

AVVOCATO
EUGENIO TRISTANO

IL VENDING

ASPETTI CONTRATTUALI



IL VENDING	2
1. IL CONTRATTO DI VENDING	2
1.1. I CONTRAENTI	3
1.2. FORMA E DURATA DEL CONTRATTO	4
1.3. IL <i>VENDING</i> E GLI SPAZI PUBBLICI	5
1.4. LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO DI <i>VENDING</i> TRA PRIVATI	8
2. CONCLUSIONE ED ESECUZIONE DEL CONTRATTO (L'UTENTE FINALE)	9
2.1. QUALIFICAZIONE GIURIDICA	10
3. I CONTRATTI <i>ACCESSORI</i> AL SERVIZIO DI VENDING	12
4. CONCLUSIONI	14

IL VENDING

La “Distribuzione Automatica”, o *Vending*, indica l'intero comparto economico attinente alla vendita e somministrazione di beni attraverso distributori automatici.

Oggigiorno, accanto ai prodotti alimentari, come l'acqua, il caffè, i gelati, le bevande calde e fredde, gli snack, i panini, etc., è messa in commercio una serie di beni dei generi più disparati, quali dvd, scarpe, pizza, profilattici, sigarette e tabacchi, fiori, giornali, riviste, libri, dentifrici e spazzolini, prodotti di farmacia da banco, ricariche telefoniche, biglietti, etc.

1. IL CONTRATTO DI VENDING

Il *vending* è un contratto a titolo oneroso, in base al quale un soggetto, detto **gestore**, previa installazione, negli spazi messi a disposizione dal **concedente**, di uno o più distributori automatici, eroga prodotti commerciali - prevalentemente alimentari - in favore di soggetti terzi (**consumatori finali**), dietro corrispettivo pecuniario.

Il gestore assume su di sé il **rischio** economico dell'impresa, nonché l'onere manutentivo e di rifornimento dei distributori, facendo proprio il profitto derivante dalla vendita delle merci. Il concedente ottiene invece un guadagno dalla messa a disposizione dei propri spazi. Ovviamente, quest'ultimo, non assumendosi rischi imprenditoriali e non sopportando costi di gestione, consegue una remunerazione economica minore (o nulla, in alcuni casi) rispetto al gestore.

Il successo di tale formula trova fondamento nella possibilità offerta agli utenti di ottenere prodotti a costi ridotti, in luoghi normalmente estranei alla loro commercializzazione, in assenza delle limitazioni di orario proprie dei punti vendita

tradizionali. Dall'altra parte, il gestore, soprattutto attraverso il noleggio, il *franchising* o il leasing dei distributori, può accedere all'esercizio di tale attività senza l'anticipazione e l'immobilizzazione di capitali ingenti e senza eccessivi costi fissi.

1.1. I CONTRAENTI

Sebbene l'intero processo di vendita veda coinvolti almeno **tre distinti soggetti** (concedente, gestore e cliente finale), le parti del contratto di *vending* in sé considerato sono soltanto il **gestore**, quale *leasee*, *franchisee*, fruitore del noleggio o proprietario del distributore automatico, che installa le macchine e le ricarica, ed il **concedente**, che consente il posizionamento dei distributori nei propri spazi.

Il gestore, nella prassi, è una società o un imprenditore che noleggia, acquista in *leasing*, produce o compra distributori automatici, li posiziona negli spazi ottenuti dal concedente e li rifornisce con i beni in vendita. Il concedente può essere un soggetto privato o pubblico, con dipendenti/consumatori all'interno dei propri uffici, ovvero un soggetto che abbia contatti diretti con il pubblico nelle proprie sedi. Tipici esempi di luoghi dove collocare i distributori sono fabbriche, uffici, scuole, palestre, stazioni ferroviarie (adesso anche treni), aeroporti, centri commerciali, università, nei quali vendere ai clienti finali cibo, bevande e altri prodotti, come già accennato.

