

LA SOMMINISTRAZIONE

(Libro IV delle obbligazioni - Titolo III dei singoli contratti - Della somministrazione - Capo V - 1559 – 1570)

Sommario:

- 1) **Struttura;**
- 2) **Disciplina;**
- 3) **Estinzione;**
- 4) **Sospensione;**
- 5) **Recesso;**
- 6) **Figure Affini.**

art. 1559 c.c. nozione: è il contratto con il quale **una parte si obbliga (somministrante) verso il corrispettivo di un prezzo a eseguire a favore dell'altra (somministrato)** prestazioni periodiche o continuative di cose.

Il fenomeno della somministrazione (comunemente noto nel linguaggio corrente come contratto di fornitura) si riferisce a varie e specifiche figure:

- 1 – la somministrazione di consumo – in cui le cose date al somministrante vengono trasferite in proprietà;
- 2 – la somministrazione *a titolo d'uso*: trasferimento del semplice godimento della cosa
- 3 – la somministrazione periodica – si pensi alla somministrazione annuale di gasolio ad un fabbricato;
- 4 – la somministrazione continuativa – è questa la c.d. fornitura: si pensi oltre all'esempio di somministrazione di energia elettrica, alla prestazione continuativa di derrate o bevande ad un ristorante;
- 5 – la somministrazione di lavoro;

è l'accordo per la fornitura professionale di manodopera a tempo determinato o indeterminato, fatto tra un'azienda utilizzatrice e una impresa fornitrice autorizzata (agenzia del lavoro). Può essere stipulato da chiunque e per qualsiasi settore economico; nelle P.A. il ricorso alla somministrazione di lavoro è ammessa solo a tempo determinato.

Il contratto di somministrazione **sostituisce il contratto di lavoro interinale aggiungendo la fattispecie del lavoro a tempo indeterminato**, non prevista dalla precedente norma. Il contratto di somministrazione a tempo indeterminato è ammesso per alcune precise categorie di attività (cfr. D. Lgs 276/2003, Art 20, c. 3). I contratti collettivi nazionali individuano, anche in misura non uniforme, i limiti quantitativi della somministrazione a tempo determinato.

1) STRUTTURA

A) Funzione

La ragione economica della somministrazione è evidente e rappresenta nel mondo moderno, sempre più razionalmente organizzato, il mezzo per assicurarsi la disponibilità costante, continuativa o periodica da parte di soggetti specializzati (normalmente imprenditori) di materie prime, merci o energie, garantendo la regolarità delle prestazioni, la convenienza e stabilità dei prezzi.

Il contratto in esame, peraltro, trova applicazione in vari e differenziati **contesti economici**, che coinvolgono rapporti intercorrenti tra produttori e distributori, distributori e consumatori e tra produttori o anche tra distributori; con il contratto di somministrazione, infatti, si possono soddisfare le esigenze di beni e servizi dei consumatori, può essere utilizzato per fornire ai produttori materie prime o semilavorati o, ancora, per realizzare un'integrazione verticale tra produttori e distributori (o tra distributori).

B) Natura

È un tipo di contratto

1 – Autonomo

Anche se una parte della dottrina (*Ferrara – Devoto*) e della giurisprudenza ha affermato che la somministrazione non è un contratto autonomo, ma una specie differenziata di vendita e, precisamente, una vendita con forniture successive.

Invece, la dottrina e la giurisprudenza nettamente prevalente hanno affermato l'autonomia causale di tale contratto in base alla disciplina specifica dettata dal codice civile.

2 – A prestazioni corrispettive

Perché dal momento stesso della conclusione del contratto sorgono obblighi e diritti a prestazioni reciproche legate tra loro da un rapporto d'interdipendenza:

da parte del somministrante di eseguire le prestazioni periodiche o continuative;

da parte del somministrato l'obbligo di pagare il prezzo

3 – Di durata

Tipico è il caso di contratto di utenza telefonica o di somministrazione di energia elettrica, gas, luce o di acqua.

4 – Non è soggettivamente qualificato

La somministrazione viene di solito compresa nei c.d. contratti d'impresa, nel senso che essi vengono normalmente utilizzati dagli imprenditori, ma ciò rappresenta soltanto l'ipotesi più frequente: non è necessario che il somministrante sia un imprenditore.

5 – Con effetti incolori (secondo *Capozzi*)

A) la somministrazione ha effetti reali nell'ipotesi (più frequente) di somministrazione di consumo; in tale ipotesi il trasferimento dal somministrante al somministrato si avrà non al momento della conclusione, perché trattandosi di cose generiche, troverà applicazione l'art. 1378, quindi la proprietà si trasferirà al momento dell'individuazione, che nel nostro caso, avviene con l'erogazione o la consegna.

B) la somministrazione ha effetti obbligatori nell'ipotesi di somministrazione d'uso.

6 – Commutativo

È stato talvolta affermato il carattere aleatorio della somministrazione, tenuto soprattutto conto delle eventuali oscillazioni dei prezzi delle merci dal momento della conclusione al momento in cui vengono eseguite le prestazioni periodiche o continuative.

Ma la dottrina quasi unanime e la giurisprudenza della cassazione non dubitano del carattere commutativo di tale contratto, rilevando che l'eventuale mutamento dei valori rientra nell'alea normale e che, se il mutamento dipende da avvenimenti straordinari ed imprevedibili, non vi è ragione per non richiedere la risoluzione per eccessiva onerosità.

7 – Consensuale

Il contratto di somministrazione è un contratto consensuale (*Gazzoni*), in quanto si perfeziona con il semplice accordo tra il somministrante ed il somministrato senza alcun elemento ulteriore.

La consegna, periodica o continuativa delle cose, riguarda l'esecuzione del contratto, non la sua perfezione.

