

GUIDA PRATICA ALLA CONTRATTUALISTICA STATUNITENSE

INDICE

1. Introduzione.....	1
1.1 Scopo della Guida.....	1
1.2 Struttura della Guida.....	2
2. Caratteristiche principali del sistema giuridico americano in generale e della contrattualistica in particolare.....	3
2.1 Cenni sulla struttura costituzionale e sulla legislazione negli USA. Riflessi sulla legge regolatrice dei contratti.....	3
2.2 Il contesto in cui si colloca il contratto.....	5
2.3 Il testo del contratto.....	6
2.4 Offerta vincolante e proposta non impegnativa.....	8
2.5 Il problema della solvibilità del debitore.....	10
2.6 La Due Diligence: la Lettera di Intenti e l'Accordo Confidenziale. La clausola di Riservatezza. 12	
2.7 La clausola arbitrale e le spese legali.....	14
3. Il contratto di compravendita di beni mobili.....	15
3.1 Premessa.....	15
3.2 La definizione di Merchant.....	15
3.3 La revocabilità dell'offerta.....	17
3.4 Accettazione con modifiche all'offerta: irrilevanza delle modifiche, controproposta o modifica definitiva.....	18
3.5 Gli Open Terms.....	20
3.6 Lo Statute of Frauds.....	21
3.7 Il passaggio del rischio di perdita del bene dal venditore all'acquirente.....	22
3.8 Le Warranties.....	23
3.9 Il Security Interest.....	26
3.10 Termini di prescrizione dell'azione.....	27
3.11 La Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di merci.....	28
3.12 Le clausole di trasporto.....	30
4. La distribuzione del prodotto: il contratto di agenzia e di distribuzione.....	34
4.1 Premessa.....	34
4.2 Il contratto di agenzia.....	35
4.2.1 L'esclusività dell'incarico.....	36
4.2.2 La commissione.....	37
4.2.3 Lo status giuridico dell'agente e le responsabilità dell'esportatore.....	38
4.2.4 Il segreto commerciale e la tutela della proprietà industriale.....	39
4.3 Il contratto di distribuzione e la legislazione Antitrust.....	40
4.3.1 Le principali leggi antitrust.....	41
4.3.2 La Rule of Reason e le violazioni Per Se.....	42
4.3.3 Le intese verticali restrittive della concorrenza.....	43
4.3.4 La conclusione del contratto di distribuzione.....	50

1. Introduzione.

1.1 Scopo della Guida.

La presente Guida Pratica, come il nome stesso suggerisce, vuole essere uno strumento di orientamento per l'operatore economico italiano che abbia deciso di esportare i propri prodotti sul mercato americano.

Essa cerca di mettere in luce le principali problematiche legate all'utilizzo di strumenti contrattuali propri di un sistema giuridico diverso dal nostro. Ed infatti, quando l'imprenditore italiano decide di vendere i propri prodotti oltreoceano, i contratti di cui egli è chiamato a servirsi, ancorché apparentemente simili a quelli in uso in Italia, nascondono spesso rilevanti differenze capaci di alterare, anche considerevolmente, la valutazione del rischio da egli operata.

La Guida Pratica vuole quindi richiamare l'attenzione del lettore sugli aspetti contrattuali più importanti per la tutela degli interessi imprenditoriali. Tali aspetti, pertanto, dovranno essere tenuti in considerazione da chiunque intenda agire sul mercato statunitense.

È doveroso aggiungere, infine, che la Guida non vuole (viste le sue finalità) e non può (considerata la vastità e particolarità delle normative in vigore in più di 50 Stati facenti parte degli USA) sostituirsi all'attività di consulenza giuridico-economica di un esperto locale, al quale pertanto l'imprenditore dovrà comunque rivolgersi per meglio tutelare i propri interessi.

1.2 Struttura della Guida.

La prima parte della Guida svolge una panoramica sulla realta' del sistema giuridico americano e sulle caratteristiche generali della contrattualistica statunitense.

Successivamente, l'esame procede con un'analisi particolareggiata del contratto di compravendita di beni mobili e si conclude con l'analisi delle principali problematiche presenti nei contratti di distribuzione commerciale.

A tal proposito si precisa che, considerata la vastita' della materia da trattare, tale analisi e' circoscritta al contratto di agenzia e a quello generico di distribuzione. Non vengono quindi trattate nella Guida le normative speciali relative a particolari forme di distribuzione, quali ad esempio il *franchising*, e per le quali si rinvia alle opere specifiche in materia.

Si precisa infine che la Guida affronta gli aspetti ritenuti piu' importanti e comunque peculiari del sistema giuridico americano, tralasciando in genere le questioni che sollevano le medesime problematiche negli Stati Uniti come in Italia.

2. Caratteristiche principali del sistema giuridico americano in generale e della contrattualistica in particolare.

2.1 Cenni sulla struttura costituzionale e sulla legislazione negli USA. Riflessi sulla legge regolatrice dei contratti.

Gli Stati Uniti d'America sono una repubblica federale. Essi presentano pertanto un elevato grado di decentramento delle funzioni statali. In particolare, negli Stati Uniti esistono un'amministrazione centrale (che ha sede a Washington D.C.) e 50 amministrazioni decentrate (una per ogni Stato che costituisce l'Unione).

Anche in Italia esiste un forte decentramento di funzioni dallo Stato alle Regioni, sia a livello amministrativo che legislativo. Sotto quest'ultimo aspetto, tuttavia, e' da registrare la principale differenza tra il sistema italiano e quello americano: infatti ogni singolo Stato americano (a differenza delle nostre Regioni) ha potesta' legislativa esclusiva su moltissime materie ed e' quindi in grado di decidere su tali materie come meglio crede, senza che il Governo federale possa imporre una legge unica e valida per tutto il territorio nazionale.

Tale situazione si ripercuote ovviamente anche sulla disciplina dei singoli contratti la quale finisce cosi' per differire da Stato a Stato.

Tuttavia, le legislazioni statali disciplinano principalmente gli aspetti di dettaglio dei contratti mentre la definizione dei principi generali che regolano il contratto e' affidata ad una legge unica contenuta nel primo articolo dello *Uniform Commercial Code* (di seguito, per brevit : UCC). E' necessario tuttavia precisare che lo UCC non e' una legge federale ma e' semplicemente un testo predisposto da insigni giuristi e rimesso alla approvazione dei singoli Stati ai fini della relativa adozione. Esso inoltre e' stato adottato da tutti gli Stati ma, in certi casi, con l'introduzione di alcune varianti al testo base. Infine, la disciplina contenuta nello UCC, da un lato non limita la liberta' delle parti di predisporre condizioni contrattuali diverse e dall'altro lascia al Giudice ampi margini nell'interpretare e nell'applicare i principi generali in esso contenuti.

Cio' detto e passando ad esaminare i riflessi concreti di una tale realta' sulle caratteristiche dei contratti americani, si deve considerare che la normativa di cui abbiamo detto (sia federale che statale) e' nel complesso abbastanza scarna (a differenza di quanto avviene nel nostro paese) e, poiche' tutto quello che non viene disciplinato direttamente dal legislatore viene rimesso al libero accordo delle parti, e' facile comprendere quanto sia importante negli Stati Uniti redigere in modo

puntuale e preciso il testo del contratto se si vuole scongiurare l'eventualità, assai frequente, di controversie connesse alla presenza di lacune nell'accordo.

Nel caso in cui, appunto, un determinato aspetto del rapporto d'affari non trovi disciplina né a livello di legge né a livello di contratto, spetterà al giudice decidere in relazione al caso concreto, rifacendosi alla *Common Law* ossia alla tradizione giuridica costituita dalle sentenze precedentemente emanate in casi simili (c.d. precedenti giurisprudenziali). È bene ricordare, tuttavia, che ogni giudice è fondamentalmente libero di seguire l'orientamento che preferisce e quindi, nel caso in cui sorga una controversia, la decisione finale può mutare considerevolmente a seconda dello Stato e della Corte presso cui si svolge il processo: anche questo, in ultima analisi, rappresenta un rischio economico del quale ogni operatore economico dovrebbe essere conscio.

2.2 *Il contesto in cui si colloca il contratto.*

Come detto, negli Stati Uniti le disposizioni di legge applicabili automaticamente ai contratti sono relativamente poche. Non esiste, spesso, un modello legale di contratto cui le parti possono rinviare e che sia in grado di definire in modo sufficientemente preciso ed esauriente gli aspetti piu' importanti del rapporto d'affari.

Cio' significa che, qualora il contratto sia stato redatto dalle parti in modo lacunoso ed impreciso, ci sara' un elevato rischio che in futuro possano insorgere controversie sulla sua interpretazione, controversie la cui risoluzione dipendera' principalmente dal modo in cui il giudice ricostruira' la volonta' delle parti.

Come gia' detto, il giudice gode di ampia discrezionalita' nel ricostruire gli intenti delle parti e le conclusioni cui esso puo' arrivare possono divergere anche notevolmente da quanto ci si potrebbe aspettare.

Queste avvertenze, apparentemente banali, rivestono al contrario una grande importanza per l'esportatore italiano, che e' abituato a fare affidamento su una tutela di legge piu' ampia rispetto a quella garantita negli Stati Uniti.

2.3 Il testo del contratto.

Per circoscrivere il rischio rappresentato da una errata interpretazione dell'accordo, il contratto statunitense presenta solitamente clausole molto precise e puntigliose, persino ridondanti, ed ha una lunghezza media superiore a quella di un tipico contratto italiano: quanto piu' preciso e particolareggiato e' il testo dell'accordo, tanto minore e' il rischio che il contratto, in caso di controversia giudiziale, venga applicato dal Giudice in modo difforme da quelle che erano le intenzioni e le aspettative delle parti.

Posto quindi che e' opportuno mettere "nero su bianco" anche cio' che puo' apparire a prima vista scontato (perche' magari e' ritenuto oggetto di tacito accordo tra le parti), e' bene ricordare che il giudice, nel risolvere un'eventuale vertenza, adottera' un criterio oggettivo di determinazione della volonta' delle parti: cio' significa che egli riterra' vincolata ciascuna parte alla intenzione che essa ha apparentemente (cioe' agli occhi di un osservatore esterno) manifestato all'altra, senza preoccuparsi delle idee e delle rappresentazioni soggettive che le parti possono essersi fatte ciascuna per proprio conto. Il testo del contratto viene quindi ad assumere una particolare ed essenziale importanza nell'opera di ricostruzione della volonta' contrattuale.

Le Corti americane hanno elaborato nel corso del tempo numerose regole per interpretare i contratti; di seguito, vengono elencate le principali.

(i) Coerenza del contratto.

Il contratto viene inteso come un tutt'uno coerente con se stesso. Cio' significa che le clausole particolari e specifiche, nel dubbio, verranno interpretate in accordo con quello che e' l'intento generale e di fondo del contratto (pertanto, qualora si voglia prevedere un'eccezione ad una regola di base del contratto, cio' deve essere spiegato in modo chiaro e non equivoco).

(ii) Significato comune ed ordinario dei termini impiegati.

Alle parole viene attribuito il significato che e' loro proprio nel linguaggio comune (pertanto, qualora si voglia utilizzare un termine in una accezione tecnica, cio' deve essere chiaramente specificato nel contratto stesso).

(iii) Prevalenza del testo scritto a mano o battuto a macchina rispetto a quello prestampato.

Nel caso di contrasto tra disposizioni contrattuali, quelle redatte a mano o battute a macchina prevalgono su quelle prestampate di un formulario o di un modello.

(iv) Importanza degli usi e delle prassi commerciali.

