§ 15. I PRINCIPI

SOMMARIO: I. *La continuità dell'attività economica.* – II. *L'organizzazione seriale dei rapporti.* – III. *La valutazione di meritevolezza del contratto.* – IV. *La tutela delle controparti deboli.* – 1. L'abuso di dipendenza economica. – 2. I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. – 3. La tutela del consumatore contro le clausole vessatorie. – 4. La tutela del consumatore contro le asimmetrie informative.

I. *La continuità dell'attività economica*

Tra gli interessi sottostanti al coordinamento dei fattori produttivi e dei rapporti negoziali instaurati dall'imprenditore rileva in particolare l'interesse alla **continuità dell'attività economica**, il quale si esprime attraverso le norme che garantiscono la *sopravvivenza della relazione d'affari* in occasione di vicende personali dell'imprenditore, quando permangano le esigenze dell'organizzazione produttiva.

Così innanzitutto l'art. 1330 prevede, contrariamente ai principi generali del diritto privato comune, la conservazione dell'efficacia della proposta o dell'accettazione contrattuale da parte di un imprenditore "quando è fatta nell'esercizio della sua impresa [...] se l'imprenditore muore o diviene incapace prima della conclusione del contratto".

Sulla stessa linea si pone l'art. 1722, co. 1, n. 4, che riconosce, pur in caso di morte del mandante, la sopravvivenza del contratto di mandato avente "per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa [...] se l'esercizio dell'impresa è continuato" (così da non interrompere l'attività, per quel che riguarda le relazioni d'affari la cui cura era stata affidata ad un collaboratore).

L'interesse alla sopravvivenza dei rapporti contrattuali in seno all'organizzazione produttiva sussiste poi più in generale ogni qualvolta si verifichi una vicenda che determina il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità dell'impresa. Va ricordata al riguardo la norma fondamentale in base alla quale, in caso di trasferimento o di concessione in godimento dell'azienda, l'interesse del nuovo imprenditore a subentrare nei contratti stipulati per l'esercizio dell'attività economica (come dei terzi a conservare la relazione con colui che viene a disporre dell'apparato produttivo) è tutelato in deroga ai principi generali del diritto civile, con la previsione di una successione *ex lege* (art. 2558).

II. *L'organizzazione seriale dei rapporti*

La specificità dell'interesse al coordinamento dei fattori di produzione e delle relazioni negoziali si esprime inoltre nelle norme che tutelano l'esigenza di velocizzare e semplificare le trattative rendendo possibili **contrattazioni serializzate e standardiz-**

zate. Sotto questo profilo si spiega in particolare anzitutto l'art. 1368, co. 2, secondo cui nei contratti stipulati da un imprenditore "le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa". La norma facilita l'interesse dell'imprenditore a uniformare i propri rapporti secondo le pratiche del luogo che gli è più vicino e che meglio conosce, fra l'altro evitando gli oneri e i costi necessari a precisare di volta in volta il significato e la portata delle singole clausole.

Va poi ricordata la previsione (art. 1341), per cui "le *condizioni generali di contratto* predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza". L'applicazione della norma non è limitata agli imprenditori, ma tipicamente nei contratti predisposti dall'impresa agevola l'uniformazione delle condizioni applicate alla generalità delle controparti e rende il regolamento negoziale unilateralmente elaborato vincolante per il solo fatto di essere stato reso conoscibile con mezzi adeguati, a prescindere dall'effettiva conoscenza (si pensi alle clausole negoziali di un contratto di trasporto ferroviario, pubblicate sul sito del vettore o esposte presso la biglietteria, e che ben pochi passeggeri leggono all'atto dell'acquisto del biglietto).

III. La valutazione di meritevolezza del contratto

La specificità degli interessi sottostanti alla contrattazione d'impresa giustifica a volte addirittura valutazioni di **meritevolezza del contratto** in deroga ai principi generalcivilistici. In alcuni casi la deroga è testualmente prevista dal legislatore. In altri è frutto di elaborazioni giurisprudenziali, condivise dalla dottrina. Nell'uno e nell'altro caso la deroga riflette a ben vedere la consapevolezza del legislatore e dell'interprete che una acritica applicazione dei principi generalcivilistici al mondo della contrattazione imprenditoriale potrebbe ostacolare meccanismi utili al funzionamento del mercato.

Un esempio di *deroga normativa* a tali principi è costituito dall'art. 23, co. 5, TUF, per il quale "nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli **strumenti finanziari derivati** [...] non si applica l'art. 1933 del codice civile" (che non dà tutela al credito di gioco o di scommessa). Gli strumenti finanziari derivati sono essenzialmente contratti che legano (derivano) prestazioni e controprestazioni ad "eventi" (c.d. eventi sottostanti) del mercato finanziario (quali ad es. tassi di interesse, insolvenza di società o di stati sovrani). Così, ad es., è immaginabile la struttura di un derivato secondo cui Tizio si obbliga a pagare a Caio una somma per l'ipotesi in cui il tasso di interesse praticato dalla BCE superi (in un certo giorno o in un certo periodo temporale) una determinata soglia, e Caio assume una reciproca obbligazione per l'ipotesi in cui questo tasso invece si abbassi. Qui le parti in sostanza "scommettono" sull'andamento dei tassi di interesse, ma la scommessa è considerata giuridicamente vincolante in quanto esprime una valutazione del mercato finanziario in ordine alle prospettive di questo andamento. La scommessa può (almeno secondo la visione del legislatore) esprimere un ruolo socialmente utile per la sua capacità di trasmettere informazioni (anche) agli operatori non speculatori del mercato finanziario:

e nell'esempio agli operatori che devono valutare la convenienza di contrarre prestiti ad un determinato tasso di interesse, o di scegliere fra un tasso di interesse "fisso" ed uno "variabile".

Un esempio di deroga ai principi generalcivilistici elaborato *in via giurisprudenziale* è costituito dal riconoscimento della liceità del c.d. **contratto autonomo di garanzia**, con cui il garante, diversamente da quanto previsto dagli artt. 1939 e 1941, assume un'obbligazione *valida indipendentemente dalla validità dell'obbligazione garantita e senza possibilità di opporre le eccezioni* opponibili dall'obbligato garantito. Il contratto autonomo di garanzia offre in ultima analisi un servizio finanziario di provvista di liquidità destinata a soddisfare le pretese del creditore garantito; ed a soddisfarle quand'anche il debitore ne contesti la fondatezza. Così ad es. l'appaltatore, creditore della garanzia di pagamento del corrispettivo dovuto dall'appaltante, può pretendere l'escussione quand'anche questi contesti la corretta esecuzione dell'appalto garantito. La garanzia è tipicamente prestata da imprese bancarie e finanziarie; il garante, sulla base della semplice richiesta del creditore, dovrà versargli il relativo importo, che recupererà poi ovviamente dal debitore garantito (il quale spesso avrà già messo a disposizione della banca una corrispondente provvista); ogni contestazione circa le pretese del creditore è così rimandata all'eventuale, successiva azione promossa nei suoi confronti dal debitore garantito, il quale potrà così a sua volta, se le contestazioni risulteranno fondate, recuperare la somma indebitamente percepita dal primo.

Come si può intuire, il garante rilascia la garanzia sulla base di una valutazione esclusivamente riguardante la solvibilità del debitore garantito e del tutto indipendentemente invece da valutazioni commerciali sulla sua capacità di eseguire correttamente la prestazione dovuta nei confronti del creditore garantito. La deroga ai principi generalcivilistici costituita dall'inopponibilità delle eccezioni al creditore garantito riflette ancora una volta un interesse specifico al finanziamento dell'attività di impresa: per cui le vicende e i rischi dei rapporti finanziari devono restare neutrali rispetto a quelli dei rapporti commerciali "finanziati".

IV. La tutela delle controparti deboli

1. L'abuso di dipendenza economica

La disciplina dell'**abuso di dipendenza economica**, contenuta nell'art. 9 l. 192/1998, rappresenta il più importante fondamento sistematico del principio di tutela della *controparte imprenditoriale* debole. La norma si riferisce a qualsiasi "situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi" (co. 1).

L'ipotesi può ricorrere tipicamente quando un'impresa abbia dovuto sopportare investimenti specifici e rilevanti in rapporto alle sue dimensioni (per la realizzazione di impianti, o per l'acquisizione di competenze tecniche e commerciali) in funzione dell'interesse a intraprendere relazioni contrattuali con un determinato *partner*; investimenti tali da renderla sostanzialmente dipendente da queste relazioni contrattuali.

La norma vieta allora in via generale "l'**abuso** da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trovi [...] una impresa cliente o fornitrice".

ce". Vieta, cioè, all'impresa "dominante" proprio di imporre condizioni contrattuali o in genere di tenere comportamenti diretti a determinare un "eccessivo squilibrio" di diritti od obblighi, che ricorre tendenzialmente quando essa miri ad imporre all'altra impresa sacrifici tali da pregiudicare l'interesse alla remunerazione degli investimenti specifici.

L'art. 9, co. 3, prevede che "il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è **nullo**". La nullità è accertata dal giudice ordinario, che può pronunciare anche *provvedimenti inibitori*, nonché condanna al *risarcimento dei danni*.

2. I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

Il d.lgs. 231/2002 disciplina "i **ritardi di pagamento** nelle transazioni commerciali". La disciplina cerca di porre rimedio ad una particolare situazione di debolezza che può caratterizzare i rapporti imprenditoriali, e che può derivare da un rischio intrinseco alla stessa posizione di parte creditrice di somme di denaro. Si tratta precisamente del rischio che il debitore ritardi i pagamenti per migliorare la gestione della propria liquidità, e in ultima analisi trasformi i propri *fornitori* in *finanziatori*.

Il d.lgs. 231/2002 si applica ai "contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo" (art. 2, co. 1, lett. *a*). La **nozione di imprenditore** è peraltro estesa ai soggetti che esercitano "un'attività economica organizzata o una libera professione" (art. 2, co. 1, lett. *c*), e perciò senz'altro anche ai *lavoratori autonomi* e ai *professionisti intellettuali*.

La disciplina prevede la **decorrenza automatica degli interessi** dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento, senza necessità di costituzione in mora (art. 4, co. 1). Gli stessi **termini di pagamento** sono determinati dal legislatore (co. 2: ad es., 30 giorni dal ricevimento della fattura, con gli allungamenti previsti dal co. 5 a favore di imprese pubbliche ed enti pubblici). L'*allungamento contrattuale* dei termini di pagamento è ammesso, ma se superiore a 60 giorni deve essere pattuito per iscritto e non deve risultare gravemente iniquo per il creditore (art. 4, co. 3).

Il **saggio degli interessi moratori** corrisponde alla misura degli interessi legali di mora (art. 5), che il legislatore determina (art. 2, co. 2, lett. *e*) attraverso una maggiorazione di *otto punti percentuali* rispetto al tasso di interesse applicato dalla BCE alle più recenti operazioni di rifinanziamento principali. Ne è consentita la *deroga contrattuale*, purché ancora una volta non risulti gravemente iniqua in danno del creditore (art. 7, co. 1).

La possibilità di pattuire interessi meno elevati di quelli previsti dal legislatore rischia per la verità di indebolire la tutela del creditore, che in tali casi può fondarsi soltanto sulla **clausola generale di iniquità**, con conseguenti forti profili di incertezza. Il legislatore prevede che l'iniquità deve essere valutata "avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il *principio di buona fede e correttezza*, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero" (art. 7, co. 2). Si presume iniqua la clausola che

esclude l'applicazione di interessi di mora (art. 7, co. 3) o il risarcimento per i costi di recupero del credito (art. 7, co. 4).

