

Contratto di *franchising*, pubblicità ingannevole e tutela dei diritti del terzo.

Antonella Caputo * - *Giovanni Adamo* **

Premessa

1.

L'art. 6 della legge n. 129 del 6 maggio 2004¹ delinea, inserendolo nella più ampia disciplina dell'affiliazione commerciale, gli obblighi precontrattuali di comportamento configurabili in capo alle parti (e, segnatamente, in capo alla parte affiliante) di tale rapporto negoziale. Circostanze ed obblighi, quelli appena menzionati, che sembrano potersi ritenere idonei, quantomeno sotto il profilo interpretativo, ad incidere anche sulle possibilità di

* Dottore in giurisprudenza - *Junior Assistant* Studio Legale Adamo.

** Avvocato in Bologna – Cultore della Materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna – *Senior Partner* Studio Legale Adamo

¹ Cfr. Giovanni Adamo, *Il contratto di Franchising - Commentario breve alla L. 6 maggio 2004, n. 129*, sul sito [www. Diritto.it](http://www.Diritto.it); Colangelo, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Corr. Giur.*, 2004, 7, 851 e ss.; Frignani, *Franchising la nuova legge*, Torino, 2004; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, 32 e ss.; Zuddas, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, Torino, 2003; Frignani, *Il contratto di franchising*, Milano, 1999; Pardolesi, *Franchising: tipo e tipologie, intervento al Convegno "Franchising: legislazione e pratica – presente e futuro"*; Baldi, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2003; Dassi, *Contratti di distribuzione*, Milano, 2002; Sirri – Zavatta, *I contratti di distribuzione nei mercati esteri*, 2004.

apprezzare i relativi messaggi pubblicitari alla stregua di “ingannevoli” ex D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74.

2.

Da una prima lettura della nuova normativa in materia di *Franchising* emerge la specificazione, ad opera del Legislatore, di principi già espressi nella disciplina di diritto comune, e posta a tutela degli interessi meritevoli di tutela giuridica caratterizzanti la fase precontrattuale. Appare doveroso un richiamo, in particolare, all’art. 1337 c.c., (*Trattative e responsabilità precontrattuale*), giacché costituisce il punto di partenza per le considerazioni che si andranno di seguito a sviluppare. Unitamente a tale precisazione, va doverosamente anticipato che nel corso del presente scritto si analizzerà l’eventuale incidenza delle ipotesi di *misrepresentation* pubblicitaria sul momento formativo del contratto, e sui possibili effetti generati, sotto il profilo interpretativo, dalla combinata e sinergica applicazione dei principi contenuti nella c. d. Legge *Franchising* in concorso con quelli stabiliti in materia di pubblicità ingannevole dal D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74.

3.

Avremo modo di verificare, in particolare, se ed in quale misura la “ingannevolezza” di un messaggio pubblicitario possa essere determinata in relazione ai principi positivamente sanciti dalla Legge *Franchising* e se tale “ingannevolezza”, una volta accertata, sia suscettibile di generare effetti civilistici di una qualche rilevanza (ad esempio, se essa possa incidere sulla annullabilità del contratto per dolo determinato e/o errore, ovvero se possa determinare la applicazione della disciplina in materia di dolo incidente ex art. 1440 c.c.), in applicazione concorrente con le comuni regole del diritto dei contratti.

I. Obblighi di lealtà, correttezza e buona fede del *Franchisor*

1.

Appare assai chiaro, in primo luogo, il significato dell'art. 6, co. 1, Legge *Franchising*, laddove tale norma stabilisce che “*l'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede, e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato ed informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi*”².

2.

Alla luce del contenuto della norma appena citata, sembra potersi nitidamente ravvisare, in capo al *franchisor*, un obbligo di lealtà, correttezza e buona fede, che sembra dover caratterizzare non solo la fase delle trattative, ma qualsiasi ulteriore fase, anche *lato sensu* “esecutiva” e/o “attuativa”, del rapporto contrattuale. Più in particolare, il ruolo spiegato da tali doveri emerge già in sede di disciplina comune della responsabilità precontrattuale, anche ex artt. 1337 e ss. c.c., per qui acquisire contenuti e contorni di un vero e proprio, specifico dovere di “trasparenza”³ che si

² Sull'operare del principio di buona fede, cfr. *ex multis*: G. Adamo, *Commentario breve alla L. 6 maggio 2004, n. 129*, 23-26; R. Incardona, *Il contratto di franchising: la legge 129/2004 e diritto della concorrenza*, 6; F. Delfini, *La legge del franchising nella legge 6 maggio 2004, n. 129*, 312.

³ Sul dovere c.d. di “trasparenza” cfr., tra l'altro, la disciplina in materia di clausole “abusiva” e “vessatorie” ex artt. 1469-bis e ss. c.c.; la normativa sulla c.s. subforniture industriali, ex L.

spinge sino all'imposizione di veri e propri, specifici obblighi (a titolo meramente esemplificativo, doveri di consegna, all'affiliato persino di tutti quei dati e quei documenti che non risultino oggettivamente "segreti" o "riservati").

