

Indennità di cessazione del rapporto di agenzia: applicabile la normativa comunitaria o l'Accordo economico collettivo?

di Francesco Verdebello

Nell'ordinamento giuridico italiano le fonti del diritto che disciplinano le indennità di scioglimento del contratto di agenzia, meglio note come indennità di fine rapporto sono gli Accordi economici collettivi e l'articolo 1751 del codice civile. Si tratta di due sistemi che, in una prima fase erano caratterizzati da una disciplina uniforme; infatti, l'art. 1751 c.c., nella sua formulazione originaria, stabiliva che l'indennità di fine rapporto, proporzionale alle provvigioni liquidate all'agente, doveva essere determinata *“nella misura stabilita dagli accordi economici collettivi”*.

Tale clausola di rinvio, tuttavia, non teneva nel debito conto due aspetti fondamentali che si sarebbero potuti tradurre in un vuoto di tutela per l'agente: il primo è quello della mancata indicazione, da parte della normativa codicistica, di un *standard* minimo di tutela dell'agente.

Più precisamente, l'art. 1751 c.c., concepita come norma in bianco, rimandava interamente per il suo contenuto precettivo alla contrattazione collettiva senza porre garanzie minime di tutela a vantaggio degli agenti.

Tale *“fiducia”* incondizionata riposta dalla disciplina codicistica nella contrattazione collettiva avrebbe potuto condurre a risultati aberranti quali, ad esempio, conferire veste legale ad un Accordo economico collettivo che stabilisse che all'agente, all'atto di cessazione del rapporto, non spettava alcuna indennità.

Il secondo aspetto di criticità derivante da tale clausola di rinvio era che, di fatto, si autorizzava un meccanismo per cui il potere normativo veniva rimesso alla contrattazione collettiva e non al Parlamento; operazione quest'ultima ai limiti del rispetto, quanto meno sul piano sostanziale, del principio

costituzionalmente garantito della separazione dei poteri.

Sulla scorta di tali obiezioni, con l'art. 4 del D.lgs. n. 303/1991, lo Stato italiano ha dato attuazione alla Direttiva del 18 dicembre 1986, n. 86/653/CEE del Consiglio, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, innovando la disciplina codicistica di cui all'art. 1751 c.c. rubricato *“Indennità in caso di cessazione del rapporto”*.

Nello specifico, l'art. 17, n. 2, della Direttiva su indicata dispone che:

“a) L'agente commerciale ha diritto ad un'indennità se e nella misura in cui: abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente abbia ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari derivanti con tali clienti; il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente commerciale perde e che risultano dagli affari con tali clienti ...;

b) L'importo dell'indennità non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente commerciale negli ultimi cinque anni e, se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla media del periodo in questione”.

Tale norma va letta in combinato disposto con l'art. 19 della medesima Direttiva n. 86/653/CEE, il quale stabilisce che: *“Le parti non possono derogare, prima della scadenza del contratto, agli art. 17 e 18 a detrimento dell'agente commerciale”*.

Già da una sommaria lettura del dato normativo, si evince che la *ratio*

dell'indennità di fine rapporto, nelle intenzioni del Consiglio, è quella di premiare l'agente che abbia procurato nuovi clienti al preponente o che comunque abbia incrementato i suoi affari, secondo una logica puramente meritocratica. In questo senso, la figura dell'agente, da sempre individuato come *tertium genus* tra lavoratore autonomo e prestatore di lavoro subordinato, viene ridisegnata valorizzando più l'aspetto dell'autonomia a discapito di quello della subordinazione, avvicinandolo, dunque, al lavoratore autonomo e/o all'imprenditore.

