

“IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA”

PREMESSA

Lo sviluppo sempre più intenso dei traffici economici ha condotto, negli ultimi anni, all'ideazione di nuovi schemi di aggregazione aziendale al fine di favorire l'unione delle imprese isolate, costantemente alla ricerca di una dimensione produttiva ottimale che consenta loro di attuare migliori scelte strategiche e di avere una più incisiva presenza sui mercati mediante il controllo di quote via via più consistenti¹.

Specie nel settore del dettaglio si è assistito ad una crescente diffusione di strutture di grandi dimensioni dotate di notevoli mezzi finanziari che hanno consentito loro di operare in aree sempre più ampie e di adottare politiche di vendita più idonee alle concrete esigenze del mercato².

Si è realizzato in tal modo uno schema operativo nel quale vi è un produttore il quale mira ad alleggerire il peso della propria attività da tutti i rischi inerenti la diffusione dei beni (o servizi) che sono destinati ad essere immessi sul mercato; per altro verso, tuttavia, lo stesso imprenditore non può disinteressarsi completamente di quanto avverrà nella fase distributiva dei prodotti, il cui successo è intimamente correlato al volume di affari, ma anche alla competitività e alla capacità di espansione, in sintesi, all'economia d'impresa³.

Dall'opportunità di contemperare queste opposte esigenze è nata un'ampia gamma di accordi che permettono di coordinare la fase produttiva con quella distributiva senza che venga meno l'autonomia dei partners.

Tali figure costituiscono la discussa categoria dei contratti di distribuzione che comprende, appunto, quel complesso di pattuizioni, intercorrenti tra soggetti autonomi ed indipendenti, caratterizzate dall'assunzione da parte di un operatore economico dell'obbligo di promuovere la commercializzazione di prodotti o servizi forniti da un altro imprenditore verso una contropartita consistente nell'opportunità di guadagni dipendenti dalla vendita delle merci o dall'erogazione dei servizi⁴.

¹ Sulle varie forme di aggregazione cfr. FRIGNANI A., *Il franchising*, Torino, 1990, pag. 3 e ss.; GUYENOT J., *La franchise commerciale*, in *Foro it.*, 1974, V, n. 74.

² FAUCEGLIA G., *Il franchising. Profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1989, pagg. 12 e ss., secondo il quale la tendenza del mercato è orientata verso la continua espansione di queste forme di grande dettaglio che soverchiano il piccolo dettaglio.

³ BUSSANI M. e CENDON P., *I contratti nuovi*, Milano, 1989, pag. 407; AMOROSO M. e BONANI G., *Gli aspetti di marketing*, in AA.VV., *Il franchising*, Milano, 1989, pagg. 13 e ss., 74, 89 e ss.

⁴ In tal senso, PARDOLESI R., voce *I contratti di distribuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, pagg. 1 e ss., il quale ritiene che l'obiettivo di realizzare l'integrazione fra industria e commercio conduca il produttore ad un passaggio obbligato che è quello di offrire al distributore l'opportunità di un guadagno adeguato che

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

All'interno di tale categoria un'importanza particolare è stata assunta, inizialmente, dalla vendita e dalla somministrazione con esclusiva e, successivamente, dalla concessione di vendita che in Italia ha trovato il suo miglior campo d'applicazione nel settore automobilistico. Accanto ad esse è poi sorta una figura, meglio nota come affiliazione commerciale o franchising, la quale ha lentamente acquisito una sua autonomia concettuale rispetto alle prime⁵, consentendo di introdurre la nozione di contratti di distribuzione aggregata i quali, oltre ai connotati propri della distribuzione, presentano l'ulteriore elemento dell'aggregazione⁶. Nell'ambito delle aggregazioni aventi base contrattuale un posto di indubbio rilievo spetta, dunque, al franchising.

Alla luce dell'importanza assunta da quest'ultimo, anche nel sistema distributivo italiano, il presente lavoro si proporrà di analizzarne alcuni degli aspetti più rilevanti. A tale scopo, per meglio individuare le tematiche ad esso inerenti, l'elaborato è stato suddiviso in tre capitoli.

Nella primo capitolo verrà trattata l'evoluzione storica del franchising, ponendo l'accento sull'analisi dei principali aspetti che hanno portato all'affermazione di tale istituto. Esso rappresenta, infatti, una delle forme più interessanti sviluppatesi negli ultimi anni nel settore del commercio e dei servizi.

Nel secondo capitolo, invece, verrà trattata la problematica della atipicità del contratto nelle sue linee generali e l'incidenza che essa ha avuto sul contratto di franchising prima dell'entrata in vigore della legge n. 129 del 2004 che ha, finalmente, "codificato" e specificato la disciplina della cd. affiliazione commerciale. Verranno, quindi, messe in rassegna le varie definizioni e qualificazioni giuridiche individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, recepite poi, dalle principali associazioni internazionali e nazionali, nonché le differenze con istituti affini quali, ad esempio, la vendita con patto di esclusiva e la concessione di vendita.

Nel terzo capitolo, inoltre, verrà trattata la "nuova" tipicità del contratto di franchising regolato dalla recente legge del 2004. Si cercherà di evidenziarne anche i principali aspetti privatistici e, nell'ambito di un'analisi generale della nuova disciplina, ci si interrogherà sulle caratteristiche essenziali del sistema, al fine di individuare gli obblighi ed i diritti reciproci scaturenti dal rapporto tra il franchisor ed il franchisee.

Finalmente non si dovrà dimostrare l'inesistenza di una disciplina direttamente applicabile agli accordi di franchising, cercando per lo studio della materia, come è accaduto fino a pochi mesi addietro, un supporto giuridico nelle norme comunitarie o in quelle contenute nel Codice Civile.

Un fenomeno, quello del franchising, che non può lasciare indifferenti né gli operatori del diritto, né i consumatori intesi nel loro complesso, a causa delle notevoli incidenze che esso sta producendo e produrrà tanto nel mercato nazionale, quanto in quello comunitario ed internazionale.

compensi gli svantaggi derivanti dalla rinuncia ad una piena indipendenza gestionale; PARDOLESI R., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, pagg. 6 e ss.

⁵ *Ex multis* DE NOVA G., *Nuovi contratti*, Torino, 1990, pagg. 154 e ss., secondo il quale "il taglio è avvenuto" sia per l'entrata in vigore del Regolamento CEE, sia per altri fattori; BUSSANI M. e CENDON P., *op. cit.*, pagg. 408 e ss.; CAGNASSO O., *La concessione di vendita*, Milano, 1983, pag. 22.

⁶ Così FAUCEGLIA G., *op. cit.*, pag. 44, il quale prospetta la figura dei contratti organizzativi a funzione associativa.

Si tratta di un fenomeno talmente articolato e complesso tale da indurre taluni in dottrina a definirlo come "un gioco di specchi dove il consumatore, molto spesso, è indotto erroneamente a credere di trovarsi di fronte ad un'unica impresa, al tempo stesso produttrice e distributrice"⁷.

PARTE PRIMA

L'EVOLUZIONE STORICA DEL FRANCHISING

SOMMARIO: 1.1. Genesi e diffusione del franchising. - 1.2. La "europeizzazione" del franchising tra innovazione e tradizione. - 1.3. Il franchising nella legislazione e nella giurisprudenza comunitaria.

1.1. Genesi e diffusione del franchising.

Il termine inglese franchising⁸ è deriva dal francese franchise, attestato a partire dall'inizio del XII secolo col valore di libertà o condizione libera e, quindi, di affrancamento⁹, di esenzione da restrizioni, significato ancor oggi genericamente conservato dal nostro franchigia¹⁰.

Storicamente, la franchigia compare per la prima volta nel Medioevo per indicare il privilegio con cui si concedevano autonomie sia agli Stati, sia ai cittadini¹¹. La città franca era caratterizzata, nel feudalesimo, dall'aver acquistato dal Re o dal Signore una dispensa permanente sul tributo e dal disporre di un diritto di libera circolazione delle persone e delle cose¹².

Ad oggi, invece, il termine franchising identifica un rapporto di affiliazione commerciale, intesa quale forma di collaborazione continuativa per la distribuzione di beni o servizi tra un affiliante o franchisor e uno o più imprenditori, affiliati o franchisee, giuridicamente ed economicamente indipendenti uno dall'altro, che stipulano un apposito contratto attraverso il quale l'affiliante concede all'affiliato l'utilizzazione della propria formula commerciale, comprensiva del diritto di sfruttare il suo know-how (l'insieme delle

⁷ BUSSANI M. e CENDON P., *op. cit.*, pag. 438.

⁸ GAST O. e MENDELSON M., *Comment négociier une franchise*, Parigi, 1981, pag. 107.

⁹ FOSSATI G., *Il franchising. Aspetti giuridici, finanziari e fiscali. Prospettive di sviluppo in Italia*, Milano, 1995, pag. 5.

¹⁰ ZANELLI E., *Il sistema delle licenze e concessioni nei rapporti fra imprese*, Milano, 1977, pag. 255 e ss.

¹¹ Sulle origini e diffusione del franchising cfr. MARASCO, *Il franchising*, Milano, 1988; FOSSATI G., *op. cit.*, pag. 591 e ss. GALIMBERTI G., *Il franchising*, Milano, 1991.

¹² AMOROSO M., BONANI G., GRASSI P., *Manuale del franchising. Per valutare, organizzare e scegliere un'attività in franchising*, Rimini, 1996, pag. 19 e ss. dove si evince che con il Concilio di Trento del 1562 tale nozione di franchigia scompare in seguito all'adozione di nuovi mezzi di imposizione dei tributi.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

tecniche e delle conoscenze necessarie) ed i propri segni distintivi, unitamente ad altre prestazioni e forme di assistenza atte a consentire all'affiliato la gestione della propria attività con la medesima immagine dell'impresa affiliante; di contro l'affiliato si impegna a far proprie la politica commerciale e d'immagine dell'affiliante nell'interesse reciproco delle parti medesime e del consumatore finale, nonché al rispetto delle condizioni contrattuali liberamente pattuite¹³.

Più propriamente il franchising consiste, allora, in una tecnica mediante la quale un'impresa principale promuove e realizza una rete di imprese satelliti, autonome come entità giuridiche, ma collegate contrattualmente all'impresa promotrice, al fine di demandare ad esse la produzione o la vendita dei propri prodotti o servizi, con un'organizzazione decentrata e capillare cui tutte le imprese aggregate partecipano con iniziativa, gestione e rischio propri e indipendenti¹⁴.

A onor del vero, poiché il franchising in genere non è regolato, in via specifica, dalle legislazioni nazionali in modo esaustivo, in conseguenza di ciò e in relazione alla molteplicità di forme con cui esso si presenta nella pratica, risulta difficile dare una definizione unitaria ed esaustiva del negozio.

Se è vero che le origini più remote della figura possono essere fatte risalire alla fine del XIX secolo, significativo in proposito è il c.d. contratto della birra, diffuso nell'Europa del Nord e negli Stati Uniti¹⁵, gli esempi più qualificanti della moderna operazione si rinvencono solo più tardi, nelle iniziative di alcune grandi società statunitensi, inizialmente tra le più importanti vi fu la Singer, in seguito la General Motors e la Coca Cola, che si trovarono nella necessità di affrontare i complessi problemi derivanti dall'esigenza di commercializzare i loro prodotti in aree geografiche sempre più vaste, sebbene tale formula riscosse il maggior successo subito dopo la seconda guerra mondiale, a causa della penuria di mezzi finanziari che ostacolava l'espansione delle imprese medie e piccole. Per tali motivi, l'ordinamento statunitense è, infatti, l'unico che registri un'articolata legislazione positiva sul franchising: più di 20 Stati, infatti, hanno adottato leggi a carattere generale riguardanti

¹³ Si tratta della definizione approvata dall'Associazione Italiana Franchising. Al riguardo cfr. http://www.assofranchising.it/cose_ilfranchising.htm

¹⁴ ZUDDAS G., *Il franchising*, Perugia, 1991, pag. 9.

¹⁵ IL c.d. contratto della birra prevedeva un rapporto di somministrazione esclusiva e l'identificazione dei singoli punti di vendita, gestiti da distributori locali, attraverso l'uso della denominazione e dell'insegna del produttore. Diffusamente ZANELLI E., *op. cit.*, pag. 257. Storicamente, il franchising ha iniziato a diffondersi negli Stati Uniti intorno alla metà del 1800. Il periodo storico di riferimento è, infatti, quello della c.d. "ricostruzione", seguito cioè alla guerra civile del 1861-65 causata dalla secessione sudista. Per le industrie e gli operatori commerciali, i diversi stati neo-confederati rappresentavano un vero territorio di conquista, un mercato nuovo di dimensioni continentali e potenzialmente molto fecondo. La mancanza di capitali indusse gli operatori economici a percorrere la strada della distribuzione commerciale attraverso agenti viaggiatori, affaristi itineranti, intermediari locali, soggetti disposti a scommettere sul successo di nuovi prodotti o sull'affermazione di nomi, marchi e formule che, poi, hanno caratterizzato il passaggio dalla grande epopea della frontiera alla struttura della contemporanea civiltà industriale dei consumi. In questo periodo storico ai singoli partecipanti di questa corsa economica erano attribuiti frazioni di privilegi (licenze, concessioni e franchisee appunto) di cui gli stessi soggetti andavano fieri in quanto "rappresentavano una sorta di titolo, di riconoscimento agli occhi dei consumatori, il tutto in un'ottica di forte individualismo e competizione, nonché di ferma fiducia nel sistema". Al riguardo cfr. AA. VV., *Manuale di storia. L'età contemporanea*, Roma, 1988, pag. 248 e ss.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

tale contratto. Tra tutti, l'atto legislativo più moderno ed equilibrato è il "California Franchise Relation Act" del 1980¹⁶.