3.

L'istituto della responsabilità precontrattuale "da codice civile" tutela, come noto, non già l'interesse all'adempimento, bensì quello del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili o nella stipulazione di contratti invalidi o inefficaci⁴. In tale contesto, pertanto, appare assai plausibile, in concreto, l'ipotesi che forme di *misrepresentation* pubblicitaria, veicolate attraverso i più svariati mezzi di comunicazione possano coinvolgere l'operatore economico inducendolo a costituire un rapporto contrattuale o anche unicamente un "contatto", in forza della erronea rappresentazione della realtà ingenerata da informazioni veicolate ingannevolmente.

192/1988, e successive modifiche. In dottrina, poi, cfr. AA.VV., *La subfornitura*, Milano, 1999; Berti - Grazini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003; G. Adamo, *Contratto di franchising abuso di dipendenza economica, "abuso di diritto e tutela del contraente debole"*, in *Diritto e Diritti* dd. 3 febbraio 2005; AA.VV., *Clausole "vessatorie" e "abusive"*, a cura di Ruffolo, Milano, 1997.

⁴ Cfr. Bianca, *Diritto civile*, III, 2000, 156 e ss. La giurisprudenza ravvisa nella libertà negoziale l'interesse tutelato in sede di responsabilità precontrattuale e, in particolare, ritiene che i canoni della correttezza, lealtà e buona fede mirino a proteggere la libera esplicazione dell'autonomia negoziale delle parti. Tale interesse potrebbe essere leso da comportamenti dolosi o colposi o dall'inosservanza del precetto di buona fede. Sotto tale profilo, cfr. Cass. Civ., sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, in *Gius. Civ. Mass.* 1995, n. 9157.

4.

Orbene, proprio sotto tale specifico profilo l'art. 6 della L. 6 maggio 2004 n. 129 pone in capo alle parti del contratto di *franchising* (e, segnatamente, all'affiliante) obblighi inerenti alla fase precontrattuale. Il complesso di tali doveri di "trasparenza" ha lo scopo di garantire che il rapporto tra *franchisor* e *franchisee* si instauri unicamente ove "sorretto dal più ampio corredo informativo da parte di entrambi i contraenti"⁵. A dire il vero, la nuova legge definisce il contenuto del richiamato obbligo informativo anche in altre sue norme che ben possono raccordarsi con la disciplina in esame⁶ e generare, per mezzo di un assai rilevante effetto sinergico, doveri ulteriori ed "innominati" rispetto a quelli specificamente espressi nella Novella. Disciplina, peraltro, la cui estensione può ricomprendere, come ritenuto dalla dottrina⁷, anche fasi contrattuali diverse da quelle iniziali, giungendo a disciplinare anche le fasi contrattuali più propriamente "attuative" e caratterizzando in maniera assai più

⁵ Cfr. F. Delfini, *La Disciplina del franchising nella legge 6 maggio 2004, n. 129*, in *Diritto del Turismo*, 2004, 310.

⁶ Basti considerare a titolo esemplificativo, gli artt. 3, co. 4 e 4, ove vengono posti in capo all'affiliante, tra l'altro, i doveri di fornire al *franchisee* ogni elemento riguardante l'oggetto del contratto nonché le reciproche prestazioni che lo contraddistinguono.

⁷ Tali riflessioni, tra l'altro, sono contenute anche nell'articolo di Rossella Incardona, *Il contratto di franchising: la legge 129 / 2004 e diritto della concorrenza*, pubblicato su *Altalex*, 17.01.2005, n. 918. In tale contesto, l'autrice con riferimento alla locuzione "in qualsiasi momento", inserita nell'art. 6 della legge sull'affiliazione commerciale, sottolinea come tale precisazione temporale sia in contrasto con il contenuto della norma, giacché quest'ultima, riferendosi solo degli obblighi precontrattuali delle parti, sembra, in virtù dell'espressione temporale utilizzata, associare gli stessi non alla fase delle trattative, ma ad ogni fase del rapporto contrattuale.

specifica lo stesso dovere di buona fede *ex art. 1375 c.c.*.

5.