Il concedente ha l'obbligo contrattuale di custodire il distributore automatico e le attrezzature connesse. Il concedente, in ipotesi di danni alla macchina erogatrice per fatti a lui attribuibili, è quindi obbligato a risarcire il gestore, sempre che non dimostri il caso fortuito. Le parti possono regolare diversamente obblighi e responsabilità.

Quando il concedente è un soggetto pubblico, il rapporto contrattuale con il gestore viene ad instaurarsi all'esito di una procedura di selezione ad evidenza pubblica, in accordo con la normativa in materia di affidamento di servizi pubblici (cfr *infra*).

Come sopra accennato, il **cliente finale** è normalmente estraneo al contratto di *vending*, instaurando un rapporto esclusivamente con il gestore, al momento dell'acquisto del prodotto dal distributore automatico. Non mancano, tuttavia, esempi di contratti sottoscritti al fine specifico di fornire un servizio a determinati soggetti, soprattutto laddove il concedente sia un'Amministrazione pubblica. In tali casi, la macchina automatica è un mero mezzo sostitutivo dei tradizionali canali di vendita o approvvigionamento dei beni, quali mense, bar interni, servizi mobili di ristorazione etc. In tali casi, la causa del contratto tra le parti è l'offerta di un servizio a terzi (cfr. *infra*).

1.2. FORMA E DURATA DEL CONTRATTO

La prassi commerciale nel settore del *vending* prevede l'utilizzazione di figure contrattuali atipiche, idonee a porre l'accento, alternativamente, sull'una (concedente) o l'altra parte del rapporto (gestore), ovvero sulla concessione degli spazi ("contratto di comodato d'area per l'installazione di distributori automatici", "contratto di installazione di distributori automatici per la somministrazione di bevande ed alimenti"), piuttosto che sulla vendita dei prodotti ("contratto di fornitura", "contratto di somministrazione di bevande ed alimenti mediante distributori automatici").

Stante l'atipicità del negozio è, quindi, difficile stabilire univocamente la natura giuridica di tale accordo, che, nelle sue varie forme, può assumere articolazioni differenti, a seconda della volontà dei contraenti. Gli unici elementi comuni a tutti i contratti di *vending* sono la messa a disposizione degli **spazi** da parte del concedente e l'assunzione del "**rischio**" da parte del gestore.

A fronte, infatti, del pagamento del canone al concedente, il gestore assume su di sé la forte alea economica rappresentata dalla quantità - maggiore o minore - di beni venduti e dal connesso - maggiore o minore - guadagno, direttamente dipendente dal comportamento dei terzi acquirenti.

Il contratto di vending può dunque essere accostato al **comodato d'uso**, alla **locazione**, ad un **rapporto concessorio**, nel caso di Amministrazione pubblica, o all'**appalto**. La durata del rapporto, sempre nella prassi, è frequentemente a tempo indeterminato, a volte con la previsione di una durata minima, e con la facoltà di recesso per entrambe le parti senza alcun significativo preavviso.

Data la libertà negoziale per come sopra accennata, il contratto di *vending* può essere concluso nella **forma** meglio rispondente alle esigenze delle parti. Nella prassi, per la conclusione del contratto *de quo* si utilizzano **moduli prestampati** predisposti dal gestore. Non sono, tuttavia, infrequenti casi di contratti conclusi verbalmente.

1.3. IL VENDING E GLI SPAZI PUBBLICI

Peculiare appare poi la disciplina del *vending*, in ipotesi in cui il concedente sia una Pubblica Amministrazione. Come sopra detto, la concessione di spazi all'interno di locali di proprietà pubblica per l'installazione di distributori automatici, al fine della successiva offerta dei prodotti a terzi, soggiace a criteri di scelta del contraente ad evidenza pubblica.

Un ulteriore tema è, quindi, la qualificazione della procedura di affidamento del servizio ai privati e del rapporto susseguente.

La giurisprudenza amministrativa, ormai da tempo, propende a qualificare l'affidamento del servizio di *vending* come "**concessione**" e non come "appalto pubblico", in considerazione del fatto che il servizio viene erogato in favore degli utenti finali, terzi consumatori (e non della P.A.), e che il connesso rischio imprenditoriale è tutto a carico del gestore, con formale e sostanziale estraneità all'Amministrazione ai rapporti contrattuali tra questi due ultimi soggetti.