Il giudice tiene in estrema considerazione gli usi e le consuetudini tipiche di un determinato settore economico, a livello sia generale che locale, così come le prassi commerciali affermatesi precedentemente nei rapporti d'affari tra le parti.

(v) Impostazione favorevole alla validità ed efficacia del contratto.

Nel determinare il significato di un contratto il giudice adotterà, tra le varie versioni possibili, quella che sia in grado di produrre un qualche effetto giuridico concreto e vincolante piuttosto di quella che non ne sia capace (come vedremo in seguito, questo aspetto non deve essere sottovalutato nel momento in cui si intraprendono relazioni commerciali con un partner americano: si può correre il rischio di rimanere contrattualmente obbligati anche se non lo si vuole).

(vi) Interpretazione delle ambiguità a favore della parte che non ha redatto il contratto.

Poiché l'attività di predisposizione del testo del contratto è ritenuta un considerevole vantaggio, nel caso in cui vi siano più interpretazioni valide, il giudice adotterà quella che favorisce la parte che non ha redatto il contratto.

Tenendo in considerazione tali principi, è possibile comprendere alcune caratteristiche strutturali e di forma tipiche dei contratti americani.

Così, ad esempio, il contratto si apre di solito con una premessa nella quale vengono abbondantemente spiegati gli interessi delle parti e lo scopo che si intende raggiungere attraverso l'esecuzione del contratto. I termini impiegati sono generalmente semplici, chiari e di uso corrente e comunque, al fine di evitare qualunque malinteso sul loro significato, viene solitamente introdotto nell'accordo uno specifico articolo con funzione esplicativa della terminologia utilizzata. È ricorrente la presenza di un trafiletto in cui si specifica che le parti hanno contribuito tutte alla redazione del testo dell'accordo, con eguale possibilità di rivederne il contenuto (in tal modo si vuole appunto evitare che la parte contrattualmente più forte - che è anche quella che di norma predispose la bozza contrattuale - possa essere in futuro pregiudicata).

2.4 Offerta vincolante e proposta non impegnativa.

Un aspetto contrattualistico estremamente importante e da tenere in considerazione e' rappresentato dalla distinzione tra offerta vincolante e proposta non impegnativa.

Sia gli operatori economici che i giudici americani prestano molta attenzione a tale differenza in quanto solo nel primo caso si potra' sostenere che, in caso di accettazione, si e' formato un contratto concretamente eseguibile.

In particolare, ed ancora una volta, un ruolo determinante e' giocato dal testo del contratto che dovrebbe indicare in modo univoco e certo se le affermazioni in esso contenute vanno intese come mere dichiarazioni di intenti futuri, come negoziati preliminari, oppure se esse contengono l'impegno ad eseguire una qualche prestazione concreta.

Sotto tale profilo ed al fine di accertare la forza vincolante o meno di una proposta, le Corti americane attribuiscono importanza ad alcuni elementi in particolare: cosi', ad esempio, quanto piu' concisa ed immediata e' la proposta (nel senso che e' richiesta una risposta altrettanto breve, del tipo "si/no"), tanto maggiore e' la probabilita' che la proposta venga intesa come una offerta vincolante; al contrario, se la proposta contiene richieste di informazioni, e' probabile che essa venga interpretata come invito a procedere in un negoziato preliminare non vincolante.

Chiaramente ogni proposta, per avere una qualche concretezza, deve individuare l'oggetto del contratto (prestazione di beni o servizi) e la quantita' trattata, ma tali elementi a volte possono essere desunti anche dal contesto generale, rappresentato ad esempio dagli usi e dalle consuetudini di un certo settore economico o, ancor di piu', dalle relazioni d'affari e dalle prassi precedentemente instauratesi tra le parti.

Sotto quest'ultimo aspetto, inoltre, non deve essere sottovalutata la tendenza dei giudici americani ad attribuire ai cambiamenti delle prassi l'efficacia di modificare i contratti in vigore tra le parti: cio' significa che alcune clausole contrattuali potrebbero essere ritenute decadute perche' non piu' applicate tra le parti o perche' sostituite da altre prassi di differente contenuto. Per tale motivo, oltre a quelli precedentemente evidenziati, prima di entrare in affari con un partner americano sarebbe consigliabile definire anticipatamente le procedure standard (comunicazioni via telefono, fax o telefax, corrispondenza postale o e-mail ecc.) che si intendono seguire successivamente, durante le varie fasi del rapporto commerciale (primo contatto, negoziati preliminari, accordo base, esecuzione del contratto), avendo cura di tener fede a tali procedure e comunque di non stravolgerle.

Da ultimo, non bisogna dimenticare che, in caso di ambiguita' sulla reale portata di una proposta, quest'ultima verra' tendenzialmente interpretata dai giudici americani come un'offerta

pienamente vincolante, di modo che il proponente potrebbe ritrovarsi condannato al risarcimento dei danni per non aver rispettato impegni involontariamente assunti.

2.5 Il problema della solvibilita' del debitore.

Quando si decide di instaurare una relazione d'affari con un nuovo soggetto e soprattutto quando si vuole stabilire un rapporto di collaborazione di media-lunga durata (com'e' quello tra il produttore/esportatore ed i suoi rappresentanti o distributori) e' fondamentale accertarsi della serietà e credibilita' commerciale del proprio potenziale partner.

Ma non meno importante e', da un punto di vista pratico, accertare la solvibilita' di colui che, appunto, potrebbe diventare il proprio futuro debitore.

In ultima analisi, prima ancora di aver sottoscritto un qualunque contratto, e' estremamente utile verificare la capacita' della propria controparte di risarcire i danni derivanti da un suo eventuale e futuro inadempimento contrattuale.

Una tale affermazione puo' sembrare banale ma in realta' acquista particolare importanza nel commercio internazionale, dove le parti hanno nazionalita' diversa e dove il patrimonio del debitore, posto a garanzia delle obbligazioni da esso contratte, si trova per lo piu' in un paese straniero.

Quest'ultima circostanza, infatti, rende piu' difficile reperire informazioni economico-finanziarie sulla serietà e consistenza del debitore. Inoltre, in caso di violazione del contratto ed al fine di ottenere un pronto ed effettivo risarcimento dei danni, puo' rendersi necessario intentare causa nel paese straniero, in modo da ottenere un provvedimento emesso dai giudici del luogo e come tale in grado di aggredire immediatamente (cioe' senza bisogno di essere omologato a livello internazionale) i beni del debitore, prima che di essi si perda ogni traccia (come purtroppo sovente accade). Chiaramente, tutto cio' comporta spese legali piu' elevate da imputarsi, tra l'altro, alla necessita' di essere assistiti da legali stranieri oltre che nazionali.

Nel caso degli Stati Uniti, poi, l'accertare in anticipo la serietà e la solvibilita' del proprio partner commerciale e' di importanza fondamentale per due principali motivi.

Il primo e' che la legislazione americana permette di costituire societa' di capitali (anche sul modello delle nostre S.p.A.) attraverso il versamento di esigue somme a titolo di capitale sociale: cosi', si puo' essere facilmente tratti in inganno dalla denominazione di *Corporation* e da una immagine commerciale ben pubblicizzata, dietro alla quale tuttavia puo' nascondersi una realta' finanziaria molto meno solida ed affidabile.

Il secondo motivo e' rappresentato dalla normativa fallimentare americana che e' assai piu' blanda di quella italiana e che fornisce ancor meno garanzie di essere soddisfatti in fase di liquidazione dell'attivo fallimentare.

Queste considerazioni ci permettono di comprendere perche' negli Stati Uniti, piu' che altrove, e' prassi ricorrente e comunemente accettata quella di richiedere in via preventiva alla propria

controparte bilanci contabili, prospetti bancari e referenze in genere. Tale prassi rientra in quella fase precontrattuale che prende solitamente il nome di *Due Diligence*.

2.6 La Due Diligence: la Lettera di Intenti e l'Accordo Confidenziale. La clausola di Riservatezza.

La *Due Diligence* e' una prassi contrattuale tipica del commercio internazionale, ma non solo, e che caratterizza la fase antecedente alla stipulazione di un accordo definitivo.

Essa si risolve in un momento di reciproco studio tra le parti interessate ad entrare in affari. L'obiettivo ultimo e' infatti quello di verificare la serietà e la solidità del proprio futuro partner e di valutare, in ultima analisi, la fattibilità dell'affare che si e' intenzionati a compiere.

La *Due Diligence* si formalizza solitamente attraverso la sottoscrizione di una "Lettera di Intenti" (*Letter of Intent*) e di un connesso "Accordo Confidenziale" (*Confidential Agreement*).

La prima (Lettera di Intenti) e' una dichiarazione comune nella quale le parti esprimono la propria volontà di addivenire, qualora vi siano le opportune condizioni, a futuri accordi contrattuali. Per il suo tenore, tale dichiarazione non produce alcun obbligo immediato a carico delle parti ma il suo contenuto puo' diventare vincolante in un secondo momento, quando sia stato sottoscritto un successivo contratto, che appunto verra' interpretato alla luce di quanto affermato nella Lettera stessa.

La Lettera di Intenti giustifica anche la redazione di uno specifico accordo (Accordo Confidenziale) volto al reciproco scambio di informazioni "sensibili" riguardanti le organizzazioni aziendali. Tale secondo accordo, a differenza del primo, produce un immediato obbligo di segretezza sulle informazioni che vengono rivelate e che possono spaziare dalle caratteristiche dei prodotti alla situazione contabile e finanziaria dell'impresa. La violazione dell'obbligo di segretezza viene solitamente sanzionata, anche in modo molto consistente, nel caso in cui le informazioni concernano, ad esempio, prodotti o processi brevettati o coperti dal diritto d'autore e, piu' in generale, ogni qual volta c'e' il rischio che una parte possa indebitamente appropriarsi delle conoscenze tecniche e del *know-how* dell'altra. Tale obbligo di segretezza, come e' ovvio, continua a sussistere anche nel caso in cui le parti decidano successivamente di non dare seguito ad alcuna relazione d'affari.

A volte puo' accadere che l'affare trattato non sia cosi' importante da giustificare lo svolgimento della *Due Diligence* cosi' come sopra descritta. Anche la ridotta dimensione commerciale dei soggetti coinvolti puo' spingere per l'adozione di soluzioni negoziali piu' semplici e che non prevedono la formalizzazione della fase precontrattuale.

Nondimeno, prima e durante lo svolgimento di un rapporto contrattuale, molte informazioni importanti possono essere scambiate tra le parti. Il problema di garantirne la segretezza viene allora risolto da una apposita clausola di Riservatezza, solitamente definita *Confidentiality*, che prevede appunto il divieto di diffusione delle informazioni a persone non autorizzate ed il diritto della parte

lesa al risarcimento del danno nella misura consentita dalla legge e, spesso, in quella maggiore che il giudice puo' determinare secondo il suo equo apprezzamento (tale ultima previsione e' giustificata dalla difficolta' di determinare in concreto l'ammontare del danno causato dalla diffusione delle informazioni).

2.7 La clausola arbitrale e le spese legali.

E' sempre piu' frequente negli Stati Uniti il ricorso all'arbitrato al fine di risolvere le controversie insorte tra le parti di un contratto.

Cio' e' dovuto sia all'esistenza di leggi federali e statali che impongono il ricorso all'arbitrato in relazione a certe controversie sia alla tendenza degli operatori economici stessi a ricorrere ad un metodo solitamente piu' rapido di risoluzione delle vertenze contrattuali.