In tale contesto, pertanto, costituisce conclusione pacifica, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁸ che, la c. d. clausola generale di buona fede svolga il ruolo di mediazione giuridica assegnatole dall'ordinamento delineando obblighi (anche ulteriori e diversi rispetto a quelli contrattualmente stabiliti) e *standards* di diligenza esigibili dalle parti in ogni fase di "contatto", da quella precontrattuale al momento "esecutivo" del contratto. Tuttavia, nella specie, il principio in esame si sostanzia e specifica negli obblighi di informazione, di chiarezza, di segreto, nonché di compimento di atti necessari ai fini della validità e della migliore efficacia del contratto⁹. In questa sede occorre, poi, porre particolare attenzione ad un dovere specifico nel quale si concreta il generale principio di buona fede, ossia l'obbligo di informazione e collaborazione¹⁰, che, se eluso, genera possibilità di annullare il contratto ed obbligazioni, anche risarcitorie, a carico del reticente. Orbene, il corredo informativo prescritto dall'art. 6 della legge in

⁸ Si ponga mente, ad esempio, quale argomento correlato a quello qui oggetto di specifica trattazione, anche agli effetti generati dalla applicazione, anche a rapporti non contrattuali (in quanto ancora limitati alla mera fase delle trattative), del più elevato *standard* di diligenza esigibile sulla base dell'art. 1176, co. 2, c.c., qualora la parte responsabile sia contraente "professionale" nell'accezione richiesta da quella norma.

⁹ Cfr. F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*, edizione XI, 2004, 162 e ss.

¹⁰ Cfr. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 2000. L'autore sottolinea come la collaborazione, quale contenuto del principio di buona fede, si esplica anche mediante l'omissione di atti, da parte del contraente, necessari per la validità o per l'efficacia del contratto.

esame dovrebbe tendere, nelle intenzioni del Legislatore, a rendere edotta la parte interessata alla conclusione del contratto, e, quindi, l'eventuale affiliato in ordine a qualsiasi circostanza possa ritenersi rilevante ai fini della migliore conclusione dell'affare¹¹. Conseguentemente, nel descritto contesto sembra potersi rilevare la massima funzione "riequilibratrice" svolta dalla clausola generale di buona fede rispetto ad un rapporto precontrattuale caratterizzato da squilibrio, quantomeno informativo tra le parti¹².

II.

Contenuto del contratto di affiliazione commerciale e possibile rilevanza dell'illecito precontrattuale del *franchisor* anche alla stregua di atto e/o attività "ingannevole", anche ex D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74

1.

La nuova Legge sull'affiliazione commerciale ha anche, come già rilevato, la caratteristica di cristallizzare il contenuto del dovere di "trasparenza", complessivamente inteso, configurato sul *franchisor*, in una specifica norma. E' evidente, infatti, sotto tale

¹¹ Cfr. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, in M. Bianca, cit., 163. L'autore precisa che per una più ampia rilevanza della reticenza, l'art. 1337 c.c. imporrebbe l'obbligo della comunicazione anche in relazione a circostanze che non solo tali da incidere sulla validità del contratto, ma sono ugualmente importanti per la valutazione delle parti sulla convenienza del contratto.

¹² Cfr. Ruffolo, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milano, 1986; Lucarelli, *Solidarietà ed autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 47 e ss.; Cattaneo, *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*, in Riv. Trim.dir. proc. civ., 1971, p. 613 e ss.

profilo, la rilevanza dell'art. 3¹³, anche sulla fase delle trattative precontrattuali, posto che immettere l'affiliato nella disponibilità di un insieme di informazioni assai utili ai fini della valutazione delle caratteristiche dell'attività da intraprendere significa, necessariamente, attribuire a questi la possibilità di prestare un consenso "informato" rispetto alla reale "sostanza" delle pattuizioni oggetto del contratto (le quali rimarrebbero, *de facto*, lettera morta, ad esempio in tutte quelle ipotesi in cui la descrizione di determinate caratteristiche dei servizi offerti non trovasse effettiva rispondenza nella realtà). E' dunque di palmare evidenza l'incidenza sul consenso dell'affiliato di messaggi pubblicitari aventi ad oggetto elementi quali, a titolo meramente esemplificativo, i costi da sostenere, l'ambito territoriale entro il quale esercitare la propria attività contrattuale, la

¹³ Art. 3: "1. Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pene di nullità.

2. Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve avere sperimentato sul mercato la propria formula commerciale.

3. Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento, e comunque non inferiore a tre anni. E' fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti.

4. Il contratto deve, inoltre, espressamente indicare:

a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;

b) le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;

c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;

d) la specifica del know – how fornito dall'affiliante all'affiliato;

e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know – how da parte dell'affiliato;

f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione, ed allestimento, formazione;

g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso".

descrizione del *know-how* e dei servizi concretamente offerti dall'affiliante, le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto o l'entità delle *royalties* da corrispondere all'affiliante. Seppure tali indicazioni non siano talora sufficienti ad assicurare quella tutela più volte caldeggiata soprattutto dalla normativa comunitaria¹⁴, esse possono, comunque, costituire un punto di partenza. Sembra costituirne dimostrazione l'assai rilevante numero di provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato volti ad inibire comunicazioni pubblicitarie non del tutto improntate a criteri di veridicità. Sotto tale specifico profilo sembrano potersi rilevare già in questa sede i vantaggi per il contraente "debole" generati dalla applicazione concorrente e/o cumulativa delle prescrizioni della Legge *Franchising* (ed i relativi conseguenti doveri informativi e di veridicità), della disciplina di diritto comune in materia di annullamento del contratto per dolo ed errore (laddove, ad esempio, la Legge *Franchising* non tratta le problematiche generate dalla norma in materia di dolo incidente, disciplina, quest'ultima, conseguentemente riservata al codice civile), e dei poteri configurati dal D. Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 e successive modifiche in capo all'Autorità