Soggetto incapace: bisogna distinguere la posizione

Somministrante

Essendo normalmente la somministrazione un contratto d'impresa, occorrerà soltanto l'autorizzazione all'esercizio dell'impresa commerciale (art. 320, 5 co per i minori soggetti a potestà; art. 371 1 co n. 3 e 2 co per i minori soggetti a tutela; art. 397 per gli emancipati; art. 424 per gli interdetti; art. 425 per gli inabilitati).

Se, invece, il somministrante non è imprenditore, sarà necessaria,

- 1) nel caso di somministrazione di consumo (che comporta un trasferimento) l'autorizzazione alle alienazioni onerose (artt. 320 3 co; 375, 1 co, n.1; 394, 3 co; 424 1 co)
- 2) nel caso di somministrazione d'uso, l'autorizzazione sarà richiesta, applicando per analogia la normativa in tema di locazione ultranovennale.

Somministrato

A parte l'ipotesi che sia anch'egli imprenditore (in tal caso si applicherà la normativa indicata per il somministrante) occorre anche qui distinguere:

- 1) la somministrazione di consumo dovrà essere autorizzata, escluse le ipotesi di acquisti necessari per il minore, per l'economia domestica e per l'amministrazione del suo patrimonio (art. 374 n1, oltre gli artt. 320, 3 co, 394, 3 co e 424 1 co);
- 2) la somministrazione d'uso richiederà l'autorizzazione solo se di durata ultranovennale.

C) Causa

secondo la concorde opinione si ritrova **nello scambio tra prestazioni** periodiche o continuative destinate al soddisfacimento di un bisogno reiterato e durevole ed un certo prezzo che ne costituisce il corrispettivo.

D) Oggetto

il concetto di prestazione continuativa e di prestazione periodica, evidente in teoria, presenta talvolta qualche difficoltà nell'applicazione pratica e la distinzione non è senza rilievo, perché attiene alla determinazione del prezzo ed alle modalità del suo pagamento:

1) Prestazione periodica

Sono periodiche le prestazioni in cui l'esecuzione avviene ad intervalli di tempo costanti ovvero ad intervalli di tempo variabili secondo il fabbisogno del somministrato.

E può essere anche non omogenea sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo.

2) Prestazione continuativa

Le prestazioni eseguite senza soluzione di continuità anche se esse dipendono dalla richiesta dell'avente diritto alla somministrazione (si pensi al gas per il riscaldamento richiesto dall'utente solo per il periodo invernale).

Per quanto riguarda l'oggetto mediato esso consiste, in cose determinate solo nel genere, ma ciò non toglie che le parti possono prevedere espressamente un genere limitato.

Relativamente al somministrato, la prestazione a norma dell'art. 1559 consiste, nel corrispondere il prezzo, ossia nel pagare una somma di denaro. se, invece, il somministrato ha assunto l'obbligo di corrispondere un oggetto diverso al somministrante (si pensi al caso di Tizio che ospite nella sua casa Caio in cambio di vitto) non si avrà somministrazione ma un contratto atipico.

E) Il prezzo

art. 1561 c.c. determinazione del prezzo: nella somministrazione a carattere periodico, se il prezzo deve essere determinato secondo le norme dell'art. 1474, si ha riguardo al tempo della scadenza delle singole prestazioni e al luogo in cui queste devono essere eseguite.

In merito la Corte di Cassazione ha avuto modo di stabilire che se il contratto ha per oggetto cose che il venditore vende abitualmente, o la somministrazione di beni a carattere periodico ai sensi, rispettivamente degli articoli 1474 e 1561 cod. civ., la mancata determinazione espressa del prezzo non ne importa la nullità, giacché si presume che le parti abbiano voluto riferirsi al prezzo normalmente praticato dal venditore, che, se si tratta di cose aventi un prezzo di borsa o di mercato, si desume - salvo patto contrario - dai listini o dalle mercuriali del luogo in cui deve essere eseguita la consegna o da quelli della piazza più vicina (per la compravendita) ovvero dai listini o dalle mercuriali del luogo in cui devono essere eseguite le prestazioni (per la somministrazione) (Cass. civ., Sez. III, 08/05/2006, n. 10503). Inoltre qual'ora ci sia stata **la determinazione volontaria del prezzo** nel contratto di somministrazione il ricorso ai criteri succedanei integrativi previsti dagli art. 1561 e 1474 c. c., per la determinazione del prezzo della fornitura non è consentito quando le parti abbiano affidato detta determinazione al loro accordo diretto, subordinando al raggiungimento dello stesso la perfezione e l'efficacia del contratto, onde in difetto di tale accordo esse non possono invocare l'opera determinativa del giudice per il superamento del loro dissenso (**Cass. civ., Sez. II, 11/11/1991, n. 11996**). Infine il prezzo può essere indotto e/o determinato anche con atti amministrativi, pertanto, l'art. 1374 c.c. nel prevedere che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto è dal medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, si riferisce non solo alla legge in senso formale, ma anche al regolamento (pure comunale). Il principio è stato espresso nella sentenza n. 19531 del 29/9/2004 dalla S.C. in fattispecie di determinazione del corrispettivo spettante al Comune per la somministrazione di acqua potabile; difatti secondo tale principio, nel silenzio del contratto, deve trovare applicazione la norma prevista nell'apposito regolamento comunale, emanato dal Comune gestore del servizio (Simone XIII edizione 2010).

art. 1562 c.c. pagamento del prezzo: *nella somministrazione a carattere periodico, il prezzo è corrisposto all'atto delle singole prestazioni e in proporzione di ciascuna di esse.
Nella somministrazione a carattere continuativo, il prezzo è pagato secondo le scadenze d'uso.*

Poiché la norma ha, senza dubbio, carattere dispositivo, le parti possono stabilire che il pagamento del prezzo sia corrisposto in modo diverso: ad esempio pagando a scadenze anticipate (c.d. canone di fornitura) o posticipate (pagamento a consumo).