L'arbitrato e' infatti una procedura piu' veloce e con spese di accertamento generalmente inferiori rispetto a quelle di un normale processo difronte all'autorita' giudiziaria. Esso inoltre riduce l'aleatorieta' delle decisioni nel caso in cui l'oggetto del contendere verta su questioni tecniche e cio' in quanto le parti, diversamente da quanto accade nel corso di un normale processo, possono scegliere coloro che decideranno il caso (cioe', gli arbitri) tra esperti del settore. Infine, l'arbitrato offre maggiore riservatezza alle parti poiche' non e' un pubblico procedimento.

Uno svantaggio dell'arbitrato e' invece rappresentato dall'obbligo delle parti di anticipare parte delle spese procedurali attraverso il deposito di somme anche consistenti.

Al riguardo, occorre inoltre sottolineare che negli Stati Uniti le spese legali, comprese quelle arbitrali, non vengono rimborsate alla parte vincente a meno che cio' non sia stato espressamente convenuto dalle parti per iscritto. Per tale motivo, i contratti contengono solitamente una disposizione che riconosce alla parte vincente il diritto al rimborso delle spese sostenute per la propria difesa.

3. Il contratto di compravendita di beni mobili.

3.1 Premessa.

Come già specificato in precedenza (cfr. par. 1.2), i paragrafi seguenti non trattano l'intera disciplina del contratto di compravendita di beni mobili ma considerano solo alcuni aspetti peculiari della disciplina statunitense ritenuti meritevoli di particolare attenzione da parte dell'operatore italiano.

3.2 La definizione di Merchant.

La disciplina di legge relativa al contratto in esame è contenuta nell'articolo 2 e relativi commi dello UCC.

Un primo elemento caratteristico di tale normativa è la distinzione operata tra *Merchant* e *non-Merchant* ossia tra coloro che, venditori o compratori che siano, sono da considerare come esperti di un determinato settore oppure, al contrario, come operatori occasionali e privi di particolare accortezza.

Alla base di tale distinzione sta la volontà del legislatore di fornire una maggiore tutela a chi, per così dire, è sprovvisto rispetto a chi è invece ben conscio delle regole del gioco.

Tutto ciò, come vedremo successivamente, si traduce in una serie di disposizioni che disciplinano in modo diverso una stessa circostanza a seconda che i soggetti interessati siano *Merchant* o meno.

Il termine *Merchant* viene utilizzato in due principali accezioni, una più ampia e l'altra più ristretta.

Nella prima, il termine indica tutti coloro che conoscono gli usi e le prassi di un determinato settore, indipendentemente dallo specifico lavoro svolto. Così, ad esempio, può essere considerato *Merchant* sia il titolare che il dipendente di una azienda, l'addetto alle consegne oppure un bancario. Questo avviene perché le prassi considerate sono generiche e non richiedono alcuna specializzazione per essere conosciute, essendo a tal fine sufficiente il semplice fatto di lavorare in quel determinato contesto.

Nella seconda accezione, piu' ristretta, *Merchant* e' solamente colui che ha una particolare qualificazione professionale in relazione ad un particolare bene in commercio, come ad esempio un rivenditore od un produttore.

3.3 La revocabilità dell'offerta.

Secondo la legge contrattuale americana, le offerte sono generalmente revocabili prima dell'accettazione a meno che l'offerente non si sia impegnato a mantenere ferma l'offerta; tuttavia, ciò può avvenire solo se l'offerente ha ottenuto qualcosa (denaro o altra prestazione patrimoniale) in cambio del proprio impegno.

Tale regola, tuttavia, non trova applicazione in relazione alle offerte di compravendita fatte per iscritto da *Merchant* (intesi qui nell'accezione più ampia del termine). In questo caso infatti l'offerta rimane ferma, ossia irrevocabile, per il periodo di tempo indicato (che non può tuttavia superare, per legge, i tre mesi) e questo anche se il *Merchant* si è assunto un tale impegno gratuitamente.

Poiché tuttavia l'irrevocabilità è una condizione particolarmente gravosa, la legge tutela il *Merchant* nel caso in cui l'obbligo di mantenere ferma l'offerta sia previsto all'interno di un modello contrattuale fornito da chi riceve l'offerta anziché dal *Merchant* stesso. In tal caso infatti la clausola relativa all'irrevocabilità deve essere doppiamente sottoscritta dal *Merchant*, pena la sua invalidità.

3.4 Accettazione con modifiche all'offerta: irrilevanza delle modifiche, controproposta o modifica definitiva.

In genere, il diritto contrattuale prevede che un contratto possa dirsi concluso solo se l'accettazione rispecchia in tutto e per tutto l'offerta. In sostanza, il contratto sorge solo se le parti si sono accordate su tutto il contenuto dell'accordo. Pertanto, se l'accettazione contiene elementi nuovi rispetto all'offerta, si è in presenza di una controproposta, idonea come tale a riaprire le trattative, senza che alcun contratto possa dirsi concluso.

La disciplina contenuta nell'UCC, invece, deroga a tale principio. Essa prevede che, se l'accettazione contiene elementi nuovi rispetto all'offerta, questi ultimi siano del tutto irrilevanti; pertanto, essi non impediranno che il contratto si concluda sul contenuto dell'offerta iniziale.

Affinché l'accettazione contenente modifiche possa produrre effetti e valere da controproposta è necessario indicare chiaramente ed espressamente che la propria accettazione (con modifiche) è subordinata all'accettazione altrui delle modifiche operate: in assenza di tale ultima accettazione, nessun contratto potrà dirsi concluso, nemmeno sugli elementi dell'offerta iniziale sui quali le parti hanno già trovato un accordo.

L'UCC prevede tuttavia un'ulteriore e particolare norma da applicarsi quando le parti contraenti siano *Merchant*. In tal caso, le modifiche all'offerta contenute nell'accettazione sono considerate definitive, nel senso che il contratto viene a concludersi sulla base delle modifiche stesse (che non sono, pertanto, irrilevanti) e senza bisogno che la controparte dichiari a sua volta di accettarle (come avverrebbe in caso di controproposta). Tuttavia, anche quando le parti sono *Merchant*, la legge prevede che il contratto non possa dirsi concluso se:

- a) le modifiche alterano sostanzialmente (*materially*) l'accordo originario, nel senso che il rischio economico connesso all'esecuzione dell'accordo e sul quale le parti possono concordare viene considerevolmente alterato e sbilanciato a danno di una parte e a favore dell'altra;
- b) l'offerta non è negoziabile, nel senso che essa esclude espressamente qualunque accettazione che non sia esattamente conforme ai termini ed alle condizioni in essa contenute;
- c) l'offerente ha già in precedenza escluso particolari termini o condizioni o ha provveduto, in tempo ragionevole, a rifiutare le modifiche stesse.

Con riferimento al concetto di alterazione *sostanziale* dell'offerta, è bene ricordare che spetta al giudice, in ultima istanza, decidere se una modifica è sostanziale o meno. Anche se in certi casi si può facilmente affermare che una modifica è sostanziale (ad esempio, quando vengono limitate o

addirittura escluse le garanzie relative al bene scambiato; si veda, al riguardo, il par. 3.8), in altre circostanze (come, ad esempio, in caso di modifica del prezzo) cio' non e' cosi' scontato. Una tale decisione infatti dipende da una valutazione complessa degli interessi in gioco e dal tipo di bilanciamento sul quale le parti possono ragionevolmente convenire: cosi', ad esempio, variazioni del prezzo dell'ordine di alcuni punti percentuali possono essere considerate non sostanziali, sulla base appunto del contesto in cui opera il contratto.

3.5 *Gli Open Terms.*

Gli *Open Terms* sono i termini dell'accordo che le parti hanno lasciato "aperti", cioè non determinati.

Tale circostanza tuttavia non impedisce la formazione del contratto se appare chiaro che le parti erano comunque intenzionate a concludere l'affare e se ci sono altri elementi dai quali è possibile desumere ragionevolmente il contenuto dei termini mancanti (cio' può avvenire, ad esempio, in relazione al prezzo, al tempo o al luogo di consegna).

Ancora una volta, occorre sottolineare come il rinvio al concetto di ragionevolezza, tipico delle leggi americane, non è altro che la "porta" attraverso la quale l'autorità dei giudici è chiamata a decidere casi e circostanze dubbie che non si prestano ad essere regolate in modo rigido e definitivo dal legislatore.

Tale potere di sopperire alle mancanze delle parti è generalmente più ampio di quello accordato ai nostri giudici, in quanto la legge americana non introduce particolari vincoli all'attività interpretativa del giudice il quale rimane pertanto estremamente libero nell'adottare le proprie decisioni.

Considerazione a parte merita la quantità dei beni scambiati, intesa come elemento costitutivo del contratto. La quantità infatti deve essere certa o comunque determinabile in modo certo sulla base di altre circostanze (è il caso, ad esempio, dei contratti di fornitura che possono determinare la quantità contrattata facendo riferimento al fabbisogno del compratore o alle capacità di offerta del venditore). Quindi, a differenza di altri elementi contrattuali, la mancata determinazione della quantità di beni scambiata o l'impossibilità di determinarla altrimenti in modo sufficientemente accurato impedisce la formazione del contratto, senza che il giudice possa sopperire a tale mancanza.

3.6 *Lo Statute of Frauds.*

Lo *Statute of Frauds* e' una legge che impone la forma scritta nel caso in cui il valore dei beni scambiati sia uguale o superiore a 500 dollari (USD 500), pena l'impossibilita' di ottenere l'esecuzione del contratto.

La forma scritta tuttavia non deve riguardare l'intero contratto ma e' sufficiente che risulti per iscritto che le parti hanno raggiunto un accordo e che vi sia la firma della parte contro la quale si vuole far valere il contratto.

La norma non richiede che risultino altri elementi del contratto, ad eccezione della quantita': infatti il contratto e' eseguibile solo nei limiti della quantita' indicata o desumibile dallo scritto.

Un contratto e' comunque eseguibile, anche in deroga allo *Statute of Frauds*

- a) se i beni sono stati prodotti per le esigenze particolari del compratore e non sono vendibili ad altri nel corso dell'attivita' ordinariamente svolta dal venditore e se il venditore, prima di venire a conoscenza del rifiuto del compratore e sulla base di circostanze che ragionevolmente facevano pensare che il compratore avrebbe confermato l'acquisto, ha iniziato a produrre o ha commissionato una parte sostanziale dell'ordine;
- b) se la parte contro la quale si fa valere il contratto riconosce l'esistenza del contratto stesso;
- c) in relazione a quei beni per i quali il pagamento e' gia' stato avanzato e accettato o che sono gia' stati consegnati ed accettati.

Una norma a parte e' prevista nei rapporti tra *Merchant*. Essa prevede che, se un *Merchant* riceve una conferma scritta di un precedente accordo orale, egli ha 10 giorni di tempo per inviare un rifiuto scritto all'altro *Merchant*, dopo di che l'accordo si intendera' concluso e eseguibile anche senza la sua firma.

3.7 Il passaggio del rischio di perdita del bene dal venditore all'acquirente.

Il rischio di perdita del bene e' un concetto che denota quale tra le parti di un accordo deve sostenere i costi derivanti dalla perdita, dal furto, dal danneggiamento o dalla distruzione del bene oggetto del contratto.

Tale rischio ricade originariamente sul venditore ma passa al compratore in un certo momento della transazione. E' quindi importante stabilire in quale preciso momento cio' avviene, tenendo presente che il possesso del bene non e' di per se' determinante al fine di stabilire su chi ricada il rischio.

In particolare, nel caso in cui la consegna del bene avvenga senza il ricorso ad una compagnia di trasporti, merita attenzione la regola secondo la quale, se il venditore e' un *Merchant*, il rischio passa all'acquirente solo quando quest'ultimo entra fisicamente in possesso del bene; al contrario, se il venditore non e' un *Merchant*, il rischio rimane a suo carico solo fino al momento in cui il bene sia stato messo a disposizione del compratore nel luogo pattuito, dopodiche' l'eventuale successiva perdita resta a carico del compratore, anche se egli non e' ancora entrato in possesso del bene.