¹⁴ Va sottolineato come, già in altri settori, uniformandosi alla disciplina comunitaria, il Legislatore nazionale abbia configurato in capo alle parti obblighi informativi volti ad assicurare la effettiva sussistenza dei beni o dei servizi oggetto del contratto. Può costituirne un esempio, il D. Lgs. n. 185/1999, che dando attuazione alla direttiva europea 1997/7/CE, all'articolo 3 impone i suindicati obblighi con riferimento all'istituto dei contratti a distanza dei contratti dei consumatori. Si può far egualmente riferimento alla direttiva comunitaria 2001/31/ CE, attuata mediante D. Lgs. 70/2003 ove agli artt. 5 e 10 vengono delineati obblighi di informazione preventiva in ordine alle transazioni commerciali effettuate con gli strumenti elettronico/telematici.

Garante. In tale contesto, peraltro, e ferma la inconfigurabilità di una qualche valenza di “cosa giudicata” dei provvedimenti del Garante in un procedimento civile, sembra assai plausibile che gli accertamenti dell’Autorità possano costituire per il Giudice civile, ad esempio, elementi connotati da quella “gravità”, “precisione”, “concordanza” che caratterizzano il sistema delle presunzioni nella disciplina *ex artt. 2727 e ss. c.c.*

III. Provvedimenti dell’Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza

1.

Alla luce delle precisazioni sinora compiute, sembra opportuno soffermarsi su taluni provvedimenti adottati dalla Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza in materia di *franchising*. L’Autorità alla quale si fa riferimento, si è soffermata in diverse occasioni sulle ripetute violazioni del D. Lgs. del 25 maggio 1992, n. 74 realizzate mediante messaggi pubblicitari volti a diffondere informazioni inveritiere e/o comunque, altrimenti apprezzate alla stregua di “ingannevoli”¹⁵. Diverse sono le norme della disciplina sulla pubblicità ingannevole e comparativa alle quali si può fare riferimento e la cui violazione è stata più volte registrata dal Garante in relazione all’istituto qui analizzato. Giova sottolineare

¹⁵ D.Lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, art.7, n.6: “ *L’Autorità provvede con effetto definitivo e con decisione motivata. Se ritiene la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa illecito accoglie il ricorso vietando la pubblicità non ancora portata a conoscenza del pubblico o la continuazione di quella già iniziata.....*”.

che la ingannevolezza¹⁶ del messaggio pubblicitario ben può spiegare i suoi effetti sul rapporto contrattuale, e, in particolare, ove nella fase delle trattative uno dei contraenti abbia posto in essere artifici, raggiri, menzogne e/o anche soltanto attività “informativa” imprecisa ingenerando nel fruitore del messaggio una misrepresentation della realtà, sono determinanti del suo consenso. Alla luce delle suesposte considerazioni, sembra opportuno un sintetico *excursus* sulle conclusioni cui è giunta l’Autorità Garante del Mercato e della Concorrenza esaminando situazioni in cui sono state affrontate tematiche inerenti al *franchising*

2. Provvedimento Fruscio *Franchising*¹⁷

Il primo provvedimento da esaminare ha ad oggetto un messaggio relativo ad una rete di *franchising* la cui attività consisteva nella distribuzione di biancheria intima. In particolare, un consumatore chiedeva l’intervento dell’Autorità Garante per l’inibizione di una comunicazione pubblicitaria apparsa sul numero di dicembre 2002 del mensile “*EKO Millionaire*”, ove tra le altre informazioni, acquistavano particolare importanza locuzioni quali: “*Libertà di entrata. Nessun diritto di entrata, né royalty. Pagate solo i prodotti di prima fornitura*”. E’ plausibile che

¹⁶ Cfr. Ruffolo, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, cit., p.313 – 316. In tale contesto si considerano gli effetti negoziali generati da dichiarazioni pubblicitarie del distributore – venditore. In particolare, si sottolinea la necessità di non addivenire a conclusioni vevoli in via generale, ma di scindere, caso per caso, al fine di verificare se quei messaggi “*possano concorrere a determinare lo standard qualitativo esigibile, e persino a meglio precisare l’oggetto contrattuale*”.