Connotato tipico della somministrazione a carattere continuativo è la rateizzazione del corrispettivo, alla quale spesso si accompagna il versamento di un deposito, anticipato a garanzia.

F) Forma

Non prevedendo particolari formalismi, vige il principio generale della libertà di forma.

Spesso il contratto di somministrazione viene concluso sulla base di formulari predisposti da uno dei contraenti. Troverà, in tal caso, applicazione la normativa prevista dall'art. 1341

2) LA DISCIPLINA

Per quanto riguarda la disciplina di tale fattispecie bisogna effettuare un'appurata scissione tra una normativa specifica ed una di rinvio

1) Normativa specifica

A) Entità della prestazione

c.d. a piacere: in cui il somministrante è vincolato a fornire la quantità di cose pretesa di volta in volta in piena discrezionalità della controparte.

art. 1560 c.c. entità della somministrazione: *qualora non sia determinata l'entità della somm.ne, s'intende pattuita quella corrispondente al normale fabbisogno della parte che vi ha diritto, avuto riguardo al tempo della conclusione del contratto.*

Se le parti hanno stabilito soltanto il limite massimo e quello minimo per l'intera somministrazione o per le singole prestazioni, spetta all'avente diritto alla somministrazione di stabilire, entro i limiti suddetti, il quantitativo dovuto.

Se l'entità della somministrazione deve determinarsi in relazione al fabbisogno ed è stabilito un quantitativo minimo, l'avente diritto alla somministrazione è tenuto per la quantità corrispondente al fabbisogno se questo supera il minimo stesso.

Il 2° comma, art. 1560 c. c., attribuisce all'avente diritto alla somministrazione la facoltà di stabilire il quantitativo dovutogli, ma solo nell'ipotesi, in esso prevista, in cui siano stati pattuiti tra le parti entrambi i limiti, minimo e massimo, e non già nella diversa ipotesi in cui sia stato pattuito soltanto il limite massimo, quest'ultima ipotesi, infatti, stante la necessità che l'oggetto del contratto sia almeno determinabile, va assimilata a quella, prevista nel 1° comma stesso art. 1560 c. c., in cui l'entità della somministrazione non sia determinata, con la conseguenza che si intende pattuita la quantità corrispondente al normale fabbisogno dell'avente diritto (**Cass. civ., Sez. II, 22/12/1986, n. 7841**).

Un caso particolare è il c.d. impegno di potenza, previsto soprattutto nell'erogazione di energia elettrica, in base al quale l'utente ha diritto di fare affidamento su un certo potenziale del quale potrà valersi nella misura che riterrà necessaria, pagando, oltre alle prestazioni ricevute, un autonomo compenso per la messa a disposizione delle prestazioni massime (Cass. 21/3/1985, n. 269).

B) Scadenza delle singole prestazioni

art. 1563 c.c. scadenza delle singole prestazioni: *il termine stabilito per le singole prestazioni si presume pattuito nell'interesse di entrambe le parti (1184 c.c.).*

Se l'avente diritto alla somministrazione ha la facoltà di fissare la scadenza delle singole prestazioni, egli deve comunicare la data al somministrante con un congruo preavviso.

Nella fase di accertamento giudiziale pei contratti con prestazioni corrispettive, in caso di denuncia di inadempienze reciproche, è necessario far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambedue le parti per stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi ed alla oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte, nonché della conseguente alterazione del sinallagma. Tale accertamento, fondato sulla valutazione dei fatti e delle prove, rientra nei poteri del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato. (Nella specie, relativa a contratto di somministrazione di caffè ad un bar, la S.C. ha giudicato congrua la motivazione con la quale il giudice del merito aveva negato la risoluzione del contratto per inadempimento, atteso che la pattuizione non precisava se l'iniziativa dei singoli scambi dovesse esser presa dal compratore o dal venditore e che nessuna delle due parti aveva rispettato il principio di buona fede contrattuale, interpellando la controparte sulla necessità di ricevere o sulla disponibilità ad eseguire tempestivamente la consegna periodica della merce) (**Cass. civ., Sez. III, 01/06/2004, n. 10477**).

È discusso, inoltre, se il termine previsto sia essenziale; se cioè, il ritardo del somministrante, in mancanza di patto o uso contrario ovvero di richiesta di adempimento tardivo da parte del somministrato, comporti sempre l'automatica risoluzione del contratto (art. 1457).

È preferibile la tesi della dottrina prevalente (*Cottino – Mirabelli – Cagnasso – contra - Eula – Giannattasio*), la quale si basa soprattutto sul disposto dell'art. 1564, norma che richiedendo un inadempimento di notevole importanza per la risoluzione, lascia comprendere che la ritardata consegna dà luogo a questa azione solo quando i termini debbano ritenersi rigorosissimi per la natura di quella specifica prestazione ovvero quando le parti li abbiano espressamente ritenuti essenziali. Quindi in definitiva la sua essenzialità va valutata di volta in volta in riferimento al singolo contratto.