3.8 Le Warranties.

L'UCC prevede diversi tipi di *Warranties*, ossia di garanzie, che il venditore deve fornire al compratore relativamente al bene venduto.

Vi e' una prima garanzia relativa alla titolarita' dei diritti sul bene da parte del venditore (*Warranty of Title*): il compratore ha quindi la garanzia di divenire proprietario del bene in seguito all'acquisto, proprio perche' i diritti sul bene gli vengono trasferiti direttamente dal soggetto che ne era precedentemente titolare.

Nel caso in cui il venditore sia un *Merchant*, il compratore ha anche diritto alla garanzia contro la violazione di marchi, brevetti, diritti d'autore od altri diritti specialmente tutelati dalla legge (*Warranty Against Infringement*).

Vi sono poi le garanzie c.d. "espresse" (*Express Warranties*) con le quali si fa riferimento al fatto che il bene venduto deve essere conforme alle promesse, alle affermazioni ed alle descrizioni fatte dal venditore al compratore e sulle quali quest'ultimo fa affidamento.

Di particolare importanza dal punto di vista della prassi commerciale sono le garanzie c.d. "implicite" (*Implied Warranties*). Esse sono

- a) la garanzia implicita di *commerciabilita'* (*Warranty of Merchantability*);
- b) la garanzia implicita di conformita' ad un *particolare scopo* (*Warranty of Fitness for a Particular Purpose*).

La prima garantisce la "commerciabilita'" del bene ma tale termine deve essere inteso in un'accezione diversa e piu' ampia rispetto a quella che si potrebbe credere.

Infatti per "commerciabilita'" del bene non si intende solamente il fatto che il bene venduto abbia le caratteristiche di legge necessarie per essere commercializzato (ad esempio, la vendita di bevande ed alimenti al pubblico presuppone che siano stati rispettati tutti i requisiti igienici per la produzione e la somministrazione degli alimenti). Nel concetto di "commerciabilita'" rientra anche la garanzia di una qualita' del bene comparabile con quella media generalmente accettata ed, in particolare, la garanzia dell'idoneita' del bene a raggiungere gli *scopi ordinari* per i quali viene utilizzato. Cosi', ad esempio, se un concessionario di auto vende un'auto usata, e' implicito che lo sterzo debba funzionare e la sua rottura durante la guida in condizioni ordinarie e' pertanto coperta da garanzia. Questo tipo di garanzia e' importante in quanto le cause intentate contro i venditori si fondano di solito proprio sulla prova dell'inidoneita' del bene all'uso ordinario.

L'altra garanzia implicita e' l'idoneita' del bene ad un *particolare scopo*. Quest'ultima prescinde dal fatto che il venditore sia o meno un *Merchant* e pertanto si applica a tutti i venditori indiscriminatamente. Essa serve a garantire al compratore che il bene e' idoneo a quel particolare uso per il quale il venditore si e' impegnato a venderlo, cosi' da tutelare l'affidamento che l'acquirente ha riposto nella esperienza e nelle conoscenze tecniche che il venditore avrebbe dovuto avere o ha lasciato intendere di avere. Cosi', ad esempio, se un appassionato vende la propria auto da rally ad un rallista, la rottura dello sterzo in condizioni di gara normali e' coperta da garanzia (idoneita' ad un particolare scopo).

Ad ogni modo, tutte le garanzie suddette possono essere limitate o, in certi casi, addirittura escluse attraverso il relativo disconoscimento (*Disclaimer*) da parte del venditore.

In linea generale, tale disconoscimento deve essere ragionevole, nel senso che non puo' spingersi fino al punto tale di contrastare ed annullare le affermazioni precedentemente fatte dal venditore stesso: ad esempio, se si afferma di voler vendere un'automobile "nello stato di fatto in cui si trova" ("*as is*"), cio' non significa che tale automobile possa essere priva del motore o dell'impianto frenante.

Cio' detto, con riguardo alle garanzie implicite esistono due metodi di disconoscimento, uno specifico e l'altro generico.

Il primo metodo (specifico) assicura al venditore che il suo disconoscimento sara' valido ed efficace ed al di sopra di ogni contestazione. Infatti, esso deve essere fatto per iscritto e in modo *cospicuo* ossia utilizzando caratteri in grassetto o maiuscoli o di un colore diverso e ben visibile rispetto al resto del testo; nel caso poi della garanzia di commerciabilita', tale termine deve essere espressamente richiamato.

Il secondo metodo (generico) si puo' realizzare in vari modi ed in generale non fornisce le stesse garanzie di validita' ed efficacia del primo in considerazione della minor chiarezza nel precisare i limiti ed i contenuti del disconoscimento. La sua reale portata risente quindi maggiormente della situazione di fatto che si e' venuta a creare. Ad esempio, il disconoscimento puo' avvenire attraverso l'utilizzazione di formule generiche quali "*as is*" (il bene viene venduto "nello stato di fatto in cui si trova"), ma anche l'avvenuta ispezione del bene da parte dell'acquirente nei modi e nei tempi di suo piacimento (e senza che sia stata sollevata contestazione alcuna) od il rifiuto di ispezionare il bene possono valere da disconoscimento delle garanzie implicite. Allo stesso modo, e' bene ricordare che le circostanze di fatto che caratterizzano la fase antecedente (negoziazioni) e successiva (esecuzione) alla stipulazione del contratto nonche' gli usi e le consuetudini commerciali possono influire sulla portata delle garanzie implicite.

Restando in tema, la legge federale del 1975 sulle garanzie fornite sui beni destinati ai consumatori (c.d. legge *Magnuson-Moss*) contiene alcune particolari disposizioni per il caso in cui un produttore (*Consumer Product Manufacturer*) o un rivenditore (*Marketer*) rilasci per iscritto una qualunque garanzia.

In particolare, tali norme prevedono che:

- a) la garanzia rilasciata debba essere descritta come "*Full*" (cioè tale da soddisfare tutti i rigidi standards federali in materia) o "*Limited*";
- b) nel caso di *Full Warranties*, le garanzie implicite non possono essere in alcun modo limitate nel contenuto o disconosciute;
- c) nel caso di *Limited Warranties*, allo stesso modo, le garanzie implicite non possono essere limitate nel contenuto o disconosciute ma è possibile limitarne la durata temporale;
- d) il legislatore incoraggia la risoluzione stragiudiziale ed amichevole delle controversie, subordinando l'esperimento dell'azione giurisdizionale alla condizione che il consumatore abbia in precedenza tentato di risolvere in via amichevole l'eventuale controversia insorta con il venditore.

3.9 *Il Security Interest.*

Una questione che interessa da vicino tutti gli esportatori italiani e' quella di garantirsi contro il mancato pagamento della merce una volta che questa, spedita oltreoceano, si trovi nelle mani del compratore.

Una situazione del genere, infatti, e' particolarmente svantaggiosa per il venditore il quale, se da un lato ha perso il possesso del bene a favore dell'acquirente, dall'altro non ne ha ancora incassato il prezzo.

In una situazione del genere, inoltre, si corre il rischio che la merce venga aggredita dai creditori dell'acquirente o che, piu' in generale, terzi possano acquisire diritti sulla stessa, impedendo cosi' al venditore di tornarne in possesso.

Soprattutto se i beni venduti hanno un elevato valore individuale (come nel caso di macchinari pesanti o, in genere, di forniture speciali), puo' essere estremamente utile per l'esportatore assicurarsi il diritto di tornare in possesso dei beni venduti.

Per garantirsi una tale possibilita' e' necessario allora acquisire un *Security Interest* sulla merce, attraverso la stipulazione di uno specifico accordo scritto da trascrivere poi in appositi registri pubblici.

Una tale esigenza puo' presentarsi anche in una situazione analoga a quella sopra descritta, vale a dire quando l'esportatore abbia lasciato le merci in conto deposito presso il proprio distributore: in caso di eventuale fallimento del distributore, infatti, si presume che le merci in suo possesso siano anche di sua proprieta', con la conseguenza che esse entreranno a far parte dell'attivo fallimentare.

Per scongiurare una tale eventualita', e' opportuno allora costituire a proprio favore un *Security Interest* sulle merci depositate, nei modi e secondo le procedure previste dalla legge .

3.10 Termini di prescrizione dell'azione.

In caso di violazione del contratto, la relativa azione giurisdizionale si prescrive nel termine di 4 (quattro) anni dal giorno in cui si e' verificato l'inadempimento.

Nel caso delle garanzie che coprono la merce oggetto della compravendita, i termini decorrono a partire dal giorno in cui i beni sono offerti in consegna all'acquirente oppure, qualora la garanzia si estenda espressamente alle future prestazioni dei beni e la sua violazione non possa essere accertata prima della messa in funzione degli stessi, a partire dal giorno in cui la violazione della garanzia e' stata scoperta o si sarebbe dovuta scoprire.

Le parti, per contratto, possono ridurre i termini di prescrizione fino ad un minimo di 1 (uno) anno ma non possono estenderli oltre il limite di legge.

3.11 La Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di merci.

La compravendita di beni mobili può anche essere regolata dalle disposizioni contenute nella Convenzione ONU sulla vendita internazionale.

Il Governo italiano e quello americano hanno infatti ratificato tale Convenzione che è quindi applicabile ai contratti stipulati tra parti che hanno la propria sede d'affari in uno dei due paesi; la Convenzione, quindi, interessa da vicino la figura dell'esportatore italiano.

In base all'art. 2 della Convenzione, essa non si applica: alle vendite di beni mobili acquistati per uso personale; alle vendite all'asta o tramite provvedimento giudiziario; alle vendite di titoli di credito o valuta; alle vendite di navi, imbarcazioni, hovercraft e aerei.

Senza dilungarci in un esame troppo approfondito della Convenzione, meritano interesse le disposizioni di seguito trattate.

L'art. 6 riconosce alle parti contraenti la facoltà di escludere o limitare l'applicazione della Convenzione o derogare alle disposizioni in essa contenute. Tale articolo sancisce pertanto la non-obbligatorietà della Convenzione e la prevalenza del contratto sulle disposizioni internazionali. Per tale motivo, ai fini di una migliore tutela degli interessi in gioco, rimane di fondamentale importanza la corretta ed attenta redazione del contratto.

L'art. 7 stabilisce che le disposizioni contenute nella Convenzione e le questioni che possono sorgere in relazione alle materie oggetto della stessa devono essere interpretate alla luce del carattere internazionale della Convenzione. Inoltre, il successivo art. 9 aggiunge che, se non diversamente stabilito nel contratto, si presume che le parti abbiano tacitamente reso applicabili al loro rapporto contrattuale gli usi internazionali tipici del particolare settore commerciale nel quale si colloca la vendita.

L'art. 7 e l'art. 9 vengono spesso disattesi nel corso dei processi di fronte all'autorità giudiziaria statunitense, sia a causa della tradizionale riluttanza dei giuristi americani ad accogliere all'interno del proprio sistema norme giuridiche prodotte all'estero, sia per la confusione che può generarsi tra i concetti espressi dalla Convenzione e quelli contenuti nell'art. 2 dello UCC (relativo, come detto, alla vendita di beni mobili) ed al quale la Convenzione in gran parte si ispira riproponendone, a tratti, il medesimo testo.

Così, ad esempio, il giudice americano potrebbe confondersi ed applicare al caso concreto gli usi commerciali tipici del mercato americano, nazionale o addirittura locale, aventi una qualche portata internazionale ma non tali da poter essere definiti come "largamente conosciuti nel commercio internazionale" ("*in international trade widely known*").