¹⁷ Cfr. Provvedimento n. 12113, pubblicato sul Bollettino n. 24/2003, reperibile sul sito [www. Agcm.it](http://www.Agcm.it).

innanzi a tali statuizioni il destinatario potesse essere indotto in errore giacché, era lecito supporre che, l'apertura di un negozio inserito nella rete di *franchising* Fruscio, non comportasse alcun costo di entrata, né la corresponsione di *royalties*. Dalla documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria è risultato che, a dispetto del contenuto del messaggio pubblicitario, gli affiliati dovevano periodicamente versare delle *royalties*, ed effettuare un versamento annuale qualunque fosse stato il volume d'affari. Alla luce di tali considerazioni risulta evidente l'ingannevolezza della pubblicità realizzata ed il comportamento scorretto assunto dall'affiliante nella fase precontrattuale. Si è ben lontani da quegli obblighi di lealtà, correttezza e buona fede, sottolineati con precisione dall'art. 6 della legge sull'affiliazione commerciale e sui quali ci si è lungamente in precedenza soffermati. Nel caso "*Fruscio*", l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha deliberato che il messaggio diffuso dalla società Fruscio S.r.l. fosse ingannevole posto che la falsa informazione concerneva una caratteristica dell'offerta tanto rilevante da doversi ritenere determinante del consenso. La possibilità di aderire ad un'iniziativa economica conveniente, ossia, nel caso di specie, l'ingresso in una rete di *franchising* in assenza di costi aggiuntivi fissi a scadenza periodica quali le c.d. *royalties* ben poteva condizionare, ed in maniera determinante, il processo di scelta di qualsiasi soggetto stimolato ed indotto in errore dalla comunicazione in discorso. Del resto, se l'art. 3 della L. 6 maggio 2004, n. 129, al punto 4, ricorda che "*il contratto deve, inoltre, espressamente indicare le modalità di calcolo e pagamento delle royalties*", e se l'art. 4 del medesimo testo normativo impone all'affiliante di consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere almeno trenta giorni prima

della sua sottoscrizione, è di cristallina evidenza che un messaggio pubblicitario dato da espressioni quali “*Nessun diritto di entrata, né royalty*” al quale in realtà, segue la stipulazione di contratti di affiliazione in cui le *royalties* sono dovute periodicamente concretizzi la scorrettezza del contraente che ha veicolato informazioni inveritiere in ordine alle caratteristiche del servizio erogato¹⁸.

3. Provvedimento Agenzia Nuovi Incontri Piacenza¹⁹

Seconda fattispecie sottoposta all’attenzione del Garante è costituito dal caso “*Agenzia Nuovi Incontri*”. In tale occasione, un concorrente segnalava all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la presunta ingannevolezza di taluni messaggi pubblicitari diffusi attraverso un settimanale locale dall’Istituto Matrimoniale “Nuovi Incontri”. In particolare, veniva sottoposta all’attenzione dell’Autorità Garante la seguente espressione “ventennale esperienza”, vantata dall’istituto, laddove invece, esso risultava iscritto nel Registro delle Imprese tenuto dalla CCIA di Piacenza soltanto dal luglio del 2000. Dalla documentazione prodotta dalla “*Nuovi Incontri*”, a dire di quest’ultima, sarebbe dovuta

¹⁸ Sotto tale profilo, peraltro, deve osservarsi che la natura “concorrenziale” quantomeno dal punto di vista interpretativo, delle due discipline (civilistica l’una, amministrativo/pubblicistica l’altra) va apprezzata come “bilaterale”. Ed infatti, non solo la valenza di “ingannevolezza” eventualmente attribuita dall’Autorità parrebbe poter spiegare effetti (quantomeno presuntivi) nell’eventuale giudizio civile, ma anche, i risultati di quest’ultimo (ove conclusosi con una pronuncia di annullamento del contratto) potrebbero spiegare assai rilevanti effetti nel successivo procedimento innanzi all’Autorità.

¹⁹ Cfr. Provvedimento n. 14015, pubblicato sul bollettino n. 5/2005, reperibile sul sito [www. agcm.it](http://www.agcm.it).

emergere la necessità di accostamento dell'espressione censurata non già alla persona fisica indicata nei messaggi pubblicitari denunciati, bensì all'Istituto matrimoniale "Nuovi Incontri", marchio la cui titolarità doveva venire riconosciuta in capo ad altro e distinto soggetto che svolgeva attività di consulenza in tutte le varie sedi dell'Istituto. Nonostante tali precisazioni, l'Autorità Garante ha ritenuto ingannevole tale forma di pubblicità posto che la stessa, in buona sostanza ed a parere dell'Autorità, lasciava supporre l'attribuzione del pregio costituito dalla nominata "esperienza ventennale" come direttamente riferita all'agenzia con sede a Piacenza. Quest'ultima, invece, si era costituita solo nel 2000 e, seppur legata da un rapporto di consulenza continuativa con il reale titolare del marchio "Nuovi Incontri", non poteva, a parere dell'Autorità, far propria l'affermazione caratterizzante il messaggio pubblicitario. Dalla riferibilità della "esperienza ventennale" ad un soggetto diverso dal committente del messaggio pubblicitario derivava, per il Garante, in altri termini, la ingannevolezza di quest'ultimo, sotto il profilo, tra l'altro, della mendace e fuorviante attribuzione di pregi inesistenti e del conseguente autoriconoscimento, *in pectore*, di un assai particolare e rilevante (in quanto presumibilmente non posseduto da altri) radicamento con il territorio.

