento per ristrutturazione aziendale) il merito delle scelte dell'imprenditore, mostrando così consapevolezza che un tale sindacato finirebbe per risolversi nella lesione della fondamentale libertà di iniziativa economica privata, tutelata dall'art. 41 Cost.

Un tempo le regole procedurali e contrattuali non si cambiavano mai. La volontà delle parti era insindacabile se posta in essere nel rispetto della procedura e senza artifici e raggiri. Da qualche tempo, invece la Corte ha esercitato e, qualche volta, rivendicato un ruolo creativo nell'applicazione del diritto proprio facendo leva su principio generali come quello dell'abuso di diritto. Tuttavia è evidente come detto principio, se affermato senza garanzie soprattutto di tipo procedurale, possa portare a far vacillare uno dei punti più delicati di un sistema economico: la prevedibilità delle conseguenze rispetto ai comportamenti.

Avv. Franco Potitò

Dott.ssa Michela Maffullo

Bologna li 14 marzo 2012