Inoltre, l'UCC prevede che gli usi debbano applicarsi conformemente alla volontà delle parti espressa nel contratto, con funzione esplicativa o integrativa dell'accordo intercorso, mentre tale limite non è sancito dalla Convenzione.

Un altro importante concetto, quello di "buona fede" (*good faith*), è richiamato dalla Convenzione solamente nell'art. 7 relativo, come detto, alle questioni interpretative. Tale concetto, quindi, sembrerebbe essere un mero strumento interpretativo e non rappresenterebbe un obbligo di comportamento per gli operatori economici, come è invece previsto dallo UCC limitatamente alla fase dell'esecuzione del contratto.

Occorre ad ogni modo segnalare che le Corti americane si stanno dimostrando sempre più sensibili alla nuova dimensione dei rapporti economici internazionali e si registra un numero crescente di sentenze che, anche a costo di pregiudicare gli interessi delle aziende americane, rispettano i principi e le norme proprie del commercio internazionale applicabili al contratto.

3.12 Le clausole di trasporto.

Le clausole di trasporto sono delle condizioni contrattuali standardizzate che disciplinano le modalità di trasporto in senso stretto ed importanti questioni ad esso connesse, quali l'attribuzione del rischio di perdita o danneggiamento del bene, le spese di trasporto e di assicurazione, gli obblighi amministrativi ed in generale tutti gli oneri connessi al trasporto della merce da un luogo ad un altro.

Lo scopo di queste clausole è, in ultima analisi, quello di definire in modo chiaro e preciso quali obblighi derivanti dalla compravendita fanno carico al compratore e quali al venditore; in generale, tuttavia, ogni obbligo ed onere non espressamente posto a carico del venditore è da considerarsi a carico dell'acquirente.

Le clausole di trasporto vengono solitamente riportate sui contratti di vendita attraverso l'apposizione di una sigla riassuntiva del loro contenuto (ad esempio: FOB, FAS ecc.).

L'utilizzazione di tali clausole è tipica del commercio internazionale ma, nel caso degli Stati Uniti, esse trovano applicazione anche nel commercio interno. Lo stesso UCC disciplina direttamente alcune importanti clausole quali sono FOB, FAS, CIF.

In Italia, al contrario, tali clausole non sono disciplinate dal legislatore ma sono contenute nella pubblicazione *Incoterms* della Camera di Commercio Internazionale di Parigi alla quale i nostri operatori fanno solitamente riferimento.

Vi possono essere quindi alcune lievi differenze di contenuto tra la medesima clausola secondo il diritto statunitense e secondo gli *Incoterms*.

Al fine di evitare ogni ambiguità sull'esatto contenuto di queste clausole è quindi opportuno specificare nel contratto se si sta facendo riferimento alle definizioni americane o a quelle della Camera di Commercio Internazionale.

Secondo quanto previsto nello UCC, le caratteristiche peculiari delle tre clausole richiamate (FOB, FAS, CIF) possono essere riassunte come segue.

FOB. La sigla sta per "*Free On Board*" ossia "Franco a bordo". L'UCC disciplina due tipi di FOB: "*FOB place of shipment*" e "*FOB place of destination*".

Nel primo caso ("*place of shipment*"), il venditore ha l'obbligo di consegnare la merce al vettore nel luogo indicato dal contratto per l'imbarco e la spedizione della merce; ciò avviene a spese e a rischio del venditore, il quale è sollevato dal rischio di perdita della merce solo nel momento in cui questa è passata in possesso del vettore. Il venditore ha inoltre l'obbligo di notificare prontamente al

compratore l'avvenuta spedizione della merce e deve predisporre tutta la documentazione necessaria per consentirgli di entrare successivamente in possesso della merce.

Nel secondo caso ("*place of destination*"), il venditore ha l'obbligo di trasportare la merce, a proprie spese e a proprio rischio, fino al luogo di destinazione e di offrirla in consegna all'acquirente opportunamente corredata di tutta la documentazione necessaria per mettere il compratore in condizione di entrarne in possesso.

Il venditore, pertanto, non e' sollevato dal rischio di perdita della merce fino a quando questa non sia stata posta a disposizione del compratore nel luogo di destinazione.

In entrambe i casi, quando nella FOB sono specificati i termini "*car*", "*vessel*" o altri simili, sono a spese e a rischio del venditore anche le operazioni di carico della merce a bordo.

Nel caso particolare della FOB "*vessel*" (ossia "nave"), il compratore deve designare la nave ed il venditore deve farsi rilasciare dal vettore un "*negotiable bill of lading*" ("polizza di carico negoziabile") relativo alla merce imbarcata.

Da notare che, secondo la clausola FOB, il venditore ha l'obbligo di sdoganare la merce e pertanto deve procurarsi, tra l'altro, la licenza per l'esportazione.

FAS. La sigla sta per “*Free AlongSide*” ossia, letteralmente, “franco lungo bordo” e si riferisce al trasporto via nave.

Il venditore ha l’obbligo di consegnare la merce sotto bordo al vettore nel porto e nel luogo indicato dal compratore, a proprie spese e a proprio rischio.

Il rischio di perdita dei beni si trasferisce in capo al compratore nel momento in cui la merce oltrepassa il bordo della nave.

Il venditore ha anche l’obbligo di predisporre la documentazione necessaria per l’emissione della polizza di carico relativa alla merce.

Secondo la clausola FAS, il venditore non ha l’obbligo di sdoganare la merce e pertanto spetta al compratore procurarsi la licenza per l’esportazione ed ogni altro documento doganale.

Da notare che la nuova versione degli *Incoterms* aggiornata all’anno 2000 (*Incoterms 2000*), innovando rispetto alla precedente versione del 1990, pone a carico del venditore (e non del compratore) l’obbligo di sdoganamento anche in caso di clausola FAS, in cio’ discostandosi da quanto previsto dall’UCC.

CIF. La sigla sta per “*Cost Insurance and Freight*” ossia “Costo Assicurazione e Nolo”.

La clausola indica che nel prezzo complessivo, che l’acquirente deve pagare per la merce, e’ ricompreso il prezzo della stessa, il costo sostenuto per la sua assicurazione nonche’ le spese di trasporto fino a destinazione.

Il venditore ha quindi l’obbligo di stipulare il contratto di trasporto con il vettore e di pagarne il relativo nolo, ottenendo indietro la ricevuta del pagamento e la polizza di carico negoziabile; deve inoltre stipulare una polizza assicurativa del tipo e con le condizioni in uso nel porto di imbarco.

Il rischio di perdita della merce si trasferisce dal venditore al compratore quando la merce, affidata al vettore per l’imbarco, oltrepassa il bordo della nave.

Ogni spesa aggiuntiva che si rendesse necessaria durante il viaggio, cosi’ come ogni innalzamento della normale copertura assicurativa rimangono a carico del compratore.

Il venditore ha anche l’obbligo di sdoganare la merce nell’interesse del compratore e pertanto deve procurarsi la relativa documentazione.

Nella prassi commerciale spesso viene utilizzata anche la clausola C&F (anche CF): con essa si stabiliscono a carico del venditore gli stessi obblighi previsti con la CIF ad eccezione dell’obbligo di assicurare la merce. Da notare che tale clausola (C&F) corrisponde alla CFR (“Cost and Freight”) degli *Incoterms*.

4. La distribuzione del prodotto: il contratto di agenzia e di distribuzione.

4.1 Premessa.

Il problema centrale di ogni esportatore e' quello di mettere a punto un sistema efficiente di vendita e distribuzione del prodotto all'estero.

Se si esclude l'ipotesi residuale della vendita realizzata attraverso ordini diretti del cliente alla casa madre, la distribuzione del prodotto richiede necessariamente l'ausilio di una organizzazione che agisca sul luogo di smercio e che operi da tramite tra il cliente e l'esportatore.

La complessita' ed il livello di efficienza di una tale organizzazione possono variare a seconda delle dimensioni del mercato ed, in particolare, della maggiore o minore "pressione" che l'esportatore e' intenzionato ad esercitare.

Così, si puo' scegliere tra soluzioni piu' semplici e meno impegnative e soluzioni piu' complesse e dispendiose ma anche eventualmente piu' redditizie. Infatti l'esportatore puo' decidere, ad esempio, di nominare un proprio agente commerciale (contratto di agenzia) che svolga la funzione tipica di procacciatore d'affari, oppure puo' decidere di affidarsi ad un distributore-rivenditore (contratto di distribuzione) o, ancora, puo' scegliere di operare in franchising (contratto di franchising) o addirittura puo' decidere di aprire una filiale della propria azienda all'estero (contratto di societa').

I primi due contratti sopra menzionati (agenzia e distribuzione) rappresentano tuttavia gli strumenti relativamente piu' semplici attraverso i quali l'esportatore puo' risolvere il problema della distribuzione e della vendita dei propri prodotti all'estero.

Di seguito a tale premessa verranno quindi esaminati gli aspetti salienti dei contratti di agenzia e di distribuzione con l'avvertenza, ancora una volta, che lo scopo della presente Guida esula dalla trattazione specifica ed esaustiva delle problematiche giuridiche connesse all'utilizzazione di questi contratti, problematiche per la cui soluzione rimane quindi indispensabile l'opera di qualificati consulenti legali.

4.2 Il contratto di agenzia.

Come anticipato, la nomina di un agente per le vendite e' solitamente il primo passo che l'esportatore compie quando decide di "sbarcare" su un nuovo mercato.

Così' come avviene in Italia, l'agente americano, a dispetto del suo nome (cioe', "*Representative*"), non ha in genere il potere di rappresentare l'imprenditore e, pertanto, non ha il potere di concludere in suo nome alcun contratto, a meno di espressa autorizzazione conferitagli di volta in volta dall'imprenditore stesso.

Il suo compito si limita pertanto a promuovere la conclusione di contratti tra il cliente e l'esportatore, attraverso la pubblicita' realizzata a favore del prodotto e attraverso la raccolta ed il successivo invio degli ordini all'esportatore per l'approvazione finale.

Il compenso dell'agente per l'attivitá svolta e' rappresentato da una commissione percentuale calcolata in vario modo sull'ammontare delle vendite effettuate.

La legislazione relativa al contratto di agenzia varia da Stato a Stato. In genere, tuttavia, le disposizioni inderogabili (cioe' quelle norme di legge che non possono essere modificate, pena la nullita' delle modifiche stesse) riguardano il momento in cui l'imprenditore e' tenuto a pagare le commissioni e, in certi casi, anche il metodo di calcolo utilizzato per stabilire l'ammontare dovuto. In certi Stati il contratto deve essere redatto in forma scritta, pena la nullita' dell'accordo. Da notare che talvolta esistono differenze anche nella definizione della figura dell'agente: alcune volte, infatti, e' considerato agente solo colui che promuove le vendite all'ingrosso e non anche chi sollecita gli acquisti da parte dei consumatori finali.

Da ultimo, si ricorda che la violazione delle disposizioni inderogabili di legge (in particolare quelle relative all'obbligo dell'imprenditore di pagare, successivamente alla fine del rapporto, le commissioni gia' maturate) comporta oltre all'obbligo del risarcimento del danno, secondo quanto previsto nel contratto, anche la condanna ad un ulteriore risarcimento punitivo, in una misura che varia da 2 a 3 volte l'ammontare delle commissioni dovute.

4.2.1 L'esclusivita' dell'incarico.

Venendo ad esaminare alcune delle clausole tipiche di un contratto di agenzia, la prima per importanza e' sicuramente quella relativa al conferimento dell'incarico all'agente in via esclusiva o meno.