All'indomani dell'ricepimento da parte del legislatore italiano della presente Direttiva con la riscrittura dell'art. 1751 c.c., le associazioni di categoria degli agenti di commercio mossero numerose critiche alla normativa in oggetto, poiché considerata poco garantista per l'agente in quanto subordinerebbe il diritto dell'agente all'indennità esclusivamente a risultati obiettivi, senza tener conto né di fattori soggettivi quali l'impegno profuso, la diligenza nell'espletamento della propria opera e la durata del rapporto, né tanto meno della finalità protettiva che l'indennità di fine rapporto deve comunque garantire, attraverso un ristoro serio, equo, congruo ed adeguato in favore dell'agente, per compensarlo delle perdite subite in ragione della cessazione del rapporto, a prescindere dai risultati economici conseguiti.

Sulla scorta di tali obiezioni, in data 27 novembre 1992, le principali associazioni di categoria degli agenti e delle preponenti, in sostituzione all'A.E.C. del 1988, conclusero un nuovo Accordo Economico Collettivo per gli Agenti e Rappresentanti di commercio, che recepisce proprio le esigenze di tutela dell'agente appena descritte.

In particolare, il presente A.E.C. Ha stabilito che: *"I. In riferimento a quanto previsto dall'art.1751 c.c. come modificato dall'art. 4 D.Lgs 10.9.1991 n.303, ed in particolar modo al principio dell'equità, in tutti i casi di cessazione del rapporto, verrà corrisposta all'agente o rappresentante un'indennità, la misura della quale sarà pari all'1% sull'ammontare globale delle*

provvidioni maturate e liquidate durante il corso del rapporto.

La suddetta aliquota base sarà integrata nelle seguenti misure:

A. Agenti e rappresentanti con obbligo di esclusiva per una sola ditta: 3% sulle provvidioni fino a £ 24 milioni annui; 1% sulla quota provvidioni tra £ 24.000.001 e £ 36 milioni annui.

B. Agenti e rappresentanti senza obbligo di esclusiva per una sola ditta: 3% sulle provvidioni fino a £ 12.000.000 annui; 1% sulla quota di provvidioni tra £ 12.000.001 e £ 18 milioni annui.

Da tali indennità deve detrarsi quanto l'agente o rappresentante abbia diritto di ottenere per effetto di atti di previdenza volontariamente compiuti dal proponente. Sono computabili agli effetti dell'indennità di risoluzione del rapporto anche le somme corrisposte espressamente e specificatamente a titolo di rimborso o concorso spese. Le somme di cui sopra verranno annualmente accantonate all'Enasarco, secondo quanto previsto dall'art. 13 e dall'allegato 2 dell'A.E.C. 9 giugno 1988. Le parti si danno reciprocamente atto che con quanto sopra hanno inteso soddisfare il criterio di equità, di cui al già citato art. 1751 c.c. II. Sempre in attuazione dell'art. 1751 c.c., in aggiunta alla somma di cui al precedente punto I della presente normativa verrà corrisposto un ulteriore importo così calcolato: - 3% sulle provvidioni maturate nei primi 3 anni di durata del rapporto di agenzia; - 3,50% sulle provvidioni maturate dal 4° al 6° anno compiuto; - 4% sulle provvidioni maturate negli anni successivi".

Le disposizioni dell'A.E.C. 1992 avvicinano chiaramente l'agente molto più al prestatore di lavoro che non all'imprenditore, poiché subordinano l'erogazione dell'indennità a parametri certi quali la durata del rapporto di lavoro e ad operazioni matematiche basate su un calcolo percentuale suddiviso per scaglioni.

Appare evidente, quindi, un potenziale conflitto normativo tra la disciplina codicistica applicativa della Direttiva n. 86/653/CEE e l'A.E.C. 1992. Nella realtà, il conflitto delle antinomie in oggetto sarebbe

stato *prima facie* scongiurato proprio dalla stessa Direttiva comunitaria nella parte in cui, all'art. 19, dispone che: “*Le parti non possono derogare, prima della scadenza del contratto, agli articoli 17 e 18 a detrimento dell'agente commerciale*”.