3. La tutela del consumatore contro le clausole vessatorie

I principi speciali della contrattazione di impresa ricostruiti nei precedenti paragrafi tutelano imprenditori e professionisti in quanto parti deboli nei rapporti con altri imprenditori e professionisti. I principi speciali della contrattazione di impresa devono tuttavia preoccuparsi evidentemente anche di tutelare i consumatori, in quanto parte fisiologicamente debole del rapporto con imprenditori e professionisti. La **debolezza del consumatore** deriva non solo da ragioni economiche, ma anche (ed anzi sempre più) da insufficiente possibilità di ponderazione e carenze di informazione in merito alle caratteristiche del contratto, dell'offerta delle imprese, e delle alternative disponibili. In particolare l'*insufficiente possibilità di ponderazione delle clausole contrattuali* (che al consumatore vengono il più delle volte di fatto imposte) può determinare la sua esposizione a rischi non in linea con la normale tipologia di operazione economica posta in essere. La codificazione del 1942 prendeva in considerazione questo problema in via generale (e non solo nei rapporti fra imprese e consumatori) negli artt. 1341-1342, che come noto impongono la *specificata sottoscrizione* delle clausole predisposte da un contraente, tali da imporre alla controparte condizioni contrattuali particolarmente gravose, tipizzate dalla norma. Nelle ipotesi di contratti fra imprese e consumatori, il problema è stato avvertito a livello europeo, e ha determinato l'approvazione della direttiva 93/13/CEE. Il legislatore europeo ha previsto tecniche di tutela del contraente debole ispirate non a un *principio formalistico* di sottoscrizione della clausola vessatoria, ma ad un *principio sostanzialistico di invalidità* delle clausole squilibrate (le c.d. **clausole vessatorie**). Le norme di attuazione della direttiva si ritrovano oggi negli artt. 33 ss. d.lgs. 206/2005 (c.d. **codice del consumo**).

Questa disciplina presuppone anzitutto un contratto fra un "**professionista**" ed un "**consumatore**" (art. 33 c.cons.). Rientrano dunque nella nozione non solo gli *imprenditori*, ma anche i *lavoratori autonomi* e i rispettivi ausiliari. Vi rientrano perciò senz'altro i *professionisti intellettuali*.

In linea di principio la disciplina di protezione del consumatore riguarda solo le clausole che non siano state "oggetto di **trattativa individuale**" (art. 34, co. 4, c.cons.). Il legislatore non consente peraltro al consumatore di negoziare nemmeno sulla base di una trattativa individuale alcune clausole che si risolverebbero sostanzialmente in una "scommessa" sull'adempimento del professionista o sul contenuto del contratto: esse, dunque, sono considerate vessatorie (e perciò nulle) sempre, anche se in concreto sono state oggetto di una trattativa. Si tratta precisamente delle *clausole che escludano o limitino la responsabilità del professionista* per danni al consumatore o per inadempimento totale o parziale; o ancora che estendano gli impegni contrattuali attraverso il rinvio a clausole ulteriori *di fatto non conoscibili* (art. 36, co. 2, c.cons.).

All'opposto il legislatore esclude in radice che possano avere carattere vessatorio le clausole attinenti all'*oggetto del contratto* e all'*adeguatezza del corrispettivo*, purché individuati in modo chiaro e comprensibile (art. 34, co. 2, c.cons.).

Fuori da queste ipotesi, la disciplina si incentra sul principio di nullità delle clau-

sole standardizzate che risultino vessatorie. La **nozione di vessatorietà** è diversa e ben più ampia di quella dell'art. 1341, co. 2, c.c., e si incentra anzitutto sulla norma generale dell'art. 33, co. 1, c.cons., secondo cui si considerano vessatorie le clausole che "determinano a carico del consumatore un **significativo squilibrio** dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". In generale, il significativo squilibrio dovrebbe ricorrere ogniqualvolta la clausola tenda ad attribuire al professionista apprezzabili vantaggi derivanti da profili accessori o da vicende contrattuali patologiche (ancorché indipendenti da colpa), che hanno determinato uno svolgimento del rapporto diverso da quello normale, auspicato dal consumatore.

Il legislatore predispose un elenco di **clausole vessatorie presunte** (art. 33, co. 2, c.cons.) salvo *prova contraria* del professionista. Si tratta ad es. delle clausole tendenti a restringere l'*opponibilità di eccezioni* del consumatore; ad *imporre penali*, trattiamenti di caparre o risarcimenti manifestamente eccessivi; a dare al professionista poteri di *recesso senza preavviso*, di *modifica unilaterale ingiustificata* delle clausole del contratto, di aumento del prezzo originariamente pattuito, di determinazione di condizioni sospensive dei suoi obblighi; a prevedere meccanismi di *rinnovo tacito* del contratto particolarmente onerosi; ad introdurre *clausole arbitrali* o *deroghe alla competenza* del giudice del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore.

Le clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori sono assoggettate ad una particolare **nullità di protezione**, che "opera soltanto a vantaggio del consumatore" e "può essere rilevata d'ufficio dal giudice" (art. 36, co. 3, c.cons.).

4. La tutela del consumatore contro le asimmetrie informative

La tutela del consumatore in quanto contraente debole è ulteriormente integrata da norme che regolano il momento delle *trattative* e della *formazione della volontà* contrattuale, per evitare che l'imprenditore o professionista approfitti di carenze di informazione del consumatore. Il problema delle cc.dd. **asimmetrie informative** delle parti del contratto (determinate dalle maggiori informazioni che l'imprenditore o professionista vanta in ordine alle caratteristiche dell'operazione oggetto di trattativa) è affrontato dal legislatore attraverso norme che vogliono garantire al consumatore una effettiva possibilità di ponderazione dei termini dell'operazione, nonché di confronto fra le diverse proposte delle imprese concorrenti.

a) In questo contesto si inserisce anzitutto la disciplina sulle **pratiche commerciali sleali**, di cui già si è parlato (artt. 18 ss. c.cons.), che tutela non solo la correttezza di informazione del consumatore, ma più in generale la sua *libertà di scelta* a fronte di indebite sollecitazioni all'acquisto, alterando simili pratiche le ordinarie e sane dinamiche concorrenziali.

b) Il rischio di insufficiente ponderazione è poi considerato particolarmente elevato per le *vendite effettuate fuori dai locali commerciali*. Nel commercio tradizionale, il "contatto fisico" che il consumatore instaura con la merce esposta in vendita e con il personale è normalmente considerato sufficiente per dargli accesso a informazioni adeguate sulle caratteristiche dell'offerta. Ove queste informazioni si rivelino erranee, ad es. perché la merce non presenta le qualità promesse o attese o il personale trasmette informazioni scorrette, si considerano sufficienti i generali rimedi della garanzia per vizi della cosa o di annullamento del contratto per dolo o errore. Questo con-

tatto fisico tende tuttavia sempre di più a mancare nelle forme di commercio più moderne, come accade nei **contratti conclusi a distanza** (in cui non c'è contatto personale diretto tra il professionista o suoi collaboratori e il consumatore: si pensi *in primis* al **commercio elettronico**). In questi casi la soglia di attenzione del consumatore è tendenzialmente più bassa e la sua decisione può basarsi su informazioni carenti o inappropriate. La sua tutela è perciò integrata dalle norme degli artt. 48 ss. c.cons. In particolare gli è riconosciuta la possibilità di **recesso** (art. 52 ss. c.cons.: diritto al ripensamento) entro 14 giorni dalla conclusione del contratto o, in caso di acquisto di beni, dalla loro ricezione, senza onere di motivazione e senza costi. Il professionista deve inoltre fornirgli un'**informazione completa**, fra l'altro in ordine alle caratteristiche del prodotto o servizio offerto, delle modalità di esercizio del recesso, nonché delle spese complessive (artt. 49 ss. c.cons.); tali informazioni devono essere trasmesse al consumatore "in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza" (ad es. per via telematica) e "in un linguaggio semplice e comprensibile" (art. 51 c.cons.), prima della stipulazione del contratto. Particolarmente stringenti sono poi gli obblighi di informazione relativi a **tempi e modalità di pagamento** nei contratti conclusi con mezzi elettronici, così da evitare che il consumatore non si renda conto che, mediante una certa operazione - ad es. l'invio di un *form online* o la pressione di un pulsante digitale -, si accinge a perfezionare il contratto e dunque ad assumere l'obbligo di pagamento (co. 2).

La **violazione** di questa disciplina di tutela dell'informazione precontrattuale consente al consumatore anzitutto l'attivazione degli ordinari rimedi civilistici (annullamento per vizio del volere, risarcimento del danno; nei casi più gravi è la legge stessa che sancisce la non vincolatività dell'ordine inviato dal cliente: v. specialmente ancora l'art. 51, co. 2 per il commercio elettronico). Inoltre, può essere fatta valere anche in via amministrativa secondo la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (cfr. art. 66, che rinvia all'art. 27).

Questo corredo di norme si applica infine anche ai contratti in cui c'è contatto fisico diretto tra professionista (o suoi collaboratori) e consumatore, ma che sono comunque *negoziati fuori dai locali commerciali* (si pensi agli agenti che fanno visita ai clienti a domicilio).

inidoneo all'uso), oppure le **qualità promesse** dal venditore (ad es., un certo consumo dell'automobile) (art. 1497); mentre la giurisprudenza, al fine di evitare gli stretti termini di decadenza per mancata denuncia e di prescrizione annuale, ritiene distinta, e soggetta invece all'ordinaria azione di risoluzione del contratto (art. 1453) nel termine di prescrizione decennale, l'ipotesi della consegna c.d. di *aliud pro alio*, ossia di un bene radicalmente diverso da quello previsto dal contratto (ad es., l'azienda non funzionante per mancanza di un'autorizzazione amministrativa necessaria per esercitare l'attività d'impresa).

Nelle *vendite dei beni di consumo* (cioè nelle vendite di beni mobili a consumatori) la legge prevede una **garanzia di conformità del bene** (idoneità all'uso, conformità alla descrizione fatta dal venditore, presenza delle qualità abituali di un bene dello stesso tipo) in termini più ampi di quelli generali (due anni dalla consegna) (art. 128 ss. c.cons.). Importante è poi la **garanzia del produttore** di un bene mobile per i danni cagionati da un prodotto difettoso (art. 114 ss. c.cons.) alle persone o alle cose diverse dal bene stesso (si pensi ad un incendio scoppiato nell'abitazione dell'utilizzatore finale a causa di un difetto di sicurezza del bene); questa garanzia opera anche se il danneggiato non ha acquistato il bene direttamente dal produttore, ma da un rivenditore (e quindi anche se non esiste un contratto di compravendita tra i primi due).