Tale orientamento è ispirato dalla tradizionale bipartizione giurisprudenziale, in base alla quale si configura la fattispecie della concessione, allorquando il privato si assume concretamente i rischi economici della gestione del servizio, ottenendo il proprio guadagno attraverso l'espletamento del servizio stesso verso il pubblico; l'appalto è invece ravvisabile ogni qual volta il servizio stesso venga sostanzialmente pagato dall'Amministrazione (cfr. *ex multis*, Cons. Stato., Sez. V, sent. n. 5068/2011).

Con sentenza del 16 luglio 2015, 3571, la Sesta sezione del Consiglio di Stato, uniformandosi alle precedenti pronunce, ha ribadito che “ (...) *con la concessione di servizi una pubblica amministrazione trasferisce ad altro soggetto la gestione di un servizio, che la medesima potrebbe direttamente (ma non può o non intende) svolgere nei confronti di utenti terzi. Il concessionario - a differenza di quanto avviene nell'appalto di servizi (nell'ambito del quale l'Amministrazione riceve dal contraente una prestazione ad essa destinata, in cambio di un corrispettivo) - ottiene il proprio compenso non già dall'Amministrazione ma dall'esterno, ovvero dal pubblico che fruisce del servizio stesso, svolto dall'impresa con assetto organizzativo autonomo e con strumenti privatistici, come è usuale per i servizi alimentari, come quello in esame. Sul piano economico, il rapporto complessivo è dunque trilaterale, poiché coinvolge l'Amministrazione concedente (che resta titolare della funzione trasferita), il concessionario e il pubblico. Il concessionario utilizza quanto ottiene in concessione*” (cfr. al riguardo le sentenze conformi Cons. Stato, 4 settembre 2012, n. 4682, n. 5068/11 e n. 3377/11).

Tuttavia, considerando la causa economico-individuale delle parti, può giungersi a considerazioni diverse.

Non è infatti revocabile in dubbio che la causa concreta del negozio di *vending*, in talune ipotesi, sia rappresentata dal **servizio** che la PA fornisce a terzi, sebbene per mezzo della distribuzione automatica.

L'esempio più evidente è la ristorazione interna attraverso macchine *self service*, dotando i dipendenti di chiavette magnetiche prepagate, come alternativa ai buoni pasto od alla mensa vera e propria.

Un altro esempio è rappresentato dalla vendita di biglietti del trasporto pubblico attraverso terminali posti nelle stazioni o ai capolinea dei bus. In questa ipotesi, il gestore riceve il pagamento per la fornitura del servizio direttamente dall'Amministrazione, restando normalmente estraneo ai profitti derivanti dalla vendita dei titoli di viaggio.

Un ulteriore esempio è rappresentato dal servizio di installazione e gestione dei parcometri comunali: i proventi derivanti dal pagamento della sosta, fatta eccezione per una minima parte, sono estranei al gestore.

In detti casi, il corrispettivo, gravando sul concedente, vale a modificare la natura giuridica del contratto, evidentemente finalizzato, pur nella sua trilateralità (concedente-gestore-utenti), a fornire un servizio a terzi, ricevendo il gestore la remunerazione per l'attività svolta in favore della PA direttamente da quest'ultima.

Per quanto concerne i termini di impugnazione, in ipotesi di ricorso al Tar per vizi della procedura di selezione, deve farsi applicazione dell'art. 119, comma 1, lettera a, del codice del processo amministrativo, con conseguente dimezzamento di tutti i termini processuali. Il codice, infatti, in accordo con la disciplina di origine europea, non fa distinzioni fra "appalto" e "concessione" di servizi, rientrando, tutte e due le fattispecie, all'interno della categoria dell' "affidamento" (fra le molte, Cons. di Stato, Sez. III, 29 maggio 2015, n. 2704).