Il conferimento dell'esclusiva all'agente comporta che egli sara' l'unico a poter operare per conto dell'azienda in una determinata area territoriale ed in relazione ad un determinato tipo di prodotto. Solitamente gli agenti cercano di ottenere una tale esclusiva per rafforzare la loro posizione, soprattutto quando si tratta di promuovere un prodotto d'importazione nuovo, le cui potenzialita' in termini di successo commerciale (e quindi di ritorno economico) non sono ancora note.

Allo stesso modo, l'esportatore potra' richiedere che l'agente presti la propria opera solo ed esclusivamente nell'interesse della propria impresa e non anche di altre aziende concorrenti.

Nella determinazione del territorio, e' necessario tenere presente che il mercato americano e' geograficamente molto esteso e che, a dispetto di quello che puo' essere previsto nel contratto, la promozione degli affari su aree territoriali troppo vaste puo' essere molto dispersiva se non impossibile. Per tale motivo, e' anche importante sincerarsi delle potenzialita' organizzative dell'agente e della loro adeguatezza in relazione agli obiettivi posti dall'esportatore.

L'imprenditore, come detto, puo' individuare l'area territoriale ed il prodotto da promuovere ma puo' anche limitare l'esclusiva in relazione alla clientela: e' possibile infatti individuare per contratto una categoria di clienti (definiti "*house accounts*") ai quali l'esportatore si riserva il diritto di vendere direttamente, senza l'obbligo di corrispondere commissioni all'agente.

L'esclusiva rappresenta, in definitiva, una materia rimessa al libero accordo delle parti e come tale risente inevitabilmente dei rapporti di forza tra le stesse. Ogni limitazione dell'esclusiva a svantaggio dell'agente, tuttavia, dovrebbe essere attentamente valutata e descritta nel contratto, al fine di evitare potenziali controversie.

4.2.2 La commissione.

L'agente viene retribuito, come detto, attraverso la corresponsione di una commissione calcolata, in vario modo, sull'ammontare delle vendite effettuate. La percentuale della commissione (che solitamente varia dal 5% al 10%) dipende dal maggiore o minore livello dei rischi e degli obblighi assunti dall'agente. Anche la determinazione del momento in cui la commissione puo' dirsi maturata (ad esempio, quando l'ordine e' stato inviato, o approvato, o al momento in cui la merce e' stata spedita ecc.) e' oggetto di contrattazione tra le parti.

Come detto, le legislazioni statali in genere prevedono norme inderogabili a tutela dell'agente relativamente alla fase di liquidazione delle commissioni, stabilendo in particolare il lasso di tempo entro e non oltre il quale le commissioni maturate devono essere corrisposte all'agente (si va da pochi giorni lavorativi fino ad un mese o poco piu'). E' necessario ad ogni modo prevedere l'obbligo di restituzione delle commissioni gia' pagate qualora le relative fatture rimangano insolute. A tal proposito, e' anche possibile porre a carico dell'agente l'obbligo di garantire le vendite e quello di riscuotere i pagamenti.

Da notare che negli Stati Uniti non sono previste indennita' di fine rapporto ne' di acquisizione di clientela successivamente alla conclusione del rapporto contrattuale.

4.2.3 Lo status giuridico dell'agente e le responsabilita' dell'esportatore.

Nei contratti di agenzia, in America come in Italia, e' sempre prevista una clausola nella quale si precisa che l'agente, e cosi' anche i suoi dipendenti ed aiutanti in genere (ad esempio, sub-agenti), non sono ne' rappresentanti dell'imprenditore (ossia non hanno alcun potere di impegnare direttamente l'imprenditore, sostituendosi ad esso, in assenza di una sua espressa e specifica autorizzazione) ne' dipendenti dell'imprenditore (ossia non possono con le loro azioni coinvolgere indirettamente la responsabilita' dell'imprenditore).

Cio' significa che l'agente e' in tutto e per tutto un *independent contractor* (cioe', un imprenditore indipendente), come tale pienamente responsabile delle proprie azioni e di quelle dei suoi aiutanti. Una prima importante conseguenza di cio' e', ad esempio, la responsabilita' personale dell'agente per il mancato rispetto degli obblighi fiscali e contributivi relativi alla sua organizzazione.

In conclusione, lo scopo ultimo della clausola contrattuale in questione e' quello di evitare che le azioni dell'agente e dei suoi collaboratori, lecite o illecite che siano, ricadano sull'imprenditore che ha conferito l'incarico.

In particolare, i contratti americani "rinforzano" tale clausola precisando che l'agente, oltre a non poter modificare i termini e le condizioni di vendita senza l'autorizzazione dell'imprenditore, non puo' neppure apportare modifiche minime al prodotto ne' fornire descrizioni (*representations*) dello stesso diverse da quelle predisposte dall'imprenditore.

La presenza nel contratto di tali clausole rafforzative puo' essere facilmente compresa alla luce della stringente normativa americana a tutela dei consumatori e relativa ai danni derivanti dai prodotti posti in commercio (U.S. Products Liability Law), secondo la quale, a grandi linee, il produttore ed il rivenditore di un bene sono sempre responsabili per i danni derivanti dall'utilizzazione del prodotto, a meno che essi non dimostrino di aver fatto tutto cio' che era ragionevolmente possibile fare per prevenire ed evitare il verificarsi del danno, operando sia a livello di progettazione del bene (ad esempio, meccanismi di sicurezza attivi e passivi) sia a livello di commercializzazione dello stesso (ad esempio, manuali di istruzioni, etichette di avvertimento ecc.).

Negli Stati Uniti, infatti, l'ammontare del risarcimento dovuto per danni da prodotti puo' essere elevatissimo e puo' condurre anche al fallimento di una azienda. E' bene pertanto assicurarsi che l'agente ed i suoi collaboratori non alterino mai il bene ne' forniscano informazioni sullo stesso diverse da quelle fornite dall'esportatore e preventivamente vagliate proprio al fine di limitare i rischi connessi alla utilizzazione del prodotto.

4.2.4 Il segreto commerciale e la tutela della proprieta' industriale.

Un'altra clausola solitamente presente nei contratti di agenzia e posta a tutela dell'imprenditore e' quella che sancisce l'obbligo dell'agente di mantenere il segreto su tutte quelle formule, modelli, congegni, processi ed informazioni connesse al prodotto e che conferiscono all'imprenditore un vantaggio competitivo nei confronti dei concorrenti.

Poiche' la legge consente di proteggere tali informazioni ed invenzioni attraverso la registrazione di marchi e brevetti e attraverso il riconoscimento del diritto d'autore, viene di norma posto a carico dell'agente l'ulteriore obbligo di assistere l'imprenditore in tale opera di registrazione presso le competenti autorita' pubbliche.

Per evitare tuttavia che l'agente possa appropriarsi indebitamente dei diritti industriali dell'impresa attraverso la registrazione a proprio nome dei brevetti ed dei marchi, viene specificato nel contratto che l'impresa rimane, ad ogni modo, l'unica titolare degli stessi; inoltre viene solitamente specificato che l'agente, nello svolgere tale particolare attivita', debba essere affiancato da un legale esperto in materia e cio' anche al fine di garantire che il bene rispetti tutte le normative di legge per la sua commercializzazione, con particolare riferimento alle normative di sicurezza del prodotto (la cui violazione, come abbiamo visto, puo' esporre l'imprenditore a rischi elevati).

4.3 Il contratto di distribuzione e la legislazione Antitrust.

Sotto molti aspetti, il contratto di distribuzione presenta analogie con quello di agenzia in quanto anch'esso è rivolto alla commercializzazione e distribuzione del prodotto attraverso il ricorso ad un soggetto (il distributore) indipendente ed estraneo all'organizzazione aziendale dell'esportatore.

Tale contratto presenta spesso problematiche simili se non identiche a quelle del contratto di agenzia e per tale motivo può prevedere clausole del tutto analoghe (cfr. parr. 4.2.3 e 4.2.4).

La differenza fondamentale consiste tuttavia nel fatto che il distributore non si limita a promuovere la vendita dei prodotti del fornitore, ponendosi come mero tramite tra quest'ultimo e l'acquirente, ma si impegna ad acquistare direttamente quantitativi di merce dal fornitore per poi rivenderli sul mercato.

A causa della rilevanza e degli effetti economici che gli accordi di distribuzione possono avere sul mercato, in America si è ormai da tempo (più di un secolo) sviluppata una articolata e stringente normativa *antitrust*, principalmente federale ma in parte anche statale, che ha come scopo primario quello di evitare che gli accordi tra imprese concorrenti (accordi orizzontali o cartelli) e, circostanza che a noi più interessa, gli accordi tra produttori e distributori (accordi verticali o di distribuzione) possano danneggiare il meccanismo della concorrenza su cui si fonda il mercato a tutto danno degli interessi dei consumatori.

L'importanza di non contravvenire ad una tale normativa discende dalle gravi conseguenze che possono prodursi a carico dell'impresa che abbia posto in essere condotte anticoncorrenziali: in caso di violazione della normativa, l'impresa può essere condannata dal giudice a pagare anche il triplo della sanzione prevista dalla legge, senza considerare le consistenti spese legali, proprie ed altrui, di cui l'imprenditore soccombente deve farsi carico.

Ciò considerato, di seguito verrà svolta una panoramica sulle problematiche *antitrust* connesse all'esecuzione di un contratto di distribuzione sul territorio USA e, di volta in volta, l'attenzione verrà posta su quelle specifiche clausole che possono, per l'appunto, coinvolgere l'applicazione di tale normativa *antitrust*.

Al fine di evitare la violazione della normativa in questione, verranno anche suggerite alcune accortezze da tenere presenti durante la redazione di un eventuale contratto.

4.3.1 Le principali leggi antitrust.

La normativa fondamentale in materia di *antitrust* e' contenuta in un ristretto numero di leggi federali: lo Sherman Act del 1890; il Clayton Act del 1914 e successive importanti modifiche ad opera del Robinson-Patman Act del 1936 e del Celler-Kefauver Antimerger Act del 1950; il Federal Commission Act del 1914.

La prima legge proibisce ogni contratto, accordo o intesa collusiva che abbia come effetto quello di restringere la concorrenza sul mercato. La seconda legge riguarda particolari tipi di intese restrittive, quali possono essere gli accordi di fornitura in esclusiva (*exclusive dealing arrangements*), le vendite collegate (*tie-in sales*) o a prezzi discriminatori (*price discrimination*), le fusioni e le acquisizioni tra imprese (*mergers and acquisitions*) ed altro ancora. La terza ha principalmente funzione di attuazione ed integrazione delle prime due.

In linea generale, la legislazione *antitrust* si fonda sul presupposto che un sistema economico basato sulla concorrenza puo' produrre i migliori effetti quando il mercato presenta un numero significativo di competitori. Per tale motivo, le misure previste dalla legge tendono ad evitare che il potere di mercato si concentri in poche imprese con grandi quote di mercato.

Non bisogna tuttavia dimenticare che certi accordi e pratiche commerciali sono ritenuti di per se' illegittimi a prescindere da ogni altra valutazione, quale potrebbe essere, ad esempio, quella relativa alle dimensioni delle imprese coinvolte.

Fondamentale per la comprensione ed applicazione della legislazione *antitrust* e' la nozione di *mercato* inteso come luogo in cui effettivamente si svolge una competizione economica. Per definire tale concetto e' pertanto essenziale individuare sia la tipologia del prodotto sia l'area geografica in cui tale competizione si svolge.