La disciplina sin qui esposta può essere poi integrata a livello contrattuale prevedendosi ulteriori **garanzie convenzionali** (come, ad es., quella di buon funzionamento: v. art. 1512; o quelle frequentemente inserite nei contratti di compravendita di partecipazioni sociali e aziende). Molto importante e diffusa è anche la c.d. *garanzia di fabbrica* (art. 133 c.cons.), ossia la dichiarazione negoziale con cui un soggetto (il produttore o un rivenditore intermedio) garantisce una prestazione riparatoria o di sostituzione, per l'ipotesi in cui il bene presenti delle anomalie materiali (ad es., lo *smartphone* non risulta funzionante), ad altro soggetto (di norma: consumatore) pur senza che tra i due esista una vendita diretta (perché il contratto è concluso tra il rivenditore finale e il consumatore): l'acquirente può in tal caso richiedere la riparazione o la sostituzione direttamente al produttore o al distributore in Italia per conto del produttore.

L'art. 1498 stabilisce l'**obbligazione principale del compratore**: il pagamento del prezzo, determinato nel contratto oppure da parte di un terzo, se così dispone il contratto stesso (art. 1473).

2. La somministrazione

Notevolmente utilizzata, tra i contratti d'impresa relativi al collocamento di beni, è in secondo luogo la **somministrazione o fornitura**, ossia il contratto con il quale (art. 1559) una parte si obbliga, verso il corrispettivo di un prezzo, ad eseguire prestazioni periodiche o continuative di beni (ad es., di energia elettrica, di una determinata materia prima, ecc.). Con tale contratto l'utente (sia esso imprenditore, professionista o consumatore) soddisfa, attraverso una pluralità di prestazioni, necessità di carattere non isolato, ma continuativo o periodico. La somministrazione è, dunque, un *rapporto di durata*, che può essere a tempo determinato (se è pattuita una scadenza) o indeterminato.

Configurandosi un trasferimento periodico di beni, operano tutte le **garanzie** già esaminate per la compravendita (art. 1570 e art. 128, co. 1, c.cons.). Trattandosi di contratto di durata, inoltre, secondo quello che è ritenuto un principio generale di tali rapporti quando siano conclusi a tempo indeterminato, è concessa a ciascuna delle parti la facoltà di **recedere** in ogni momento, previo congruo preavviso (art. 1569).

Vi è, inoltre, una speciale disciplina dell'**inadempimento** relativo ad una delle singole prestazioni (ad es., mancata fornitura di una singola partita di gomme per automobili da consegnare ogni mese; mancato pagamento del prezzo relativo alla singola fornitura): l'altra parte ha diritto a richiedere la risoluzione del contratto se l'inadempimento non solo ha notevole importanza (sulla base del principio previsto in generale all'art. 1455), ma, anche, sia tale da far venir meno la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti (art. 1564).

Spesso, allo scopo di assicurare la continuità delle forniture e poter fare affidamento su un flusso continuo di richieste oppure offerte, è contenuta una **clausola di esclusiva** a carico del somministrante o dell'avente diritto alla somministrazione, con cui rispettivamente il fornitore o il beneficiario si impegnano a non compiere a favore o a non ricevere da terzi prestazioni della stessa natura di quelle che formano oggetto del contratto (artt. 1567 e 1568: si pensi al distributore di carburante che si impegna a rifornirsi dei prodotti petroliferi solo del fornitore); nonché una **clausola di preferenza** con cui l'avente diritto alla somministrazione si obbliga, per il periodo massimo di cinque anni, a dare preferenza al fornitore nella stipulazione di un successivo contratto per lo stesso oggetto, se questi è disposto a praticargli le medesime condizioni contrattuali offerte da terzi (art. 1566).

3. Locazione, noleggio

A) L'accesso all'utilizzo di un bene può, in alternativa all'acquisto della proprietà o titolarità, essere realizzato, di norma a fronte di un investimento meno impegnativo dal punto di vista finanziario, attraverso il contratto di **locazione**, con cui una parte (il locatore) si obbliga, verso un determinato corrispettivo, a far godere all'altra parte (il conduttore) una cosa mobile (un macchinario; un'automobile) o immobile (art. 1571). Nel caso si tratti di bene produttivo (ad es., un'azienda) il contratto si denomina *affitto* (art. 1615).

Nell'ambito di un'impresa, è contratto che si riscontra sia sul lato del collocamento di beni (si pensi al *car rental*), sia su quello del reperimento dei fattori produttivi (si pensi all'imprenditore che prende in locazione i locali commerciali o in affitto l'azienda di un terzo).

La disciplina del contratto prevista dal codice è integrata, con riferimento agli immobili, da varie e importanti *leggi speciali*, in particolare dirette a tutelare da un lato la stabilità nel tempo del rapporto e la continuità dell'impresa per quanto concerne le *locazioni ad uso commerciale* (l. 392/1978); d'altro lato a rafforzare la protezione del conduttore per quanto concerne i rapporti di *locazione ad uso abitativo* (l. 431/1998).

Con riferimento alla **durata** del contratto, il codice prevede (art. 1573) solo un termine massimo di trent'anni. Tuttavia, con riferimento agli *immobili urbani ad uso*

Quest'ultima ipotesi presenta peraltro una maggiore complessità, perché è diffusa sotto forma di noleggio senza oppure con conducente. Solo il primo dei due casi è riconducibile alla locazione; il secondo integra invece un contratto di trasporto (art. 1678; v. *infra*). Nel contratto di noleggio senza conducente (spesso, nella prassi, a lungo termine) il noleggiante, oltre a concedere in godimento al noleggiatore l'autoveicolo, fornisce ad esso un complesso di servizi (assicurazione, bollo, manutenzione, ecc.) che, però, rimangono meramente accessori rispetto alla prestazione principale e, pertanto, non collocano il contratto al di fuori, ma nello schema tipico della locazione, con la conseguenza che la disciplina applicabile rimane quella prevista per quest'ultima tipologia contrattuale.

Il noleggio può anche integrare ipotesi contrattuali complesse o miste, ossia di locazione di cose mobili e di appalti di servizi, quali la prestazione di attività ulteriori (ad es., la messa in opera e la rimozione dei beni dati in godimento dal noleggiante: si pensi all'utilizzo di sedie per manifestazioni occasionali o di impalcature per cantieri edili).

D) Non è raro che al noleggio sia ricondotto anche il contratto di *leasing operativo*, ossia il contratto con cui il proprietario di beni mobili ad alta standardizzazione tecnologica e rapida obsolescenza (ad es. apparecchiature per uffici, come le stampanti) si obbliga a concedere gli stessi in godimento all'utilizzatore (oltre a offrire a quest'ultimo altri servizi: ad es., manutenzione), verso pagamento di un corrispettivo (canone) per un periodo di tempo commisurato alla vita economica del bene; alla scadenza del contratto, di regola, avviene la restituzione del bene, pur potendo il locatario esercitare l'opzione di acquisto. Si tratta di un contratto di *leasing* da tenere distinto da quello *finanziario* (che costituisce ora un contratto tipico: v. art. 1, co. 136, l. 124/2017), in quanto quest'ultimo coinvolge tre parti (il concedente-società di *leasing*; l'utilizzatore; il fornitore) e ha una funzione fondamentale di finanziamento. Per questo, esso rientra fra i contratti di approvvigionamento finanziario dell'impresa e se ne tratterà più avanti.

I principali vantaggi del contratto di *leasing operativo* consistono, per l'utilizzatore, nella possibilità di usufruire di un bene (solitamente strumentale all'attività imprenditoriale), dietro il pagamento di un canone mensile, senza dover intaccare la liquidità e le linee di credito bancarie (come sarebbe necessario se egli lo acquistasse pagandone l'intero valore) e senza dovere sopportare il rischio di obsolescenza del bene e i relativi oneri di manutenzione, oltre che nella possibilità di sostituzione del bene a fronte dell'ordinaria usura dello stesso; per il concedente-produttore del bene, nel fatto che l'ammontare del canone periodico è remunerativo anche di tali oneri e, pertanto, il concedente si assicura un canone che comprende anche il contratto di manutenzione del bene per la durata del *leasing* con i relativi margini di redditività, fidelizzando il cliente.

4. Vendita e locazione di prodotti digitali

Nella realtà contemporanea le relazioni commerciali si svolgono sempre più diffusamente su supporti digitali e attraverso l'utilizzo del *web*, servendosi di strumenti informatici che consentono di creare, trasmettere e conservare i dati.

La prima categoria di contratti riguarda la **compravendita di prodotti digitali** effettuata a distanza, mediante reti telematiche. Essi consentono all'acquirente di ac-

quistare un prodotto digitale dal venditore attraverso l'utilizzo del *web* (ad es. l'acquisto di un *e-book* dall'*e-commerce* di una casa editrice). L'elemento digitale connota sia le *modalità di conclusione del contratto* (lo scambio dei consensi si realizza infatti attraverso operazioni di natura informatica), sia le *modalità di trasmissione del bene compravenduto*, la quale si realizza via e-mail oppure mettendo a disposizione dell'acquirente un *link* per scaricare il prodotto.

Nella seconda categoria di contratti (genericamente indicati come di *locazione o concessione di prodotti digitali*) rientrano, ad es., i contratti di licenza d'uso di *software* e i contratti di *cloud computing*.

I contratti di **licenza d'uso di software** sono quei contratti attraverso i quali una parte (il licenziante), titolare dei diritti di sfruttamento economico sul *software*, concede all'altra (il licenziatario) una licenza di utilizzo dello stesso affinché se ne serva, in conformità alle condizioni di licenza e per un periodo determinato (ad es. il contratto con il quale l'utente acquisisce il diritto di utilizzare un *software* di videoscrittura per il periodo di un anno). Il contratto prevede generalmente *clausole di non esclusività* (che consentono al licenziante di concedere in licenza il medesimo *software* a un numero indeterminato di soggetti) e *non trasferibilità* (che vietano al licenziatario di disporre del proprio diritto a favore di terzi), nonché *clausole di non modificabilità* (che vietano al licenziatario di operare sulla struttura del *software* al fine di alterarla).

Una diffusa tipologia dei contratti di licenza d'uso di *software* è rappresentata dai **contratti di accesso a banche dati** (o *database*), i quali consentono all'utente licenziatario di accedere ed estrarre i dati organizzati e resi disponibili in un determinato *database* dal licenziante. Tale contratto prevede generalmente delle clausole che disciplinano le modalità (e i limiti) di utilizzo (e di riutilizzo) dei dati estratti dall'utente.

I **contratti di cloud computing** sono i contratti che intercorrono tra il fornitore di un servizio in *cloud* (c.d. *cloud provider*) e l'utilizzatore di tale servizio, i quali consentono a quest'ultimo di utilizzare spazi di memorizzazione o altri ambienti di sviluppo attraverso il collegamento a server remoti, gestiti dal *cloud provider*. Questi contratti sono importanti per due ragioni principali: da un lato perché lo spazio informatico esterno consente una notevole riduzione dei costi; d'altro lato perché l'esternalizzazione consente di raggiungere standard di sicurezza informatica più elevata. Clausola tipica dei contratti di *cloud computing* è la c.d. clausola di *service legal agreement*, la quale definisce le metriche di servizio (ossia la qualità di servizio) che il *cloud provider* si impegna a garantire nei confronti dell'utilizzatore (ad es., la clausola con la quale il *cloud provider* si impegna a garantire che il servizio sarà attivo per almeno il 99% del tempo oggetto della durata del contratto).

Sia i contratti di licenza d'uso di *software* che i contratti di *cloud computing* sono considerati contratti di *natura atipica*, frutto del progressivo processo di adattamento all'evoluzione tecnologica; ad essi, per quanto non previsto dal contratto e in quanto compatibili, si ritengono applicabili le norme della locazione.