4. Provvedimento *Clean Life Lavasecco/ Seal* 2000²⁰

²⁰ Cfr. Provvedimento n. 9667, pubblicato sul bollettino n. 24/2001, reperibile sul sito [www. Agcm.it](http://www.Agcm.it).

In un'ulteriore occasione, l'Autorità veniva chiamata ad occuparsi del messaggio apparso su un *depliant* informativo riguardante la Seal 2000, una ditta operante nel settore commerciale della lavanderia a secco. In particolare, il contenuto della comunicazione pubblicitaria, diffusa tra l'altro in occasione del Salone del *Franchising* svoltosi a Milano, era caratterizzato dalle seguenti affermazioni “ *Di norma, infatti, dopo l'affiliazione si viene lasciati soli ad affrontare un mercato che a volte è completamente nuovo: con Seal 2000 questo non succede: è previsto infatti dal contratto la continua assistenza tecnica e commerciale. Tutto questo è ulteriormente garantito dalla prossima iscrizione di Seal 2000 all'Assofranchising, organo internazionale che certifica la bontà del franchisor*”. Emerge dal contesto delle informazioni offerte dal messaggio sopra riportato un insieme di circostanze (tra le quali la promessa di una rilevante attività di “assistenza” nel momento “attuativo” della affiliazione) idonee a calamitare l'attenzione del destinatario, incidendo sulla valutazione dell'offerta e sulla conclusione dell'affare. Nel caso di specie, poi, il significato delle affermazioni contenute nel *depliant* pubblicitario acquisivano maggior spessore per il contesto fieristico nel quale venivano veicolate, alla presenza di vari espositori ed operatori professionali di settore, nonché di pubblico certamente già sensibilizzato e “fidelizzato” rispetto all'*outsourcing* che si realizzava mediante l'affiliazione. Accanto all'offerta di una serie di prestazioni consistenti nell'assistenza tecnica e commerciale, l'affidabilità dei servizi offerti era rafforzata dalla garanzia di una imminente iscrizione all'Assofranchising, organo indicato con caratteri stampati in neretto quasi a voler richiamare l'attenzione dei destinatari del messaggio sul dato evidenziato anche graficamente. Giova ricordare, *ad abundantiam*, che l'Assofranchising è un noto

organismo di categoria aventi diverse funzioni tra le quali anche quella di certificazione della “efficienza” dei *franchisors*. Dalle indagini compiute in merito alla vicenda in esame è emerso non solo che la Seal 2000 non solo non aveva mai richiesto di aderire all’Assofranchising, ma anche che quest’ultima aveva chiesto alla prima di interrompere la diffusione del messaggio pubblicitario “*contenente un’erronea ed ambigua indicazione riguardante una prossima adesione all’Associazione stessa*”. L’Autorità Garante, anche in questo caso, ha ritenuto il messaggio idoneo ad indurre in errore i consumatori ed a pregiudicarne il loro comportamento economico. In particolare, l’ingannevolezza è stata ravvisata con riferimento alle qualifiche del *franchisor* che, associando il proprio nome ad un organismo di settore avente importanza pregnante, poteva ben ledere anche gli interessi di operatori concorrenti.

IV. Conclusioni

L’analisi degli aspetti interpretativi e dei casi concreti sino ad ora esposti sembra poterci condurre ai seguenti risultati:

1.

Occorre porre mente al fatto che la disciplina sulla quale sinora ci si è soffermati non è la sola applicabile all’istituto dell’affiliazione commerciale. Come si è sottolineato più volte, la L. 6 maggio 2004, n. 129, non sembra rivestire valenza esaustiva rispetto alla materia in esame, giacché si coniuga con un insieme di altre discipline, tutte applicabili all’istituto dell’affiliazione commerciale. Si fa innanzitutto, particolare riferimento, alle norme del codice civile, alle quali deve indubbiamente rinviarsi per ogni aspetto di tale rapporto contrattuale non

espressamente preso in considerazione dal Legislatore del 2004. Del resto quest'ultimo, pur addivenendo ad un testo normativo in grado di offrire una tutela maggiore al *franchisee*, ha emanato una legge definita “*non completa ed esaustiva*” da diverse voci autorevoli della dottrina. In particolare, si è sottolineato come la Legge *Franchising* si sia focalizzata sulle fasi contrattuale e conclusiva del contratto, trascurando il momento esecutivo²¹. Si è, ancora, definita la nuova disciplina come imperativa, poiché all'art. 9, co. 1, in modo categorico impone la sua applicazione “*a tutti i contratti di affiliazione commerciale in corso nel territorio dello Stato alla data di entrata in vigore della legge stessa*”.

2.

