

**STUDIO LEGALE
AVV. PAOLO di MARTINO**

Piazza Aranci,18 Massa 54100
Tel.0585.46636 Fax 0585.47053

Corso di Porta Nuova,18 Milano 20121
Tel.02.370.530 Fax 02.370.530.07

Prot.20809-C/pdm

Missiva a mani

Anticipata via mail

**Spett.le
XXX
Via xxx
55049 Viareggio (LU)**

c.a. l.r.p.t.

BREVE PARERE LEGALE

Richiesto di consulto legale in ordine alle questioni ed alle problematiche connesse all'individuazione di una tipologia contrattuale consentita dall'ordinamento circa le attività svolte da XXX quale soggetto - esperto del mercato di riferimento - in grado di mettere in contatto domanda ed offerta dietro corresponsione di eventuali *royalties* calcolate sul volume d'affari ed a carico non del cliente finale ma del c.d. "offerente", basandomi sulle sole due e-mail allegate, espongo brevemente quanto segue.

Il contratto di procacciamento d'affari è un contratto atipico, in quanto non espressamente previsto e disciplinato nel Codice Civile¹ od in altre leggi speciali.

Secondo le fonti fiscali - circolare Min.Finanze n.24/1983; risoluzione n.209 del 18/11/2003 - la figura del procacciatore d'affari è caratterizzata dall'impegno anche occasionale di agire nell'interesse di una delle parti, ma senza vincolo di stabilità.

Secondo le fonti giurisprudenziali civili (Corte Cass. civ. sez. II, sent. n.4327 del 06/4/2000) l'oggetto della prestazione del procacciatore d'affari è "*l'attività di intermediazione finalizzata a favorire fra terzi la conclusione di*

¹ L'art.2222 c.c. si ritiene costituisca la norma analogicamente più assimilabile al contratto di procacciatore di affari.

affari”, attività che deve essere “*saltuaria ed occasionale*” (Corte Cass. civ., sent. n.1078 del 08/02/99).

Effettivamente (come in modo corretto evidenziato nella corrispondenza via e-mail) sussiste in concreto una innegabile difficoltà nell’individuare le differenze tra un contratto di procuratore, uno di mediazione e/o di agenzia.

Il procuratore dovrebbe agire per segnalare potenziali occasioni d’affari al suo committente, senza che ciò comporti, per l’impresa che gli ha affidato l’incarico, il riconoscimento di un’esclusiva o l’obbligo di comunicare l’accettazione o il rifiuto dei relativi affari (secondo la Cciaa di Milano tutto ciò dovrebbe avvenire “all’interno di un determinato territorio”).

L’agente², di contro, lavora per promuovere affari veri e non potenziali; il mediatore mette in contatto le parti, svolgendo un’attività che prepara ed agevola la conclusione di un affare, accompagnando le trattative e l’esecuzione del contratto ed è pagato da tutte le parti intervenute nel momento in cui l’affare si perfeziona.

Fin qui, la differenza tra queste figure è proprio il compito diverso che deve svolgere ciascuna di queste: il mediatore e l’agente devono promuovere affari; il procuratore invece segnala possibilità d’affari.

L’art. 1747 c.c., prevede un onere di informazione in capo all’agente che non è in grado di eseguire l’incarico, pena il risarcimento del danno.

Diversamente i procuratori³ non sono gravati da simili obbligazioni, “*né da altre posizioni accessorie passive, che la legge impone all’agente (quale, ad es., l’obbligo di fornire determinate informazioni riguardanti le condizioni del mercato ed ogni altra reputata utile per valutare la*