II. I contratti relativi al collocamento di servizi

1. Appalto

L'archetipo dei contratti relativi al collocamento di servizi è l'**appalto**, ossia il con-

tratto (art. 1655) con cui una parte (appaltatore), assume l'obbligo verso l'altra parte (committente) di compiere, per mezzo di un'organizzazione dei mezzi necessari e gestione imprenditoriale, un'opera (cioè la realizzazione di un prodotto: ad es., l'assemblaggio dei componenti e l'installazione di un impianto) o un servizio (ad es., la sua manutenzione) a fronte di un corrispettivo in danaro.

L'appalto può essere *a corpo*, caratterizzato dalla fissazione globale del corrispettivo; oppure *a misura*, che prevede, invece, la fissazione del corrispettivo sulla base della singola unità di misura (ad es., a metro quadro) oppure delle diverse categorie di interventi (ad es., lavori idraulici; elettrici; ecc.).

Gli **elementi caratterizzanti** il contratto sono la *prestazione di fare* dell'appaltatore e la sua esecuzione mediante un *apparato organizzativo con gestione a suo rischio*.

Il primo elemento (che riguarda il contenuto dell'obbligazione) *distingue l'appalto dalla compravendita*, quando sia prevista la realizzazione di un prodotto: l'appalto ha ad oggetto un'attività di fabbricazione, la compravendita semplicemente un trasferimento. Alcune fattispecie sono facilmente inquadrabili: la costruzione di una casa su terreno di proprietà del committente è un appalto; il trasferimento di un bene dal rivenditore finale all'acquirente è una vendita. Altre ipotesi sono invece di difficile qualificazione (e quest'ultima, come si vedrà, non è irrilevante, in particolare per quanto riguarda la disciplina del recesso o le responsabilità per vizi e difetti): ad es., la fabbricazione di un macchinario con componenti fornite dallo stesso fabbricante. La giurisprudenza risolve il problema verificando se vi sia, nella volontà contrattuale, la prevalenza dell'elemento dell'opera produttiva rispetto alla materia fornita (ad es., la cessione di una macchina utensile prodotta in serie è compravendita, anche se il venditore si impegni ad apportare qualche modifica all'esemplare venduto; la fabbricazione di una macchina speciale, a partire dalla componentistica, per integrarla nel sistema di impianti del cliente, è appalto).

Il secondo elemento (l'apparato organizzativo) *distingue l'appalto rispetto al contratto d'opera* (art. 2222), in cui la prestazione di fare è realizzata con il lavoro personale, intellettuale o materiale, del contraente. In quest'ottica l'appaltatore, se autorizzato dal committente, può anche affidare il compimento di parti dell'opera a terzi subappaltatori (art. 1656), del cui operato risponde comunque direttamente. In ragione della gestione a proprio rischio, l'obbligazione dell'appaltatore è inoltre considerata tradizionalmente *di risultato* e non di mezzi, come spesso (anche se non necessariamente) è invece l'obbligazione del prestatore d'opera, in particolare se intellettuale (ad es., la prestazione del medico o dell'avvocato).

La peculiarità dell'oggetto del contratto costituisce la ragione per cui la disciplina contiene una serie di complesse previsioni speciali finalizzate ad adeguare le prestazioni delle parti pur in presenza di **circostanze sopravvenute**. L'art. 1664 consente ad entrambi i contraenti di chiedere all'altro una *revisione del prezzo*, qualora vi siano aumenti o riduzioni imprevedibili del costo dei materiali o della mano d'opera; l'appaltatore ha inoltre il diritto di richiedere un equo compenso (ossia, in sostanza, una modifica in aumento del corrispettivo) in presenza di difficoltà di esecuzione dell'opera di natura geologica, idrica o simile. Gli artt. 1659-1661 prevedono poi la disciplina (comunque in larga parte derogabile) delle *varianti dell'opera* rispetto al progetto; tali varianti comportano una modifica del contenuto del contratto e si di-

stinguono in: a) varianti *proposte dall'appaltatore*, che devono essere approvate, in forma scritta, dal committente; varianti *necessarie ai fini di un'esecuzione a regola d'arte*, che l'appaltatore non può rifiutarsi di apportare e per le quali ha diritto a una variazione di prezzo (salvo il diritto di recesso a favore di entrambi, qualora la modifica sia di notevole entità); varianti *ordinate dal committente*, il quale ha il diritto di modificare il contenuto del contratto nei limiti del sesto del prezzo complessivo convenuto e salvo il riconoscimento di un compenso ulteriore a favore dell'appaltatore.

Al committente sono inoltre riservati una serie di poteri in corso di esecuzione dell'opera: il diritto di **recesso** (art. 1671) quando non abbia più interesse alla prosecuzione del contratto, con l'obbligo di tenere indenne l'appaltatore dalle spese sostenute, dai lavori eseguiti e dal mancato guadagno; il diritto di **risoluzione** del contratto, nel caso in cui l'opera sia divenuta impossibile per causa non imputabile ad alcuno dei contraenti, in tal caso essendo tenuto a corrispondere il prezzo proporzionale alla parte eventualmente già realizzata, ma soltanto quando quest'ultima gli sia *utile* in base ad una considerazione oggettiva della finalità del contratto (art. 1672: non è questo il caso, ad es., qualora la casa non possa essere abitata a causa di inquinamento del sottosuolo).

Al completamento dell'opera da parte dell'appaltatore deve seguire la verifica da parte del committente (art. 1665, denominata nella prassi *collaudo*) e la sua **accettazione** (dovuta, se l'opera è a regola d'arte e conforme al contratto). Da questo momento decorre l'obbligo di pagamento del prezzo (salvo che, come frequentemente accade, si tratti di opere da eseguire *per partite o per stati di avanzamento lavori*, in cui la verifica, accettazione e relativo pagamento avvengono per singola parte di opera eseguita: art. 1666); nonché il passaggio del rischio di perimento o deterioramento dell'opera, in precedenza gravante sull'appaltatore (art. 1673).

Anche dopo l'accettazione, il committente può far valere le **garanzie per vizi o difformità**: senza condizioni, se occulti; solo se ha accettato con riserva, se riconosciuti o riconoscibili. Come nella compravendita, la garanzia richiede una *contestazione* (denuncia) entro un termine breve (sessanta giorni dalla scoperta); attribuisce il diritto di richiedere, in via alternativa e diversamente dalla compravendita, l'eliminazione dei vizi o difformità a spese dell'appaltatore oppure la riduzione proporzionale del prezzo, entro il termine di prescrizione di due anni dalla consegna (artt. 1667 e 1668, co. 1); nonché la risoluzione del contratto, se l'opera risulta del tutto inadatta alla sua destinazione.

Infine il contratto di appalto prevede un particolare regime di responsabilità dell'appaltatore (che la giurisprudenza considera un'ipotesi di responsabilità da fatto illecito) per i vizi più gravi, ossia per i casi di **rovina e gravi difetti di beni immobili** (art. 1669), allo scopo di tutelare il committente o i suoi aventi causa (ma anche l'interesse pubblico alla stabilità degli edifici, tanto che la norma ricomprende anche il solo pericolo di rovina e gravi difetti). Tale responsabilità si estende fino a *dieci anni* dal compimento dell'opera, purché la contestazione avvenga entro un anno dalla scoperta.

Merita segnalare che una disciplina speciale è dedicata all'**appalto pubblico**, ossia ai casi in cui l'opera o il servizio sono commissionati per un interesse collettivo dallo

Stato o da un altro ente pubblico. Essa è contenuta nel *codice degli appalti* (d.lgs. 50/2016), che deroga alla disciplina del codice civile in particolare per quanto riguarda la scelta del contraente (che deve avvenire attraverso procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica) e per i più penetranti poteri a favore della pubblica amministrazione di modifica delle condizioni del contratto.

2. Trasporto

Il contratto di **trasporto** è quel contratto con cui il vettore si obbliga nei confronti dell'altra parte a trasferire, verso corrispettivo, persone (passeggeri) o cose (merci) da un luogo ad un altro (art. 1678). La disciplina di diritto comune prevista dal codice civile si applica a ogni forma di trasporto (marittimo, aereo, ferroviario e postale), in quanto non sia derogata dal codice della navigazione e dalle leggi speciali (art. 1680).

Gli elementi caratterizzanti il contratto sono l'*obbligazione (di risultato)*, in capo al vettore (che generalmente è un imprenditore, ma che può anche essere un soggetto non professionale) di trasferire persone o cose da un luogo ad un altro; l'*obbligazione del passeggero trasportato o del mittente* (nel caso di trasporto di cose) al *pagamento del prezzo* (salvo il caso del trasporto gratuito: v. *infra*); il *viaggio* che il vettore compie da un luogo ad un altro. Risulta, invece, solo eventuale il termine del contratto (inteso come tempo di esecuzione della prestazione), la cui indicazione però, se è fatta, è particolarmente rilevante per la responsabilità del vettore. Al di là di questi elementi possono essere configurate *prestazioni ulteriori* a carico delle parti, generalmente a carico del vettore (prestazioni strumentali: ad es., il carico e lo scarico della merce o la custodia della stessa, o prestazioni accessorie, quali il trasporto anche del bagaglio).

Il contratto di trasporto è un contratto consensuale, che, dunque, si perfeziona con la manifestazione del consenso delle parti. Tuttavia, può essere concluso anche per fatti concludenti, quando, ad es., nel trasporto di cose la merce sia consegnata al vettore; oppure, nel trasporto di persone, una persona salga a bordo del mezzo senza aver acquistato il biglietto (e, dunque, senza aver esplicitamente concluso il contratto con il vettore); tant'è che, nel caso (diffuso nella prassi) in cui il predetto passeggero subisca dei danni durante il trasporto, il vettore è tenuto a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale.

Il contratto di trasporto è a *forma libera*: la forma scritta *ad probationem* è eccezionalmente richiesta solo per il trasporto marittimo di persone e di cose, nonché per il trasporto aereo di cose (rispettivamente: artt. 396, 419 e 950 cod. nav.).

La disciplina applicabile varia a seconda dell'oggetto del trasporto: persone (art. 1681 e 1682) o cose (art. 1683 ss.).

Con riguardo al **trasporto di persone**, il codice civile si limita a disciplinare (art. 1681) la responsabilità del vettore, che sorge per inadempimento (assoluto o mero ritardo nell'esecuzione del trasporto), per danni alla persona del viaggiatore e per la perdita e avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé, salvo che il vettore dia prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. A questa responsabilità di natura contrattuale si aggiunge, ricorrendone i presupposti, anche la configurabilità della responsabilità extracontrattuale: circostanza, quest'ultima, particolarmente rilevante per evitare la scadenza del termine di prescrizione breve di un anno cui è

altrimenti soggetta l'azione contrattuale (art. 2951). Inoltre sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore, rimanendo invece salva la possibilità di limitazioni di responsabilità relative ai sinistri sulle cose del viaggiatore, purché però egli non sia consumatore. Queste norme trovano applicazione anche nell'ipotesi di contratto di **trasporto gratuito** (che si distingue dal trasporto c.d. *amichevole o di cortesia*, in quanto quest'ultimo è eseguito al di fuori di un rapporto contrattuale, per ragioni di cortesia o amicizia, consistendo dunque nella semplice effettuazione materiale del trasferimento).