L'eventuale raccordo tra il nuovo testo legislativo e le norme del codice civile va individuato anche con riferimento ad alcuni specifici aspetti quale, ad esempio, l'annullamento del contratto. In particolare, l'art. 8 della Legge *Franchising* richiamando esplicitamente l'art. 1439 c.c., prevede l'ipotesi di annullamento del contratto qualora siano state fornite false informazioni ad una parte²². Altre sono le norme codicistiche riguardanti l'annullamento del contratto, alle quali tuttavia, il testo in esame non fa riferimento. Basti riflettere sull'art. 1340 per quanto attiene al dolo incidente od ancora sugli artt. 1428, 1429 e 1431 inerenti all'errore: entrambi, vizi incidenti sulla formazione della volontà delle parti. Tale dato non deve far concludere nel senso della inapplicabilità

²¹ Cfr. G. De Nova, *La nuova legge sul Franchising*, cit., p. 761 e ss.; De Nova, Leo, Venezia, *Il franchising, Collana Prima lettura*, Milano, 2004, 1; Delfini, *La disciplina del franchising nella legge 6 maggio 2004*, n. 129, cit..

²² Art. 8 : “*Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può richiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1349 c.c. del codice civile, nonchè il risarcimento del danno, s dovuto*”.

degli stessi. Al contrario, sembrerebbe doversi propendere per l'operatività cumulativa e/o alternativa di quelle norme codicistiche anche con riferimento all'affiliazione commerciale. A ciò sembra condurci anche l'interpretazione facente leva sulla *ratio* della disciplina, posta a tutela del contraente "debole", e, dunque, suscettibile di integrazione ad opera di discipline, caso per caso, maggiormente vantaggiose per quest'ultimo. Ne consegue che non solo le false informazioni danno al *franchisee* la possibilità di richiedere l'annullamento del contratto, qualora si concretizzino in raggiri senza i quali egli non lo avrebbe concluso (art. 1349). Ma se le stesse rilevano quale mero dolo incidentale *ex art. 1440 c.c.*, pur non giungendosi alla radicale conseguenza dell'annullamento del contratto, obbligheranno il *franchisor* al risarcimento del danno. Ulteriori osservazioni vanno fatte in merito all'operare degli artt. 1428, 1429 e 1431 c.c., laddove si parla di errore quale vizio del consenso e, quindi, causa di annullamento del contratto. A tenore delle norme richiamate, l'errore determina l'annullamento del contratto se essenziale e riconoscibile dall'altro contraente. L'essenziabilità dell'errore potrebbe assai plausibilmente essere ingenerata nel *franchisee*, a titolo meramente esemplificativo, da:

- a) comunicazioni non vere volte a rappresentare prodotti o servizi inesistenti, o marchi aventi forza distintiva e capacità trainante ma che, in realtà, sono correttamente impiegati da altre aziende;
- b) affermazioni con cui falsamente si attribuiscono al *franchisor* studi volti alla progettazione e commercializzazione dei suoi beni;
- c) reclami che promuovono un'attività di consulenza promozionale, pubblicitaria e di *marketing* nonché corsi di aggiornamento e vendita a favore dell'affiliato;

d) forme di comunicazione in cui vengono adoperate espressioni quali “*migliori, prima rete di franchising o rete unica e di sicuro successo, esperienza pluriennale, attività di prestigio*”;

e) informazioni inerenti l'attività dell'offerente dei beni o dell'erogatore dei servizi, dalle quali il potenziale affiliato possa trarre errate conclusioni in merito alla realtà ed alla solidità economica dell'impresa;

f) informative sul numero degli affiliati già facenti parte della rete commerciale e l'eventuale variazione della stessa;

g) informative, ancora, sul fatturato medio (e, ancora, sull'utile), ottenibile mediante l'affiliazione, le quali andranno valutate caso per caso e con il massimo rigore.

La riconoscibilità dell'errore, poi, non pone particolari problemi giacché, l'annullamento del contratto opera in virtù del solo presupposto della situazione di errore del *franchisee*, e quindi, a prescindere dalla qualificazione di operatore professionale di settore esistente in capo al *franchisor*.

3.

Appare utile poi, cogliere un ulteriore spunto di riflessione in ordine alla configurabilità di qualsivoglia forma di responsabilità in capo all'autore di *misrepresentation* pubblicitaria allorché, in virtù di quest'ultima, il *franchisee* concluda un contratto con un terzo, ad esempio di vendita del bene e/o servizio caratterizzante l'attività della rete di *franchising*. Innanzi a tali situazioni è evidente come il *franchisor*, autore della pubblicità ingannevole, abbia leso anche gli interessi di un terzo incolpevole indubbiamente estraneo al rapporto di affiliazione commerciale. Avere ingenerato un errore in capo a tale soggetto significa essere stato inosservante dell'obbligo di