Infine, per la sua applicazione pratica, appare opportuno un cenno in merito al calcolo del valore stimato della concessione del servizio di *vending*. Il valore è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale

corrispettivo del servizio oggetto della concessione. Tale valore stimato è valido al momento dell'invio del bando .

1.4. LA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL CONTRATTO DI *VENDING* TRA PRIVATI

Ciascun singolo accordo, deve essere esaminato alla luce della reale volontà delle parti e del complessivo sinallagma contrattuale, analizzando ogni elemento utile a fini interpretativi.

La semplicità di acquisto dei prodotti nasconde infatti una complessità normativa e contrattuale che merita un approfondimento puntuale, nonché la esatta definizione degli obblighi e delle reciproche responsabilità delle parti, anche con riferimento ai terzi, al fine di disciplinare, in sede di predisposizione e sottoscrizione del contratto, tutti gli aspetti del rapporto in maniera chiara ed inequivoca, quali, a titolo esemplificativo, i requisiti tecnici, le caratteristiche del servizio e dei beni in vendita, la conformità alla normativa sanitaria dei distributori automatici, i prezzi, le clausole limitative o di esclusione del rischio, le garanzie assicurative in caso di danni a terzi, etc.

Per quanto riguarda i rapporti (concedente-gestore) tra privati, anche sulla scorta della giurisprudenza sopra richiamata, e pur con le eccezioni sopra accennate, deve concludersi per l'esclusione della sussumibilità *tout court* del *vending* nel contratto di appalto, risultando più aderente alle caratteristiche di questo negozio il **comodato o la locazione**.

Per quanto attiene al rapporto con i fornitori dei beni per approvvigionare i distributori e gli altri contratti strumentali alla fornitura del servizio, approfondiremo *funditus*, nel prosieguo, la struttura di tali contratti.

2. CONCLUSIONE ED ESECUZIONE DEL CONTRATTO (L'UTENTE FINALE)

Un discorso specifico merita l'analisi del rapporto che si instaura tra il gestore ed i consumatori finali.

Com'è noto, l'utilizzazione dei distributori automatici è ormai molto diffusa (oltre 800 mila *vending machines* e 25 milioni di utenti, nel 2016, in Italia) e riguarda una grande varietà di beni: al primo posto, con il 65% del totale, le bevande calde, al secondo posto, le bevande fredde (19%), al terzo posto, gli snack, con il 16% del totale.

Il mondo del *vending* spazia dai tradizionali prodotti alimentari, alla vendita di beni dei generi più disparati, come già detto, fino ad offrire agli utenti ulteriori servizi, ormai lontani dalla tradizionale distribuzione automatica.

Basti pensare, ad esempio, agli sportelli *bancomat*, attraverso i quali è possibile svolgere una serie di operazioni, quali prelievi, interrogazioni, pagamento di utenze, etc, oppure ai parcheggi con sbarra automatica, alle macchine per foto tessera, alle macchine per l'emissione di titoli di trasporto o per gli spettacoli.

La rete *web* ha poi ulteriormente ampliato le possibilità di utilizzazione e di personalizzazione dei servizi.

La diffusione di questi strumenti meccanici consente, come è esperienza comune, una **maggiore capillarità**, oltre ad un **risparmio economico** e di **forza lavoro**, un notevole **risparmio di tempo** e di **energie** per gli utenti e un incremento significativo delle possibilità di fruizione dei prodotti e dei servizi, con una crescita delle vendite senza proporzionale incremento dei costi.

Com'è intuibile, nel rapporto gestore-utente, una prima caratteristica imprescindibile è la **presenza fisica** del consumatore nel luogo di posizionamento del distributore

automatico e la sua relazione con esso ai fini della conclusione del contratto. Una seconda caratteristica è **la non trattabilità del prezzo e l'immodificabilità della scelta**. Inoltre, il cliente potrà oggettivamente vagliare il bene soltanto dopo aver effettuato l'acquisto, non avendo peraltro la possibilità di acquisire informazioni preventive sul prodotto attraverso la lettura dell'etichetta (sebbene, oggi, i moderni terminali consentano sempre più spesso di riprodurre foto e video in alta risoluzione dei prodotti e forniscano informazioni nutrizionali sugli alimenti e sulle bevande erogate, oltre a menù e combinazioni di gusto possibili).