La creazione di sistemi di franchising, in sintesi, si configurò come uno strumento ideale, nel continente americano, per aggirare le difficoltà ed i pericoli che ogni produttore avrebbe incontrato nella distribuzione diretta dei suoi prodotti. La tecnica era in pratica sempre la stessa e consisteva nello sfruttamento di un determinato know-how attraverso il ricorso all'opera di dettaglianti locali che si trovano nelle condizioni ideali per sfruttare le caratteristiche e le opportunità dei rispettivi ambienti, fermo restando che i due soggetti dell'operazione erano reciprocamente autonomi ed indipendenti, e perciò, pienamente responsabili dell'andamento delle rispettive imprese¹⁷.

Dopo il secondo conflitto bellico lo sviluppo divenne ancor più diversificato, anche grazie alle nuove applicazioni, soprattutto nel campo dei servizi, come ad esempio, la ristorazione rapida. Come esattamente è stato sottolineato, "fu proprio l'agilità della nuova tecnica a contribuire in modo determinante, durante il periodo tra le due guerre mondiali, alla vittoria del franchising nei confronti dell'allora imperante fenomeno del succursalismo e, cioè, di quel sistema distributivo che vede il produttore rimanere proprietario del singolo punto-vendita, alla cui gestione è poi chiamato un soggetto non imprenditore, ossia un dipendente salariato dal medesimo produttore"¹⁸.

La diffusione e la vocazione internazionale del franchising hanno fatto parlare di un vero e proprio "franchise boom"¹⁹: esplosione dovuta anche alla carenza di mezzi finanziari, che

¹⁶ GALIMBERTI G., *Il franchising*, Milano, 1991, pag. 4. Di massima importanza è, inoltre, la Rule 436 della F.T.C. sui « Disclosure Requirements and Prohibition Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures » del 1978. Questa legge federale, entrata in vigore nel 1979, disciplina l'informativa che deve essere fornita ai candidati franchisees prima della sottoscrizione del negozio. In essa, al § 436.2, si legge: il termine « franchise » sta ad indicare ogni relazione commerciale a carattere continuativo derivante da un accordo o accordi in base ai quali: (A) una persona (qui di seguito « franchisee ») offre, vende o distribuisce ad un'altra persona diversa dal « franchisor » (come qui di seguito indicata), beni, merci o servizi che sono: 1) identificati da un marchio, marchio di servizio, ditta, pubblicità o altro segno commerciale che distingue un'altra persona (qui di seguito « franchisor »): o 2) conformi agli standards di qualità richiesti o consigliati direttamente o indirettamente da un'altra persona (qui di seguito « franchisor »), quando il franchisee operi avvalendosi del marchio, marchio di servizio, ditta, pubblicità o altro segno commerciale che distingue il franchisor, e B) (1) il franchisor esercita o ha il potere di esercitare un significativo grado di controllo sul metodo operativo del franchisee che include, ma non si limiti, all'organizzazione commerciale del franchisee, attività promozionali, management, piani di marketing, business affairs; o (2) il franchisor dà una significativa assistenza al franchisee nel suo metodo operativo, includendo a tale eccezione anche l'organizzazione commerciale del franchisee, management, piani di marketing, attività promozionali o business affairs; va precisato, però, che l'assistenza nelle attività promozionali del franchisee non costituisce, in assenza di assistenza negli altri settori del metodo operativo del franchisee, una significativa assistenza; (3) al franchisee è richiesto, al fine di ottenere o di intraprendere l'attività di franchisee, di effettuare un pagamento al franchisor o a persona affiliata al franchisor.

¹⁷ Sulla posizione dei contraenti, con particolare riguardo alla loro indipendenza ed autonomia, cfr. AMOROSO E BONANI, *op. cit.*, pagg. 20 e ss.

¹⁸ BUSSANI M. e CENDON P., *op. cit.*, pagg. 402 e ss.

¹⁹ GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag. 6.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

costituisce normalmente un impedimento alla espansione commerciale delle piccole e medie imprese²⁰.

È necessario osservare che negli Stati Uniti col medesimo termine si indicano sia il business format franchising (meglio conosciuto con l'acronimo di bff)²¹, sia il franchising di prodotto e di marca. Le due tecniche, significativamente diverse, prevedono, nel primo caso, che assieme al prodotto venga ceduto l'intero pacchetto di tecniche, strategie e know-how; nel franchising di prodotto e di marca, invece, minore risulta l'importanza dei servizi forniti dal franchisor al franchisee.

Gli U.S.A., nonché il Giappone²², per molto tempo, hanno costituito gli ordinamenti in cui esisteva una chiara, specifica ed omogenea legislazione in materia di franchising. Durante gli anni '70 circa la metà degli stati membri della federazione statunitense hanno adottato dei «general statutes» diretti alla regolamentazione di detta disciplina contrattuale, a fronte del moltiplicarsi di scandali e frodi di vario genere, attorno a sistemi in franchising²³.

Rebus sic stantibus, è evidente come il franchising americano sia molto risalente nel tempo, diffuso sul territorio e, soprattutto, sia stato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore nazionale e da parte dei giudici che, creando un imponente «corpus» normativo, hanno definito l'istituto in ogni suo aspetto.

A fronte di tale celere sviluppo, la penetrazione del franchising in Europa è stato un fenomeno recente, cominciato negli anni '70, compiutosi in modi e tempi diversi da Stato a Stato.

Il franchising, infatti, giunge in Europa portato da imprese statunitensi interessate ad inserirsi nel nostro mercato grazie al loro know-how. In una prima fase, che è possibile definire di penetrazione, la dominanza statunitense era tale che anche le soluzioni contrattuali ripetevano il modello americano. Solo successivamente, in una fase che potremmo definire di assestamento, crebbe il ruolo di franchisors europei; è in questa fase che l'istituto si adegua alle condizioni economiche e legislative dei singoli paesi, determinando delle differenziazioni rilevanti fra le diverse esperienze nazionali. Le

²⁰ Secondo il rapporto annuale del Department of Commerce (Bureau of Industrial Economy) nel 1988 negli Stati Uniti le società operanti in franchising erano circa 2.200. Esse appartenevano a più di 40 settori merceologici differenti; ciò testimonia la flessibilità di questa tecnica. Nel loro insieme i punti di vendita in franchising realizzavano un fatturato superiore ai 640 miliardi di dollari; si stima che circa il 34% delle vendite al dettaglio siano realizzate in franchising. Al riguardo cfr. GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag. 7; sulla base di un'indagine condotta dalla *International Franchise Association* di Washington riferita al 1991, si è stimato che il valore delle vendite annuali dei franchisee americani nella cifra di 232 miliardi di dollari per un numero dei punti vendita che supera le 408.000 unità. Al riguardo cfr. AMOROSO M., BONANI G., GRASSI P., *op. cit.*, pag. 22.

²¹ GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag. 7, dove si afferma che i b.f.f. corrispondono più propriamente alle nostre affiliazioni commerciali; costituiscono circa il la metà dei contratti di franchising, coprendo una fetta considerevole del commercio al dettaglio e dei servizi statunitensi.

²² GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag. 8, dove si afferma che in Giappone il franchising si è sviluppato seguendo l'esempio americano, se pure con alcune peculiarità proprie. L'esperienza giapponese si distingue, in quanto tende a privilegiare la produttività e l'aggressività commerciale della rete di vendita. Per quanto riguarda la normativa giuridica, va sottolineato che la legge del 1973 che regola il franchising, per quanto anteriore alla «Full Disclosure», risente notevolmente dell'influenza statunitense; evidente è infatti l'impronta dei regolamenti già approvati all'epoca da numerosi Stati americani.

²³ GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag. 7, dove si afferma che del 1978 è la «Full Disclosure Law» ricordata, che regola strettamente l'informativa precontrattuale che deve fornire il franchisor.

ragioni di una così disomogenea diffusione dell'istituto, rispetto a Stati Uniti e Giappone, erano legate alle diverse condizioni economico-politico-commerciali proprie della realtà europea, tali da influire anche sulla ricezione del modello originario, quello americano, che ha subito adattamenti e modificazioni al fine di una conformazione più agevole ai singoli mercati nazionali, alle esigenze dei consumatori locali e alle disposizioni normative dei singoli ordinamenti giuridici.

L'evoluzione del franchising nel vecchio continente ha fondamentalmente attraversato due fasi; nella prima, si è assistito ad una forma di sfruttamento del mercato europeo da parte dei forti franchisor americani²⁴, nella seconda, invece, si è avuta una sorta di "emancipazione" dagli USA concretizzatasi in una diffusione del modello tra contraenti esclusivamente europei.

Evidenti risultano essere, quindi, le differenze tra i sistemi statunitensi ed europei: in primo luogo, se il franchisee americano è portato a prendere decisioni in modo estremamente rapido, non esitando ad impegnare rapidamente anche cifre rilevanti, non si può dire altrettanto dei casi europei, nei quali gli operatori sono molto più cauti, ponderando maggiormente nella valutazione preventiva dei costi. Nel franchising americano, inoltre, l'operatore è sollecitato dalla prospettiva di poter assurgere al ruolo di imprenditore autonomo, mentre in Europa l'attivazione del contratto di affiliazione commerciale è sollecitata, in particolare, dall'esigenza di limitare il rischio insito nell'impresa. Il secondo profilo che distingue le due esperienze si individua nella forte riluttanza da parte del franchisee europeo (e non di quello statunitense) a pagare un rilevante diritto di entrata (front money o entry fee) preferendo, al massimo, il versamento di una royalty più alta, nell'intento, da una parte, di evitare l'assunzione di un rischio eccessivo e, dall'altra, di avere nel franchisor un partner effettivo, in modo da poterne condizionare l'assistenza e la consulenza durante il rapporto di franchising.

Mentre in Europa²⁵, quindi, il franchising costituisce essenzialmente uno strumento di penetrazione ed espansione in mercati preclusi alla grande distribuzione, laddove si è data maggior attenzione alla limitazione del rischio per i franchisees, alla necessità di stimare una effettiva partnership degli imprenditori e di assicurare una significativa assistenza e consulenza del franchisor durante tutta la durata del rapporto, negli USA, invece, il franchising ha costituito e, tuttora, costituisce l'unica alternativa²⁶ alla grande distribuzione²⁷.

1.2. La "europeizzazione" del franchising tra innovazione e tradizione.

Il primo Paese europeo a legiferare in materia di franchising, proprio allo scopo di introdurre una normativa quadro per i partner europei e al fine di evitare la moltiplicazione di regolamentazioni diverse in ognuno dei Paesi dell'Unione Europea, è stata la Francia²⁸ con l'approvazione di una specifica legge sul franchising a seguito

²⁴ Ad esempio Coca-Cola, Hertz, Avis, Hilton, Holiday Inn.

²⁵ FAUCEGLIA G., *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1988, pag. 6 e ss.

²⁶ BERNINI G., *Introduzione allo studio del franchise nel diritto statunitense*, in *Dir. comm.*, Milano, 1983, pag. 124.

²⁷ JOERGES C., *Franchising and the law: theoretical and comparative approaches in Europe and the USA*, London, 1991.

²⁸ La storia della franchise in Francia può essere approssimativamente suddivisa in tre periodi: dal '29 al '70, l'era dei precursori; gli anni '70, il periodo dell'affermazione; gli anni '80, la fase del successo. Negli anni '30

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

dell'emanazione del regolamento CEE del 30 novembre 1988, n. 4087 sulla concorrenza²⁹. L'ambito di applicazione si riferisce a tutti i contratti in cui un soggetto metta "a disposizione di un altro soggetto, una denominazione sociale, un marchio o un'insegna pretendendo da esso un obbligo di esclusiva o di semi-esclusiva per l'esercizio della sua attività". In tali casi è previsto l'obbligo giuridico per l'affiliante di trasmettere all'affiliato, almeno venti giorni prima dalla firma del contratto di franchising, un documento contenente un insieme di informazioni giuridiche ed economiche idonee a fornire all'affiliato un quadro sufficientemente chiaro delle garanzie, dei rischi economici e delle prospettive di guadagno per determinare coscientemente i propri interessi³⁰.

La normativa francese, sulla scorta del c.d. "disclosure document"³¹ di origine statunitense, ha avuto l'importante funzione di introdurre due fondamentali previsioni di diritto positivo: l'una relativa alla previsione di un registro degli operatori in franchising e l'altra attinente agli obblighi di disclosure, cioè di informativa, a carico del franchisor³².

Essa, dunque, sancendo in capo all'affiliante tale obbligo precontrattuale di informazione ha, in effetti, cercato di porre rimedio a quel disequilibrio tra affiliante ed affiliato da sempre frequente causa di abusi comportamentali della "parte forte" del rapporto.

Sulla stessa linea dell'esperienza francese si è posta anche la Spagna, altro Paese europeo ad avere introdotto una dettagliata normativa di regolamentazione del fenomeno³³. La Ley spagnola, del luglio 1996, fornendo una particolare tutela alle piccole imprese commerciali³⁴, definisce il franchising quale "contratto attraverso cui una impresa denominata franchisor cede ad un'altra impresa franchisee il diritto di sfruttare un sistema di commercializzazione di prodotti e servizi", prevedendo una forma di controllo amministrativo e un obbligo giuridico di disclosure simile a quello previsto dalla "Loi

la Francia occupa una posizione di punta in Europa, concretizzando le prime iniziative significative, concepite autonomamente nel vecchio continente. Alla fine degli anni '60 si potevano contare in Francia 36 insegne utilizzatrici del franchising. È solo negli anni '70 peraltro che la formula si afferma definitivamente; nel '71 nasce la *Federation française du franchisage*. Alla fine del decennio il numero delle insegne in franchise arriva a 172. Negli anni '80 il numero delle nuove catene in franchising sembra aumentare anno per anno con progressione geometrica. Al riguardo cfr. GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag. 9.

²⁹ Legge 31 dicembre 1989 n. 89-100825, "Relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique juridique et social", più nota come "Loi Doubin" dal nome del proponente.

³⁰ Si tratta del profilo dell'impresa promotrice della rete, l'esistenza di marchi, i rapporti con gli enti creditizi, il dettaglio dell'attività del proponente affiliante, le possibili evoluzioni della rete di franchising ed il contenuto del contratto proposto con particolare attenzione alla natura e l'ampiezza degli investimenti richiesti all'affiliato, le clausole di esclusiva, le cause di risoluzione e le condizioni di cessione o di rinnovo. Al riguardo cfr. art. 1 "Loi Doubin".