buona fede e, pur volendo escludere una forma di responsabilità contrattuale, giacché egli non è parte del contratto stipulato tra *franchisee* e terzo, si può ben riconoscere, a suo carico, una forma di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.. Dottrina autorevole²³, anticipando gli orientamenti giurisprudenziali in materia, ha da tempo precisato come, innanzi a tali situazioni possa parlarsi di danno da informazione del terzo, sottolineando come tale elemento non sia attinente alla validità del rapporto contrattuale eventualmente conclusosi tra *franchisee* e consumatore dei beni e/o servizi offerti, bensì alla validità economica dell'affare commerciale. In altri termini, occorre far riferimento a quel particolare tipo di "contatto sociale" che lega l'autore della dichiarazione pubblicitaria e il suo destinatario, seppur tra i due non vi sia alcun vincolo negoziale. Appare chiaro quindi, che nel rapporto tra la responsabilità dell'informante (*franchisor*) e l'autoresponsabilità dell'informato (terzo aderente), vi sia una forte disparità tra i due soggetti in virtù delle diverse posizioni, conoscenze e capacità critiche di ciascuno. E' opportuno poi, riflettere sulla posizione del *franchisee* nei confronti dell'acquirente. Egli non solo potrebbe subire azioni contrattuali ed extracontrattuali, ma ulteriori conseguenze in ordine all'applicabilità di norme pubblicistiche. Pensiamo, a titolo meramente esemplificativo, all'obbligo previsto dall'art. 4 lett. b della Legge Franchising in capo al *franchisor*: quest'ultimo, deve indicare i marchi utilizzati nella distribuzione dei prodotti, nonché gli estremi della loro registrazione, o deposito o licenza o

²³ U. Ruffolo, *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, cit., p. 185 e ss.; Alpa, *Prassi negoziale d'impresa e teoria del "contatto sociale" nell'elaborazione d'un rapporto tra produttore e consumatore*, in Temi, 1975, p. 661; Giorgianni, *L'obbligazione*, I, Milano, 1968, p. 159; Prandi, *Responsabilità per misrepresentation*, cit. p. 289 e ss..

documentazione che ne comprovi l'uso. Mediante tali informazioni il futuro affiliato, può controllare *a priori* la forza distintiva e la capacità trainante del marchio adoperato. Ma a prescindere da tale circostanza, il *franchisee*, sulla base delle nozioni ricevute, può controllare la validità dei marchi e la possibilità che eventuali titolari di segni distintivi simili e/o confondibili possano intentare azioni di contraffazione. Quest'ultime, infatti, spiegherebbero i loro effetti anche nei suoi confronti giacché egli si vedrebbe costretto a non proseguire l'uso del marchio o di qualsiasi altro segno distintivo e, cosa ancora più pertinente, in tale contesto, subirebbe azioni esperite da parte di terzi danneggiati dall'uso del marchio contraffatto²⁴.

4.

Per completezza espositiva, infine, va formulato un breve cenno alle forme di responsabilità imputabili al *franchisor* qualora si perfezioni un contratto di affiliazione commerciale, così come disciplinato dalla nuova Legge Franchising. E' superfluo ricordare l'applicabilità degli artt. 1453 e ss. c.c. innanzi all'inadempimento "di non scarsa importanza" della parte. Ne deriva che, qualunque sia la strada imboccata dalla parte diligente, ossia a prescindere dalla circostanza che la stessa opti per l'adempimento o per l'annullamento del contratto, la parte inadempiente è, in ogni caso, tenuta al risarcimento dei danni. Ma accanto all'applicazione di tali principi generali e, alla possibilità di chiedere l'annullamento del contratto per dolo o, comunque per errore essenziale e riconoscibile, nonché di invocare gli artt. 1337 ed 1338 c.c. , per quanto attiene alla

²⁴ Cfr. G. Adamo, cit., 15-22; F. Delfini, cit., 311-312; R. Incardona, cit., 5.

responsabilità precontrattuale, pure emergono gli illeciti aquiliani individuabili non solo in capo a chi si pone come *franchisor*, ma anche in capo a coloro che si pongono quali veicoli di quei messaggi volti a promuovere o semplicemente a pubblicizzare la rete di “*franchising*”.

5.

Ancora una volta, seppur con ritardo rispetto ad altri paesi quali Francia e Stati Uniti, la L. 6 maggio 2004, n. 129 ha cercato di offrire al contraente debole un tessuto conoscitivo tale da impegnarlo in maniera consapevole, eventualmente, in un contratto di affiliazione commerciale e, contestualmente, ha cercato di distogliere produttori o fornitori da un uso distorto dell'istituto. Con riferimento ad esso, il Legislatore del 2004 si è mostrato più attento in virtù dell'importanza economica svolta da tale tipologia di contratto nella filiera distributiva di beni e servizi. E' evidente che, l'aver stabilito un contenuto minimo del contratto, l'aver introdotto obblighi di informazione a carico dell'affiliante, l'aver imposto ad entrambi le parti di comportarsi secondo lealtà, correttezza e buona fede, l'aver cercato di scoraggiare un uso distorto e fraudolento dell'istituto in esame, significa o dovrebbe significare, approntare una maggiore e più ampia tutela a colui che di fatto è il contraente più debole, anche innanzi a forme di aggressione date da ingannevoli messaggi pubblicitari.