

interessata non provveda a porre termine all'infrazione e a presentare, il più rapidamente possibile, una domanda di *leniency*. Tali previsioni suscitano invero qualche perplessità, in quanto sembrerebbero contrastare con la natura squisitamente volontaria dell'istituto della clemenza previsto dalla normativa antitrust. Inoltre, stante da un lato il beneficio della piena immunità a chi per primo partecipa al programma di clemenza in relazione ad una data infrazione e, dall'altro, l'automatica valutazione di inadeguatezza in relazione ai programmi di *compliance* non seguiti da una domanda di *leniency*, è evidente che la possibilità di avere una attenuante per il programma di *compliance* aggiungerebbe ben poco al sistema degli incentivi a cooperare in relazione a possibili cartelli. I programmi considerati manifestamente inadeguati non possono beneficiare di alcuna riduzione della sanzione sotto forma della relativa attenuante, salvo il caso in cui l'impresa presenti delle modifiche sostanziali al programma stesso dopo l'avvio dell'istruttoria, potendo in tal caso ottenere un trattamento premiale fino al 5%. I programmi pre-avvio che non hanno dimostrato di funzionare in maniera del tutto efficace – non permettendo tempestivamente la scoperta e l'interruzione dell'illecito prima delle ispezioni da parte dell'AGCM – ma che comunque non risultino manifestamente inadeguati, possono beneficiare di un'attenuante sino al 10% della sanzione, a condizione che l'impresa integri adeguatamente il programma di *compliance* e inizi a darvi attuazione dopo l'avvio del procedimento istruttorio (e comunque entro sei mesi dalla notifica dell'avvio dell'istruttoria). Particolari previsioni sono altresì dettate in materia di recidiva, che comporta una sostanziale riduzione dell'importo dell'attenuante, di programmi adottati nell'ambito dei gruppi di imprese, occorrendo che questi vengano attuati a livello di gruppo, nonché con riferimento alla valenza del programma di *compliance* che sia stato oggetto di impegni presentati dall'impresa per concludere il procedimento istruttorio senza l'accertamento di un'infrazione e resi obbligatori dall'AGCM, non sussistendo in tal caso alcuna "...presunzione di adeguatezza ed efficacia..." di detti programmi per ipotesi di condotte future. Infine, l'AGCM ha individuato talune ipotesi eccezionali in cui l'esistenza di un programma di *compliance* può essere considerata come circostanza aggravante, ovvero sia (i) il caso in cui il programma sia stato utilizzato per agevolare o nascondere l'infrazione, ovvero impedire, ostacolare o comunque ritardare l'attività istruttoria dell'AGCM e vi sia prova che le indicazioni contenute nel programma siano state concretamente seguite; (ii) il caso in cui l'impresa sia recidiva e abbia già beneficiato di una riduzione della sanzione all'esito della precedente istruttoria per aver

adottato un programma di *compliance*. In tale circostanza si terrà conto di tale elemento in sede di commisurazione dell'aggravante per recidiva; e (iii) nel caso di applicazione dell'attenuante per il programma di *compliance* e successivo avvio di un procedimento per inottemperanza alla diffida dell'AGCM, tale elemento, pur non rappresentando una circostanza aggravante, potrà essere comunque preso in considerazione dall'AGCM al fine della determinazione della gravità dell'infrazione e, conseguentemente, della quantificazione della sanzione.

Le Linee Guida in commento si applicano ai procedimenti istruttori avviati dall'AGCM successivamente alla data della loro pubblicazione.

Avv. Martina Bischetti
Freshfields Bruckhaus Deringer

CONTRATTUALISTICA

CREDIT LIMIT E CONTRATTI DI DISTRIBUZIONE: COME EVITARE NULLITÀ E RISARCIMENTI

Sempre più di frequente imprenditori del settore della distribuzione commerciale chiedono di inserire nei propri contratti – o si ritrovano nei contratti già sottoscritti – una clausola di **credit limit**. Con essa, in sostanza, il fornitore stabilisce – o individua le modalità e i parametri per stabilire – un limite massimo di credito a favore del proprio distributore, superato il quale il fornitore può decidere di interrompere la vendita dei propri prodotti al distributore finché l'esposizione debitoria di quest'ultimo non venga riportata al di sotto del limite contrattualmente stabilito.

Un esempio di clausola standard di credit limit è il seguente "*Qualora il Fornitore riceva ordini dal Distributore che comportino il superamento del Limite di Credito come sopra definito, il Fornitore avrà la facoltà di sospendere la fornitura della porzione di Prodotti il cui prezzo comporti il superamento del Limite di Credito per tutto il tempo in cui tale condizione sarà sussistente*".

Tale clausola, finalizzata a limitare il rischio finanziario in capo al fornitore che viene ad esistenza a causa dello iato temporale esistente tra la cessione dei beni dal fornitore al distributore ed il pagamento di essi da parte del distributore stesso, deve esser oggetto di attenta disamina e redazione in quanto, per il suo effetto dirompente sull'attività aziendale del distributore (i.e. l'interruzione della fornitura dei prodotti), potrebbe porre il fianco a fattispecie di abuso di dipendenza economica.