Con riguardo al **trasporto di cose**, la peculiarità principale consiste nel fatto che sul vettore grava l'*obbligazione di custodia* della merce, che è strumentale rispetto a quella del trasferimento. Ciò amplia il raggio di responsabilità del vettore, tenuto al risarcimento del danno non solo nel caso di inadempimento all'obbligo di trasporto, ma anche nel caso di perdita o avaria delle cose trasportate, salva la prova che la perdita o l'avaria siano derivate da caso fortuito, dalla natura o vizi delle cose o dal loro imballaggio, o dal fatto del mittente o del destinatario (art. 1693).

3. Viaggio

Il contratto di viaggio è quel contratto con cui un imprenditore turistico svolge attività di *intermediazione* o di *organizzazione* di viaggi e ogni altra forma di prestazione turistica accessoria a servizio del cliente finale (il turista).

L'espressione contratto di viaggio è, quindi, riferita a due distinte tipologie contrattuali. La prima consiste nel contratto di **organizzazione di viaggio**, con cui l'agenzia turistica (c.d. *tour operator*) stipula una serie di contratti di trasporto (con i vettori), soggiorno in albergo (con i gestori delle strutture ricettive) e ogni altro servizio a essi riferito, in nome proprio ma con la previsione di indicare successivamente coloro che beneficeranno dei relativi servizi. Si tratta dunque di un insieme servizi riuniti in un c.d. *pacchetto turistico* (art. 34 d.lgs. 79/2011, c.d. codice del turismo), che sono offerti al cliente a fronte del pagamento di un prezzo complessivo; il turista stipula dunque un contratto con il *tour operator* e non con i singoli fornitori dei servizi inclusi. Si tratta di un contratto tipico disciplinato dal codice del turismo quale sottotipo dell'appalto di servizi, caratterizzato dalla finalità turistica.

La seconda tipologia riguarda il contratto di **intermediazione di viaggio**, in cui un imprenditore turistico (c.d. *travel agent*) procura un contratto di organizzazione di viaggi già allestito da un *tour operator* e lo offre al turista; in tal caso il *travel agent*, puro intermediario, agisce quale mandatario (normalmente) con rappresentanza del turista cliente finale nei confronti del *tour operator*. La differenza tra i due contratti predetti e tra le relative figure professionali è rilevante in quanto traccia diversi obblighi (e responsabilità) in capo alle parti.

In ogni caso, chi acquista un pacchetto turistico è assoggettato alla disciplina europea recepita dalla normativa nazionale, volta a garantire un'ampia tutela al turista: in particolare a quest'ultimo devono essere fornite specifiche e articolate informazioni (artt. 36 s. codice del turismo); egli ha poi diritto al risarcimento del **danno da vacanza rovinata**, nel caso in cui l'inadempimento delle prestazioni turistiche non sia di scarsa importanza (art. 47).

4. Servizi della società dell'informazione

Un'esigenza sempre più sentita dalla realtà imprenditoriale contemporanea è rappresentata dalla possibilità di utilizzare spazi digitali, all'interno dei quali diffondere contenuti digitali o, se si è un'impresa, promuovere i prodotti ed i servizi offerti. Tale possibilità si realizza attraverso la stipulazione, fra gli altri, dei contratti di *hosting providing* e dei contratti di adesione ad un *social network*.

Il **contratto di hosting providing** è il contratto in base al quale un soggetto, detto *hosting provider*, fornisce alla controparte contrattuale uno spazio informatico allocato su un *server* per ospitare delle pagine *web*, rendendole così accessibili agli utenti mediante l'utilizzo di *internet* (ad es. il caricamento di un video su *Youtube*).

Il **contratto di adesione ai social networks** è invece il contratto che disciplina le modalità di creazione, di utilizzo e di cancellazione di un profilo da parte di un utente su un determinato social (ad es. il contratto di iscrizione ad *Instagram*).

Se il cliente di tali servizi è a sua volta un imprenditore, la finalità perseguita è sostanzialmente di *natura pubblicitaria*, in quanto gli consente di avere visibilità sul *web* e di comparire nelle ricerche *online* effettuate dagli utenti. Tali contratti possono avere carattere gratuito ovvero oneroso, generalmente a seconda che il contratto garantisca all'utente l'utilizzo delle funzionalità di base (ad es. il contratto "base" di iscrizione a *Facebook*) ovvero consenta all'utente l'accesso a maggiori funzionalità e servizi, con particolare riferimento alla diffusione dei contenuti caricati sulla piattaforma (ad es. il contratto che consente all'utente di creare inserzioni sponsorizzate su *Facebook*).

Una modalità alternativa per realizzare un'attività pubblicitaria è poi rappresentata dalla stipulazione di un contratto di **pubblicità radiotelevisiva**. Attraverso tale contratto un imprenditore versa un corrispettivo in denaro ad un emittente per la fruizione di uno spazio pubblicitario nel palinsesto televisivo o radiofonico.

Sia i contratti di *hosting providing* e di adesione ai *social networks*, sia i contratti di pubblicità radiotelevisiva sono caratterizzati da una spiccata *atipicità*, per cui la relativa disciplina non è rinvenibile in alcuna disposizione codicistica, ma può essere ricostruita soltanto attraverso un'analisi dei testi contrattuali utilizzati nella prassi, al fine di individuarne i tratti comuni.

Si rinvencono inoltre alcune **clausole ricorrenti**, le quali riflettono il maggiore potere contrattuale rivestito dal fornitore dei servizi, fra cui: *clausole di manleva*, con le quali il committente, in considerazione della oggettiva difficoltà da parte del fornitore del servizio di verificare i contenuti caricati nello spazio acquisito, si impegna a tenere indenne quest'ultimo da qualsiasi pretesa proveniente da terzi (ad es. la clausola con la quale il committente si impegna a tenere indenne la società di radiotelevisione per ogni reclamo, pretesa o denuncia connessi alla diffusione delle comunicazioni commerciali oggetto del contratto; per il servizio di *hosting* una *esenzione*, a favore del fornitore dello spazio virtuale, *da obblighi di sorveglianza e da responsabilità per i contenuti caricati dagli utenti* è stabilita dagli artt. 16 s. d.lgs. 70/2003); clausole che, alla luce dell'innovazione continua, attribuiscono al fornitore dei servizi i *diritti di modifica* dello spazio concesso, al fine di riadattarlo alle esigenze contingenti (di natura tecnologica, di palinsesto ecc.: ad es., la clausola che consente all'*host* di modificare le condizioni tecniche del servizio di *hosting* in qualsiasi momento quando ciò sia reso necessario dall'evoluzione tecnologica).

§ 17. I CONTRATTI DI ORGANIZZAZIONE

SOMMARIO: I. *Organizzazione della filiera di sbocco: i contratti allocativi.* - 1. Concessione di vendita. - 2. Affiliazione commerciale (*franchising*). - II. *Organizzazione della produzione: outsourcing.* - 1. Subfornitura e subappalto. - III. *Organizzazione della struttura collaborativa.* - 1. Il mandato. - 2. L'agenzia. - 3. La mediazione.

I. *Organizzazione della filiera di sbocco: i contratti allocativi*

I contratti sin qui esaminati sono funzionali al *collocamento del singolo bene o servizio* dal produttore (o dal fornitore intermedio) al cliente (finale o a sua volta intermedio). Essi manifestano dunque l'operatività dell'impresa, nella fase di sbocco sul mercato, in una dimensione per così dire atomistica. Si deve però guardare alla fase di sbocco anche in una dimensione più globale, cioè alle modalità attraverso cui l'impresa *struttura la distribuzione commerciale* dei propri beni o servizi.

Tale distribuzione può avvenire: a) in forma diretta, ossia attraverso il trasferimento dal produttore al cliente finale; b) in forma indiretta, attraverso più passaggi tra loro però non coordinati (ad es., l'editore vende alle singole librerie i libri che di volta in volta queste gli richiedono); c) in forma ancora indiretta, ma allestendo una struttura distributiva organizzata; in tale ultimo caso si realizza, per mezzo di specifici contratti tra il produttore e i distributori intermedi, una vera e propria **filiera allocativa**.

1. *Concessione di vendita*

Appartiene a questa categoria il contratto di **concessione di vendita**, con cui il concedente, che di norma è il produttore di determinati beni, si obbliga a fornire al concessionario, o distributore, i propri prodotti, a fronte dell'obbligo del secondo di acquistarli e di venderli, con o senza *esclusiva*, sul mercato, attraverso un'attività promozionale nella maggior parte dei casi controllata dal concedente (si pensi ai concessionari automobilistici).

Si tratta di un contratto, con funzione sia di scambio che di collaborazione, non espressamente disciplinato dalla legge, e pertanto *atipico*, ma di grande rilevanza pratica. Si ritengono per lo più applicabili le *norme in tema di somministrazione* (artt. 1559 ss.).

Il contratto di concessione di vendita si distingue da quello di *agenzia* in quanto il concessionario acquista i beni che rivende direttamente al pubblico, e quindi sopporta sia il rischio dell'organizzazione dell'attività di commercializzazione, sia il rischio del mancato pagamento da parte del cliente. In particolare la distinzione rileva sul piano dello *scioglimento anticipato del rapporto*, che, se operato dal concedente, può

causare importanti ripercussioni sugli investimenti effettuati dal concessionario: proprio perché non è un contratto di agenzia, la giurisprudenza non ritiene applicabile l'indennità di cessazione del rapporto prevista all'art. 1751. Di recente, tuttavia, nell'ottica di tutelare maggiormente il contraente debole, si è ritenuto - sempre in giurisprudenza - abusivo, e fonte di responsabilità per danni a favore del concessionario, il recesso improvviso e immotivato da parte del concedente.

2. *Affiliazione commerciale* (franchising)

Un sistema di distribuzione integrata dei prodotti o servizi dell'impresa può essere raggiunto anche con contratti diversi dalla concessione di vendita, che presentano comunque caratteristiche simili e che anzi offrono l'opportunità di una maggiore integrazione della filiera.

In particolare con il contratto di **affiliazione commerciale** (*franchising*) un imprenditore (affiliante, o concedente) attribuisce ad un altro imprenditore (affiliato), verso un determinato corrispettivo, il diritto all'uso di un marchio, insegna, denominazione commerciale, nonché gli fornisce un'assistenza tecnica e commerciale (sia in fase di avvio, che nel corso della durata del contratto), per la commercializzazione di beni che possono essere prodotti dallo stesso affiliante (si pensi alle catene di negozi di abbigliamento dei *brand* più noti), oppure dall'affiliato (si pensi alle catene di locali *fast-food*). In questo modo, la clientela si trova di fronte ad una *rete di punti vendita* che percepisce come unitaria e può quindi fare affidamento su una piena omogeneità di qualità e caratteristiche dei prodotti e servizi; ogni punto vendita costituisce comunque un'impresa di cui è titolare il singolo affiliato, il quale è dunque un imprenditore autonomo rispetto all'affiliante.

L'affiliazione commerciale è disciplinata dalla l. 129/2004. Si distingue dalla concessione di vendita, come si accennava, per la maggiore pervasività dell'integrazione della filiera: l'affiliato è vincolato *ex lege* all'utilizzo dei segni distintivi del concedente così da rendere di fatto il proprio punto vendita indistinguibile dagli altri; l'affiliante ha l'obbligo *ex lege* di prestare l'opportuna assistenza tecnica e commerciale.