Patto di rinnovazione

Le parti possono liberamente stabilire un patto di rinnovazione (*pactum renovandi*) secondo cui il rapporto originario si protrae per un ulteriore periodo determinato così come stabilito. Secondo la Suprema Corte, tale patto può avvenire anche attraverso una previsione non scritta ma per *atti materiali*, infatti, in senso più ampio nei contratti di durata, qualora le parti convengano che, in caso di mancata disdetta, il rapporto si protrae nel tempo per il periodo da esse predeterminato (c.d. "pactum renovandi"), la rinnovazione è effetto della clausola contrattuale ed il rapporto prosegue,

alle condizioni inizialmente stabilite, per effetto dell'originaria volontà contrattuale; se invece manca la predetta clausola, ma ciò nonostante le parti, dopo la scadenza, manifestano per fatti concludenti la volontà di continuare il rapporto, questo prosegue per tacito accordo, secondo il principio generale, codificato negli artt. 1597, 1677, 1899 cod. civ. e nell'art. 2097 cod. civ. previgente, per cui, in mancanza di espresso patto contrario, i contratti di durata, se non disdettati in tempo utile, si rinnovano tacitamente per il tempo previsto nel contratto stesso o dagli usi, oppure a tempo indeterminato, ed il nuovo rapporto è regolato dalle stesse clausole contenute nell'originaria convenzione, salvo quelle escluse dalla volontà espressa delle parti o dalla legge, o per incompatibilità o per esaurimento della loro funzione (**Cass. civ., Sez. III, 28/07/2005, n. 15797**).

Patto di preferenza

art. 1566 c.c. patto di preferenza: *il patto con cui l'avente diritto alla somministrazione (in base all'art. 1322, autonomia delle parti, è possibile stabilire tale patto anche a favore del somministrante) si obbliga a dare la preferenza al somministrante nella stipulazione del successivo contratto per lo stesso oggetto, è valido purché la durata dell'obbligo non ecceda il termine di 5 anni (se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore ai 5 anni, il patto è valido per la durata del quinquennio).*

L'avente diritto alla somministrazione deve comunicare al somministrante le condizioni propostegli da terzi e il somministrante deve dichiarare, sotto pena di decadenza, nel termine stabilito o, in mancanza, in quello richiesto dalle circostanze o dagli usi, se intende valersi del diritto di preferenza (att. 1791).

Il patto di preferenza, così limitato, s'inquadra nella disciplina della concorrenza e, in particolare, nel sistema previsto dall'art. 2596.

Natura giuridica – è senza dubbio un'ipotesi **di prelazione convenzionale**, l'unica disciplinata dal c.c. e valgono perciò, anche per essa, le questioni che, in dottrina e in giurisprudenza, sono sorte circa la natura giuridica di questo istituto.

Disciplina giuridica – la comunicazione prevista al 2 co, secondo la tesi della natura di contratto *sui generis*, non è una proposta contrattuale (atto prenegoziale), ma una *denuntiatio* (atto giuridico in senso stretto) che ha lo scopo di accertare se il somministrante voglia o non contrarre e, in caso di risposta negativa, il somministrando sarà liberato da ogni obbligo e potrà, se lo crede, concludere il contratto con terzi.

Inoltre, anche se non è espressamente previsto dall'art. 1566, è necessario che vi sia **la parità di condizioni**: il futuro contratto, concluso con il somministrante, deve avere gli stessi caratteri (prezzo, clausole, durata) contenuti nella comunicazione fatta dal somministrando.

Forma – scritta *ad probationem* –

Ottima delucidazione in merito alle obbligazioni nascenti dal patto di preferenza è data dai Giudici di Piazza Cavour secondo cui dalla norma dell'art. 1566 c.c. derivano al soggetto passivo della prelazione due obblighi: l'uno, principale, consistente nel dare la preferenza al soggetto attivo nella stipulazione di un contratto avente un determinato oggetto, o di ogni contratto avente quell'oggetto da stipularsi nel periodo di tempo, non maggiore di cinque anni, per il quale è stato concesso il diritto; l'altro, complementare, consistente nel comunicare al titolare della prelazione le condizioni

proposte da terzi, per dargli modo di dichiarare se accetta di concludere il contratto a quelle condizioni. Nel caso in cui il titolare della prelazione dichiarò di accettarle (e sempreché il patto di prelazione non disponga diversamente per effetto di speciali accordi), con la notificazione dell'accettazione nel termine stabilito il contratto resta concluso tra proponente e accettante alle condizioni comunicate, per l'avvenuto incontro dei consensi. Nel caso in cui il titolare della prelazione non accetti le condizioni comunicategli, o non dichiarò esplicitamente, nel termine stabilito, di accettarle, egli decade dal diritto di essere preferito nella stipulazione di quel contratto le cui condizioni gli sono state comunicate, con la conseguenza che l'altra parte è libera di stipulare con un terzo, ma a condizioni che non siano più favorevoli per il terzo di quelle comunicate all'avente diritto alla prelazione. Infatti, la stipulazione a condizioni diverse e più convenienti per il terzo presuppone che questi le abbia proposte e che l'altra parte abbia stipulato il contratto col terzo senza previamente comunicarle, come le imponeva la norma dell'art. 1566, comma 2, c.c. al predetto avente diritto (il quale, appunto perché erano migliori di quelle da lui rifiutate, le avrebbe anche potute accettare): omissione che si risolve in una violazione dell'obbligo di colui che ha concesso la prelazione di porre l'altra parte in grado di esercitarla (**Cass. civ., 26/07/1974, n. 2269**).

Patto di esclusiva in favore di una delle parti

art. 1567 c.c. esclusiva a favore del somministrante: *se nel contratto è pattuita la clausola di esclusiva a favore del somministrante, l'altra parte non può ricevere da terzi prestazioni della stessa natura di quelle, né salvo patto contrario, può provvedere con mezzi propri alla produzione delle cose che formano oggetto del contratto.*

art. 1568 c.c. esclusiva a favore dell'avente diritto alla somministrazione: *se la clausola di esclusiva è pattuita a favore dell'avente diritto alla somministrazione, il somministrante non può compiere nella zona per cui l'esclusiva è concessa e per la durata del contratto, né direttamente né indirettamente, prestazioni della stessa natura di quelle che formano oggetto del contratto.*

L'avente diritto alla somministrazione, che assume l'obbligo di promuovere, nella zona assegnatagli, la vendita delle cose di cui ha l'esclusiva, risponde dei danni (1223) in caso di inadempimento a tale obbligo, anche se ha eseguito il contratto rispetto al quantitativo minimo che sia stato fissato.