A grandi linee, il metodo utilizzato per circoscrivere il mercato e' quello di chiedersi quali siano i prodotti che potrebbero essere sostituiti dagli acquirenti in risposta ad un aumento piccolo ancorche' significativo e non transitorio del loro prezzo di vendita. Quando la conclusione e' che un tale aumento non apporterebbe nuovi beni sostitutivi, il mercato puo' dirsi definito. Allo stesso modo, da un punto di vista geografico, la domanda da porsi e' se un piccolo ma significativo aumento del prezzo in una certa area puo' indurre gli acquirenti ad andare ad acquistare altrove lo stesso tipo di bene.

4.3.2 *La Rule of Reason e le violazioni Per Se.*

In considerazione della genericità del divieto contenuto nello Sherman Act del 1890 (che dichiara illecito “ogni contratto, accordo ... o intesa collusiva che abbia effetti *restrittivi* della concorrenza”) e considerato che tale disposizione di legge, se applicata alla lettera, renderebbe illecito praticamente ogni accordo commerciale tra operatori economici, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha precisato fin dal 1911 che, al di là della terminologia omnicomprensiva utilizzata nella legge, il divieto si riferisce solo a quelle intese che siano *irragionevoli*.

Con tale concetto (*ragionevolezza*) si vuole intendere che è possibile stipulare accordi restrittivi della concorrenza (c.d. effetto *anticompetitivo*) solo se essi producono al contempo un effetto concorrenziale (c.d. *procompetitivo*) indiretto e superiore, tale da più che compensare gli effetti negativi generati dall'accordo e tale, pertanto, da assicurare al mercato un beneficio finale.

Tuttavia, dimostrare di fronte ad un tribunale l'irragionevolezza di un certo accordo potrebbe rivelarsi molto difficile e dispendioso, anche quando la natura anticompetitiva dello stesso sia del tutto palese.

Questo è il motivo per il quale le Corti americane hanno sviluppato la dottrina della illegalità automatica (*Per Se*) di certi accordi, i quali possono essere dichiarati illegati a prescindere dal fatto che abbiano minimi effetti anticompetitivi o che la quota di mercato controllata dall'impresa sia irrilevante o, ancora, a prescindere da qualunque giustificazione più o meno valida di una tale condotta anticompetitiva.

In tutti gli altri casi, quando cioè l'accordo non può dirsi illegale di per sé, le Corti applicano la *Rule of Reason* ossia verificano, caso per caso, se l'intesa può dirsi irragionevole o meno.

4.3.3 Le intese verticali restrittive della concorrenza.

Come già detto, l'*antitrust* non si applica solo alle relazioni tra competitori che si trovano sul medesimo livello distributivo (ad esempio, tra produttori), ma anche ai rapporti verticali tra soggetti che si collocano su piani differenti (ad esempio, tra produttori e distributori).

In quest'ultimo caso, tuttavia, poiché la relazione non intercorre tra soggetti direttamente in competizione tra loro, l'effetto anticompetitivo è solitamente inferiore. Per tale motivo, le Corti di solito valutano meno rigidamente questo tipo di accordi, anche se alcuni di essi sono pacificamente e costantemente ritenuti illegittimi.

Tale è l'accordo di fissazione del prezzo di rivendita tra, ad esempio, il produttore ed il distributore: è pertanto illegale di per sé ogni intesa tra il venditore e l'acquirente destinata a fissare il prezzo al quale il bene deve essere rivenduto. L'illegalità di tali accordi sussiste in caso di fissazione sia del prezzo minimo come di quello massimo.

Recentemente (1997), tuttavia, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha ritenuto che in certi casi la fissazione da parte del produttore del prezzo *massimo* di rivendita non può considerarsi illegittima di per sé ma deve essere valutata secondo il criterio della *ragionevolezza*. Infatti, dietro la fissazione del prezzo massimo potrebbe stare la giustificata e *ragionevole* preoccupazione del produttore di impedire un eccessivo innalzamento dei prezzi da parte di un rivenditore intenzionato a sfruttare la propria particolare posizione di mercato: in un caso del genere, infatti, il volume complessivo delle vendite sarebbe destinato a scendere, a tutto danno degli interessi del produttore.

Tuttavia, e diversamente da quanto avviene in caso di rapporti *orizzontali*, un accordo *verticale* non può dirsi illegittimo per il semplice fatto che si riferisce ai prezzi di rivendita: così, è ben possibile e lecito che il produttore *suggerisca* un certo prezzo di vendita al proprio rivenditore ed il fatto che quest'ultimo si attenga a tale prezzo non rappresenta di per sé la prova che vi sia una intesa collusiva tra i due.

Sulla base di quanto fin qui detto, è agevole comprendere perché i contratti di distribuzione sanciscano la libertà, in ultima analisi, del rivenditore di stabilire i prezzi e perché il fornitore si limiti a suggerire un certo prezzo, senza imporlo.

Ad ogni modo, quanto detto non significa che il produttore non possa decidere, ad esempio, di non rinnovare il contratto con un rivenditore che si discosti dalla sua politica dei prezzi, in quanto possono esserci validi motivi a sostegno di una tale decisione; tuttavia, è bene ricordare che tale materia è spinosa e che, al di là della legislazione federale, molte leggi statali sono ancora molto rigide nel condannare le restrizioni relative ai prezzi, anche massimi.

Inoltre, può sollevare notevoli problemi di *antitrust* il caso, non infrequente, in cui la decisione del produttore di non rinnovare o, peggio ancora, di risolvere il contratto con il distributore discenda dalla politica di tagli ai prezzi operata da quest'ultimo e tale potenzialmente da mettere in difficoltà gli altri rivenditori concorrenti. Vi sarebbe infatti violazione della normativa *antitrust* qualora venisse dimostrato che il produttore ha convenuto con gli altri distributori sulla necessità di escludere il concorrente "scomodo", realizzando in tal modo una politica concordata dei prezzi. Pertanto, qualora il produttore dovesse decidere di procedere in tal senso, farebbe bene ad agire in modo del tutto autonomo e a non sentirsi con gli altri distributori, in modo tale da non lasciare adito a supposizioni circa una eventuale azione concertata con gli stessi.

Un altro accordo inerente alla materia del controllo dei prezzi e che può invece essere valutato benignamente dalle Corti è quello che permette al fornitore di vincolare il distributore ad attuare una determinata politica promozionale. Infatti, viene generalmente riconosciuto il legittimo interesse del produttore ad assicurarsi che le agevolazioni (in termini, ad esempio, di riduzione del prezzo di vendita o di rimborsi parziali sullo stesso) passino direttamente ed integralmente al cliente e che non vengano "spiazzate" dal distributore. Accordi di tal genere comportano problematiche simili a quelle di fissazione del prezzo massimo di vendita e pertanto si rinvia alle considerazioni precedentemente svolte.

Una considerazione a parte merita l'intricata materia disciplinata dal Robinson-Patman Act e concernente le discriminazioni di prezzo nel commercio tra Stati.

Nella sostanza e procedendo schematicamente, la legge proibisce (i) le *discriminazioni* di prezzo tra acquirenti di (ii) *beni di pari grado e qualità*, quando ciò possa arrecare (iii) un *pregiudizio sostanziale* alla concorrenza.

Perché vi sia (i) *discriminazione* è sufficiente che vi siano prezzi di vendita oggettivamente differenti. Il prezzo considerato è solo quello netto pagato dall'acquirente. La vendita, inoltre, deve essersi conclusa effettivamente, non rilevando la semplice offerta di un bene a prezzo discriminatorio. Solitamente il prezzo considerato è quello praticato agli acquirenti direttamente dal venditore, non anche il prezzo indirettamente praticato da altri rivenditori intermedi (ad esempio, grossisti); tuttavia, se si riscontra un potere effettivo di controllo sugli intermediari, i clienti di questi ultimi possono essere considerati come "acquirenti indiretti" del primo venditore.

Perché i prezzi possano definirsi discriminatori è inoltre necessario che si riferiscano a beni di (ii) *pari grado e qualità*. Tale requisito si riferisce esclusivamente alle caratteristiche fisiche e materiali del bene. In sostanza, per definire questo concetto è necessario chiedersi se i beni siano sufficientemente simili da meritarsi il medesimo prezzo o se, per altro verso, vi siano differenze materiali tali da giustificare una diversità di prezzo. Al di là dei gusti e delle preferenze soggettive,

quello che interessa e' che i beni considerati siano fondamentalmente simili da un punto di vista materiale.

La violazione della legge si realizza tuttavia solo se ai primi due elementi (i) e (ii) si aggiunge il terzo ossia (iii) il *pregiudizio sostanziale* alla concorrenza. A tal proposito, la legge considera due livelli di competizione: (a) quello tra gli acquirenti del bene e (b) quello tra i venditori del bene.

Quanto al primo (a), e' necessario ricordare che non possono essere considerati *acquirenti* nel senso inteso dalla legge i consumatori finali, cioe' coloro che non sono in competizione tra loro per il semplice fatto che essi acquistano la merce senza l'intenzione di rivenderla sul mercato. Sono al contrario acquirenti in competizione tra loro, ad esempio, i grossisti rispetto ai grossisti ed i dettaglianti rispetto ai dettaglianti. Non sono invece competitori tra loro i grossisti con i dettaglianti, per cui il fatto che un produttore venda a prezzo differente (e piu' basso) ai primi rispetto ai secondi non comporta alcuna pratica discriminatoria. Una discriminazione potrebbe invece riscontrarsi se il produttore vendesse direttamente al grossista ed al dettagliante allo stesso prezzo, in considerazione del ben diverso volume di merce solitamente acquistata dall'uno e dall'altro.

Il pregiudizio alla concorrenza si presume quando la discriminazione di prezzo e' considerevole oppure quando, pur essendo minima ma continuativa, essa si realizza su un mercato altamente concorrenziale ossia caratterizzato da margini di profitto minimi e da concorrenza spietata sui prezzi.

Quanto al secondo livello di competizione, quello (b) tra venditori, esso coinvolge quel tipo di concorrenza *orizzontale* e benefica che proprio la legislazione *antitrust* per altro verso si preoccupa di difendere e sviluppare. L'apparente contrasto tra il Robinson-Pitman Act e le altre leggi *antitrust* si risolve, tuttavia, ove si consideri che una semplice diversita' di prezzo tra concorrenti non costituisce violazione della legge ma l'eventuale abbassamento del prezzo con finalita' predatorie del mercato o, addirittura, la vendita sottocosto possono essere considerate illegittime ai sensi di tale legge.

Tornando alle questioni connesse alla distribuzione del prodotto ed in considerazione di quanto detto, il produttore deve evitare forme di discriminazione tra i propri distributori. Tuttavia, eventuali diversita' nei prezzi ad essi praticati possono essere giustificate e perfettamente legali. Ad esempio, sono giustificate le diversita' di prezzo riconducibili ai maggiori o minori costi di consegna o di produzione legati alla diversa ubicazione dei distributori o alle diverse quantita' di merce ordinata.

Un'altra materia sulla quale la legislazione in questione e' particolarmente severa e stringente e' quella della concessione di sostegni economici per attivita' promozionali ad acquirenti in concorrenza tra loro. Tali forme di aiuto (ad esempio, l'assunzione di una parte dei costi pubblicitari) devono essere offerte a tutti gli acquirenti sulla base di condizioni *proporzionalmente e sostanzialmente* uguali (e quindi non discriminatorie). Eventuali pagamenti offerti solo ad alcuni acquirenti o comunque non proporzionali rispetto a quelli offerti ad altri sarebbero considerati automaticamente illegali. Allo stesso

modo, e' necessario tenere presente le dimensioni e le esigenze dei diversi acquirenti: cosi', ad esempio, l'offerta del produttore di contribuire alle spese di una campagna televisiva puo' risultare discriminatoria nella misura in cui alcuni distributori, per le loro ridotte dimensioni e capacita', non siano in grado di sostenerne i costi; in un caso del genere, per evitare forme di discriminazione, il venditore dovrebbe offrire il proprio sostegno anche per altre forme di pubblicita' (realizzate, ad esempio, tramite giornali o radio) meno efficaci ma anche meno costose ed alla portata di tutti i distributori. Chiaramente, gli aiuti in questione possono consistere sia in trasferimenti di denaro sia in aiuti materiali (fornitura di materiale promozionale ecc.).