³¹ Negli Stati Uniti i franchisor sono tenuti per legge a presentare agli aspiranti franchisee, già al primo incontro, un prospetto (*disclosure document*) indicante tutte le informazioni sul promotore del sistema.

³² AMOROSO M., BONANI G., GRASSI P., *op. cit.*, pagg. 221-226, dove si afferma che la disciplina francese si espone a due ordini di considerazioni; a livello comparatistico il principio di trasparenza così delineato appare come una diretta evoluzione del c.d. *disclosure document* e, a livello di strategia imprenditoriale l'affiliante, data la delicatezza delle informazioni (ad es. i rapporti con le banche nonché le prospettive di espansione), dovrà muoversi con cautela nell'opera di proselitismo commerciale saggiando preventivamente l'attitudine e la serietà della potenziale controparte.

³³ Ley 7/1996 de 15 enero. Ordenacion del comercio minorista.

³⁴ In Spagna, attraverso la normativa vigente in materia, si darebbe tutela a quasi il 90% degli operatori commerciali spagnoli che forniscono occupazione a oltre due milioni di persone. Per un ulteriore approfondimento cfr. AMOROSO M., BONANI G., GRASSI P., *op. cit.*, pag. 227.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

Doubin" francese.

Mentre il primo aspetto consiste nell'obbligo per i franchisor spagnoli di iscriversi in un apposito Registro degli operatori in franchising, soggetto al controllo dell'apposita Autorità Garante³⁵, l'obbligo di disclosure, invece, si concretizza nella necessità di predisposizione e di consegna da parte del franchisor al franchisee, prima della stipulazione del contratto, di un documento contenente tutte le informazioni necessarie ad una scelta consapevole per quest'ultimo.

In Germania, invece, il fenomeno franchising risale alla fine degli anni '60 del secolo scorso con la nascita delle prime catene "Nordsee" (prodotti della pesca), "Ihr Platz" (drogherie) e "OBI" (settore "fai da te")³⁶. Anche in Germania si era diffusa la voce che certe imprese americane, dopo aver trasformato le loro succursali in autonomi punti vendita ricorrendo al franchising, avevano triplicato il loro giro d'affari impiegando rispetto a prima un quarto del personale.

In realtà, però, il franchising tedesco non ha avuto uno sviluppo rimarcabile. Le motivazioni di tale mancato decollo sono da attribuire a diverse concause. Innanzitutto, una di cultura commerciale, laddove il contratto di concessione non si è tradizionalmente diffuso in Germania come all'estero per cui esso è stato relativamente poco conosciuto dagli operatori, e questo certo non ha facilitato la diffusione del franchising; l'altra inerente alla pratica commerciale caratterizzata da una elevata efficienza e un'ampia diffusione della grande distribuzione³⁷.

L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ha definito un preciso modello di riferimento, di modo che le parti abbiano un'ampia discrezionalità nel regolare i propri interessi, con l'unico vincolo delle norme applicabili sui contratti in generale, trovando applicazione in via analogica la disciplina dettata per il rappresentante di commercio (figura in tutto analoga al nostro agente). La giurisprudenza tedesca considera, infatti, il franchising come un contratto misto, contenente elementi del contratto di licenza, di compravendita, di locazione e di mandato, mentre la dottrina sottolinea, in particolare, la sua vicinanza con lo schema del rivenditore autorizzato (quello che in Italia è cioè il concessionario di vendita), distinguendo le due figure solo per la maggiore integrazione del franchisee rispetto al rivenditore autorizzato³⁸.

In Inghilterra, inoltre, che è il secondo Paese europeo di diffusione dopo la Francia e dove si registra una significativa presenza di catene americane che qui non incontrano barriere né culturali né linguistiche, il franchising è regolato dalle norme che riguardano i contratti commerciali³⁹. Nel mondo anglosassone sviluppo del franchising è stato stimolato, oltre che da una mentalità fortemente imprenditoriale, dall'atteggiamento favorevole delle banche, che ne hanno incentivato la diffusione. Numerose banche inglesi, infatti, si sono

³⁵ AMOROSO M., BONANI G., GRASSI P., *op. cit.*, pagg. 221 - 226, dove si afferma che tale disposizione presenta il grande vantaggio di innalzare, attraverso controlli preventivi e successivi all'iscrizione, le garanzie per gli operatori, scremando le iniziative inconsistenti o truffaldine. Si rileva, però, che la burocratizzazione del sistema potrebbe da un lato ostacolare la diffusione del franchising, dall'altro creare doppi contenziosi di fronte alle Autorità giudiziarie ordinarie e amministrative.

³⁶ KINDLER P., *Il franchising in Germania*, in *Giur. comm.*, 2000, pag. 675

³⁷ GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag.13.

³⁸ GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag.13.

³⁹ L'unica legge che ha una qualche connessione con il franchising è la parte XI del *Fire Trading Act* del 1973 che disciplina le cosiddette *vendite a piramide*. Secondo la dottrina inglese lo schema delle vendite piramidali può ben adattarsi al franchising come ad altre forme di distribuzione commerciale.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

dotate di staffs specializzati nell'offrire servizi agli operatori interessati a siglare contratti di affiliazione, sebbene si sia registrato uno sviluppo maggiore nel settore dei servizi, piuttosto che in quello della distribuzione commerciale⁴⁰.

Venendo, infine, all'Italia può preliminarmente affermarsi che il franchising, almeno sino ad oggi, ha avuto alterne vicende. Mentre, infatti, in una primo fase temporale il franchisor era un produttore statunitense e il franchisee era un distributore italiano (si pensi alla Hertz, alla Lavamatic, all'Avis, alla Norge, Holiday Inn), successivamente si tese a che entrambi i contraenti fossero italiani⁴¹. Ad un'analisi più scrupolosa può evidenziarsi come in Italia si sia pervenuti a gestire reti di vendita in franchising in maniera quasi inconscia, sviluppando ed esasperando il sistema della concessione esclusiva di vendita già adottato con successo da molte aziende italiane per la distribuzione di beni e servizi⁴². In tale ambito la Luigi Buffetti S.p.a. ha svolto un ruolo pioniere. Nata nel 1852, la società iniziò la distribuzione dei propri prodotti (articoli ed attrezzature per uffici) attraverso punti vendita sia diretti che in regime di concessione. Dopo questa fase iniziale, negli anni '20 e '30, la Buffetti, trasferendo il proprio knowhow ed i propri metodi operativi in esclusiva, trasformò i negozianti che operavano sotto il nome Buffetti in veri e propri affiliati.

La nascita del franchising in Italia, però, è comunemente fatta coincidere con l'inaugurazione a Fiorenzuola d'Arda, in provincia di Piacenza, il 18 settembre 1970 del primo affiliato della Gamma d.i., azienda operante nella grande distribuzione⁴³. Quest'ultima, assorbita successivamente dalla Standa, aveva circa una cinquantina di punti vendita ed una decina di franchisee. Sotto tale aspetto, la Gamma poteva garantire ad un commerciante che disponesse di una superficie di vendita di almeno 350 mq, di una licenza di magazzino a prezzo unico e di un capitale di circa trenta milioni, diversi servizi tra cui il sopralluogo da parte di funzionari qualificati della Gamma, la progettazione e l'assistenza tecnica per l'allestimento del magazzino, le istruzioni per il personale supervisore e per quello di vendita, allestimento commerciale dell'unità di vendita, l'assistenza per il lancio di apertura e per l'inaugurazione delle singole unità. Per tali prestazioni la Gamma richiedeva al commerciante una cifra a fondo perduto ed il pagamento, a consuntivo, delle spese per l'assistenza data dal personale della società. La Gamma, inoltre, offriva la propria consulenza continuativa che si concretizzava in visite periodiche di ispettori alle vendite e nell'invio di comunicazioni commerciali⁴⁴.

Dopo l'esperienza della Gamma d.i., l'affiliazione commerciale fu oggetto di numerose iniziative. Le statistiche periodicamente elaborate dall'Associazione Italiana del Franchising dimostrano che in Italia il fenomeno, sebbene sia ancora poco consistente in termini assoluti, presenta un "trend" in continuo aumento⁴⁵. Ai fini di una valutazione della diffusione del fenomeno italiano può essere utile richiamarsi alle valutazioni del

⁴⁰ GALIMBERTI G., *op. cit.*, pag.13.

⁴¹ FOSSATI G., *op. cit.*, pag. 14.

⁴² AA. VV., *Guida pratica al franchising*, Milano, 1990, pag. 13.

⁴³ FOSSATI G., *op. cit.*, pagg. 101 - 102; AMOROSO M., BONANI G., GRASSI P., *op. cit.*, pag. 22.

⁴⁴ AMOROSO M., BONANI G., GRASSI P., *op. cit.*, pagg. 28 e ss.

⁴⁵ A tal proposito basti considerare che nel 1993 erano operanti, in Italia e/o sui mercati esteri, 336 imprese franchisor in grado di muovere un totale di 12.500 miliardi. Inoltre si consideri che i sistemi di franchising erano 47 nel 1980, 218 nel 1990, 266 nel 1991 e 336 nel 1993, mentre i franchisee erano 3.000 nel 1980 e oltre 10.000 nel 1993. Secondo i dati statistici riportati dall'annuario Assofranchising 1999, gli operatori effettivi in Italia con il sistema del franchising, sono stimabili in 500. I punti vendita in franchising, sono stati, durante il 1998, in Italia, 12.522, di cui 11.007 di franchisor italiani e 1.515 di franchisor stranieri.

CESDIT (Centro per gli studi sui sistemi distributivi ed il turismo) i cui dati dimostrano che la prevalenza dei punti vendita in franchising riguarda la distribuzione ed i servizi, mentre il settore industria è a livelli minimi. L'abbigliamento rappresenta il segmento più significativo, come anche rilevante è il commercio specializzato non-food (profumerie, gioiellerie, mercerie, negozi di articoli sportivi)⁴⁶.

Alla base del successo riscontrato da questo nuovo modello contrattuale tanto in Europa quanto in Italia, si pongono gli innumerevoli vantaggi economici ottenuti sia dall'impresa produttrice, che può attuare un decentramento delle singole attività imprenditoriali, conseguendo così la possibilità di potenziare la capacità di penetrazione del mercato, sia dal distributore, che gode del privilegio di commercializzare determinati prodotti o servizi dell'impresa estera, giovandosi dell'affidamento acquisito da quest'ultima presso i consumatori, come del suo patrimonio di cognizioni e di tecniche.

Attraverso tale nuova forma di assetto organizzativo decentrato, espressione della sempre più crescente multiformità dei rapporti economici, diviene realizzabile una più stretta e proficua collaborazione tra imprenditori operanti su diversi livelli di mercato, che si traduce nel godimento, da parte dei medesimi, dei più sostanziali benefici economici legati ad una migliore diffusione dei beni e/o servizi⁴⁷.

Ricorrendo al franchising, infatti, il produttore può realizzare una vendita con i propri segni distintivi mediante il complesso delle imprese dei franchisee, sui cui gravano tutti gli oneri relativi alla costituzione e alla gestione dell'azienda; oneri che trovano un corrispettivo nell'attribuzione al singolo franchisee della possibilità di entrare a far parte di una rete distributiva ormai collaudata, scevra da quei rischi normalmente insiti nell'avviamento di un'impresa autonoma.

1.3. Il franchising nella legislazione e nella giurisprudenza comunitaria.

A livello comunitario, la Commissione CEE e la Corte CEE hanno in più occasioni cercato di individuare le caratteristiche essenziali del contratto di franchising. La più completa definizione al riguardo è contenuta nel Regolamento CEE n. 4087/88 del 30 novembre 1988. In tale documento, la Commissione descrive il franchising come un "accordo col quale un'impresa, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un franchising allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi. Esso comprende almeno gli obblighi connessi all'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto, alla comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un know-how, alla prestazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato, di un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo"⁴⁸.

La norma appena citata è il frutto della intensa elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, chiamata a dirimere la questione attinente alla compatibilità del

⁴⁶ AA. VV., *Il franchising: realtà e prospettive*, Milano, 1985, pag. 16.

⁴⁷ BALDASSARRI A., *I contratti di distribuzione, agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* diretto da Galgano, Torino, 1995, pag. 2157 e ss.; PINI L., *Aspetti giuridici ed economici del franchising*, in *Economia e diritto del terziario*, 1994, pag. 493 e ss.

⁴⁸ Art.1, comma 3, lett b) del Regolamento CEE 4087/88.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

contratto di franchising con il principio della libera concorrenza, intesa come libertà di iniziativa economica, all'interno del mercato comunitario e come tale rientrante sotto l'egida del capo primo del titolo VI (ex titolo V) del Trattato istitutivo della Comunità Europea che, dagli artt. 81 e ss. (ex artt.85 e ss.), contiene regole precise in materia di antitrust⁴⁹.

Proprio l'art. 85 del Trattato è rivolto ad una fattispecie di cui si considerano gli effetti negativi per l'assetto concorrenziale del mercato: le cd. intese restrittive della concorrenza. La norma, in sostanza, statuisce che sono incompatibili con il mercato comune, di conseguenza vietati, tutti gli accordi e le pratiche intercorrenti tra imprese che abbiano l'effetto di impedire, restringere, falsare o altrimenti pregiudicare il gioco della libera concorrenza.

I problemi della compatibilità degli accordi di distribuzione con la normativa antitrust sono stati affrontati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in una serie di pronunce tra le quali si evidenzia quella sul cosiddetto caso "Pronuptia" del 28 gennaio 1986⁵⁰. Il caso riguardava un contratto di franchising, il primo di cui la Corte europea fu investita, riguardante la distribuzione di prodotti. La società Pronuptia di Parigi, leader mondiale nel settore degli abiti nuziali, controllava una cospicua fetta del mercato tedesco, grazie ad una fitta rete commerciale basata su una pluralità di contratti di franchising. Il mancato pagamento di royalties a favore dell'impresa Pronuptia aveva indotto quest'ultima ad adire all'autorità giudiziaria per conseguire la condanna della società affiliata la quale, una volta acclarata la sua inadempienza in primo grado, aveva proposto appello sull'assunto che i contratti di affiliazione fossero nulli perché conclusi in violazione dell'art. 85, n.l, del Trattato di Roma.