La funzione

Di siffatte clausole non riguarda tanto l'eliminazione della concorrenza quanto il rafforzamento della collaborazione tra più soggetti, normalmente imprenditori, attuato per la tutela dell'interesse dei contraenti alla continuità e sicurezza dell'erogazione o fornitura, vincolando, comunque, l'attività contrattuale futura di una o entrambe le parti.

La natura giuridica

- A) secondo la dottrina dominante trattasi di un negozio autonomo, rientrate nel concetto di negozio collegato, perché esso, pur mantenendo la sua individualità causale (patto di esclusiva), sono legati da particolari vincoli: il negozio di esclusiva è, infatti, accessorio, rispetto alla somministrazione.
- B) È sorto il problema, riguardo al fatto che se tale patto possa essere annoverato nella più ampia figura prevista all'art. 2596 che prevede, come disciplina generale, l'atto scritto *ad probationem* e la durata limitata a 5 anni.

- 1) teoria positiva – (*Eula – Mirabelli – Rubino*) – essendo la sua funzione essenziale quella di limitare la concorrenza;
- 2) teoria negativa – (*Ascarelli – Cottino – Ferri – Giannattasio – Cardigli*) i quali osservano che l'art. 2596 c.c. regola la concorrenza c.d. orizzontale ossia tra le parti, mentre il patto in esame è uno strumento di collaborazione tra i contraenti anche se di fatto limita la concorrenza c.d. verticale vale a dire nei confronti dei terzi.

Secondo la Suprema Corte alla clausola di esclusiva, di cui all'art. 1567 c.c., che non assuma una posizione prevalente nell'economia del contratto stesso, sino a staccarsi casualmente da esso e da far emergere un'autonoma funzione regolatrice della concorrenza, non si applica la disposizione dell'art. 2596 c.c., in tema di durata massima del patto di non concorrenza e, pertanto, va escluso che essa sia valida solo per cinque anni se pattuita per un periodo superiore. D'altra parte, se la clausola di esclusiva svolge una funzione autonoma di limitazione della concorrenza, non v'è evidentemente ragione perchè i limiti temporali della sua validità, posti dall'art. 2596 c.c., si riflettano sulla durata del contratto di somministrazione; ove, invece, tale autonomia sia esclusa, alla intervenuta proroga tacita del contratto non può non essere ricollegata, in difetto di una diversa volontà delle parti, la proroga dell'efficacia della clausola di esclusiva per l'intera durata del contratto stesso (**Cass. civ., Sez. III, 04/02/2000, n. 1238**).

Il patto di esclusiva può essere limitato e/o escluso quando lede la concorrenza, infatti l'art. 85 del trattato della Comunità europea vieta gli accordi tra le imprese "*che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*". Per l'operatività del divieto occorre, dunque, che l'accordo incida sulla concorrenza nel mercato comunitario; effetto questo che può ritenersi escluso quando il patto di esclusiva contenuto in un contratto di somministrazione riguardi un limitatissimo ambito territoriale (cosiddetta intesa verticale) (**Cass. civ., Sez. III, 02/11/2000, n. 14330**).

L'inadempimento

secondo i principi generali (art. 1453) comporta la risoluzione del contratto di somministrazione, oltre al risarcimento del danno.

***Nota** – nell'ambito di applicazione della disciplina Italiana sul credito al consumo (il credito al consumo consiste nell'attività di concessione di credito, nell'esercizio di un'attività professionale o commerciale, sotto forma di dilazione di pagamento, finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria, a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale o imprenditoriale eventualmente svolta) secondo l'art. 121, (dlgs 141/2010) la somministrazione è esclusa, purché tale contratto sia stipulato preventivamente in forma scritta e consegnato contestualmente in copia al consumatore; esenzione che si fonda sulla considerazione che tale contratto comporta di per sé una dilazione temporale nel pagamento del prezzo. Meno giustificabile, invece, a parere della dottrina maggioritaria, è il riferimento alla sola somministrazione di beni, evincibile dal disposto degli articoli del codice civile oggetto di rinvio, dunque con arbitraria omissione della fornitura dei servizi (*Stanzione – Sciancalepore – Ipsosa 2006 – Commentario al Codice del consumo*).

2) Normativa di rinvio

art. 1570 c.c. rinvio: *si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni.*

bisogna distinguere per

- A) la somministrazione d'uso – è innanzitutto applicabile la disciplina sulla locazione (per analogia il somministrante si identifica con il locatore e il somministrato con il conduttore), e, precisamente, le norme relative:
- 1) agli obblighi del locatore (artt. 1575 – 1577),
 - 2) ai vizi della cosa locata (artt. 1578 – 1581),
 - 3) alle molestie e pretese dei terzi (artt. 1585 – 1586)
 - 4) agli obblighi del conduttore (art. 1587)
 - 5) alla perdita, al deterioramento e incendio della cosa locata (artt. 1588- 1589)
 - 6) alla sua restituzione (artt. 1590 – 1593)

- B) la somministrazione di consumo – trova applicazione, nei limiti della compatibilità, la disciplina sulla vendita e precisamente le norme relative alla garanzia per vizi e difetti delle cose che il somministrante deve fornire (art. 149 ss.), all'indiretta determinazione del prezzo (art. 1473 e 1474) al luogo della consegna (art. 1510), alla vendita con riserva di gradimento, a prova e su campione (art. 1520 ss.), alla vendita su documenti (art. 1527 ss.).