Come detto, le intese restrittive della concorrenza possono riguardare anche aspetti diversi dalla determinazione del prezzo di rivendita. I fornitori, infatti, adottano una vasta gamma di misure al fine di organizzare nel modo migliore la commercializzazione dei propri prodotti. Tali misure solitamente si risolvono in una diminuzione della competizione tra distributori del medesimo prodotto (c.d. *intra-brand competition*) ma, al contempo, possono garantire un aumento della competizione tra produttori (c.d. *inter-brand competition*), con un vantaggio netto per il mercato considerato nel suo complesso.

Nella misura in cui non si ricada nella fissazione dei prezzi di rivendita (che e' illegale di per se'), tali misure devono essere valutate caso per caso in base al criterio della loro *ragionevolezza*.

Cosi', ad esempio, viene ritenuto legittimo, in quanto limitazione posta unicamente a carico del fornitore, l'accordo con il quale il fornitore si impegna a vendere i propri prodotti solo ed esclusivamente ad un determinato distributore, all'interno dell'area di primaria responsabilita' di quest'ultimo (per una definizione di *area of primary responsibility* si rinvia a quanto specificato alla pagina seguente). Anche nei casi in cui il fornitore possa essere indotto dalla forza contrattuale del distributore a riconoscere una tale esclusiva, le Corti di solito non riscontrano profili di illegittimita'.

Diversa e' l'ipotesi rappresentata dagli accordi che *escludono* la facolta' del distributore di rivendere la merce al di fuori di un determinato territorio o ad una certa categoria di clienti. Un vincolo di tal genere viene valutato secondo il criterio della ragionevolezza ma puo' facilmente incorrere nella violazione della normativa *antitrust*.

A sostegno di tali restrizioni si afferma solitamente che esse, consentendo al distributore di concentrare i propri sforzi su un ben preciso obiettivo, permettono di massimizzare l'efficienza della distribuzione e determinano, in ultima analisi, un aumento di competitivita' del prodotto. Tuttavia, un tale accordo annulla di fatto la competizione tra distributori (c.d. *intra-brand competition*) e quindi per essere considerato *ragionevole* e' necessario dimostrare che esso ha determinato un grande incremento della competizione tra produttori (c.d. *inter-brand competition*). Vale la pena ricordare che i pochi casi decisi sulla base della *Rule of Reason* e conclusi con sentenze sfavorevoli ai produttori

prevedevano un tal genere di esclusiva (*Graphic Products Distributors, Inc. contro Ittek Corp.*, 1983; *Eiberger contro Sony Corp. Of America*, 1980). E' opportuno sottolineare inoltre che, da un punto di vista contrattuale, una clausola che prevedesse un tale vincolo a carico del distributore finirebbe per imporre al produttore stesso il gravoso onere di controllare, come fosse una sorta di guardiano, il rispetto dei limiti territoriali e di clientela imposti ai propri distributori, con il rischio di divenire oggetto di continue lamentele per eventuali e supposte violazioni di tali limiti. Pertanto, considerazioni di carattere giuridico e di opportunita', suggeriscono al fornitore di non inserire una tale clausola di esclusiva nel contratto di distribuzione, ricorrendo ove possibile a soluzioni alternative.

A tal proposito, si elencano di seguito alcune delle soluzioni piu' frequentemente utilizzate al fine di evitare i problemi sopra richiamati.

(a) Area of primary responsibility.

Il distributore si impegna a soddisfare e a sviluppare la domanda di beni del produttore in un determinato territorio. Di solito vengono fissati degli obiettivi di vendita (*performance goals*) che di fatto stimolano il distributore a concentrare i propri sforzi dentro e non al di fuori dell'area di sua spettanza. Tuttavia il distributore non e' obbligato a vendere *esclusivamente* all'interno di tale territorio ma puo' vendere anche altrove e quindi eventualmente anche nell'area affidata dal produttore ad altri distributori.

(b) Location clauses.

Tali clausole prevedono che il distributore possa ricevere la merce spedita dal produttore solamente presso specifici magazzini o che il distributore possa stabilire i magazzini o le rivendite solo in specifici luoghi. Cio' fa si' che il distributore si "leghi" ad una determinata area geografica, pur potendo egli rivendere la merce ovunque.

(c) Profit and warranty passovers.

Per scoraggiare il distributore dal rivendere la merce al di fuori della propria area ed in concorrenza con altri distributori, il contratto puo' prevedere l'obbligo del distributore fuori-zona di pagare una determinata percentuale del prezzo di vendita a favore del distributore competente per zona, a titolo di rimborso spese per il servizio pre-vendita e post-vendita di cui quest'ultimo si fa carico. Tale clausola presenta tuttavia alcuni rischi di violazione *antitrust*, in quanto realizza un *diritto ed immediato* disincentivo alla competizione tra distributori. E' pertanto opportuno assicurarsi che vi sia una effettiva correlazione e proporzionalita' tra il valore dei servizi offerti e la somma rimborsata,

altrimenti i giudici potrebbero ritenere illegittima la clausola in quanto destinata esclusivamente a scoraggiare la competizione tra concorrenti.

Un altro genere di accordi rilevante dal punto di vista della normativa *antitrust* e' quello relativo agli obblighi di acquisto della merce. Alcuni produttori infatti esigono che il distributore acquisti un pacchetto completo nel quale, oltre al bene principale da rivendere, vi siano anche altri beni accessori e funzionali allo stesso (ad esempio, nel caso di un'auto, gli oli e gli altri liquidi per il motore ma anche i pezzi di ricambio ecc.). Tali accordi (c.d. *exclusive dealing agreements*) possono violare la normativa *antitrust* nella misura in cui pregiudicano la capacita' di altri produttori di trovare distributori per le proprie merci. Un tale rischio sussiste in particolare quando la quota di mercato detenuta dal produttore e' *rilevante* e puo' pertanto produrre effetti distorsivi e limitativi della concorrenza. Quando una quota di mercato possa dirsi *rilevante* e' materia rimessa alla decisione dei giudici e non vi e' pertanto una percentuale fissa a cui si fa riferimento (chiaramente il problema non si pone per valori pari o superiori al 50%, nel qual caso puo' riscontrarsi addirittura un monopolio). Vale la pena ricordare, a titolo di esempio, che nel 1949 la Corte Suprema degli Stati Uniti ritenne *rilevante* una quota di mercato pari al 6.7%. Ad oggi, tuttavia, le Corti non considerano piu' solamente il parametro della quota di mercato ma procedono ad una complessa valutazione di ogni singolo caso, applicando la *Rule of Reason*. Da un punto di vista contrattuale, i rischi di violazione dell'*antitrust* possono essere considerevolmente ridotti chiedendo al distributore di acquistare un minimo di prodotti accessori oppure chiedendogli di garantire un magazzino adeguato alle richieste dei clienti ed evitando, soprattutto nel caso in cui si detenga una quota significativa del mercato, di vietare in modo esplicito al distributore di trattare liberamente tali categorie di beni.

Un altro accordo che comporta rischi simili all'*exclusive dealing agreement* e' il c.d. *tying arrangement*. Chi produce diversi tipi di beni puo' tentare di legare (*to tie*) la vendita di un bene (che il cliente presumibilmente desidera) a quella di un altro bene (che il cliente al contrario non vorrebbe acquistare). In tali casi, una violazione della legislazione *antitrust* si configura quando il produttore ha un potere di mercato tale da costringere di fatto il cliente ad acquistare anche il bene "inutile" come condizione necessaria per l'acquisto del bene al quale il cliente e' effettivamente interessato. L'applicazione della normativa relativa a tale specifica violazione (in particolare l'art. 3 del Clayton Act) solleva diversi problemi interpretativi, soprattutto in relazione al concetto dell'illegittimo collegamento tra vendite di beni diversi, visto che non e' infrequente che piu' beni abbiano funzioni complementari e che addirittura sia il cliente ad attendersi la vendita congiunta di tali beni. Il test di solito utilizzato per verificare se sussiste l'illegittimo collegamento sanzionato dalla legge e' appunto quello di valutare se i beni hanno funzioni diverse e separate, tali per cui il cliente, di norma,

acquisterebbe i beni separatamente l'uno dall'altro. Inoltre, questo genere di accordi solleva l'ulteriore importante problema dell'influenza anticoncorrenziale che il potere sul mercato di un bene puo' generare sul mercato di un altro bene.

4.3.4 La conclusione del contratto di distribuzione.

Solitamente, sia il produttore che il distributore tendono a concepire il loro rapporto come a tempo indeterminato.

Tuttavia, e' preferibile fissare termini di scadenza del contratto: cio' stimola il distributore a mantenere e a migliorare nel tempo le proprie prestazioni al fine di scongiurare l'eventuale mancato rinnovo del contratto.

Spesso infatti i contratti di distribuzione richiedono il raggiungimento di determinate prestazioni economiche (c.d. *performance goals*), relative di solito ai volumi delle vendite o ai ricavi ma anche, ad esempio, alle attivita' pre-vendita (spese pubblicitarie, numero degli addetti alle vendite ecc.).

La previsione congiunta di termini fissi per il rinnovo del contratto e di *performance goals* puo' rappresentare un considerevole strumento di pressione del produttore sul distributore e pertanto tali clausole potrebbero essere considerate negativamente sotto il profilo della normativa *antitrust*, in quanto potrebbero realizzare un meccanismo di coercizione della volonta' del distributore.

In sostanza, unitamente ad altri elementi (ad esempio, cfr. pag. 52), tali clausole potrebbero giocare a danno del produttore in una eventuale controversia con il distributore.

Per ridurre questo rischio, il contratto dovrebbe cercare di bilanciare la posizione del produttore con quella del distributore o quantomeno dovrebbe fornire un valido fondamento alle posizioni di vantaggio del primo rispetto al secondo.

Cosi', ad esempio, il diritto di risolvere il contratto senza causa dovrebbe essere riconosciuto ad entrambe le parti e, comunque, dovrebbe essere previsto un termine di preavviso non inferiore a 90 giorni, in modo tale da rispettare quelle leggi statali che prevedano termini minimi a tutela del rivenditore.

Nel caso invece di risoluzione del contratto per giusta causa, il produttore dovrebbe riservarsi il diritto di recedere in breve tempo o anche immediatamente qualora il distributore abbia tenuto un comportamento fondamentalmente incompatibile con gli scopi e le finalita' dell'accordo. In generale, un tale potere di recesso del produttore potrebbe essere ricollegato ad un grave inadempimento contrattuale del distributore, o alla sua dichiarazione di fallimento, o alla vendita di prodotti della concorrenza (quando cio' sia stato escluso dal contratto) o al fatto che il distributore sia diventato egli stesso un produttore concorrente.

In generale, tuttavia, anziche' vietare espressamente e per iscritto al distributore di compiere certe azioni, e' sempre preferibile che il produttore si riservi in tali casi il diritto di recedere dal contratto, senza che risulti dal testo dell'accordo l'imposizione di un vincolo diretto a carico del

distributore. Infatti, un divieto diretto ed esplicito presenterebbe maggiori rischi di violazione della normativa a tutela della concorrenza.