Interrogata sulla questione, la Corte concluse che, visti i vantaggi offerti dalla formula di franchising di distribuzione tanto in favore delle imprese, che sono facilitate

⁴⁹ Così l'art. 81 (ex articolo 85): Sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.

Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese; a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese; a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

⁵⁰ In merito casi analoghi si ebbero nelle decisioni *Yves Rocher* del 16 dicembre 1986, in *G.U.C.E.*, L8/1987, pag. 49 49; *Charles Jourdan* del 2 dicembre 1988, in *G.U.C.E.*, L351/1989, pag. 20. Diverso invece era l'atteggiamento in relazione ad intese sul prezzo massimo, sul punto si veda per tutti PARDOLESI R., *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano* a cura di Frignani e Pardolesi, vol. I, Bologna, 1993, pagg. 206 e ss.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

nell'inserimento in nuovi mercati dall'utilizzo di un formula commerciale già collaudata, quanto in favore dei consumatori, che vedono elevarsi i livelli qualitativi di beni e servizi offerti, questi devono considerarsi, in linea di massima, leciti.

La Corte operò, tuttavia, una distinzione, valutando legittime le clausole necessarie alla configurazione del rapporto di franchising e illegittime quelle non indispensabili a tale scopo. Si stabilì, in particolare, che una serie di restrizioni previste nel contratto Pronuptia non erano contrarie al divieto delle intese anticoncorrenziali dell'art. 85 del Trattato di Roma, in quanto dirette a raggiungere obiettivi legittimi.

Con la sentenza 28 giugno 1986, dopo aver premesso che l'art. 85 del Trattato C.E. è suscettibile di applicarsi a qualunque tipo contrattuale, i giudici comunitari hanno affermato che i contratti di franchising di distribuzione sono compatibili con l'art. 85, numero uno, che impone una valutazione delle clausole contrattuali alla luce dell'intero contesto economico in cui trovano operatività⁵¹; che le clausole a tutela del know how⁵² così come dell'assistenza garantita dal franchisor non costituiscono violazione della libertà di concorrenza; che le clausole che mirano ad assicurare il controllo indispensabile per la tutela dell'identità e dell'immagine del franchisor, quelle dirette ad impedire che i terzi giovino del patrimonio di cognizioni e di tecniche e dell'assistenza fornite al concedente, alla pari delle clausole finalizzate alla salvaguardia dell'identità e alla reputazione della rete distributiva, non costituiscono violazione della libertà di concorrenza; la comunicazione da parte del franchisor al franchisee di prezzi indicativi non costituisce restrizione della concorrenza a condizione che tra franchisor e franchisee non vi sia un preordinato accordo per l'imposizione dei prezzi.

La Corte enuclea poi, nella citata sentenza, tutta una serie di clausole che, per la loro particolarità, risultano idonee a violare il libero gioco della concorrenza tanto da poter rientrare, a pieno titolo, nelle ipotesi restrittive, quali, ad esempio, clausole che determinano una ripartizione del mercato tra concedente e concessionario o tra concessionari ovvero clausole del contratto che impediscono al concessionario di aprire un altro negozio o che obbligano il concedente a non stabilirsi nella zona affidata al concessionario; quelle che, inoltre, fissano una ripartizione di mercato tra concedente e concessionario ed infine le clausole che compromettono la libertà del concessionario di determinare i suoi prezzi.

La sentenza che ha indubbiamente condizionato tutte le successive statuizioni, sia a livello comunitario che nazionale, ha chiarito che la violazione dell' art. 85 del Trattato non dipende dalla semplice esistenza di una restrizione della concorrenza, ma unicamente da una restrizione che non persegua un obiettivo meritevole di tutela legale. Sulla scia della notevole evoluzione giurisprudenziale comunitaria, si innesta, come affermato precedentemente, il Regolamento CEE n. 4087/88. Esso ha fornito una definizione chiara e dettagliata del contratto di franchising che, proprio a causa di un generalizzato silenzio delle normative interne, ha rappresentato un valido punto di riferimento per l'interprete. Tale nozione raccoglie, infatti, i risultati dell'elaborazione sul fenomeno già raggiunti da dottrina e giurisprudenza nei vari Paesi europei.

⁵¹ Tale compatibilità dipende dunque dalle clausole che essi contengono e dal contesto economico nel quale tali contratti si inseriscono.

⁵² E' l'ipotesi del trasferimento del know-how del franchisor esclusivamente al franchisee, secondo modalità tali da impedirne l'utilizzo a soggetti concorrenti, e dell'imposizione al franchisee di comportamenti rivolti a preservare l'unità dell'immagine commerciale e la reputazione della rete distributiva del franchisor.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

Le definizioni emergono testualmente dall'art. 1, numero 3, lett.a) del Regolamento CEE⁵³. Per la Commissione, infatti, gli accordi di franchising rappresentano una delle quattro principali tipologie di sistemi di distribuzione che possono godere di un regolamento di esenzione tale da non farli ricadere nel disposto dell'art.85 del Trattato CE accanto agli accordi di distribuzione esclusiva, agli accordi di acquisto esclusivo ed agli accordi di distribuzione selettiva.

La Corte ha infatti constatato che, in linea generale, detti contratti realizzano quelle condizioni positive richieste per la concessione di un'esenzione individuale al divieto.

Seconda la definizione del Regolamento in esame, una rete di franchising è caratterizzata da tre elementi essenziali, che di seguito si evidenzieranno: in primis, l'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede; in secundis, la comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un know-how; ed, in ultimo, la prestazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato di un'assistenza in campo commerciale e tecnico.

Si tratta, in verità, di elementi essenziali ed imprescindibili del contratto di franchising laddove la mancanza anche solo di uno di essi dovrebbe far intendere all'affiliato di trovarsi di fronte ad una proposta non pienamente affidabile. Al riguardo, parte della dottrina⁵⁴, ha evidenziato come il convincimento della Commissione europea fosse quello di considerare il franchising più che un sistema distributivo, un metodo per lo sfruttamento di un patrimonio di conoscenze. Sebbene il Regolamento CEE del 1988 non abbia dettato una disciplina esaustiva del contratto, regolamentandolo in tutti i suoi aspetti, non può essere indifferente la finalità che esso ha perseguito e, cioè, quella di collocare il franchising nel sistema concorrenziale comunitario, cosicché ad oggi, nonostante le molteplici differenze e particolarità dei distinti settori d'impiego, può parlarsi di una vera e propria tipicità socio-economica⁵⁵ del franchising. A tale "tipizzazione sociale" del fenomeno non è, però, corrisposta una tipizzazione legislativa, laddove l'incidenza del Regolamento 4087/88 della Commissione CEE in materia di tipicità del contratto di franchising è stata, probabilmente, sopravvalutata.

Malgrado ciò, per tutto il tempo della propria vigenza, prima dell'abrogazione ad opera del nuovo Regolamento n. 2790/99, esso ha comunque indotto, seppur indirettamente, i singoli Stati europei a non discostarsi, in detta materia, dai suoi dettami nell'eventuale adozione leggi nazionali.

Il nuovo Regolamento⁵⁶, pubblicato il 29 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'art. 81, par. 3 del trattato CE, aveva come scopo precipuo quello di ridisegnare la categoria degli accordi verticali tra imprese, laddove con il termine "accordo verticale", come noto, si indicano accordi ed intese tra imprese che operano a diversi stadi della catena distributiva. Questi accordi presentano di norma obblighi che limitano la libertà di una o di entrambe le parti di acquistare o vendere prodotti, ad esempio tramite impegni di esclusiva o non

⁵³ Per franchising si intende un insieme di diritti di proprietà industriale e intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, knowhow o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi ad utilizzatori finali .

⁵⁴ DE NOVA G., *Nuovi contratti*, Torino, 1990, pag. 211.

⁵⁵ PERFETTI V., *La tipicità del contratto di franchising*, in *Quadrimestre*, 1991, pag. 29.

⁵⁶ In G.U.C.E., del 29 dicembre 1999, L336/21.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

concorrenza⁵⁷.

Si era da tempo sottolineata l'anzianità della politica della concorrenza in tema di accordi verticali e la necessità di procedere ad una revisione per ovviare alle carenze rilevatesi nel tempo⁵⁸.

L'impostazione del nuovo regolamento era una completa novità rispetto al passato. Innanzitutto, esso tende a regolamentare tutti gli accordi verticali relativi alla distribuzione e quindi a fornire un'uniforme disciplina in materia⁵⁹.

Esso ha lo scopo dichiarato di semplificare, quanto più possibile, la precedente normativa e di ridurre gli oneri a carico delle imprese, assicurando, al tempo stesso, un controllo più efficace sulle restrizioni verticali messe in atto dalle imprese che detengono un potere di mercato considerevole.

In tale ambito alcune disposizioni si riferiscono espressamente al franchising, per il quale valgono comunque anche le altre norme sugli accordi verticali.

Il nuovo Regolamento conteneva una "esenzione" ex lege dal divieto di cui all'art. 85 del Trattato CE per tutti gli accordi verticali e per tutte le pratiche concordate che rispettassero i requisiti dallo stesso previsti. Al fine di beneficiare delle esenzioni, le imprese venivano indotte a standardizzare i contratti, facendo specifico riferimento al regolamento che classifica le clausole nelle cd. "liste bianche", compatibili cioè con la politica della concorrenza, e "liste nere", non compatibili e, quindi, anticoncorrenziali.

Veniva così superato il precedente sistema, per il quale era sufficiente la presenza nell'accordo di una clausola restrittiva non esentata per far perdere efficacia a tutto l'accordo⁶⁰.

L'adozione del Regolamento n. 2790/99 ha costituito, in particolare, il punto di svolta verso una semplificazione del diritto della concorrenza e verso una valutazione, da un punto di vista più rigorosamente economico, degli accordi verticali, come il franchising, dove l'atteggiamento di un imprenditore condiziona il comportamento di altri ad esso sottoposti.

⁵⁷ RINALDI R., *Il nuovo regolamento della Commissione Europea sugli accordi verticali*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, pag. 479, dove si evince che Il regolamento in questione è il frutto di un'approfondita rivisitazione della politica della concorrenza della Commissione nell'ambito dei contratti di distribuzione iniziata, nel gennaio del 1997, con la pubblicazione di un "Libro Verde" e con la relativa presentazione agli operatori interessati di alcune possibili evoluzioni del regime degli accordi di distribuzione verticali.

⁵⁸ In merito, la Commissione aveva affermato che " per porre rimedio a tali carenze e tutelare più efficacemente la concorrenza, obiettivo primario della politica della concorrenza in questo settore, è necessaria un'impostazione nella quale prevalgano maggiormente le considerazioni di carattere economico e l'analisi degli effetti che le esenzioni di categoria hanno sul mercato; gli accordi verticali andrebbero analizzati nel loro contesto di mercato. Il controllo degli accordi verticali acquista importanza solo quando la concorrenza tra marche è debole e si rileva una posizione di potere sul mercato. Sarebbe così possibile imporre requisiti formali meno rigorosi, facendo sì che un numero minore di accordi sia coperto dall'art. 85, par. 1 e che si sottopongano a più attento controllo gli accordi tra imprese che detengano un rilevante potere di mercato. La tutela della concorrenza favorisce i consumatori ed incoraggia una più stretta integrazione dei mercati". Cfr. *Libro Verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria*, COM (96) 721 def., adottato dalla Commissione il 22 gennaio 1997, pag. 3.

⁵⁹ Resta tuttavia ancora escluso il settore relativo alla distribuzione dei veicoli a motore per il quale continua ad essere in vigore il regolamento n. 1475/1995.

⁶⁰ A tal fine il Regolamento 2790/99 fornisce un elenco di clausole che non devono espressamente rientrare nell'accordo (liste nere), mentre l'art.5 dello stesso indica le clausole che vengono considerate nulle, ma che non inficiano la validità dell'accordo.

PARTE SECONDA

L' ATICIPITÀ CONTRATTUALE DEL FRANCHISING

SOMMARIO: 2.1. Profili generali dell'atipicità contrattuale: cenni sull'atipicità del franchising prima della legge n. 129 del 2004 - 2.2. La qualificazione giuridica del franchising dal punto di vista della dottrina e della giurisprudenza. - 2.3. Le figure affini al franchising: la vendita con esclusiva e la concessione di vendita.

2.1. Profili generali dell'atipicità contrattuale: cenni sull'atipicità del franchising prima della legge n. 129 del 2004.

Tra le fonti delle obbligazioni, il codice civile italiano, a norma dell'art. 1321, indica il contratto come "l'accordo di due o più parti per costituire, regolare od estinguere un rapporto giuridico patrimoniale". Il contratto è, dunque, un patto diretto a far nascere un rapporto o per regolarlo, nel caso che esso già esista o per estinguerlo. Suo connotato indefettibile è la patrimonialità. Dei contratti esiste una vastissima letteratura nonché un'ampia classificazione. In quest'ultima, assume rilevanza quella che distingue i contratti, da *genus ad speciem*, in tipici o nominati ed atipici o innominati⁶¹. Ambedue le categorie si qualificano per essere figlie di un principio comune costituito dall'accordo tra le parti, ma che si differenziano sul piano formale, atteso che, mentre la categoria dei contratti tipici, anche per motivi legati alla tradizione storica, costituisce un "numerus clausus", quella dei contratti atipici offerta, di volta in volta, dalla prassi contrattuale e legata all'evoluzione dei rapporti sociali, è stata recepita dal legislatore il quale ha riconosciuto ad essi, nelle singole fattispecie, la capacità e l'idoneità di "realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico", come sancito dall'art. 1322 c.c.