Difatti secondo la giusta interpretazione della Suprema Corte potendo le prestazioni continuative di merci configurare un contratto di somministrazione, nel caso di vizi o difetti di cose da consumare e non da godere, per la domanda o l'eccezione di riduzione del prezzo ovvero di compensazione con quello dovuto per altre, la normativa applicabile, per il rinvio effettuato dall'art. 1570 c.c., è quella della vendita (perché le prestazioni possono considerarsi separatamente) e, quindi, quella contenuta negli art. 1492, 1494 e 1495 c.c., mentre, se la domanda è di risoluzione, si applica la norma di cui all'art. 1564 c.c. - secondo la quale l'inadempimento deve avere una notevole importanza e deve essere tale da menomare la fiducia nei successivi adempimenti - in deroga all'art. 1455 c.c., e gli effetti sono quelli disciplinati dall'art. 1458, comma 1, c.c. e non dall'art. 1493 c.c. (**Cass. civ., Sez. III, 11/10/2000, n. 13533, Cass. civ., Sez. III, 17/03/1998, n. 2842**).

Si ritengono altresì applicabili alcune norme sull'appalto, qualora sia stato stipulato il patto di collaudo e, precisamente, gli artt.:

- 1) 1665 – verifica e pagamento dell'opera;
- 2) 1666 – verifica e pagamento di singole partite;
- 3) 1667 – difformità e vizi dell'opera.

***Nota** – se poi la somministrazione è gratuita, si avrà un negozio atipico, al quale saranno applicate, nei limiti della compatibilità, le norme sulla donazione o sul comodato, a seconda che si tratti di somministrazione di consumo o di uso.

3) ESTINZIONE

valgono, anche per la somministrazione, le cause d'estinzione di ogni rapporto contrattuale:

- 1) adempimento –
- 2) risoluzione –
- 3) risoluzione parziale –
- 4) rescissione –
- 5) mutuo dissenso –
- 6) condizione risolutiva –
- 7) termine finale –
- 8) Riguardo all'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467) dubbia è la sua invocabilità relativamente alle forniture di gas, elettricità ecc. che sono soggette ad un particolare regime di determinazione dei prezzi e tariffe e che hanno, al loro interno, meccanismi di adeguamento del contenuto in dipendenza delle variazioni di valore successiva alla loro conclusione.

art. 1564 c.c. risoluzione del contratto: *in caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti.*

L'art. 1564, non essendo norma cogente, viene spesso derogato soprattutto dalle società (Telecom, ENEL, ecc) concessionarie di pubblici servizi mediante clausole molto più severe, come quelle che prevedono la risoluzione di diritto del contratto ovvero la sospensione della fornitura nel caso che l'utente non provveda al pagamento di una sola bolletta entro un breve periodo di scadenza.

In merito a tale deroga è intervenuto il Tribunale di Salerno con una sentenza secondo la quale in tema di contratto di somministrazione di energia elettrica tra l'Enel e gli utenti, in caso di inosservanza da parte dell'utente delle condizioni contrattuali, la risoluzione o la sospensione del rapporto non sono espressione dell'autotutela della p a., bensì applicazione di una clausola risolutiva espressa inserita nel contratto di somministrazione, o quanto meno in applicazione del principio "inadempienti non est adimplendum", ai sensi dell'art. 1460 c.c.. (**Trib. Salerno, 12/06/2009**)

Nel rimanere nel tema delle forniture erogate dall'ENEL secondo la Corte Nomofilattica l'utente che abbia subito il distacco della fornitura non può esperire le azioni possessorie, giacché l'interruzione di energia in corso di prelievo con fonti di illuminazione attive (o apparecchiature elettriche di accumulo funzionanti) non comporta spoglio di energia - essendo questa già consumata (o accumulata) - né è configurabile lo spoglio per quella eroganda, che non può essere oggetto di possesso attuale, perché prima dell'apprensione vi è soltanto potenziale disponibilità realizzabile mediante la concreta utilizzazione solo con la persistente collaborazione dell'ente erogatore; d'altra parte, neppure può sussistere una situazione di possesso in relazione alla potenza assicurata, atteso che in tal caso manca il benché minimo riferimento a un bene reale, evidenziandosi soltanto un obbligo contrattuale dell'ente erogatore a rendere possibile all'utente un assorbimento simultaneo di energia elettrica sino alla predeterminata quantità convenuta. (Nella specie, è stato escluso lo spoglio lamentato dal ricorrente per avere l'Enel sostituito il contatore dell'energia elettrica con applicazione di un limitatore della potenza impegnata, così determinando il distacco e

l'impossibilità di utilizzare gli elettrodomestici per la insufficienza dell'assorbimento consentito) (**Cass. civ., Sez. II, 30/12/2004, n. 24182**).

Sempre secondo la S.C., ai fini procedurali, in tema di procedimento monitorio, nel caso in cui una parte abbia ottenuto un decreto ingiuntivo per il pagamento di una somma, a titolo di corrispettivo in forza di contratto di somministrazione, e la parte ingiunta proponga opposizione, chiedendo la revoca del decreto e, in via riconvenzionale, la pronuncia della risoluzione del contratto per l'altrui inadempimento, non si versa in tema di risoluzione del contratto ex art. 1564 cod. civ., ma di eccezione d'inadempimento ai sensi dell'art. 1460 cod. civ., con la conseguenza che grava sull'opposto l'onere di provare il proprio esatto adempimento (**Cass. civ., Sez. II, 27/10/2009, n. 22666**).

Tale risoluzione non ha efficacia retroattiva in danno delle prestazioni già eseguite essendo la prestazione continuativa del somministrante una prestazione periodica dell'utente, la risoluzione opera secondo il principio affermato dall'art. 1458 cod. civ., per cui gli effetti retroattivi della risoluzione stessa non si estendono alle prestazioni già effettuate (**Cass. civ., Sez. III, 19/10/2007, n. 21973**).