In mancanza di una simile disposizione, l'ormai pacifico ed indiscusso principio di primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale (Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza Costa - Enel, 15 luglio 1964, causa 6/64) avrebbe dovuto condurre all'applicazione della disciplina codicistica a discapito di quella prevista dalla contrattazione collettiva.

Invero, la presenza di tale norma, recepita dall'art. 1751, comma 6, c.c., depone a favore dell'applicazione della disciplina dell'A.E.C. 1992 ogniqualvolta l'indennità di fine rapporto prevista dall'A.E.C. risulti più favorevole di quella codicistica.

Tuttavia, il conflitto normativo è stato, a parere di chi scrive, risolto solo nella forma ma non nella sostanza; in primo luogo, non è dato capire sino a che punto sia possibile derogare alla disciplina comunitaria e cioè se sia ammessa una deroga solo ai criteri di calcolo dell'indennità previsti dalla normativa comunitaria oppure anche al parametro meritocratico di determinazione dell'indennità stessa a favore di criterio diverso dal risultato conseguito dall'agente. Secondo la dottrina nazionale prevalente, la deroga andrebbe letta nel senso di valorizzare criteri diversi che escludano anche quello meritocratico, sia perché il dato letterale dell'art. 19 si presta ad una lettura estensiva in quanto pone solo il limite negativo della “*non sfavorevolezza*” all'agente per l'applicazione della normativa comunitaria e sia perché il principio del *favor laboratoris* impone all'operatore di diritto di privilegiare, tra più interpretazioni possibili, quella più favorevole al lavoratore.

Secondo l'orientamento di matrice comunitaria, la deroga di cui all'art. 19 della Direttiva n. 86/653/CEE non può estendersi sino ad escludere del tutto i criteri meritocratici nella determinazione e

quantificazione dell'indennità di fine rapporto e ciò sia perché in questo modo verrebbe svilita totalmente la *ratio* stessa della normativa in questione che è quella di premiare l'agente che abbia svolto diligentemente la propria opera ampliando e migliorando gli affari del preponente e sia perché, in conseguenza di ciò, verrebbe aggirato del tutto il principio di primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, ormai pacificamente riconosciuto non solo a livello giurisprudenziale ma anche a livello costituzionale grazie alla riforma dell'art. 117 cost., a seguito della legge costituzionale n. 3/2001.

A parere di chi scrive, appare condivisibile quest'ultimo orientamento non solo per le argomentazioni appena espresse ma anche perché il *favor laboratoris*, pure essendo un principio generale dell'ordinamento italiano non assume a rango di principio costituzionale dinanzi al quale la normativa comunitaria non prevarrebbe.

In tal caso, la natura non costituzionale del principio *de quo* esclude l'invocabilità della c.d. teoria dei controlimiti, secondo la quale le fonti di diritto comunitario prevalgono sulle norme nazionali, comportandone in caso di contrasto la disapplicazione, eccezion fatta per i diritti inviolabili ed i principi costituzionalmente garantiti, che pongono un limite al primato del diritto comunitario sul diritto nazionale. A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione per cui è la stessa normativa comunitaria che affianca al criterio meritocratico un parametro equitativo nella determinazione dell'indennità di fine rapporto per l'agente, laddove è previsto che “*il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente commerciale perde e che risultano dagli affari con tali clienti ...*”.

Ad ogni buon conto, anche ove non si condividessero tali argomentazioni, appare indiscutibile e pacifico che l'art. 19 della Direttiva n. 86/653/CEE è una norma derogatoria rispetto alla regola generale sancita dall'art. 17 della stessa Direttiva e come tale deve essere interpretata

restrittivamente per non svuotare di contenuto una norma che fissa un principio generale.

Ne consegue, quindi, che nessuna preclusione ad altri criteri è stata mai prevista dalla normativa comunitaria ma tale apertura non può e non deve essere letta nel senso della totale obliterazione del criterio meritocratico, dal quale non si può mai prescindere nella determinazione del *quantum* dovuto all'agente a titolo di indennità.