Il legislatore, infatti, pur non offrendo formali classificazioni dei contratti atipici, ne riconosce esplicitamente l'esistenza e, quindi, attribuisce ad essi "diritto di cittadinanza" nel nostro ordinamento giuridico considerato che «ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo» (art. 1323 c.c.).

Ora, se è vero che il Legislatore opera questo rinvio, di converso, non ci offre alcun conforto, nell'ambito del sistema, circa la regolamentazione da seguire per i contratti atipici ed è, appunto, questo il problema cardine che si pone per tale peculiare categoria. Tuttavia, il generico rinvio alle norme generali, non pare sia sufficiente ai fini di una completa regolamentazione dei contratti di cui si tratta. Nella pratica, infatti, si possono presentare ipotesi di necessaria integrazione della volontà delle parti, nel caso in cui

⁶¹ Generalmente nel linguaggio giuridico le due espressioni innominato e atipico sono usate indifferentemente, in realtà possono assumere autonomo e peculiare significato quando il legislatore "ancor prima di prevedere una organica e specifica disciplina legislativa di quel determinato contratto (prima quindi che divenga tipico)... lo nomina soltanto o lo definisce nei suoi caratteri essenziali, quasi a voler significare un generico riconoscimento della sua liceità. In tal caso, allora, il contratto potrà dirsi nominato ma ancora atipico; CLARIZIA R., voce *Contratti innominati*, in *Enc.a giur. Treccani*, IX, p. 1; FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 229 e ss.; BAUSILIO G., *Contratti atipici*, Padova, 2002, pagg. 1 e ss.

queste non facciano riferimento ad un regolamento contrattuale specifico, cosicché l'integrazione stessa potrebbe restare lettera morta per mancanza degli strumenti giuridici idonei "ad hoc". È pur vero che, in sede contenziosa, potrebbe provvedervi il giudice, se fosse ben orientato in tal senso, ma, visto che la legge offre regole ben precise ai soli fini interpretativi, e soltanto per consentire una razionale lettura della volontà delle parti, in funzione delle espressioni utilizzate, potrebbe ritenersi che nemmeno il ricorso ad una pronuncia giudiziaria sortirebbe gli effetti desiderati.

Taluni hanno prospettato la possibilità di utilizzare, come in una sorta "puzzle", le parti di più contratti che, di volta in volta, sono individuati come i più prossimi a quello che si va realizzando. Tali parti, ovviamente, dovranno avere la capacità di integrarsi le une con le altre⁶².

In via preliminare, l'inclusione dei contratti nell'una o nell'altra categoria non deve costituire motivo d'eccessiva differenziazione tra gli stessi.

È da considerare, infatti, che nella maggior parte dei contratti atipici, geneticamente già esistono frammenti di altri contratti disciplinati dal legislatore, perciò l'indagine circa la loro reale qualificazione e della conseguente disciplina da utilizzare, si riduce a problemi di semplice analogia anche se questo strumento, anche per i contratti tipici, non sempre è utilizzabile.

Allo stato attuale della nostra legislazione non si può in assenza di uno specifico regolamento contrattuale delle singole fattispecie atipiche, non fare riferimento ad altre figure che presentino una chiara e delineata disciplina normativa.

Secondo, infatti, la Suprema Corte di Cassazione «ai contratti non espressamente disciplinati dal codice civile (contratti atipici o innominati) possono legittimamente applicarsi, oltre alle norme generali in materia di contratti, anche le norme regolatrici dei contratti nominati, quante volte il concreto atteggiarsi del rapporto, quale risultante dagli interessi coinvolti, faccia emergere situazioni analoghe a quelle disciplinate dalla seconda serie di norme»⁶³.

Mentre i contratti tipici sono quelli già disciplinati dal legislatore, gli altri, vale a dire quelli atipici od innominati, sono quelli che, pur non contemplati dal legislatore "sono diretti a soddisfare esigenze sociali degne di protezione"⁶⁴.

In sostanza, la tipicità e l'atipicità sono qualificazioni legate al fatto che alcuni contratti sono previsti dal nostro ordinamento positivo e dalla legge regolati; gli altri, invece, mancano di un'apposita disciplina. Quelli tipici, sono dotati di una causa tipica, i secondi hanno anch'essi una causa, ma questa è atipica, intendendosi per causa lo scopo economico-sociale verso il quale essi sono diretti.

Parte della dottrina ha, infatti, ritenuto che "la causa è atipica perché nuova e diversa rispetto a ciascuna di quelle che sono proprie dei contratti nominati"⁶⁵.

I contratti atipici, tradizionalmente in un ristretto numero, sono aumentati a causa delle accresciute esigenze sociali. Essi, infatti, non costituiscono più un "numerus clausus" visto pure che v'è stata, come vi è, una moltitudine di rapporti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico e ciò fa intendere che la tradizionale tipologia contrattuale non

⁶² BAUSILIO G., *op. cit.*, pag. 2.

⁶³ Cass., 23 febbraio 2000, n. 2069, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, n. 462.

⁶⁴ TORRENTE A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1955, pag. 164.

⁶⁵ MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954, pag. 590.

fosse più sufficiente per regolare rapporti nuovi anche sotto il profilo del concetto di causa.

La dottrina⁶⁶ più accreditata classifica i contratti innominati in tre categorie a seconda che: a) presentino affinità con uno solo e specifico contratto nominato; b) siano la risultante di più elementi propri di altri contratti nominati e per tale fenomeno essi possono definirsi contratti misti; c) non abbiano alcun elemento in comune con i contratti tipici.

Ai fini poi delle specifiche discipline da adottare, in dottrina si è cercato di utilizzare per il gruppo sub a) l'istituto dell'analogia con riferimento al contratto tipico più prossimo⁶⁷.

Per il secondo gruppo, secondo alcuni, sarebbe opportuno applicare il principio dell'assorbimento, per altri, invece, il metodo della combinazione ed infine, quello della prevalenza. La maggior parte della dottrina ritiene che tali contratti «trovino la loro disciplina in norme elaborate dalle stesse parti ma non si esclude che la disciplina di essi divenga materia di usi giuridici»⁶⁸. Nulla vieta di considerare che qualsiasi del diritto si evolva, fornendo agli operatori mezzi e strumenti che regolino rapporti che, in precedenza, erano sconosciuti. Non si deve, infatti, ritenere che i contratti siano da considerarsi in numero limitato perché, se così fosse, dovremmo ritenere cristallizzato il traffico giuridico alla normativa portata dal codice civile del 1942 nella sua prima formulazione, a sua volta erede dei codici precedenti in vigore negli Stati preunitari e, principalmente, di quell'Albertino e negare che il diritto, come qualunque umana manifestazione, sia in un continuo divenire in fasi evolutive che si succedono.

E' appunto in quest'ottica, che si vanno scoprendo nuove attività sociali, commerciali abbisognevole di opportune discipline anche se dal legislatore non ancora approntate⁶⁹. Sotto quest'ultimo profilo, anche il contratto di franchising, come altri sistemi di scambio in uso nel commercio internazionale importati dall'estero, è stato per lungo tempo un contratto atipico non espressamente regolamento dal codice civile italiano, ricondotto per lo più al generico contratto di affiliazione e a quello di concessione di vendita privilegiata con esclusiva.

Così, nonostante la notevole diffusione dell'istituto nel continente europeo dagli anni '70 in poi, il processo di tipizzazione "sociale" realizzato dagli operatori economici e l'importanza sempre crescente nel panorama distributivo italiano, nel nostro ordinamento giuridico non è esistita per molto tempo alcuna normativa che specificatamente disciplinasse tale "fenomeno".

Il franchising ha per questo rappresentato una delle fattispecie contrattuali atipiche o innominate più diffuse degli ultimi tempi e ha trovato la sua legittimazione nel principio di autonomia negoziale privata, garantita dal art. 1322 c.c., e, a norma dell'art. 41 Cost., in quello che riconosce la libertà di iniziativa economica privata⁷⁰.

⁶⁶ MESSINEO F., *op. cit.*, pag. 591.

⁶⁷ BAUSILIO G., *op. cit.*, pag. 4.

⁶⁸ MESSINEO F., *op. cit.*, pag. 595.

⁶⁹ BAUSILIO G., *op. cit.*, pag. 5.

⁷⁰ Cfr. Cass., 20 giugno 2000, n. 8376, in *Giust. civ.*, 2001, I, pag. 1327, la cui massima così recita: "Il contratto di franchising o di affiliazione commerciale tra due società costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall'art. 1322 c.c. e ancor prima dall'art. 41 cost., il quale consente e tutela l'aggregazione e l'affiliazione e comunque la collaborazione di imprese. Ne deriva che detto contratto attiene a materia disponibile in quanto espressione della libertà di scelta nello svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale, con la conseguenza che le controversie nascenti

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

Affiliante ed affiliato potevano determinare il contenuto dei reciproci rapporti commerciali in assoluta libertà proprio in virtù dell'art. 1322 c.c. purché venissero rispettate tre condizioni fondamentali:

- a) che venissero osservate le norme che l'ordinamento considera imperative e inderogabili;
- b) che il contratto tendesse alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ed in pratica avesse una causa lecita, non contraria cioè a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume⁷¹;
- c) che in relazione agli effetti ed agli elementi essenziali, l'accordo atipico fosse conforme ai principi generali dell'ordinamento.

Al franchising, regolato dall'autonomia privata e dalla prassi, si applicavano, pertanto, sia le disposizioni del codice civile sulle obbligazioni e sul contratto in generale, sia gli articoli codicistici o delle leggi speciali relativi a determinate figure contrattuali tipiche che fossero di volta in volta applicabili al caso concreto.

La possibilità di utilizzare per una sola figura giuridica tante norme diverse metteva in luce la sua possibile qualificazione come fattispecie contrattuale dotata di una propria causa che, anche se non legalmente, fosse però "socialmente" tipica e che, dati i suoi caratteri distintivi, specifici ed originari, la facesse assurgere a figura negoziale nuova ed autonoma.

Quanto alla meritevolezza degli interessi perseguiti ex art. 1322, secondo comma, c.c., la cui realizzazione rappresenta la condizione che consente alle parti di "concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare", il contratto di franchising può senz'altro ritenersi conforme, in quanto esso stesso è meritevole di tutela, consentendo, infatti, una notevole diminuzione dei costi di distribuzione e produzione dei servizi e permettendo, inoltre, anche ai piccoli produttori di operare in vasti mercati, ha la funzione di stimolare efficacemente la concorrenza, quale bene di rango costituzionale⁷².

Alla stregua di quanto premesso il franchising è stato da sempre considerato nel nostro ordinamento come un contratto atipico e innominato il cui fondamento giuridico si riconduce al principio di autonomia privata di cui all'art. 1322 e ciò ha indotto, per almeno due decenni, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza a ricercare una valida qualificazione giuridica del contratto "de quo", nell'attesa di una legge speciale che ne definisse la natura e le caratteristiche.

dal contratto medesimo, compresa quella relativa alla facoltà di recesso della società affiliata prima del termine finale previsto dal contratto, sono compromettibili in arbitrato rituale".

⁷¹ Cfr. BIANCA C. M., *Il contratto*, III, Milano, 1987, pag. 53 e ss., dove si afferma che la causa di un contratto, infatti, oltre a fungere da strumento per controllare la liceità dello stesso, assolve anche all'importante funzione di permettere la qualificazione giuridica del contratto stesso. Infatti una volta che sia enucleata la causa del contratto questa deve essere confrontata con quelle in astratto proprie dei singoli tipi legali per verificare se essa sia sussumibile entro alcuna di queste. Qualora il giudizio di compatibilità dia esito positivo il contratto può dirsi tipico, con la conseguenza che sarà ad esso applicabile per intero la disciplina propria del tipo contrattuale entro il quale si inquadra. Nel caso invece in cui la causa del singolo contratto non sia sussumibile entro alcun tipo legale, il relativo contratto andrà qualificato come atipico.

⁷² Cfr. l'art. 41 della Costituzione, secondo cui "l'iniziativa economica è libera". Pertanto qualora una rete in franchising diventi uno strumento per restringere abusivamente la concorrenza, i relativi contratti risulteranno avere una causa illecita in quanto direttamente in contrasto con la legge antitrust. (artt. 1343, 1418 cod. civ. e legge n. 287/90).

2.2. La qualificazione giuridica del franchising dal punto di vista della dottrina e della giurisprudenza.

Il franchising si colloca nella strategia di impresa definita "crescita a rete"⁷³, attuata attraverso la stipulazione di contratti di collaborazione a contenuto flessibile ed adattabili a mercati complessi ed eterogenei⁷⁴: la natura associativa del contratto emerge, infatti, dalla trasmissione al franchisee della facoltà giuridica di usare determinati beni immateriali e di tenere comportamenti tali da presentarsi ai consumatori come parte integrante del sistema sviluppato dal franchisor⁷⁵.

In secondo luogo, deve essere rilevata la peculiare funzione del marchio all'interno del contratto di franchising⁷⁶, soprattutto alla luce delle modalità attraverso cui i consumatori formulano la scelta di acquistare. Sempre più spesso, infatti, i prodotti non sono solo oggetti di consumo, ma mezzi di comunicazione simbolica⁷⁷. Nel momento in cui il valore simbolico prevale sul suo valore di consumo, il ruolo del produttore dell'oggetto materiale su cui il marchio è apposto diviene irrilevante agli occhi del pubblico influenzato dallo "stile di consumo" che le campagne pubblicitarie associano ai marchi promossi. In tal senso è paradigmatica la categoria dei "marchi celebri" aventi "la tendenza all'acquisizione

⁷³ Cfr. VACCA S., *L'economia delle relazioni tra imprese: dall'espansione dimensionale allo sviluppo per reti esterne*, in *Economia e Politica Industriale*, 1986, pag. 150.