Infine, è stato previsto, anche, un caso di rettifica qualora (nel contratto di energia elettrica), l'errore di fatturazione nel quale sia in corso il somministrante nell'indicazione del corrispettivo nella relativa bolletta, attenendo non alla formazione del consenso ma all'esecuzione del contratto, non ne comporta l'annullabilità, incidendo solo sull'entità della prestazione pretesa dal creditore, al quale è, pertanto, consentito di rettificare la richiesta divergente dai dati reali e di pretendere la parte del corrispettivo non percepita e non soltanto un indennizzo nei limiti dell'ingiustificato arricchimento del destinatario della somministrazione (**Cass. civ., Sez. III, 16/07/2002, n. 10285**).

4) LA SOSPENSIONE

norma in concorso con le disposizioni previste agli artt. 1460 e 1461 c.c.

art. 1565 c.c. sospensione dell'esecuzione: *se la parte che ha diritto alla somministrazione è inadempiente e l'inadempimento è di lieve entità, il somministrante non può sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso.*

La normale cautela della sospensione della prestazione prevista dall'art. 1461 c.c., per i contratti a prestazioni corrispettive nel caso in cui sopravvenga una situazione tale da porre in pericolo il conseguimento della controprestazione, a causa delle condizioni dell'altro contraente, trova applicazione anche nella fattispecie *de quo*.

Ancora nell'ipotesi di contratti di somministrazione in regime di monopolio, il legalmonopolista non può rifiutare nè la conclusione del contratto nè, attenendo l'obbligo a contrarre anche alla fase funzionale del rapporto, l'esecuzione della prestazione, nè quest'ultima può essere negata o sospesa nelle ipotesi di cui all'art. 1461 c.c.; in tali casi, essendo preclusa l'autotutela, il legalmonopolista non può rifiutare la controprestazione dell'utente ed il pagamento non è soggetto a revocatoria fallimentare; diversamente, nei casi in cui i pagamenti sono stati ricevuti in una situazione che avrebbe consentito al creditore, in virtù del carattere sinallagmatico del rapporto, di scegliere se proseguire nel medesimo, tollerando una grave morosità del debitore, o avvalersi dell'eccezione di inadempimento e risolvere il rapporto ai sensi degli art. 1460 e 1465 c.c., essendo consentita

l'autotutela al legalmonopolista, i pagamenti ricevuti sono revocabili ai sensi dell'art. 67 l. fall. (Cass. civ., Sez. I, 16/11/1999, n. 12669).

Per la Giurisprudenza di merito la clausola contrattuale che prevede la facoltà per il somministrante di sospendere la fornitura nel caso di ritardato pagamento anche di una sola bolletta (nel rapporto di utenza telefonica, ad es.) rappresenta una specificazione contrattuale dell'art. 1565 c.c. e costituisce quindi una reazione all'inadempimento dell'utente cui viene opposta *l'exceptio inadimplenti contractus*. Da ciò consegue che la sospensione della fornitura è legittima solo finché permane l'inadempimento dell'utente e che detta sospensione, se attuata quando ormai l'utente ha pagato il suo debito, costituisce inadempimento contrattuale del somministrante (Trib. Cassino, 23/07/2009 – **principio estrapolato dalla massima della Cass. civ., Sez. III, 02/10/1997, n. 9624**).

Nulla vieta, nella piena autonomia contrattuale (accertata la non vessatorietà della clausola) alle parti di stabilire contrattualmente la sospensione della fornitura nel caso di ritardato pagamento, così ampliando la previsione dell'art. 1565 c.c.. (Trib. Salerno, Sez. III, 28/02/2008)

5) IL RECESSO

l'art. 1569 prevede un'ipotesi di recesso legale, la quale opera *ex nunc* (Gazzoni) e non richiede particolari forme, cosicché è anche ammesso il comportamento concludente.

***art. 1569 c.c. contratto a tempo indeterminato:** la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto dando il preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione.*

Di fatto non viene quindi stabilito un termine minimo di preavviso di recesso. Ciò non equivale, peraltro, a dire che può anche non esserci preavviso e che la libertà di recedere, in difetto di pattuizione di un termine, incontra il solo limite del rispetto del principio di buona fede. La necessità del preavviso è infatti stabilita dalla legge, che rimette al vaglio giudiziale unicamente la valutazione della sua congruità.

La dottrina non dubita che, in mancanza di una normativa specifica, si applichi al recesso legale del contratto di somministrazione la normativa sul recesso convenzionale e, precisamente l'art. 1373 2 co (<Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione >) e 3 co [< Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo (**multa penitenziale** – che ha differenza della caparra penitenziale ha effetti meramente obbligatori, perché la prestazione promessa sarà eseguita solo al momento del recesso) per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita >]

6) FIGURE AFFINI

La Vendita con patto di esclusiva

Fattispecie che si ritrova in una nota sentenza della S.C. in cui il concedente si obbliga a non commercializzare un determinato prodotto in una zona contrattualmente stabilita - comporta, per la zona contemplata e per la durata del contratto, il divieto di commerciare, non solo direttamente, ma anche indirettamente, i prodotti di cui all'accordo. Tale divieto - in conformità al dovere di correttezza che costituisce il limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva contrattualmente attribuita - impone pertanto al concedente di astenersi da ogni comportamento idoneo ad incidere sul risultato perseguito col patto di esclusiva (**Cass. civ., Sez. I, 09/04/1997, n. 3076**).