Introdotta dall'articolo 9 della Legge del 18 giugno 1998 n. 192 nell'ambito della disciplina della subfornitura nelle attività produttive la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica è stata – dall'interpretazione giurisprudenziale – eretta a norma di applicazione generale, anche al di fuori dei soli rapporti di subfornitura, a tutti quei casi in cui una parte dotata di maggiore potere contrattuale abusi della propria posizione di forza (che la legge identifica come la capacità di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi) per determinare pattuizioni contrattuali, nonché svolgere il rapporto, a danno della parte contrattuale più debole.

In particolare, il comma 2 dell'articolo citato prevede che *“L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”*.

È evidente, quindi, come solo la redazione accurata di una clausola e dell'intero testo contrattuale possa evitare che una clausola di *credit limit* venga dichiarata nulla e che il fornitore venga condannato a risarcire il danno arrecato al proprio distributore.

Difatti, si è assistito, e si sta assistendo tuttora, all'emanazione di un crescente numero di sentenze con le quali i giudici

- (i) riconducono rapporti contrattuali diversi dalla subfornitura, quali quello di distribuzione, alla disciplina della subfornitura, ritenendo il rapporto tra le parti connotato da dipendenza economica (il distributore si trova il più delle volte integrato e inglobato verticalmente nell'attività del fornitore.)
- (ii) stigmatizzano clausole o comportamenti della “parte forte” come “abusivi”, in quanto indicative di un abuso di dipendenza economica
- (iii) sanzionano con la nullità le predette clausole, oltre a condannare a cospicui risarcimenti dei danni.

Pertanto, la clausola di *credit limit* deve essere oggetto di specifica attenzione sia al momento della sua formulazione sia al momento della sua applicazione. Da essa deve risultare chiaro, *in primis*, che la sospensione della fornitura è finalizzata solamente ad assicurare al fornitore una maggiore sicurezza finanziaria e che essa non persegue l'obiettivo di assicurare un vantaggio ingiustificatamente gravoso, frutto della posizione di forza contrattuale del fornitore. Sotto tale profilo, la clausola di *credit limit* potrà quindi, ad esempio, contenere riferimenti chiari e precisi alle fattispecie in cui la fornitura al distributore può essere legittimamente sospesa, prevedere l'obbligo di contraddittorio tra fornitore e distributore prima dell'applicazione della clausola di *credit limit*, oppure la possibilità per il

distributore di porre in essere attività volte ad evitare l'applicazione della clausola in questione. Ciò, pena la riconducibilità *sic et simpliciter* al “rifiuto di vendere” o alla “interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”.

Risulta, dunque, necessaria un'attenta ponderazione delle clausole di *credit limit* all'interno dell'architettura contrattuale, con l'aiuto di professionisti del settore, in grado, in virtù delle proprie *expertise*, di ritagliare su misura la clausola, al fine di assicurare al fornitore un vantaggio (la maggiore sicurezza finanziaria), senza tuttavia esporlo al rischio di vedersela dichiarare nulla perché abusiva e di dover corrispondere dispendiosi risarcimenti di danni al proprio distributore.

Avv. Marialaura Frittella, Avv. Ludovico Dezio
Cocuzza & Associati, Studio Legale

IL CORRISPETTIVO DEL PATTO DI NON CONCORRENZA POST-CONTRATTUALE PUÒ ESSERE ESCLUSO NEL CONTRATTO DI AGENZIA

La Suprema Corte negli ultimi anni si è espressa, in due importanti sentenze (Cassazione n. 12127/2015 e 13796/2017), in favore della derogabilità del principio dell'onerosità del patto di non concorrenza post-contrattuale dell'agente.

Com'è noto, l'art. 1751-bis, secondo comma, del codice civile (introdotta dall'art. 23.2 della legge 29/12/2000, n. 422) così dispone:

“L'accettazione del patto di non concorrenza comporta, in occasione della cessazione del rapporto, la corresponsione all'agente commerciale di una indennità di natura non provvigionale. L'indennità va commisurata alla durata, non superiore a due anni dopo l'estinzione del contratto, alla natura del contratto di agenzia e all'indennità di fine rapporto. La determinazione della indennità in base ai parametri di cui al precedente periodo è affidata alla contrattazione tra le parti tenuto conto degli accordi economici nazionali di categoria. In difetto di accordo l'indennità è determinata dal giudice in via equitativa anche con riferimento:

- 1) *alla media dei corrispettivi riscossi dall'agente in pendenza di contratto ed alla loro incidenza sul volume d'affari complessivo nello stesso periodo;*
- 2) *alle cause di cessazione del contratto di agenzia;*
- 3) *all'ampiezza della zona assegnata all'agente;*
- 4) *all'esistenza o meno del vincolo di esclusiva per un solo preponente.”*

Occorre anzitutto chiarire che la questione riguarda unicamente gli agenti che esercitano l'attività in forma individuale, di società di persone o di società di capitali