⁷⁴ Tale categoria assume una valenza tale da influenzare il processo evolutivo dell'attività di impresa ed in particolare dell'assetto organizzativo che tende sempre maggiormente verso forme di aggregazione imprenditoriale. Osserva FRIGNANI A., *op. cit.*, pag. 5: "Oggi le aziende sono spinte da molteplici motivi a rompere la loro naturale individualità per realizzare processi più o meno profondi di integrazione. Prendono forma quindi molteplici rapporti associativi che con termine generico vengono anche chiamati "aggregazioni aziendali". Fra le diverse espressioni di tale fenomeno, rivestono particolare importanza le aggregazioni aziendali a base contrattuale, le quali trovano il proprio comune denominatore nella creazione di "una struttura complessa di relazioni cooperative e complementari tra molteplici soggetti e sistemi caratterizzati da autonomia strategica e decisionale".

⁷⁵ Il successo dell'intera operazione commerciale deriva dunque da una sinergia: l'affiliato acquista la posizione di privilegio di chi sfrutta un marchio accreditato presso il pubblico unitamente ad una formula commerciale di successo, l'affiliante ha la possibilità di penetrare nuovi mercati senza rischiare capitali propri ed attraverso elevati livelli di efficienza allocativa. La creazione di un "sistema" rappresenta così il punto di forza e l'elemento qualificante dell'intera operazione. Si arriva infatti ad enucleare la figura di "contratti di distribuzione aggregata", caratterizzati dalla presenza contestuale di un elemento aggregativo oltre che integrativo: numerosi elementi, quali una organizzazione comune, delle regole omogenee, la partecipazione degli affiliati alla determinazione di strategie produttive e commerciali, affiancano imprenditori giuridicamente indipendenti nel perseguimento di un obiettivo comune.

⁷⁶ La peculiare funzione dei segni distintivi all'interno del contratto di *franchising* appare del resto coerente alla *ratio* ispiratrice della riforma della legge marchi contenuta nel decreto legislativo n. 480 del 4 dicembre 1992, il quale all'art. 15 riconosce espressamente la possibilità che il marchio possa essere concesso in licenza, anche non esclusiva, per la totalità o per parte dei servizi per i quali è stato registrato. La nuova configurazione del marchio non mira alla creazione di un legame inscindibile con l'impresa titolare del diritto di esclusiva ed anzi impedisce allo stesso segno distintivo di indicare la provenienza di prodotti e servizi. Perde importanza l'identità dell'imprenditore che attende alla materiale esecuzione dei prodotti ed, anche per ragioni di tutela dei consumatori, assume rilievo il ruolo dell'imprenditore garante della corrispondenza qualitativa fra prodotti e servizi offerti dai licenziatari ed i prodotti e servizi messi in commercio dal titolare del segno distintivo

⁷⁷ ZUDDAS G., *op. cit.*, pag. 23.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

di un forte valore simbolico⁷⁸: da segno puro e semplice di identificazione, il marchio diviene così il simbolo di qualcosa che esso è capace di esprimere e trasmettere ai prodotti sui quali è apposto, assimilandoli ad un denominatore comune che sul mercato assume il significato minimo di collegamento alle fonti produttive.

Un messaggio di contenuto diverso, ma di natura simile può essere rinvenuto all'interno di una operazione di franchising. Il franchisor, generalmente titolare di un nome celebre concede in licenza ai franchisee i suoi marchi, la sua insegna e, sostanzialmente, la sua immagine. Così, di fronte ad una serie di imprese caratterizzate da un'immagine uniforme, il pubblico dei consumatori fa esclusivo affidamento sul marchio, garanzia qualitativa dei prodotti commercializzati o dei servizi prestati, e potrà manifestare la propria preferenza per lo stile e la qualità espresse dal marchio che contraddistingue quel particolare sistema di punti vendita⁷⁹.

⁷⁸ Tali marchi, caratterizzati dallo sfruttamento in diversi settori merceologici per contraddistinguere prodotti eterogenei, tendono ad ingenerare aspettative nei consumatori i quali, consci dell'elevato livello qualitativo ad essi associato, si indirizzeranno verso i prodotti da essi contraddistinti. Cfr. sul punto Trib. Verona, 5 gennaio 1995, in *Giur. dir. ind.*, 1995, pag. 548. Cfr. inoltre Trib. Milano, 15 dicembre 1994, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, pag. 71; Trib. Palermo, 30 settembre 1994, in *Giur. dir. ind.*, 1995, pag. 574; App. Milano, 14 ottobre 1994, in *Riv. dir. ind.*, 1995, II, pag. 289; Trib. Milano, 12 novembre 1992, in *Giur. dir. ind.*, 1993, pag. 248; Trib. Milano, 18 febbraio 1993, in *Giur. dir. ind.*, 1993, pag. 429; Trib. Milano, 10 dicembre 1992, in *Giur. dir. ind.*, 1994, pag. 228.

⁷⁹ Tale capacità persuasiva è stata riconosciuta al marchio celebre dalla giurisprudenza, la quale ha correttamente considerato che detto marchio, accanto alla funzione distintiva, consente al pubblico di individuare un prodotto di qualità soddisfacente, ingenerando la tendenza ad acquistare altri prodotti provenienti dalla stessa fonte ed aventi lo stesso marchio, nel ragionevole convincimento che anche questi saranno della stessa qualità, Trib. Milano, 13 settembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, n. 168. In linea con tale decisione App. Firenze, 9 settembre 1994, in *Giur. dir. ind.*, 1995, pag. 548, in cui la Corte afferma che i "marchi celebri, di alta rinomanza o notori _ in quanto tali meritevoli di tutela in un ambito merceologico determinato in base ad una più liberale nozione di "affinità" _ sono quelli da tempo presenti sul mercato, associati a prodotti di consistente diffusione e largo apprezzamento, oggetto di intesa e penetrante pubblicità, assolvono, oltre che la funzione, propria di ogni marchio, di consentire il collegamento di un determinato prodotto alla sua fonte produttiva, anche quella di permettere ai consumatori di individuare un prodotto di peculiare affidabilità per l'affidamento ed il credito ingenerati dalla notorietà e da generale apprezzamento della fonte produttiva attraverso di essi identificata". Nell'intento di evidenziare l'importanza dell'immagine del *franchisor* presso i consumatori, un'autorevole dottrina ha osservato come il "contratto di *franchising* potrebbe essere svincolato dall'esistenza di un'impresa concedente quando fosse posto in essere da una persona celebre che concedesse il proprio nome", SANTINI, *Il commercio*, Bologna, 1979, pag. 149.

In proposito, deve essere considerata una sentenza della Pret. Milano, 21 luglio 1992, in *I Contratti*, 1993, pag. 173 ss., commento di G. DE NOVA, pag. 175, in cui viene riconosciuto come il "terzo che contratti con il *franchisee* possa agire nei confronti del *franchisor* in base al principio di apparenza". La fattispecie in esame, un *franchising* di servizi nel campo dell'intermediazione immobiliare, sembra essere riconducibile all'ipotesi prospettata: le circostanze in cui il cliente si era trovato a contrattare _ fra cui il marchio, l'insegna e la modulistica del *franchisor* _ avevano ingenerato nello stesso la legittima convinzione di trattare con il *franchisor* stesso, proprio in ragione della sua notorietà nel settore immobiliare, nonché della presumibile serietà e capacità economica. La decisione del Pretore, riconoscendo la legittimazione passiva del *franchisor*, considera meritevole di tutela l'affidamento del cliente in base al principio della apparenza giuridica, fondata sulle circostanze obiettive ed univoche costituite dalla creazione di una rete di imprese affiliate attraverso la stipulazione di un contratto di *franchising*. In modo simile, il Tribunale di Crema, dopo aver riconosciuto in un contratto di concessione di vendita del settore automobilistico un rapporto contrattuale riconducibile alla figura del *franchising*, ha ritenuto che, "a fronte dell'indiscutibile autonomia del concedente rispetto al concessionario, deve farsi riguardo alla immagine che nella fattispecie concreta la società

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

In sintesi la creazione di una rete di franchising è in grado di offrire agli operatori del mercato i vantaggi della struttura associativa e dello sfruttamento di un'immagine accreditata presso i consumatori. Primaria esigenza del franchisor è quella di tutelare il proprio marchio dal mancato adeguamento dei franchisee agli standard qualitativi e di immagine imposti contrattualmente⁸⁰: l'obiettivo è di ingenerare nei consumatori un'associazione immediata fra il marchio ed elevata qualità, associazione da cui dipende il successo dell'intera operazione di franchising. È, infatti, altrettanto possibile che eventuali disservizi dipendenti dal comportamento di singoli franchisee si ripercuotano sull'intera rete nel momento in cui gli utenti formulino una valutazione critica sull'intero sistema associato ad un determinato marchio. I franchisor, infatti, si possono trovare a fronteggiare il rischio di riflessi negativi derivanti dal c.d. "comportamento corsaro" (free riding) dei franchisee⁸¹.

Un noto esempio è rappresentato da un fast-food, parte di una famosa catena di franchising, che sfrutti la notorietà dell'immagine comune, operando tuttavia al di sotto dei livelli qualitativi propri dell'intera catena. I potenziali clienti, a fronte delle precedenti esperienze positive associate a quel particolare marchio, si indirizzeranno a tale fast-food con l'aspettativa di incontrare gli standard di cui il franchisor si rende garante, restandone tuttavia delusi: il "free rider" manterrà elevati livelli di clientela grazie alla notorietà del marchio, ma provocherà un effetto negativo sull'intera rete, sviandone la clientela.

A fronte di tale condotta, i consumatori reagiranno razionalmente riducendo la domanda complessiva di prodotti o servizi e implicitamente sanzionando l'assenza di controllo.

Il franchisor, allo scopo di prevenire eventuali "comportamenti corsari", deve dunque garantirsi il potere di imporre una sanzione agli imprenditori che gestiscano i propri punti vendita al di sotto degli "standards" qualitativi ed operativi imposti.

Tali esemplificazioni fanno emergere un dato ineluttabile e, cioè che la diffusione del sistema di franchising è avvenuta come mera prassi commerciale, in assenza di specifica regolamentazione.

Le relazioni tra franchisor e franchisee erano, infatti, stabilite mediante contratti redatti da ciascun franchisor secondo propri interessi e presentati tali e quali ai futuri franchisee senza che questi ne potessero discutere i contenuti. Il contratto veniva usualmente

concedente ed i singoli concessionari danno di sé sul mercato, creando nei consumatori l'affidamento che trattasi di un unico soggetto che opera sul territorio attraverso vari rivenditori; quando tale affidamento risulta incolpevole, la sua ingiustificata lesione potrà ricevere tutela aquiliana", Trib. Crema, 23 novembre 1994, in *Contratti*, 1996, pag. 52, con nota di BERTI, *Franchising e concessione di vendita: diritti dei terzi*; la sentenza appare inoltre in *Resp. comunicazione di impresa*, 1996, pag. 104.

⁸⁰ Ciò appare in modo univoco da una sentenza del Tribunale di Milano riguardante una controversia sull'uso del marchio e del *know-how* in una catena di palestre in *franchising*: il franchisor, lamentando una serie di inadempimenti del franchisee, tra cui la mancata vendita dei prodotti dell'affiliante tramite un apposito spazio vetrina ed il mancato uso da parte del personale delle uniformi fornite in precedenza, chiedeva il risarcimento del danno subito dalla propria immagine a causa del non adeguamento dell'impresa affiliata ai parametri contrattualmente definiti. Tuttavia, relativamente alle violazioni delle clausole contrattuali indicanti lo standard di immagine proprio della catena di palestre oggetto della sentenza, il Tribunale di Milano ha riconosciuto il diritto dell'affiliante a risolvere il contratto in base alle specifiche clausole contrattuali, ma, in tema di danno all'immagine, ha sostenuto che "non vi è alcuna prova che l'attrice abbia subito un tale tipo di danno per effetto del mancato utilizzo da parte dei dipendenti della convenuta delle uniformi", Trib. Milano, 23 novembre 1994, in *Giur. it.*, 1996, I, pag. 381, con nota di N. CIPRIANI, *Sul danno all'immagine del franchisor*.

⁸¹ ZUDDAS G., *op. cit.*, pag. 25.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

stipulato attraverso un formulario predisposto dall'affiliante e lo spazio per la trattativa individuale era piuttosto ristretto, addirittura nullo.

Ciò veniva giustificato dal maggior potere contrattuale del franchisor e, soprattutto, dal suo prevalente interesse, poiché trovandosi a capo di una rete notevolmente sviluppata, doveva necessariamente regolamentare i rapporti con gli affiliati su base tendenzialmente uniforme. Proprio per l'ampio ricorso ai formulari, in linea di massima piuttosto rigidi, la fase precontrattuale si incentrava quasi totalmente sulla decisione o meno del potenziale franchisee di aderire o no alla proposta. Questi, infatti, era spesso una "matricola" del settore privo di esperienza specifica, se non addirittura di esperienza commerciale in generale e, quindi, maggiormente bisognoso di informazioni da parte del franchisor, sia sulla natura che sulle modalità di svolgimento dell'attività in franchising, sia, soprattutto, sulle sue prospettive di redditività in relazione all'investimento richiesto.

Come affermato in precedenza, nel nostro ordinamento, mancando fino a qualche tempo fa norme "ad hoc" per la disciplina della quantità e qualità delle informazioni da fornire al franchisee e degli effetti della mancata trasmissione o della trasmissione di notizie false, il trattamento giuridico delle "rappresentazioni" del franchisor doveva essere rinvenuto nelle regole generali del diritto civile in tema di stipulazione, interpretazione ed esecuzione del contratto secondo buona fede (artt. 1337 e ss., 1366, 1375 c. c.) oltre che nella disciplina dei vizi del volere ed in particolare del dolo.

Un ruolo non secondario era, poi, quello svolto, dal disposto generale dell'art. 1323 c.c., cosicché le principali "fasi" del rapporto contrattuale (conclusione, requisiti di validità, efficacia, interpretazione, risoluzione e così via), venivano quindi regolate da norme che, seppur non espressamente indicate, erano comunque rintracciabili in relazione al caso concreto.