L'affiliazione commerciale presenta una maggiore rigidità della disciplina, in quanto la legge ha previsto alcune **tutele** a favore dell'affiliato, considerato contraente debole, dato che egli opera seguendo le politiche di vendita del concedente e con i segni distintivi di quest'ultimo (in quanto dotati di capacità attrattiva della clientela). L'affiliante deve innanzitutto informare l'affiliato sulle caratteristiche della rete di punti vendita attraverso specifici *obblighi precontrattuali*, a pena di annullamento del contratto (art. 6). In secondo luogo il contratto deve essere stipulato per iscritto e non può avere una durata inferiore a tre anni (per consentire all'affiliato di recuperare l'investimento iniziale: ad es., i costi collegati all'apertura del negozio); inoltre deve avere un certo contenuto previsto dalla legge (art. 3); in particolare l'accordo deve specificare le spese e gli investimenti iniziali a carico dell'affiliato, le modalità di determinazione delle *royalties* (ossia i compensi spettanti all'affiliante sulle vendite realizzate dall'affiliato), l'eventuale esclusiva a favore del concedente. Anche l'affiliato, d'altro lato, è vincolato da specifici obblighi legali: non trasferire la sede dell'attività (il negozio sulla via principale della città), se non per causa di forza maggiore, e mantenere la massima riservatezza sulla caratteristiche dell'attività.

II. Organizzazione della produzione: outsourcing

1. Subfornitura e subappalto

Si riconduce al fenomeno dell'*outsourcing* la scelta dell'imprenditore di non assumere (o di dismettere) la gestione diretta di alcuni segmenti o alcune parti dell'attività produttiva, nonché dei servizi estranei al c.d. *core business* ma strumentali alla produzione, e di affidarla invece ad un terzo imprenditore, al fine di ottenere una riduzione dei costi oppure un miglioramento di alcune fasi aziendali o dei servizi realizzati.

Tale risultato può essere raggiunto attraverso una pluralità di contratti, che spesso presentano profili di vicinanza: somministrazione; appalto d'opera o di servizi; subfornitura.

In particolare il contratto di **subfornitura** è caratterizzato (art. 1 l. 192/1998) dall'obbligo, da parte di un imprenditore, di eseguire, per conto di un'impresa committente, lavorazioni sulla materia prima o su prodotti semilavorati forniti dal committente (c.d. subfornitura *di lavorazione*), oppure di realizzare prodotti o servizi destinati ad essere incorporati nell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso (c.d. subfornitura *di prodotti o servizi*: ad es., stampi per la produzione o servizi informativi). Ciò deve avvenire in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dal committente. Occorre quindi che vi siano delle *direttive tecniche* di quest'ultimo e che la prestazione del subfornitore venga incorporata nel prodotto finale del committente.

Si tratta in sostanza, nella maggior parte dei casi, di un contratto avvicicabile ad una somministrazione o appalto continuativo di servizi, cui si applica la relativa disciplina codicistica. La l. 192/1998 ha però inserito, a tutela del subfornitore, che è considerato il contraente debole da proteggere, alcune norme speciali, in larga parte *imperative* (così come si è visto per l'affiliazione commerciale).

Innanzitutto si prevede che il contratto debba essere stipulato in forma scritta (anche in via telematica: scambio di mail) a pena di nullità (art. 2, co. 1); che abbia un contenuto dettagliato a proposito delle caratteristiche tecniche dei prodotti o servizi richiesti e del prezzo pattuito (art. 2, co. 5); si prevede che non possano essere inserite, sempre a pena di nullità, clausole che riservano ad uno dei contraenti la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto, oppure di recedere senza congruo preavviso (art. 6). In secondo luogo sono disciplinati in modo dettagliato i *termini di pagamento* del subfornitore: anche essi devono essere indicati nel contratto e non possono eccedere i sessanta giorni (o novanta, se vi è accordo tra le associazioni rappresentative delle categorie di imprenditori) dal momento della consegna; inoltre, in caso di ritardo, il subfornitore ha automaticamente diritto ad interessi moratori e, se il ritardo supera i trenta giorni rispetto al termine convenuto, anche ad una penale pari al 5% (art. 3). Infine, ai sensi dell'art. 4, il subfornitore non può, senza l'autorizzazione del committente, e salvo diversa previsione del contratto, a sua volta affidare a terzi la realizzazione del bene o servizio commissionato per una quota superiore al 50% del valore della fornitura.

Quest'ultima previsione differenzia la subfornitura rispetto al **subappalto**: come già si ricordava, infatti, l'appaltatore non può dare in subappalto, in tutto o in parte, l'esecuzione dell'opera o del servizio, se non è stato, espressamente o tacitamente, autorizzato dal committente (art. 1656). In mancanza dell'autorizzazione, il contratto di subappalto viene considerato dalla giurisprudenza *invalido*.

Il subappalto vincola esclusivamente le parti contraenti e ad esso si applicano le norme, sopra viste, dell'appalto; il committente rimane del tutto estraneo rispetto al contratto, e non acquista né diritti né obblighi verso il subappaltatore. Tuttavia gli eventi rilevanti per il contratto di appalto possono ripercuotersi anche sul subcontratto.

In primo luogo l'art. 1670 prevede che l'appaltatore, per agire in regresso nei confronti dei subappaltatori, deve comunicare ad essi la contestazione del committente (per vizi o difformità: art. 1667; per rovina o gravi difetti: art. 1669) entro sessanta giorni dal ricevimento della stessa.

In secondo luogo, è diffusa nei contratti di subappalto, interni e internazionali, la clausola *if and when* (se e quando), in virtù della quale l'appaltatore si impegna a pagare il corrispettivo del subappalto solo dopo aver ricevuto il pagamento da parte del committente principale.

III. Organizzazione della struttura collaborativa

In linea generale, la struttura collaborativa dell'impresa è costituita dal *personale dipendente* e da *collaboratori autonomi* i quali svolgono una qualche attività collaborativa, i primi con, i secondi senza, vincolo di subordinazione nei confronti dell'imprenditore.

Le relative tipologie contrattuali sono diverse.

I **dipendenti** sono tali in quanto hanno stipulato un *contratto di lavoro subordinato*. È questo il principale contratto per mezzo del quale l'imprenditore si procaccia le risorse collaborative personali. Per mezzo di esso i prestatori di lavoro (tradizionalmente distinti in dirigenti, quadri, impiegati ed operai: art. 2095, co. 1) si obbligano, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, fornendo il loro lavoro intellettuale o manuale *alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore* (art. 2094). Del contratto di lavoro subordinato non ci si occuperà in questa sede, non appartenendo al diritto commerciale, bensì al diritto del lavoro: la disciplina non risponde, infatti, a logiche di tutela del mercato, ma a logiche solidaristiche e di protezione del lavoratore come parte debole del rapporto.

I contratti con i **collaboratori autonomi** variano a seconda dell'oggetto della prestazione collaborativa. Può trattarsi della *cura di affari* dell'impresa (contratto di mandato, di agenzia, mediazione), oppure di servizi manuali o intellettuali d'altro tipo (ad es.: la tenuta della contabilità da parte di un dottore commercialista; la riparazione di un impianto), nel qual caso si avrà un *contratto d'opera*.

Di quest'ultimo è sufficiente ricordare la nozione: esso è il contratto con cui "una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente" (art. 2222). Ai contratti e rapporti sulla cura di affari dell'impresa, per la loro rilevanza, sono dedicate le pagine seguenti.

1. Il mandato

Il mandato è il contratto mediante il quale una parte (il *mandante*) affida ad un'altra parte (il *mandatario*) il compito di compiere, per suo conto, uno o più atti giuridici (art. 1703).

Le ipotesi in cui un'impresa ricorre a siffatta cooperazione giuridica esterna sono molteplici: si va dal caso dell'esecuzione di pagamenti (che si affida ad una banca); alla riscossione dei crediti (che si affida ad una società specializzata nell'incasso o nel recupero coattivo); all'acquisto o alla vendita di uno o più beni (che si affida ad un commissionario); alla conclusione di uno o più contratti, compiendo le eventuali operazioni accessorie (ad es., un contratto di trasporto, che si affida ad uno spedizioniere). Può accadere che il mandatario sia a sua volta un imprenditore, nel qual caso il mandato costituirà per lui il tipo contrattuale per mezzo del quale collocherà il proprio servizio imprenditoriale.

Il mandato attribuisce solo il potere di agire *per conto altrui*, cioè di curare e di gestire altrui interessi (art. 1705, co. 1). Non dà, invece, di per sé, il potere di spendere *il nome altrui*: a tal fine, è necessario affiancare al mandato una *procura* ai sensi degli artt. 1387 ss. (art. 1704). Si suole, a questo proposito, distinguere tra **mandato senza rappresentanza** e **mandato con rappresentanza**. In questo secondo, gli effetti degli atti compiuti dal mandatario con i terzi si producono direttamente in capo al mandante; nel primo, si producono in capo al mandatario. In tal caso, questi avrà diritto di ricevere i mezzi per adempiere alle obbligazioni contratte (v. *infra*) e dovrà ritrasferire al mandante quanto ricevuto dai terzi. In particolare, quando il mandato riguarda l'acquisto di un bene, il mandatario dovrà ritrasferirne la proprietà al mandante; questo ritrasferimento è in realtà automatico per le cose mobili (art. 1706, co. 1), mentre per gli immobili richiede un apposito atto (art. 1706, co. 2).

Il mandato è normalmente a **titolo oneroso** (onerosità che nel silenzio del contratto si presume: art. 1709); può riguardare uno specifico affare o una categoria di affari; può essere concluso a tempo determinato o indeterminato.

Il **mandante** deve sottostare ad alcuni *obblighi*. In particolare, deve provvedere a fornire la provvista (finanziaria); è tenuto, cioè, a mettere a disposizione del mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione dell'incarico e per l'adempimento delle obbligazioni che sono state contratte nel corso della stessa (art. 1719). Gli sono riconosciuti anche diversi *poteri*. Anzitutto, quello di dare *istruzioni vincolanti* per il mandatario in ordine all'esecuzione. Inoltre, può *revocare il mandatario* in ogni momento (riconoscendo, però, a quest'ultimo il risarcimento dei danni, se il mandato è oneroso, alle seguenti condizioni: in mancanza di giusta causa, se il mandato era concluso a tempo determinato o per uno specifico affare; in mancanza di congruo preavviso, se era a tempo indeterminato: art. 1725); se tuttavia il mandato sia anche nell'interesse del mandatario (c.d. mandato *in rem propriam*; si pensi al mandato a vendere un bene conferito ad un proprio creditore, con il patto che questi trattenga il ricavato per soddisfare il proprio credito), è revocabile solo per giusta causa (art. 1723, co. 2).

Il **mandatario** ha, a sua volta, *obblighi* e *poteri* per molti versi speculari a quelli appena esaminati. Anzitutto, è tenuto all'esecuzione dell'incarico conformandosi alla *diligenza del buon padre di famiglia* (art. 1710, co. 1), attenendosi alle eventuali istruzioni impartite dal mandante (art. 1711, co. 1), dalle quali, peraltro, può discostarsi

per circostanze sopravvenute, che non possano essere tempestivamente comunicate al mandante, assumendo il comportamento che ragionevolmente sarebbe stato condiviso dal mandante se avesse saputo di queste nuove circostanze (art. 1711, co. 2). Deve, poi, *informare* il mandante di tutte le circostanze (non importa se nuove e sopravvenute oppure preesistenti ma non conosciute al momento della stipulazione del mandato) che potrebbero indurre il mandante a rideterminare o revocare l'incarico (art. 1710, co. 2) e, al termine dell'incarico (o, a seconda della complessità, periodicamente durante l'esecuzione), deve darne *rendiconto* (art. 1713, co. 1).