Alla luce di tali considerazioni, secondo lo scrivente, l'Accordo Economico Collettivo per gli Agenti e Rappresentanti di commercio del 1992, ponendosi in chiara violazione della normativa codicistica di cui all'art. 1751 c.c., sarebbe dovuto essere disapplicato per contrasto alla normativa comunitaria.

Nella realtà, non è da considerarsi un caso che, a distanza di dieci anni, le principali organizzazioni sindacali ed imprenditoriali addivennero alla stipulazione di un nuovo Accordo Economico collettivo, nel quale fu espressamente prevista un'indennità meritocratica, in aggiunta a quella suppletiva di clientela e di risoluzione del rapporto, più in linea con la Direttiva comunitaria n. 86/653/CEE.

Una seconda questione è quella relativa alla valutazione della inderogabilità a svantaggio dell'agente prevista dall'art. 1751, comma 6, c.c., in attuazione della normativa comunitaria. Più precisamente, ci si è chiesti se la valutazione della disciplina più favorevole all'agente debba effettuarsi secondo un giudizio prognostico da condursi *ex ante* ed in astratto oppure *ex post* ed in concreto.

Preliminarmente, corre l'obbligo di precisare che il problema ermeneutico nasce perché l'art. 1751, comma 6, c.c., nel recepire la normativa comunitaria, ha omesso l'inciso "*prima della scadenza del contratto*", limitandosi a prescrivere che le disposizioni di cui allo stesso articolo sono inderogabili a svantaggio dell'agente.

Secondo una prima tesi, la valutazione della disciplina più favorevole ai fini dell'applicabilità o meno della deroga alla

normativa codicistica di cui all'art. 1751, comma 6, c.c., consiste in un giudizio *ex ante* ed in astratto e cioè prima della cessazione del rapporto e a prescindere dai risultati concreti.

Le ragioni a sostegno di tale assunto sono molteplici: in primo luogo, depone a favore di tale interpretazione l'inciso di cui all'art. 19 "*prima della scadenza del contratto*", in base al quale la valutazione non può che porsi in una fase prodromica alla cessazione del rapporto.

In secondo luogo, tale soluzione apparirebbe in piena sintonia con il principio di certezza del diritto, sicché l'agente avrebbe ben chiara da subito quale sia la disciplina a lui più favorevole in materia di cessazione del rapporto in modo da evitare di rimettere la questione a giudizi soggettivi ed arbitrari dell'organo giudicante.

In terzo luogo, da un punto di vista logico giuridico un confronto tra fattispecie normative, per loro natura generali ed astratte, non può che condursi con gli stessi parametri di generalità ed astrattezza e non sulla base delle risultanze del caso concreto.

Secondo la contrapposta tesi della valutazione *ex post* ed in concreto, il giudizio sulla disciplina applicabile più favorevole deve avvenire al momento della cessazione del rapporto.

Infatti, tale soluzione, ancorché contraria alla lettera dell'art. 19 della Direttiva n. 86/653/CEE è del tutto coerente con la *ratio* della Direttiva stessa di valorizzare il criterio dell'equità quale parametro di valutazione della disciplina applicabile all'agente.

E' chiaro, quindi, che l'equità, essendo comunemente nota come la giustizia del caso singolo, non può non tener conto delle peculiarità del caso concreto.

In secondo luogo, la natura meritocratica della indennità in questione induce a ritenere che occorre valutare i risultati finali dell'attività dell'agente per determinare l'applicazione dell'indennità più favorevole ed una simile valutazione è possibile effettuarla solo al momento della cessazione del rapporto.

In terzo luogo, se il legislatore italiano non ha inteso trasporre pedissequamente l'inciso "prima della scadenza del contratto" contenuto nell' Direttiva in oggetto, ha esercitato un potere discrezionale del tutto legittimo, che non costituisce, quindi, alcuna violazione del diritto comunitario, atteso che le Direttive pongono in capo agli Stati membri semplici obblighi di risultato e non di mezzi.