Poiché il legislatore nazionale ha serbato in materia di franchising, fino al 2004, il più rigoroso silenzio, la dottrina fin dal primo apparire di tale forma contrattuale in Italia ha intrapreso una serie di tentativi per dare una definizione chiara ed esaustiva di quella che propriamente si configura come una "strategia" distributiva, di decentramento produttivo ed intermediazione commerciale.

Tali tentativi, dai diversi esiti, hanno, però, incontrato notevoli difficoltà, derivanti, soprattutto, dall'estrema elasticità dello schema contrattuale del franchising, dal momento che esso, si presentava in una pluralità di forme differenziate, idoneo nella pratica ad essere adottato alle più diverse esigenze dei sistemi distributivi.

Tuttavia sono stati enucleati, col tempo, tutta una serie di caratteri specifici che il franchising riveste⁸². Esso è, innanzitutto, un contratto bilaterale, nel quale si fronteggiano due diversi centri di interesse. La sua natura è intimamente connessa alla struttura d'impresa, poiché si instaura tra imprenditori giuridicamente ed economicamente indipendenti, che consensualmente si obbligano a prestazioni corrispettive e onerose di diversa natura, quali l'assistenza, la consegna ovvero la conclusione di ulteriori contratti traslativi.

L'ulteriore caratteristica del franchising sta nella sua durata, configurandosi per tale motivo come un contratto ad esecuzione continuata, poiché le parti sono tenute all'adempimento delle rispettive obbligazioni per tutto il periodo di efficacia dell'accordo. Si tratta indubbiamente, di un contratto "intuitus personae", nel quale le capacità

⁸² Al riguardo cfr. ZANELLI E., voce *Franchising*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, 1982, pagg. 886 e ss.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

dell'affiliato assumono particolare rilevanza e condizionano l'efficacia dell' iniziativa.

Almeno in Italia, lo studio e l'analisi del franchising è sorto sulla falsariga della concessione di vendita, già maggiormente diffusa nella pratica della distribuzione, arricchendosi però, rispetto ad essa, di elementi diversi e ulteriori. Proprio perché "prodotto" della prassi, soggetto a cambiamenti ed adattamenti nella sua circolazione da Paese a Paese, nonché in occasione di ciascun impiego nei vari settori economici ed a seconda delle varie esigenze delle parti, il franchising è apparso subito come una figura dai contorni sfumati ed incerti e ciò ha reso estremamente difficile, se non addirittura impossibile a priori, fornirne una definizione chiara e rigorosa.

Proprio per questa ragione le determinazioni fornite dalla dottrina, sia aziendalistica che giuridica, sono apparse piuttosto come mere "descrizioni" del fenomeno⁸³ osservato nella prassi.

Esse hanno contribuito ad individuarne gli elementi più ricorrenti e nel loro insieme hanno costituito un "modello base" sul franchising, dando così luogo al fenomeno della "tipizzazione sociale", espressione che sottintende il ripetuto utilizzo da parte degli operatori del settore di schemi negoziali e clausole stabilmente ricorrenti idonee ad individuare una struttura contrattuale consolidata.

Inoltre, le pronunce giurisprudenziali relative al franchising dal momento della sua diffusione in Italia sono state piuttosto scarse, con la inevitabile conseguenza della esiguità della stessa elaborazione giurisprudenziale relativamente alla definizione ed all'individuazione dei contenuti del contratto. Tale carenza è dipesa soprattutto dalla mancanza di un consistente "corpus" casistico, al quale i giuristi, di volta in volta chiamati a pronunciarsi, potessero attingere.

L'esame della casistica ha evidenziato, comunque, l'esistenza di una certa evoluzione dei tentativi giurisprudenziali di definizione e inquadramento del franchising parallela a quella della dottrina.

Le prime decisioni pongono l'accento soprattutto sulla concessione del diritto all'uso di segni distintivi derivante dalla attribuzione in licenza ad una pluralità di imprese ed

⁸³ Molteplici le definizioni proposte: "Il franchising è un sistema di collaborazione tra un produttore (o rivenditore) di beni o fornitore di servizi (franchisor) ed un distributore (franchisee), giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno dall'altro, ma vincolati da un contratto, in virtù del quale il primo concede al secondo, il diritto di entrare a far parte della propria catena di distribuzione e di sfruttare, a determinate condizioni e dietro il pagamento di una somma di denaro, brevetti, marchi, denominazione commerciale, insegna e/o una formula o un segno commerciale a lui appartenente. Cfr. FRIGNANI A., *op. cit.*, pag. 10; il contratto di franchising è un contratto d'impresa, normalmente in serie e di adesione, mediante il quale una parte (impresa principale o concedente: franchisor) concede all'altra (impresa "satellite" o concessionaria: franchisee) di esercitare a determinate condizioni e sotto il controllo della concedente, un'attività normalmente di produzione e prestazione di servizi, avvalendosi nel reciproco interesse di mezzi comuni, contro prestazione corrispettiva da parte della concessionaria di un prezzo o compenso, normalmente composto da una parte fissa (diritto di entrata) e da una parte variabile proporzionale al giro d'affari realizzato dalla concessionaria (canoni). Il franchising è quel contratto concluso tra due imprenditori per mezzo del quale una parte (affiliante) trasmette all'altra (affiliato) la possibilità di distribuire o di produrre un bene o un servizio ideati dal franchisor usufruendo delle licenze (di insegna, di know how, di brevetto o di marchi) fornite da quest'ultimo, che svolgono la funzione di far sì che i consumatori identifichino l'impresa del franchisee (o il bene da lui prodotto) con quella del franchisor (o con i suoi prodotti). Cfr. BUSSANI M. E CENDON P., *op. cit.*, p. 456.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

identificano il tratto caratteristico del franchising nell'amplificazione della notorietà e diffusione di questi⁸⁴.

Alcune successive decisioni, pur senza abbandonare il riferimento ai segni distintivi, dedicano maggiore attenzione al connotati ulteriori del franchising ed in particolare all'integrazione tra le imprese facenti parte della rete⁸⁵.

Da queste sentenze si evince che il franchising è ancora considerato un contratto di scambio e sostanzialmente per adesione in cui il vantaggio riconosciuto al franchisee consiste nell'attribuzione di una serie di beni immateriali di cui viene concesso il diritto all'uso⁸⁶.

All'obbligo del franchisee di vendere soltanto "prodotti contrattuali" corrisponde, a suo favore, un'esclusiva territoriale che viene messa in relazione con la predisposizione del design del negozio ad opera del franchisor tramite, cioè, una società collegata. Si evince, quindi, che al franchisee si richiede l'ulteriore sacrificio di sottoporsi alle direttive del franchisor nell'allestimento del punto vendita; quale corrispettivo avrà la maggiore capacità di attrarre clientela all'interno della zona di esclusiva.

In altre sentenze ancora, ci si ferma alla sola atipicità contrattuale⁸⁷, oppure si può constatare la ricerca di una definizione degli elementi essenziali dell'istituto negoziale⁸⁸,

⁸⁴ Trib. Milano, 30 aprile 1982, in *Foro padano*, 1982, I, pag. 69, la cui massima è la seguente: L'inadempimento della società c.d. affiliata (franchisee) al pagamento di forniture legittima l'inibitoria all'uso dei marchi dell'affiliante.

⁸⁵ Pretura Lecce, 24 ottobre 1989, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, pag. 644, la cui massima è la seguente: Il contratto di "franchising", per quanto atipico, è caratterizzato da una parziale integrazione tra impresa principale e imprese minori e quindi da una struttura decentrata e in qualche modo unitaria, che consente al "franchisor" di aumentare le proprie capacità di penetrazione sul mercato e al "franchisee" di giovare della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dal "franchisor" e quindi di inserirsi sul mercato, sebbene autonomamente, sfruttando la conoscenza da parte dei consumatori del "nome" dell'impresa primaria. La clausola di esclusiva reciproca, nel contratto di "franchising", non rientra fra i "naturalia negotii" e va pattuita, anche se può desumersi da altre clausole del contratto, quali la previsione di un "entry fee" e/o di "royalties".

⁸⁶ Trib. di Chieti, 29 ottobre 1987, in FRIGNANI A., *op. cit.*, pag. 403: le risultanze processuali danno certezza della sussistenza, nella fattispecie in esame, di trattative intercorse tra le parti volte alla conclusione in un contratto di franchising. E' tale lo schema contrattuale atipico di recente diffusione nella pratica commerciale, mediante il quale una parte (impresa principale o concedente) concede all'altra parte (impresa satellite o concessionaria) di esercitare, a determinate condizioni e sotto il controllo della concedente, un'attività, normalmente di produzione e prestazione di servizi, avvalendosi nel reciproco interesse di mezzi comuni e cioè dei segni distintivi e di altri elementi di identificazione dell'azienda della concedente sia di brevetti, di invenzione o di altre conoscenze e dell'assistenza tecnica della concedente stessa. A fronte dell'oggetto della concessione sta l'oggetto delle controprestazioni dovute dal concessionario al concedente, consistenti in un compenso in varie forme, anche impegni di astensione ed obblighi di "facere". Ed è pacifico che la Stefanel s.p.a., nei suoi rapporti con i suoi punti di vendita, utilizza il predetto schema contrattuale, concedendo in esclusiva al cliente di vendere i propri capi di abbigliamento ed obbligandosi rifornendo il rivenditore che si obbliga a sua volta a vendere esclusivamente il prodotto Stefanel, strutturando il proprio esercizio commerciale con un *design* predeterminato, alla cui realizzazione provvede una società specializzata e collegata alla società convenuta."

⁸⁷ App. Bologna, 12 febbraio 1994, in *Gius*, 1994, pag. 150, la cui massima recita: Il franchising è un contratto atipico a prestazioni corrispettive (nella specie, in applicazione del principio, è stata ritenuta legittima l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. sollevata dal franchisor verso il franchisee).

⁸⁸ App. Milano, 9 ottobre 2002, *Giur. milanese*, 2003, pag. 321, la cui massima recita: la causa del contratto di franchising deve essere individuata nella trasmissione da parte del franchisor, o affiliante, di un fascio di proprie situazioni attive (marchi, segni distintivi, know how, metodi e scelte commerciali ecc) a fronte del pagamento del franchisee, o affiliato, di un corrispettivo in denaro, di solito in termini di canone di

infine, altre ancora, si incentrano sull' autonomia delle parti⁸⁹.

2.3. Le figure affini al franchising: la vendita con esclusiva e la concessione di vendita.

L'appartenenza del *franchising* alla categoria degli accordi in cui si realizza la c.d. distribuzione indiretta consente di individuare il suo antecedente remoto nella vendita con esclusiva, sorta agli inizi del secolo e posta in essere essenzialmente per concedere ad un determinato soggetto il "privilegio" di vendere in esclusiva un certo prodotto⁹⁰.

Questa figura nasce storicamente come il contratto mediante il quale un produttore concede ad un commerciante la vendita in esclusiva di un prodotto in una determinata zona e per un determinato periodo di tempo (talvolta con l'intesa che costui acquisterà una quantità minima di merce)⁹¹.

In realtà questa formula ha finito poi per comprendere, nel corso degli anni, una pluralità di schemi economici eterogenei, per cui attualmente è possibile affermare che con questa espressione si comprendono, ad esempio, sia la semplice fornitura di beni cui accede la clausola di esclusiva, sia la fornitura con l'obbligo per l'acquirente di promuovere la commercializzazione del prodotto⁹².

Appare, allora, evidente come il franchising rappresenti uno schema di gran lunga più complesso e sofisticato di quello appena illustrato.

Alla tradizionale formula della vendita con esclusiva si è venuta sovrapponendo e sostituendo, in tempi più recenti, quella della concessione di vendita che costituisce lo stadio intermedio di evoluzione della prima figura, mentre il franchising rappresenta quello più avanzato⁹³. La concessione di vendita, in effetti, è il contratto mediante il quale, al fine di procedere alla commercializzazione dei prodotti del concedente in un determinato territorio - viene stabilmente attribuito al concessionario il diritto di rivendere (di solito, ma non necessariamente, con esclusiva) i prodotti fabbricati dal concedente dei quali egli ha acquistato la proprietà⁹⁴.

Dopo faticosa elaborazione la dottrina è giunta, non senza contrasti, a evidenziare i tratti che differenziano la concessione di vendita dal franchising. Secondo una prima tesi, il

affiliazione e/o royalties. È invece estraneo alla causa del contratto di franchising la maggior o minor fortuna dell'attività imprenditoriale intrapresa dal franchisee nell'area contrattuale.

⁸⁹ Pretura Palestrina, 14 febbraio 1987, in *Resp. civ. e prev.*, 1988, pag. 239, la cui massima recita: l'impresa affiliata in forza di un contratto di franchising mantiene la propria autonomia, che non viene meno malgrado i vincoli, anche incisivi, posti dall'affiliante. L'operatore commerciale affiliato, conseguentemente, non può essere considerato alla stregua di un lavoratore dipendente dall'impresa concedente.

⁹⁰ GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1986, pag. 248.

⁹¹ In tal senso VETTORI G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, pag. 18, secondo il quale l'imprenditore consegue in tal modo sia l'esonero da ogni rischio derivante dalla commercializzazione del prodotto, sia la possibilità di poter contare su centri distributivi che egli può entro certi limiti controllare.

⁹² GRECO P., *Vendita con esclusiva*, in *Dir. prat.comm.*, 1923, II, pagg. 137 e ss.; FERRI G., *Vendita con esclusiva*, in *Dir. prat.comm.*, 1933, I, pagg. 227 e ss.; CAGNASSO O., *op. cit.*, pagg. 8 e ss.

⁹³ BUSSANI M. e CENDON P., *op. cit.*, p. 406 e ss.

⁹⁴ BORTOLOTTI F., voce *Concessione di vendita*, in *Noviss. Dig. it.*, App. II, Torino, 1981, pagg. 221 e ss., dove viene data alla concessione di vendita la seguente definizione: "è contratto corrispettivo di durata intercorrente tra imprenditori, fondato su un nesso indissolubile di scambio e collaborazione, in base al quale il concessionario, agendo in veste di acquirente-rivenditore, assume stabilmente l'incarico di curare la commercializzazione dei prodotti del concedente, in cambio di una posizione privilegiata nella rivendita".