Il mandatario ha normalmente piena libertà di decidere se eseguire personalmente l'incarico o farsi sostituire (ma risponde dell'operato del sostituto, se la sostituzione non era stata autorizzata dal mandante: art. 1717), come può decidere di rinunciare all'incarico in qualsiasi tempo, esponendosi, tuttavia, al risarcimento dei danni qualora la rinuncia avvenga senza giusta causa e (nel mandato a tempo indeterminato) senza preavviso (art. 1727, co. 1).

2. L'agenzia

Secondo la nozione contenuta nell'art. 1742, co. 1, con il contratto di agenzia, una parte (*l'agente*) assume stabilmente l'incarico di promuovere, dietro corrispettivo, la conclusione di contratti nell'interesse dell'altra parte (il *preponente*) in una zona determinata. Più in particolare, l'agente, con organizzazione propria e a proprio rischio, si obbliga a ricercare, prendere contatto e condurre eventuali trattative con soggetti interessati all'attività del preponente. In considerazione delle caratteristiche operative, il rapporto di agenzia dà vita ad un'impresa ausiliaria riconducibile all'art. 2195, co. 1, n. 5, per cui l'agente è, al contempo, un collaboratore autonomo dell'imprenditore e a sua volta titolare di un'impresa.

Il contratto di agenzia deve essere stipulato in **forma scritta** *ad probationem* e si caratterizza per la presenza di alcuni **elementi essenziali**, quali la *stabilità dell'incarico*, il suo riferimento ad una *determinata circoscrizione territoriale* e l'obbligo di *promuovere la conclusione dei contratti* il cui perfezionamento è rimesso alle determinazioni del preponente. Questi infatti vi provvederà poi personalmente, anche se è possibile conferire allo stesso agente un corrispondente *potere di rappresentanza* (art. 1752); quest'ultima figura è nota alla prassi come *rappresentante di commercio*, in contrapposizione all'*agente di commercio* che, invece, è privo di poteri rappresentativi. In ogni caso, l'art. 1745 conferisce a ogni agente il potere di ricevere le dichiarazioni e i reclami relativi all'esecuzione dei contratti conclusi grazie a lui.

Nel promuovere la conclusione dei contratti, l'**agente** è tenuto ad operare secondo le *istruzioni del preponente* e deve adoperarsi per farne conoscere i prodotti o l'attività e così procurargli affari (artt. 1746 e 1747). Inoltre, deve fornirgli ogni indicazione utile sulle condizioni di mercato e sulla convenienza di ciascun affare, in adempimento di un *dovere di informazione* che, in quanto funzionale a consentire a chi ha conferito l'incarico la consapevole valutazione delle operazioni da concludere, risulta particolarmente rilevante: al punto che l'art. 1746, co. 1, sanziona con la nullità l'eventuale patto contrario.

Dal canto suo, il **preponente** è tenuto a corrispondere all'agente il compenso pattuito (art. 1748). Questo si configura solitamente come una **provvigione** da calcolarsi in percentuale sugli affari procurati dall'agente. Si tratta di un diritto che sorge nel momento in cui il preponente conclude con il terzo il relativo contratto e diviene effettivo soltanto in seguito alla sua regolare esecuzione da entrambe le parti. Sull'agente, dunque, ricade sempre il rischio del buon esito dell'affare, dal momento che, anche nell'ipotesi in cui il contratto concluso non possa avere esecuzione per causa non imputabile al preponente, egli sarà tenuto a restituire le provvigioni eventualmente già riscosse (art. 1748, co. 6) e, se, invece, i contraenti si accordino per darvi parziale esecuzione, avrà diritto ad una provvigione ridotta sulla parte ineseguita.

Dall'obbligo dell'agente di operare nella circoscrizione territoriale assegnatagli discende l'attribuzione a ciascuna delle parti di un **diritto bilaterale di esclusiva**: salvo che sia diversamente pattuito, il preponente non può avvalersi contemporaneamente di più agenti per la promozione di affari nella stessa zona o per lo stesso ramo di attività, né riservarsi la possibilità di procedervi personalmente (essendo tenuto, in quest'ultimo caso, a corrispondere comunque la provvigione sugli affari direttamente conclusi nella zona di competenza dell'agente o con la clientela a questi assegnata); dal canto suo, l'agente non può promuovere la conclusione di contratti, nella stessa zona e per lo stesso ramo di attività, a vantaggio di più imprese in concorrenza tra loro, né agire come produttore in proprio degli stessi beni o attività (art. 1743).

In quanto rapporto contrattuale di durata, l'agenzia può essere stipulata a **tempo determinato** o **indeterminato**. In quest'ultimo caso, ciascuna delle parti può **recedere** dandone preavviso entro il termine indicato dall'art. 1750, co. 3, che varia da uno a sei mesi in base alla durata del rapporto (senza possibilità di stabilire termini più brevi). Con la cessazione del contratto, l'agente (salvo che la cessazione non dipenda da un suo inadempimento o dal suo recesso) ha diritto ad un'**indennità di fine rapporto** che rappresenta una sorta di corrispettivo posto a carico del preponente per la clientela procuratagli e con la quale presumibilmente continuerà a concludere affari (art. 1751). Nella relativa determinazione deve tenersi conto delle provvigioni che l'agente non potrà in futuro percepire sul volume degli affari posti in essere con la clientela procurata al preponente.

Con la cessazione, l'agente è libero da ogni obbligo, a meno che non si fosse vincolato ad un **patto di non concorrenza**, che comunque non può avere durata superiore a due anni (art. 1751-bis, co. 2); in tal caso l'indennità cui ha diritto è maggiore.

L'attività degli agenti e dei rappresentanti di commercio è regolata, oltre che dal codice civile, anche dalle norme dei contratti collettivi e dalla l. 204/1985, che ne prevede l'**iscrizione in appositi ruoli** istituiti presso le camere di commercio, in funzione regolatoria dell'accesso all'attività da parte dei soli soggetti in possesso degli specifici requisiti professionali indicati negli artt. 5 e 6. In passato, questo presupposto si riteneva fondamentale ai fini della validità del contratto, sicché la mancata iscrizione determinava la perdita della provvigione da parte dell'agente non iscritto. Tale interpretazione risulta oggi superata, alla luce della giurisprudenza europea (specie della Corte di giustizia), oramai costantemente seguita dai giudici nazionali. Discipline speciali sono, poi, previste per alcune categorie di agenti, come gli agenti di assicurazione e gli agenti promotori di servizi finanziari.

3. La mediazione

Mediatore è "colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza" (art. 1754).

Il mediatore, dunque, svolge un'attività di cooperazione che consiste nell'adoperarsi per mettere in contatto tra loro persone interessate a un affare, mediante il compimento di adempimenti materiali, diretti a rendere informazioni e fornire consigli utili ad agevolarne la conclusione. Nell'espletamento di tale attività, il mediatore assume una posizione di **indipendenza** rispetto alle parti, resa possibile dall'*insussistenza di un obbligo di svolgimento dell'attività* rispetto a quel determinato affare (tecnicamente la mediazione non è dunque un vero e proprio contratto, bensì una relazione di fatto, che genera conseguenze giuridiche). Perciò, il mediatore, quand'anche abbia ricevuto uno specifico incarico, è libero tanto di iniziare l'attività o non iniziarla, quanto di coltivarla o non coltivarla. Il che vale a distinguere la mediazione dal mandato e dall'agenzia.

L'affare cui la norma fa riferimento si identifica con un'*operazione economica ben determinata di contenuto patrimoniale*, cioè con la stipulazione di un contratto tra le parti messe in contatto dal mediatore (ad es., il contratto di compravendita di una macchina utensile o di un immobile). Queste sono libere di concluderlo o meno. In caso negativo grava su di esse e, precisamente, su quella che aveva incaricato il mediatore, solo l'obbligo di **rimborso delle spese** sostenute per l'attività prestata (art. 1756); mentre ove l'affare giunga a compimento le parti saranno tenute a corrispondergli il **compenso** quando il contratto sia concluso "per effetto del suo intervento" (art. 1755) e, dunque, a prescindere dalla successiva esecuzione del medesimo. La misura della provvigione va calcolata sul valore dell'affare concluso e le parti sono tenute a corrisponderla nella proporzione pattuita. In difetto di accordo, la determinazione del relativo ammontare è rimessa alle camere di commercio che vi provvedono, ai sensi dell'art. 6 l. 39/1989, avendo riguardo agli usi locali. Tale ultima norma, peraltro, riconosce il diritto alla provvigione ai soli mediatori iscritti al **ruolo degli "agenti di affari in mediazione"**, istituendo il quale si è inteso valorizzare la mediazione professionale, anche se svolta a titolo occasionale o in modo discontinuo, e combatterne l'esercizio abusivo, oggi sanzionato sia attraverso l'irrogazione di sanzioni amministrative, sia attraverso la negazione, ai soggetti non iscritti, di qualsivoglia azione diretta ad ottenere il pagamento della provvigione (oltre che con la previsione dell'obbligo di restituirla ove eventualmente percepita).

Tipico dell'attività del mediatore è il carattere dell'**imparzialità** per cui, anche quando riceve l'incarico da una delle parti, egli non si obbliga ad adoperarsi nell'interesse specifico di questa. Perciò il mediatore è sempre tenuto a comunicare, *a tutte le parti che mette in relazione*, le circostanze a lui note che possono influire sulla valutazione e conclusione del contratto, far loro presenti le informazioni di ordine economico ad esso relative, con particolare riferimento alla solvibilità dei potenziali contraenti, alle loro condizioni personali ovvero alla situazione del bene (art. 1759, co. 1), esponendosi, in difetto, alla sanzione prevista dall'art. 1764.

2/12
nel
2012

di apertura di credito termina per effetto del *recesso* di una delle due parti. Cessato il rapporto, per scadenza del termine ovvero per recesso di una parte, il cliente non potrà più utilizzare la disponibilità e dovrà restituire quanto utilizzato.

3. Credito fondiario

Tanto al mutuo quanto all'apertura di credito possono collegarsi varie garanzie a favore del finanziatore con le quali viene rafforzato il diritto di quest'ultimo al rimborso del capitale e degli accessori (si tratta di garanzie dell'adempimento dell'obbligo di rimborso).

Proprio in ragione della necessaria presenza di una particolare garanzia, un'ipoteca immobiliare, viene a connotarsi una importante figura di finanziamento nominata: il **credito fondiario** (artt. 38 ss. TUB).

Si tratta di un mutuo ovvero di un'apertura di credito a medio/lungo termine, concessi da una banca e garantiti, appunto, da ipoteca immobiliare, di regola, di primo grado, in cui il valore del bene ipotecato non supera l'80% del capitale oggetto del finanziamento.