Sul punto è intervenuta una storica sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, datata 23 marzo 2006 (causa C-465/04), che ha aderito al primo degli orientamenti indicati, sostenendo che la valutazione della disciplina più vantaggiosa per l'agente relativa all'indennità di fine rapporto va condotta *ex ante* ed in astratto.

In tal senso, la Corte di Lussemburgo ha introdotto, quale ulteriore argomentazione a sostegno di quest'ultimo orientamento, il legittimo affidamento delle parti, che verrebbe meno laddove si riscontrasse a posteriori la illegittimità di clausole che *ab origine* risultassero del tutto lecite ed in virtù delle quali le parti stesse sarebbero divenute alla stipulazione del contratto di agenzia. Tuttavia, la stessa Corte di Giustizia sembra cadere in contraddizione nella parte in cui afferma che il calcolo della indennità è da compiersi in maniera sintetica e non analitica, sostenendo che la suddetta valutazione, basandosi su criteri di equità, non può che valorizzare criteri più elastici, che tengano conto di fattori soggettivi oltre ad aspetti meramente oggettivi legati al risultato economico conseguito dall'agente.

La soluzione prospettata dalla Corte di Giustizia non convince del tutto proprio per questa ragione. Infatti, non è dato capire come possa pretendersi che una valutazione basata sul criterio dell'equità, debba condursi *ex ante* ed in astratto, secondo parametri predefiniti che prescindano dal concreto svolgersi del rapporto. Appare, pertanto, una contraddizione in termini pretendere che il giudizio equitativo, per definizione proteso a valorizzare il caso concreto, debba atteggiarsi in termini di astrattezza e non debba tener conto delle modalità di sviluppo del rapporto.

Se così fosse, infatti, il criterio di equità previsto dall'art. 17 della Direttiva 86/653/CEE sarebbe da considerarsi *tamquam non esset* e ciò porterebbe ad applicare sempre e comunque la disciplina degli Accordi Economici Collettivi, in quanto caratterizzata da margini di maggiore certezza ed oggettività rispetto all'alea di un giudizio equitativo nell'ambito del quale le esigenze dell'agente verrebbero inevitabilmente temperate con quelle del preponente.

Ed invero, non è un caso che alcune pronunce della Corte di Cassazione successive alla sentenza della Corte di Giustizia hanno disatteso, sul punto, tale orientamento, sostenendo che la valutazione della disciplina più favorevole all'agente in materia di indennità di cessazione del rapporto va condotta alla stregua di un giudizio *ex post* ed in concreto, da effettuarsi non al momento della stipulazione del contratto ma alla cessazione del rapporto e tenendo conto di tutte le risultanze del caso di specie (Cass. Civ., Sez. Lavoro, 24 luglio 2007 n. 16347;).

Secondo dottrina e giurisprudenza costanti, se si procede ad una valutazione comparativa *ex ante* ed in astratto della disciplina codicistica e di quella dell'A.E.C. deve concludersi nel senso della nullità delle clausole dell'A.E.C. che sanciscano un trattamento economico di fine rapporto all'agente peggiore rispetto a quello risultante dalla normativa codicistica; di contro, se alla luce di una valutazione comparativa delle suddette norme condotta *ex post* ed in concreto, le clausole dell'A.E.C. risultino in contrasto con il più favorevole trattamento previsto dalle norme codicistiche, si dovrà concludere per l'inefficacia sopravvenuta delle suddette clausole, con conseguente loro disapplicazione e non anche per la loro nullità, atteso che tale grave forma di invalidità è un vizio genetico e non sopravvenuto dell'atto.