In altre parole, il cliente non ha alcun potere soggettivo di modifica dell'offerta predeterminata (o delle combinazioni di scelte predeterminate) dal gestore, né di concreta valutazione anticipata del bene. Delle due infatti l'una: o il consumatore decide di acquistare, oppure rivolge la propria attenzione altrove.

L'utente, infatti, al momento dell'acquisto, al fine di ottenere il bene desiderato, può soltanto introdurre l'importo richiesto nel distributore, che provvederà alla erogazione automatica del prodotto in base al corrispettivo pecuniario inserito e alle scelte effettuate.

Lo svolgimento della fase esecutiva del rapporto attraverso strumenti automatici comporta, infine, che il cliente non possa eccepire la difformità o la mancata erogazione della prestazione ricevuta, rifiutandola, con conseguente inapplicabilità dell'art. 1197 c.c.

2.1. QUALIFICAZIONE GIURIDICA

L'esposizione dei beni nella macchina automatica, comprensivi dei relativi prezzi, può qualificarsi come **un'offerta al pubblico**, ai sensi dell'**articolo 1336 del Codice Civile**.

Il contenuto della proposta attraverso *vending machines* contiene, infatti, tutti gli **elementi essenziali** al fine della conclusione del contratto di vendita (oggetto, quantità, prezzo) ed è indirizzato ad una **generalità indistinta** di destinatari. Nel momento in cui

il consumatore introduce l'importo richiesto dalla macchina, quale comportamento concludente al fine di manifestare la volontà di accettazione della proposta, il negozio può dirsi concluso.

Secondo lo schema tradizionale del *vending*, la **conclusione** del contratto coincide con la fase di **esecuzione** dello stesso. Attraverso l'introduzione del denaro, infatti, il consumatore aderisce all'offerta ed, in uno, riceve la prestazione richiesta.

Altre volte, l'automazione può riguardare soltanto l'**esecuzione** della prestazione.

Un tipico esempio è rappresentato dai servizi erogati agli sportelli bancomat. In tali casi, lo svolgimento di operazioni tramite distributori ATM è possibile in virtù della previa sottoscrizione di un contratto più ampio (es. conto corrente) tra le parti.

Il contratto di distribuzione automatica presenta inoltre le caratteristiche del **contratto per adesione**. Il potenziale cliente/contraente può infatti, alternativamente, accettare l'offerta o non aderire, rivolgendosi altrove per soddisfare le proprie esigenze. La trattativa, come detto, non è possibile, né, conseguentemente, è possibile modificare in alcun modo l'oggetto della prestazione, già predeterminata (unilateralmente) dal soggetto predisponente le condizioni, che vengono quindi a regolare in modo uniforme i rapporti economici con i soggetti a cui vengono venduti i prodotti, secondo lo schema dei contratti di massa.

Il gestore, nella diffusione di un'offerta al pubblico, soggiace agli obblighi in materia di informazione e trasparenza, quale esplicitazione del più generale obbligo di buona fede ex art. 1375 c.c..

Attraverso i distributori automatici il consumatore deve poter ricevere indicazioni sui prodotti in maniera non equivoca e puntuale, senza incertezze circa l'oggetto della prestazione, il prezzo e le modalità della vendita, come, a titolo di esempio, la possibilità di avere il resto, o meno.

Al gestore, inoltre, è inibita la messa sul mercato di prodotti non sicuri, informando i consumatori sull'eventuale rischio per la salute, soprattutto, in caso di vendita di giocattoli.

Il gestore incorre infine in responsabilità, nel caso di difformità tra descrizione e prodotto, ovvero in caso di mancata erogazione o difettosità del bene, rispondendo per i vizi della merce o del servizio erogato, e avendo l'onere di sostituire, riparare il prodotto o diminuire il corrispettivo.