² L’Enasarco con Delibera n. 2/2000 (G.U. 24 agosto 2000) ha eliminato dal regolamento delle prestazioni istituzionali il requisito dell’iscrizione nel Ruolo professionale degli agenti e rappresentanti di commercio, di cui alla legge n. 204/1985, quale condizione necessaria per l’iscrivibilità degli interessati all’Enasarco. La nuova regola è divenuta l’obbligo di iscrizione all’Enasarco, con conseguente tutela sul piano previdenziale, in presenza di una prestazione che abbia le caratteristiche del contratto di agenzia, anche se l’intermediario interessato non risulti iscritto nel Ruolo agenti e rappresentanti di commercio tenuto dalla Camera di Commercio. La modifica (che recepisce la Direttiva comunitaria n. 86/653/Cee riguardo agli agenti di commercio e la Sentenza 13 luglio 2000, n. 456 della Corte di Giustizia Europea, nonché quanto disposto dalla Corte di Cassazione con la Sentenza 16 maggio 1999, n. 4817) sancisce la piena validità dei contratti di agenzia stipulati tramite agente non iscritto al Ruolo tenuto dalla Camera di Commercio, nonostante il contrasto sussistente fra la normativa nazionale (artt. 2 e 9 della Legge n. 204/1985) e la disposizione della normativa comunitaria, da considerarsi prevalente. Le aziende, che usufruiscono delle prestazioni di agenti non iscritti a ruolo e di procuratori d’affari, debbono iscriverli all’Enasarco e versare le quote contributive dovute, se le prestazioni di questi soggetti risultino non più “occasionalità”.

³ R. Baldi (con la collaborazione di A. Venezia), *Il contratto di agenzia*, Torino, 2001.

convenienza dei singoli affari) ma sono, nondimeno, autorizzati a promuovere i contratti per conto altrui (...). Non hanno, quindi, l'obbligo di promuovere affari, ma ne hanno il potere; si muovono sul piano delle libere scelte, e non trascorrono a quello della necessità giuridica, vale a dire della doverosità dell'esecuzione"⁴.

Quanto al requisito dell'occasionalità, va da sé che la promozione di affari, proprio in assenza di stabilità, non potrà che essere meramente episodica, senza che questo significhi, come è stato paventato, ridurre il contratto di procacciatore all'ipotesi dell'intermediario incaricato di promuovere un unico e determinato affare. Al contrario, il requisito della sporadicità potrà essere integrato anche in presenza di una certa continuità, come ha chiarito la Suprema Corte, in quanto *"il carattere della continuità va però tenuto distinto da quello della stabilità che si verifica quando la prestazione si ripete periodicamente nel tempo, non soltanto di fatto, ma anche in osservanza di un impegno contrattuale (...), con la conseguenza che l'attività del procacciatore d'affari, pur non corrispondendo ad una "necessità" giuridica, ma dipendendo esclusivamente dall'iniziativa del procacciatore e non potendo perciò, in tal senso, qualificarsi come "stabile", può tuttavia di fatto svolgersi periodicamente nel tempo e presentare perciò il carattere della continuità"⁵.*

Potremmo sintetizzare così: gli altri intermediari lavorano sulla realtà, il procacciatore sulla potenzialità.

Un'altra differenza si evidenzia osservando le cose dal punto di vista dell'impresa che affida l'incarico al procacciatore.

Mentre con il proprio agente essa non è libera di accettare o meno l'affare che questi le propone, perché in determinati casi l'agente potrebbe richiedere risarcimenti e comunque porre in essere rivendicazioni legali ed economiche, con il procacciatore l'impresa gode

⁴ F. Bortolotti-G. Bondanini, *Il contratto di agenzia commerciale*, Padova, 2003; G. Ghezzi, *Del contratto di agenzia*, in Scialoja-Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, 1970, Bologna-Roma, 42.

⁵ Cass. Civ. sent. n. 7799 del 08/08-/1998, in *Mass. Giur. It.*, 1998.

della massima libertà, in quanto non ha l'obbligo di accertarsi che la segnalazione dia luogo ad un affare né ha quello di concluderlo se non desidera farlo.