Il credito fondiario attribuisce particolari vantaggi sia al finanziato (e a terzi) che alla banca, rispetto alla disciplina comune. Ad es., a favore della banca, è previsto che, in caso di fallimento del finanziato, l'ipoteca non possa essere oggetto di *revocatoria* (e quindi, come si usa dire, che si "consolidi") se il fallimento viene dichiarato dopo che siano trascorsi almeno dieci giorni dall'iscrizione della garanzia (art. 39, co. 4, TUB, che deroga all'art. 67, co. 2, l.fall.). Al terzo acquirente (o promissario acquirente) dell'immobile suddivisibile in porzioni, o di parte del complesso condominiale oggetto dell'ipoteca, nonché al finanziato, è attribuito invece il diritto di chiedere il *frazionamento dell'ipoteca* (art. 39, co. 6, TUB, in deroga all'art. 2809): ovvero di chiedere che l'ipoteca su questa o quella porzione venga cioè a ridursi a (garantire solo) una quota del finanziamento.

4. Leasing e lease-back

Uno dei contratti fra i più diffusi nella prassi è il *leasing*, il cui impianto si è ben presto "sdoppiato" nelle due forme del *leasing operativo* – da ricondursi, per opinione corrente, a una comune locazione sfornita di causa finanziaria, avendo il medesimo analoga finalità di consentire al conduttore di utilizzare il bene locato – e del *leasing finanziario*, l'unico di cui qui ci si occuperà.

La nozione di leasing finanziario è stata recentemente tipizzata dall'art. 1, comma 136, della l. n. 124/2017 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza), il quale prevede che "per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo".

L'operazione è pertanto necessariamente trilaterale. L'intermediario anticipa il capitale necessario all'acquisto del bene da locare, pagandone il prezzo al fornitore. Quindi, concede il bene in godimento all'utilizzatore verso il corrispettivo di un canone calcolato sulla base del piano di ammortamento di quanto erogato dal concedente all'atto del pagamento del prezzo del bene locato, in modo tale che, al termine del periodo di locazione, il concedente ottenga l'integrale rimborso del capitale finanziato e il pagamento dei relativi interessi. Inoltre, all'utilizzatore è (almeno di norma) concessa un'opzione per l'acquisto del bene verso corrispettivo, al termine del periodo stabilito per il godimento.

Una variante del *leasing* finanziario è il *lease-back* (o *sale and lease-back*) che si differenzia perché l'operazione non è trilaterale, ma bilaterale, e l'utilizzatore è un imprenditore. Quest'ultimo è già proprietario del bene, che vende all'intermediario, il quale concede il bene in godimento all'utilizzatore verso il corrispettivo di canoni; al termine del periodo di godimento, l'utilizzatore potrà esercitare l'opzione di acquisto.

5. *Anticipazione bancaria e altre garanzie bancarie su beni mobili e crediti*

Con l'**anticipazione bancaria** la banca anticipa al finanziato, in tutto o in parte, il valore di titoli e merci che le vengono **concessi in pegno** (art. 1846). Il finanziato può rimborsare anche prima della scadenza la somma anticipata (in deroga all'art. 1816) e anche solo in parte (in deroga all'art. 1181). Man mano che rimborsa la somma anticipata, e in proporzione del rimborso, può ritirare i titoli e le merci dati in pegno (art. 1849, in deroga alla regola dell'indivisibilità di cui all'art. 2799).

Questo contratto rileva per la particolare tipologia dell'oggetto dato in pegno. Nell'ambito finanziario si è elaborato d'altra parte un numero assai più ampio di formule negoziali in cui si ricorre a strumenti finanziari a fini di garanzia di un finanziamento ricevuto.

In questo contesto, va innanzitutto ricordato il fenomeno dell'**alienazione in garanzia** (cessione di un bene, con diritto di riacquisto), cessione che può rappresentare un negozio in frode all'art. 2744 (il quale vieta il patto con cui si convenga che il bene dato in garanzia passi in proprietà al creditore, in caso di inadempimento del debito garantito), ma che il d.lgs. 170/2004, in materia di contratti di garanzia finanziaria, ha reso a certe condizioni legittima.

A norma di questo decreto, infatti l'alienazione in garanzia è ammessa quando almeno una delle parti sia un intermediario finanziario e l'altra un imprenditore (non un consumatore; art. 1, lett. *d*); inoltre, l'oggetto della garanzia deve essere costituito da contante (incluso il credito derivante da un deposito bancario) o strumenti finanziari (art. 1, lett. *c*) o crediti derivanti da prestiti bancari non al consumatore (art. 1, lett. *c-bis*).

Fuori dall'ambito di applicazione del d.lgs. sulle garanzie finanziarie, la giurisprudenza ammette il *lease-back* (*supra*, 4) come pure la cessione in garanzia dei crediti pecuniari, riscontrando questa figura nei finanziamenti con contestuale cessione del credito (*infra*, 6).

Dopo varie incertezze, si è poi ammesso, dapprima in giurisprudenza, anche il **c.d. pegno rotativo**, con cui si conviene che l'oggetto della garanzia possa essere sostituito dal garante con cose della stessa specie nei limiti del valore delle cose originarie, sen-

za che ciò comporti costituzione di una nuova garanzia. Si ritiene che l'efficacia di tale clausola non trovi ostacolo nella disposizione dell'art. 2787, co. 3, ritenendo di poter ricavare (in particolare) dall'art. 2742 una generale possibilità di surrogare l'oggetto della garanzia.

La figura del pegno rotativo trova oggi riconoscimento legislativo nell'art. 83-*octies*, co. 2, TUF con riferimento agli strumenti finanziari "dematerializzati". La garanzia di un credito può essere costituita sull'insieme degli strumenti finanziari registrati in un apposito conto-titoli, valendo sempre su quelli in esso presenti in ogni dato momento, prescindendo dunque dalla loro eventuale sostituzione (così che ad es. la garanzia si conserverà anche dopo la scadenza degli strumenti finanziari originariamente soggetti, trasferendosi automaticamente su quelli successivamente immessi nel conto dal garante, in loro sostituzione).

Affronta il diverso problema dell'esigenza del costituente di non spogliarsi del possesso del bene oggetto della garanzia reale (esigenza che si manifesta là dove i beni siano strumentali al processo produttivo, e che l'art. 2784 c.c. impedisce di soddisfare) la figura del pegno senza spossessamento, coniata e disciplinata dall'art. 1 d.l. 59/2016.

6. Sconto bancario e figure affini

Figura particolare di mutuo, secondo l'opinione prevalente, è lo **sconto bancario** (artt. 1858 ss.), ritenuto un mutuo cui è collegato un negozio di cessione del credito.

Secondo la tesi prevalente, più precisamente, nello sconto la banca anticipa, a titolo di mutuo, l'importo del credito, non ancora scaduto, che il cliente (normalmente un imprenditore) vanta nei confronti di un terzo. L'importo del credito, che viene anticipato, è "scontato" degli interessi che correranno sulla somma anticipata sino alla scadenza del credito scontato, che è pure il momento in cui la somma anticipata e gli interessi dovranno restituirsi. Il credito anticipato può essere incorporato in un titolo di credito (art. 1859) oppure no.

A fronte dell'anticipazione, il cliente cede alla banca il credito che vanta verso terzi. La cessione, secondo la tesi più diffusa in giurisprudenza, serve non ad estinguere il debito, del cliente verso la banca, alla restituzione del capitale anticipato e dei relativi interessi (art. 1198), ma a garantirne il pagamento.

La cessione è *salvo buon fine*, in quanto il debito del cliente sarà estinto solo con la riscossione del credito ceduto; qualora il debitore ceduto non paghi, la banca potrà rivolgersi al cliente per ottenere il rimborso di quanto dovuto, oltre il risarcimento del danno.

Qualora sia anticipato *l'intero credito ceduto*, si fuoriesce però dalla figura dello sconto. È quanto avviene, per lo più, nel contratto denominato nella prassi di "**anticipo fatture**" o in quello di "**anticipo effetti**". Così come si fuoriuscirebbe dalla figura dello sconto se la cessione avvenisse *pro soluto* e non *pro solvendo*.

7. Factoring

Come nelle operazioni di sconto, anche il **contratto di factoring** prevede una cessione dei crediti da parte del cliente (un imprenditore) al *factor*. Se ne differenzia, an-

zitutto, perché prevede – almeno di norma – una *cessione in massa dei crediti* – anche futuri – vantati dal cedente nei confronti dei suoi clienti o di alcuni tra questi.

Nel *factoring*, inoltre, può mancare l'anticipo, perché il *factor* si riserva la facoltà di anticipare in tutto o in parte il credito ceduto. In ogni caso, l'anticipo può avvenire nei limiti di *plafond* concessi dal *factor* al cliente-cedente, limiti che fissano l'ammontare massimo dei crediti da anticipare sia nel loro complesso che con riferimento a ciascun debitore ceduto. Se non vi è un anticipo, il *factor*, incassato il credito, sarà tenuto a riversare il relativo importo al cliente. Se v'è anticipo, il *factor* potrà trattenere quanto incassato. Nel caso di anticipo, sulla somma anticipata corrono gli interessi.

Comunque, è dovuta una commissione per il **servizio di gestione del credito ceduto**. Insieme a tale servizio, che comprende anche la gestione e la contabilizzazione dei crediti "fattorizzati", il contratto di *factoring* può prevedere un servizio di consulenza.

Per rendere l'operazione meno costosa e rischiosa per il *factor* è stata emanata la l. 52/1991. Tale legge, per la verità dedicata alle cessioni verso corrispettivo di crediti d'impresa a favore degli intermediari finanziari e non al *factoring* in sé considerato, contiene, in particolare, regole speciali sia in punto di requisiti per l'opponibilità della cessione (art. 5) sia in punto di revocatoria fallimentare della cessione e dei pagamenti del ceduto (artt. 6 e 7).

8. *Garanzie personali attive e passive. Il credito di firma*

I finanziamenti bancari sono spesso assistiti, oltre che da garanzie reali (quali il pegno, l'ipoteca e le garanzie finanziarie di cui al già richiamato d.lgs. 170/2004), da **garanzie personali**.

Come quelle reali, anche le garanzie personali utilizzate nel settore bancario hanno spesso una disciplina speciale rispetto a quella comune; è anche accaduto che la prassi bancaria abbia elaborato delle tipologie di garanzie personali del tutto nuove o, comunque, profondamente diverse rispetto a quelle codicistiche.

Così, oltre al contratto di fideiussione c.d. specifica, cioè concessa a garanzia di uno specifico credito, la prassi bancaria conosce la **fideiussione omnibus**, prestata a garanzia di tutti i crediti, presenti e futuri, che la banca possa vantare nei confronti del soggetto garantito.

La fideiussione *omnibus* si caratterizza per diverse deroghe alla disciplina comune che allentano, in favore della banca, il rapporto di accessorialità tra la garanzia e il credito garantito. Così, ad es., la **clausola "a prima richiesta"** (di deroga all'art. 1944), la quale prevede che il garante debba pagare quanto dovuto a fronte della semplice richiesta della banca e dopo aver pagato potrà far valere eventuali eccezioni (*solve et repete*); la clausola con cui si dispensa la banca dall'onere di agire entro sei mesi dalla scadenza del credito nei confronti del debitore principale (in deroga all'art. 1957); o ancora la **clausola di reviviscenza**, per cui la fideiussione, per quanto cessata, tornerà in vita qualora tornasse in vita l'obbligazione garantita (ad es., a seguito di revoca del pagamento).

La legge prevede però dei limiti all'autonomia privata con riferimento a tale modello negoziale. In primo luogo, il contratto di fideiussione *omnibus* deve prevedere l'**importo massimo garantito** (art. 1938). Inoltre, la banca non può concedere ulterio-