3. I CONTRATTI *ACCESSORI* AL SERVIZIO DI VENDING

Qualora il produttore e proprietario dei distributori automatici non coincida con il gestore del servizio, quest'ultimo ha la necessità di reperirli sul mercato, sottoscrivendo un contratto con un soggetto (nella prassi, una società, proprietaria delle macchine) che possa fornirgli gli apparecchi.

Di seguito, analizzeremo, i principali contratti.

Il **noleggio operativo** (detto anche locazione operativa, *renting* o leasing operativo) è il contratto attraverso il quale il locatore concede al cliente finale (locatario) i beni necessari alla propria attività, oltre ad alcuni determinati servizi connessi, dietro pagamento di un corrispettivo. In questa ipotesi, gli apparecchi restano sempre in proprietà della società di noleggio.

Tale ultima caratteristica differenzia il noleggio operativo dal **leasing finanziario**, nel quale, al termine di un dato periodo di tempo concordato di utilizzazione del bene e pagamento di un canone, è previsto l'acquisto del bene stesso da parte dell'utilizzatore.

In entrambi i casi, stante la fornitura di servizi accessori da parte del locatore (es. manutenzione, assistenza tecnica), il locatario-gestore può concentrarsi sull'attività di approvvigionamento e vendita dei beni, senza alcun onere manutentivo a proprio carico.

Naturalmente, tutti gli altri oneri, da quelli amministrativi, alla scelta del sito dove posizionare gli apparecchi e all'approvvigionamento dei prodotti, sono a carico del gestore.

Stante la complessità della filiera del vending, molto spesso viene utilizzata la formula del **franchising**.

L'articolo 1 della Legge 129/2004 definisce l'affiliazione commerciale come "...il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi".

Le aziende *franchisor*, oltre ai macchinari, forniscono la consulenza di cui l'affiliato ha bisogno nel disbrigo delle pratiche autorizzative, nel supporto per i posizionamenti dei macchinari su suolo pubblico o privato, negli accordi di marketing, nella formazione e l'aggiornamento per la gestione dei macchinari del sistema operativo, nel supporto all'assistenza operativa ai macchinari tramite gli uffici tecnici con personale dedicato.

In pratica, il corrispettivo di ingresso è l'unico esborso economico a carico del *franchisee*, che dovrà, per il resto, supervisionare l'attività di vendita.

4. CONCLUSIONI

La distribuzione automatica costituisce parte integrante delle abitudini di consumo degli italiani, in costante crescita e grande prospettiva (oltre 2 milioni di macchine e 35.000 addetti nel settore).

Può ormai affermarsi che ovunque vi sia richiesta di distribuzione di prodotti, lì sarà (o potrà essere) presente il *vending*. Dai luoghi di transito, ai tradizionali luoghi studio o di lavoro, alle strutture commerciali, di divertimento o sportive: dove è presente un *flusso* di potenziali consumatori, è possibile, con tutte le variabili del caso (esattezza della *location* e gusti degli utenti), impiantare un'attività di vendita tramite distributori automatici.

La sensazione è che il *vending* andrà, nei prossimi anni, a collocarsi capillarmente in ogni ambito fisico delle nostre città, divenendo il terminale necessario dell'attuale sistema di vendita *on line* e globalizzato.

Laddove non si vorrà, o potrà, utilizzare la consegna a domicilio, il sistema di apparecchi, inserito in rete, consentirà di continuare ad acquistare anche fuori casa e ad ogni ora del giorno e della notte.

Se, sicuramente, siffatto scenario orwelliano può spaventare, non può negarsi che la vendita tramite macchine automatiche sia una importantissima opportunità del presente e del futuro, da affrontare attraverso un supporto legale costante ed efficace, idoneo a tradurre in pratica le diverse esigenze dei numerosi interpreti della *vending industry*.



AVVOCATO
EUGENIO TRISTANO

STUDIO: VIA FLAMINIA N. 357 - ROMA

TELEFONO: +39 0632110074 | E-MAIL: INFO@STUDIOTRISTANO.COM

WWW.STUDIOTRISTANO.COM