La concessione di vendita

E' un contratto atipico avente natura di contratto normativo, dal quale deriva l'obbligo per il concessionario sia di promuovere la stipulazione di singoli contratti di compravendita, sia di concludere contratti di puro trasferimento dei prodotti, alle condizioni fissate nell'accordo iniziale. Tale contratto differisce da quello di agenzia perché in esso la collaborazione tra concedente e concessionario, pur prevista, non assurge ad elemento determinante (**Cass. civ., Sez. III, 18/09/2009, n. 20106**). Figura inquadrata già in una precedente pronuncia secondo cui essendo privo di una struttura negoziale tipica, può atteggiarsi nella realtà - in alternativa al contratto a prestazioni corrispettive o al contratto-quadro, - come contratto di somministrazione, con il quale è compatibile la clausola di riserva di proprietà, purchè ricorra la individuazione del bene nella sua singolarità al momento della consegna e fino al pagamento; ne consegue che non è opponibile alla massa fallimentare dell'acquirente il patto di riserva di proprietà quando le relative clausole contrattuali, pur munite della forma richiesta e della certezza di data anteriore al fallimento, siano prive dell'indicazione dei beni nella loro individualità (**Cass. civ., Sez. I, 11/06/2009, n. 13568**).

Vendita a consegne ripartite

la vendita a consegne ripartite ha ad oggetto un'unica prestazione (divisibile) con pluralità di atti di consegna. Nella pratica la differenza è più complessa e si è fatto riferimento all'interesse che è alla base dei due contratti: solo nel contratto di somministrazione è quello di un fabbisogno periodico e continuativo dell'acquirente.

Locazione

Meno semplice è la distinzione fra locazione e somministrazione d'uso, perché i due contratti hanno in comune un elemento essenziale, vale a dire l'attribuzione del godimento di determinate cose.

Ma viene ancora una volta in rilievo la caratteristica fondamentale della somministrazione che consiste, come si è detto, nella reiterazione delle prestazioni, unico sistema per soddisfare i bisogni del somministrante.

Appalto

L'appalto ha ad oggetto la prestazione, non già di cose, ma di un'opera o di un servizio. Secondo una sentenza del T.A.R. di Lecce al fine di individuare la fattispecie contrattuale oggetto di una gara d'appalto e la relativa normativa applicabile, occorre avere riguardo all'aspetto della prevalenza del "quid" richiesto dall'amministrazione appaltante. Nel caso trattato dalla Corte Pugliese, la richiesta, da parte di un comune ad un'impresa di fornire un determinato numero di pasti (con prezzo a base d'asta ragguagliato al costo unitario per pasto) preparati quotidianamente presso le cucine dell'appaltatore e consegnati ai diversi plessi scolastici per sopperire alle esigenze della refezione scolastica, costituisce contratto di somministrazione ex art. 1559 c.c. (e, quindi, appalto di forniture) e non appalto di servizi, non essendo previsti una serie di incumbenti propri dell'appalto di servizi. (**T.A.R. Puglia Lecce, Sez. II, 19/11/2007, n. 3913**). Tesi già riscontrata in una pronuncia della

Suprema Corte secondo cui ai fini della differenziazione tra il contratto di appalto e di somministrazione - rilevante rispetto all'azione volta al riconoscimento della responsabilità solidale ex art. 3, L. n. 1369 del 1960, essendo le conseguenze previste da detto articolo circoscritte solo all'appalto - il criterio distintivo da adottare si fonda sul principio secondo cui, nel caso di prestazione continuativa di servizi anziché di cose, si ha contratto di appalto; invece, si ha somministrazione nel caso in cui le cose la somministrare in via continuativa debbano essere prodotte dal somministrante; inoltre, quando l'attività di fare è strumentale rispetto all'erogazione, si resta, nell'ambito della somministrazione, se, invece, è prevalente il lavoro prestato, si ha appalto (**Cass. civ., Sez. lavoro, 27/08/2003, n. 12546**).

Agenzia

una certa affinità può riscontrarsi soprattutto quando il somministrante assume l'impegno di promuovere nella zona assegnatagli la vendita delle cose di cui ha l'esclusiva.

Ma l'affinità è soltanto apparente, perché la differenza fra i due istituti è chiara:

A il somministrato, infatti, a differenza dell'agente acquista la proprietà delle cose e quindi agisce a proprio nome ed a proprio rischio; l'agente, invece, si limita a promuovere la conclusione di contratti e, se talvolta li conclude, non lo fa in nome proprio, ma in rappresentanza del proponente.

Non è ravvisabile un contratto di somministrazione con esclusiva bilaterale in ipotesi che colui, che gode del diritto di esclusiva di vendita per una determinata zona, abbia il potere di accettare, a nome del produttore della merce, le commissioni e di impegnarlo. In tale ipotesi è ravvisato un contratto di agenzia con rappresentanza (**Cass. Civ., del 24/11/1970, n. 2492**)

FRANCHISING

il contratto con il quale una grande impresa concede a un'impresa minore di entrare a far parte della sua catena di distribuzione.

L'imprenditore affiliato si gioverà della pubblicità e dell'assistenza tecnica offerta dall'affiliante, oltre che della possibilità di utilizzare marchi conosciuti e promuovere la vendita di prodotti già diffusi tra il pubblico. L'affiliante invece avrà diritto a una percentuale sulle vendite.

Tale contratto deve essere redatto per iscritto, pena la nullità. La legge precisa inoltre alcuni obblighi precontrattuali di reciproca informazione e richiede che il testo del contratto, e gli allegati informativi, sia sottoposto all'affiliante dall'affiliato almeno trenta giorni prima della sottoscrizione.

Se il contratto è a tempo determinato la durata stabilita deve essere tale da consentire all'affiliato l'ammortamento dell'investimento e deve essere comunque non inferiore a tre anni.

L'affiliante di regola è impegnato a non dare altre concessioni nella medesima zona e per lo più l'affiliato si impegna a sua volta a non trattare beni o servizi in concorrenza con quelli del concedente.

Sorrento (Na), febbraio 2011

Avv. Renato D'Isa