A parere di chi scrive, non condivisibile è la soluzione prospettata a seconda della diversità dei criteri di valutazione, atteso che in entrambi i casi, trattasi di un contrasto tra norma nazionale e norma

comunitaria, che viene risolto sempre con lo strumento della disapplicazione dall'atto interno contrastante.

Per quanto si ritenga più corretta la tesi della valutazione *ex post* ed in concreto della disciplina più favorevole all'agente, non si possono sottacere alcune considerazioni di mera prassi giuridico-processuale che si ripercuotono sull'effettività della tutela dei diritti dell'agente. In tal senso, bisogna riconoscere che la valutazione *ex ante* ed in astratto della normativa più favorevole garantisce all'agente la possibilità di predeterminare con certezza il *quantum* spettante a titolo di indennità di cessazione del rapporto. Ciò si traduce in vantaggi di non poco momento soprattutto nei procedimenti monitori, dove un'indennità predeterminata secondo parametri oggettivi consente l'azionabilità del relativo diritto, ogniqualvolta il credito sia certo, liquido ed esigibile.

Quanto al requisito della certezza, appare evidente che la disciplina delineata dagli Accordi Economici Collettivi, basandosi su parametri oggettivi, consente di predeterminare da subito l'ammontare del credito indennitario vantato dall'agente; al contrario, la stessa certezza non è dato riscontare con riferimento all'indennità equitativa di cui all'art. 1751 c.c., la cui determinazione e quantificazione è rimessa ad una valutazione discrezionale del Giudice che, se potrebbe risultare più vantaggiosa per l'agente in un giudizio a cognizione piena, sicuramente non soddisfa esigenze di tutela immediata ed urgente come quelle a cui è preordinato il procedimento monitorio.

La bontà di un simile assunto è corroborata sia dalla giurisprudenza di merito che da quella di legittimità, secondo le quali *"in tema di crediti di lavoro, il ricorso per decreto ingiuntivo deve ritenersi ammissibile anche nel caso in cui l'entità del credito non sia determinata nell'importo, ma sia ricavabile mediante un semplice calcolo aritmetico"* (Cass., 1 settembre 1990, n. 9084; Trib. Firenze, 14 maggio 2007). Tuttavia, pur riconoscendo che in questi casi particolari un criterio di

valutazione basato su parametri certi e predeterminati possa risultare più vantaggioso rispetto a quello equitativo basato su valutazione postuma e da effettuarsi in concreto, appare in linea generale preferibile quest'ultimo criterio perché più in linea con lo spirito e con la *ratio* della Direttiva n. 86/653/CEE.

Appare evidente, pertanto, che se si vorranno accogliere le argomentazioni in questa sede sostenute, a sommosso parere di chi scrive ci si trova di fronte ad una situazione anomala, aberrante e paradossale, in cui la Corte di Giustizia promuove un'interpretazione delle leggi nazionali in senso difforme dalla *ratio* della Direttiva in oggetto e la Corte di Cassazione, di contro, disattendendo i discutibili moniti lanciati dai Giudici di Lussemburgo, interpreta l'art. 1751, comma 6 c.c., in modo conforme al dettato normativo comunitario.

Proprio per questa ragione, occorre precisare che il discostarsi da quanto statuito dalla Corte di Giustizia non costituisce, per ciò solo, violazione del principio di interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario, atteso che in questo caso si è voluto dimostrare come non sempre l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo su una determinata questione pregiudiziale è quella più coerente con lo spirito e con la *ratio* del diritto dell'Unione europea ed in tali casi, dunque, i Giudici nazionali hanno il dovere di discostarsi da quanto statuito dalla Corte di Giustizia se ciò serve a garantire la corretta applicazione della normativa europea.

Si spera, pertanto, che i Giudici nazionali rimettano la questione della disciplina più favorevole applicabile agli agenti in materia di indennità di fine rapporto nuovamente al vaglio della Corte di Lussemburgo, auspicandosi un *revirement* rispetto alla sentenza del 23 marzo 2006.