Le altre differenze sono:

- a) la stabilità dell'incarico dell'agente, che contrasta con la mancanza di ogni vincolo del procacciatore, sia in termini di durata dell'incarico, sia in termini di sfera territoriale (presente nell'agenzia, quasi del tutto assente nella procacceria); la mancanza di stabilità è invece un tratto comune tra mediatore e procacciatore;
- b) l'occasionalità delle segnalazioni del procacciatore, che contrasta con l'obbligo dell'agente di promuovere continuamente la conclusione di contratti mentre invece anche in questo caso è tratto comune con il mediatore;
- c) l'assenza di vincoli di fedeltà al committente da parte del procacciatore, che contrasta ancora una volta con le caratteristiche del mandato all'agente; il procacciatore può segnalare le opportunità anche a concorrenti del suo primo incaricante, senza che questi possa agire nei suoi confronti né effettuare alcuna rivendicazione;
- d) l'impossibilità di redigere un vero e proprio contratto tra procacciatore e mandante; cosa che naturalmente contrasta del tutto con la natura stessa dell'agenzia.

In conclusione, si può affermare che la figura del procacciatore è molto più vicina a quella del mediatore che non a quella dell'agente; gli elementi che accomunano le prime due attività sono infatti l'occasionalità e l'assenza di vincoli con la controparte, mentre questi elementi sono contrastanti in modo radicale con l'attività dell'agente.

Viceversa, i soli elementi di differenza tra procacciatore e mediatore, sono la professionalità (il mediatore si rivolge stabilmente verso il mercato, con un'attività organizzata in modo professionale) assente nel primo e presente invece nel secondo e le modalità operative (il mediatore non segnala soltanto, ma compie anche le altre attività necessarie a portare l'affare alla propria conclusione).

Si aggiunga che spesso il procacciatore ha già una propria attività abituale, cui quella di segnalare potenziali affari si affianca senza mai sostituirla. Agenti e mediatori, invece, svolgono tali incombenze come propria attività professionale.

Sarebbe opportuno escludere la corresponsione di rimborsi spese per evitare rischi di inquadramento in altre fattispecie contrattuali diversamente disciplinate.

Particolare attenzione, poi, va prestata alle clausole che prevedono uno "star del credere" pari ad esempio al 30% tale per cui il procacciatore deve sapere che, in caso di mancato

pagamento da parte di un cliente per un affare concluso grazie al suo intervento, dovrà sborsare quanto previsto dallo “star del credere”

E' dunque assai importante non firmare la cosiddetta “lettera d’incarico” (cioè lo strumento cartaceo in cui si concretizza il contratto) senza un adeguato esame ed approfondimento. Attenzione dovrà essere prestata al modo di pattuire l’ammontare delle provvigioni, alle modalità e ai tempi di pagamento delle stesse, ai patti di non concorrenza e ai tempi di preavviso per la risoluzione del contratto.

Il punto delle provvigioni, soprattutto strutturato nella forme delle *royalties* pare essere quello che ingenera dubbi potendo essere associato ad una sorta di “continuità” della prestazione incompatibile con un contratto di procacciatore.

Ebbene si osserva che nell’ambito di un contratto correttamente strutturato si potrebbe ipotizzare una clausola di corrispettivo anche nelle forme di *royalties* in considerazione dell’impossibilità di addivenire ad un calcolo reale ed esatto al momento della stipula del contratto.

La “giustificazione” che i progetti XXX *possono andare avanti per mesi prima di generare il business* (cfr. e-mail di xxx del 26.01.2009), mi pare che adeguatamente giuridicizzata possa fornire un’adeguata copertura, insieme a tutto il resto s’intende, per la sussumibilità del contratto innominato atipico sotto la tipologia del procacciatore d’affari, evitando così sconfinamenti in altre figure.

Resto a Vs. disposizione per ulteriori approfondimenti che si renderanno necessario e per l’eventuale redazione di una bozza di contratto qualora intendiate procedere in questa direzione.

I migliori saluti.

Milano, Massa li xxx

Avv. Paolo di Martino