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

franchising si caratterizzerebbe rispetto alla concessione di vendita per il fatto che nel primo sarebbe sempre obbligatorio lo sfruttamento del marchio e dei segni distintivi dell'affiliante da parte dell'affiliato, risolvendosi ciò in un vantaggio per entrambe le parti⁹⁵. A tale tesi si può controbattere facilmente, notando come anche nella concessione di vendita quasi sempre si prevede l'utilizzo dei segni distintivi, configurandosi ciò, anche in tale figura contrattuale, come un reciproco interesse⁹⁶.

Secondo altro orientamento, la peculiarità del franchising consisterebbe nel trasferimento di know-how dall'affiliante all'affiliato (per il quale quest'ultimo paga una royalty), mentre ciò spesso non si verificherebbe nella concessione⁹⁷. Al contrario, è stato giustamente rilevato che il descritto fenomeno si verifica con frequenza anche nella concessione a vendere. «Chiunque abbia familiarità con i voluminosi allegati di una concessione di vendita che comporti "presale service", assistenza tecnica ecc., è costretto a riconoscere che nemmeno questo tratto può fungere da soddisfacente discrimen»⁹⁸.

Si è cercato di fondare l'autonomia del franchising sul fatto che l'affiliato debba sempre versare corrispettivo in denaro per i vantaggi derivatigli dall'inserimento nella rete distributiva. In primo luogo si insiste sul pagamento del cd. diritto d'ingresso, obbligo cui il concessionario di vendita, di regola, non sarebbe vincolato⁹⁹. In secondo luogo si afferma che solo il franchisee, e non il concessionario, sarebbe sempre tenuto al pagamento di un corrispettivo per la trasmissione del know-how, cioè le cd. royalties¹⁰⁰.

Per quel che concerne l'argomento che fa leva sul diritto d'ingresso, è stato obiettato che tale elemento non può essere discretivo delle due figure, dato che nella prassi il suo utilizzo ha riscontrato forti resistenze, rimanendo spesso lettera morta¹⁰¹. Né è possibile fondare la differenza tra i due contratti sul periodico pagamento di royalties, poiché da un lato questo non è elemento indefettibile del franchising¹⁰², dall'altro può essere presente anche nella concessione di vendita¹⁰³. Alla luce di quanto appena rilevato, risulta infondata anche la tesi di chi fa leva non su singole clausole, ma su un complesso di elementi. In particolare, vi è chi ritiene che il franchising si differenzi dalla concessione se sussistono tutti gli elementi minimi richiesti dal reg. 4087/88 ai fini dell'esenzione, cioè il trasferimento del know-how e la concessione in uso dei segni distintivi all'affiliato dietro corrispettivo sotto forma di diritto d'ingresso o di royalties¹⁰⁴. «Ove qualcuno di essi difetti, l'integrazione del modello tipologico del franchising sarà da escludere, e si tratterà di stabilire se si abbia una concessione di vendita od altra figura negoziale ancora diversa. [...] In tal modo, il dato fisionomico [...] viene ad essere costituito dalla concessione onerosa del diritto di sfruttare un insieme di beni immateriali, a fini di commercializzazione di beni e/o servizi»¹⁰⁵.

⁹⁵ CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, III, Torino, 1997, pag. 36.

⁹⁶ DELLI PRISCOLI L., *I contratti di distribuzione come categoria unitaria*, in *Giur. Comm.*, 1994, II, pagg. 801 e ss.

⁹⁷ FRIGNANI A., *Franchising*, cit., pag. 536.

⁹⁸ DE NOVA G., *op. cit.*, pag. 219.

⁹⁹ FRIGNANI A., *Il franchising*, cit., pag. 81.

¹⁰⁰ BUSSANI M. e CENDON P., *op. cit.*, pag. 430.

¹⁰¹ CARTELLA M., *op. cit.*, pag. 309; DELLI PRISCOLI L., *op. cit.*, pag. 801.

¹⁰² DELLI PRISCOLI L., *op. cit.*, pag. 801.

¹⁰³ CARTELLA M., *op. cit.*, pag. 309.

¹⁰⁴ Il regolamento, nel qualificare il franchising, segue l'orientamento tenuto dalla Corte di Giustizia in occasione del famoso caso "Pronuptia".

¹⁰⁵ LUMINOSO A., *Contratti tipici e atipici*, in *Trat. Dir. Priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, pag. 275.

Non ha pregio, inoltre, l'opinione secondo cui il franchising, rispetto alla concessione di vendita, abbia carattere intuitu personae. Evidentemente, si ripete l'equivoco di ritenere la concessione di vendita un contratto solo di scambio, e non anche di collaborazione, per la quale la fiducia è elemento essenziale. Tale tesi, però, è stata rigettata dalla maggior parte della dottrina¹⁰⁶.

Secondo altro orientamento, la differenza tra i due contratti sarebbe rintracciabile nella clausola d'esclusiva: solo nel franchising quest'ultima sarebbe sempre presente. Al contrario, si è osservato che se anche l'esclusiva fosse elemento costante in tale contratto, ciò varrebbe ad operare un "discrimen" solo nei confronti della concessione di vendita senza esclusiva¹⁰⁷. Ma la critica più incisiva a tale tesi è un'altra: la clausola d'esclusiva non è elemento indefettibile né nella concessione di vendita, né nel franchising, ed è per questo che non si può fondare su di essa un'eventuale distinzione tra le due figure¹⁰⁸.

Secondo parte della letteratura, una differenza tra i due contratti consisterebbe nel fatto che il concessionario può usare i propri segni distintivi, mentre il franchisee deve utilizzare quelli dell'affiliante¹⁰⁹. Tuttavia, secondo altri commentatori (a parte la marginalità dei casi in cui il concessionario utilizza i segni distintivi propri e non del concedente) ciò può verificarsi anche nel franchising c.d. improprio¹¹⁰.

Altra tesi, invece, sostiene che il franchising, a differenza della concessione di vendita, potrebbe avere ad oggetto non solo beni, ma anche servizi¹¹¹. Al contrario, è stato rilevato che tale elemento al massimo potrebbe valere a distinguere in concreto, rispetto alla concessione, singoli contratti di franchising, se ed in quanto tale connotato si riscontri effettivamente, e che comunque, data la sua mera eventualità, non potrebbe essere considerato elemento discretivo generale¹¹².

Si è tentato di rintracciare il "discrimen" tra concessione di vendita e franchising nel fatto che solo nel secondo caso l'affiliato avrebbe l'obbligo di adeguarsi agli standards, comuni a tutta la rete distributiva, dettati dall'affiliante; solo nel franchising l'affiliato dovrebbe osservare il c.d. manuale operativo imposto dalla controparte¹¹³. In senso opposto, è stato giustamente rilevato che tali caratteristiche non sono estranee neppure alla concessione di vendita, essendo invece comuni a tutti i contratti di distribuzione selettiva¹¹⁴.

Secondo altra dottrina, la differenza tra le due figure sarebbe addirittura netta. «Nel contratto di franchising, infatti, il rapporto di fornitura è presupposto più che imposto dal regolamento pattizio, tutto volto a dar sostanza obbligatoria all'aggregazione commerciale che si vuol realizzare»¹¹⁵. A differenza della concessione, l'esigenza di soluzioni più libere e veloci sulla fornitura dei beni comporterebbe la possibilità della non obbligatorietà non solo delle forniture, ma anche degli acquisti.

¹⁰⁶ DE NOVA G., *Nuovi contratti*, cit., pag. 219.

¹⁰⁷ CARTELLA M., *op. cit.*, pag. 307.

¹⁰⁸ SEGA D., *Franchising e concessione di vendita a confronto*, in *Arch. civ.*, 2001, I, pag. 4.

¹⁰⁹ BUSSANI M. e CENDON P., *op. cit.*, pag. 431.

¹¹⁰ CARTELLA M., *op. cit.*, pag. 308.

¹¹¹ CAGNASSO O., *op. cit.*, pag. 223; BUSSANI M. e CENDON P., *op. cit.*, pag. 431; CAMPOBASSO G. F., *op. cit.*, pag. 35; SEGA D., *op. cit.*, pag. 5.

¹¹² CARTELLA M., *op. cit.*, pag. 309.

¹¹³ BALDASSARI A., *op. cit.*, pag. 955.

¹¹⁴ CARTELLA M., *op. cit.*, pag. 308.

¹¹⁵ GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, pag. 286.

Tale ultimo orientamento sembra dissolvere il franchising in un mero fenomeno associativo caratterizzato da una intensa collaborazione tra le parti, relegando su un piano secondario lo scambio. In realtà, tanto nella concessione a vendere, quanto nel franchising, scambio e collaborazione sono ambedue momenti essenziali e centrali.

Più in generale, tutti i tentativi volti a rintracciare tra concessione di vendita e franchising tratti distintivi inequivoci non hanno trovato, nella realtà concreta, seguito. Il vizio delle impostazioni passate in rassegna è stato quello di considerare singoli aspetti del contratto, o singole clausole, e sulla base di ciò trarre una regola generale valida in ogni occasione.

In realtà, lo studio dei rapporti tra i due contratti doveva, probabilmente, essere impostato diversamente. In primo luogo, sarebbe stato necessario procedere ad una valutazione globale dell'assetto di interessi sotteso al contratto, e non di un frammento di esso. In secondo luogo, non si sarebbe dovuto dimenticare che, trattandosi, almeno fino al 2004, di contratti atipici, potesse risultare vano intestardirsi su una singola clausola, quando poi questa poteva esistere o meno a seconda della concreta volontà delle parti, mancando il necessario punto di riferimento, cioè una norma che tipizzasse il contratto e individuasse la singola clausola come essenziale. In terzo luogo, si è trascurato che ambedue le figure sono contratti di distribuzione, per cui la loro ragione economico-sociale è identica, e consiste nel disciplinare i rapporti di integrazione verticale tra imprese. Ne deriva che, a fronte di tale importantissimo elemento comune, eventuali discrasie tra le varie figure contrattuali sono o marginali, o non misurabili con il metro qualitativo (essendo il medesimo il fenomeno economico sotteso), ma con quello quantitativo. Allora è condivisibile in pieno l'opinione di chi afferma che le differenze tra i due contratti dovrebbero rintracciarsi sul piano economico, quantitativo, non certo morfologico. Se differenze ci sono, queste si registrano nell'ambito di un "continuum" che non ammette interruzioni, un sedimentarsi di «clausole vieppiù complesse intorno ad un nucleo sempre eguale (consistente nella disciplina della fornitura dei prodotti o servizi e nella regolamentazione delle modalità di vendita). [...] Alla luce di ciò, l'angolo visuale del contratto risulta essere il meno adatto per cogliere la relazione tra attività disciplinata per tabulas e residua attività del commerciante per spiegare tali differenze, solo quantitative appunto»¹¹⁶.

Alla luce di tali considerazioni, sembra opportuno esaminare quali siano le accennate differenze quantitative, e non morfologiche, tra i due contratti. Secondo la tesi largamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, il franchising realizzerebbe una maggiore integrazione tra le parti. Il franchisor avrebbe un largo potere di intromissione, e la posizione dell'affiliato, dal punto di vista dell'iniziativa imprenditoriale, sarebbe nettamente subordinata¹¹⁷. Il grado di integrazione reciproca nel franchising può essere così stretto da creare agli occhi del pubblico la convinzione che ci si trovi di fronte ad un'unica realtà d'impresa¹¹⁸. Forse proprio in tale maggiore integrazione consiste il grado di evoluzione che il franchising rappresenta rispetto alla concessione di vendita, magari rispondendo ad una precisa esigenza del mercato in tal senso¹¹⁹. Il maggiore grado di integrazione potrebbe anche spiegare quella diversità rilevata da una certa dottrina, che ha

¹¹⁶ PARDOLESI R., voce *I contratti di distribuzione*, cit., pag. 4.

¹¹⁷ BALDASSARI A., *op. cit.*, pag. 955; DE NOVA G., *Nuovi contratti*, cit., pag. 219; SEGA D., *op. cit.*, pag. 3; DELLI PRISCOLI L., *op. cit.*, pag. 802.

¹¹⁸ CARTELLA M., *op. cit.*, pag. 309.

¹¹⁹ FRIGNANI A., *Il franchising*, cit., pag. 82.

osservato come solo per il franchising siano sorte associazioni di categoria, federazioni addirittura anche a livello continentale, codici deontologici ecc.

Dunque, qualora si voglia anche ammettere che possano esserci differenze tra la concessione di vendita e il franchising, ma esse consisteranno solo nello stratificarsi, su un nucleo comune, di clausole che accrescono il grado di integrazione reciproca. Tale nucleo comune è però rappresentato da un elemento tutt'altro che secondario, vale a dire la ragione economico-sociale, che fa passare in secondo piano le diversità riscontrate. In sintesi, non possono scorgersi tra i due contratti tratti distintivi netti, in presenza di un "continuum" che non ammette interruzioni.

Si è dunque cercato di dare risposta al problema dei rapporti tra franchising e concessione di vendita, tanto discusso in dottrina e giurisprudenza.

In definitiva, alla luce degli orientamenti citati, appare fuor di dubbio, nell'ambito della atipicità dei contratti di cui si è discusso, che il franchising appaia meno flessibile della concessione per i vincoli più stretti tra le parti che esso impone, cosicché il successo o l'insuccesso del franchisor si ripercuote in modo diretto sul franchisee e viceversa.

PARTE TERZA

IL PASSAGGIO ALLA TIPICITÀ CONTRATTUALE: LA NUOVA LEGGE SUL FRANCHISING

SOMMARIO: 3.1. Le caratteristiche generali della nuova affiliazione commerciale - 3.2. Gli obblighi ed i diritti precontrattuali di comportamento dell'affiliante e dell'affiliato - 3.3. Il sistema sanzionatorio previsto dalla nuova legge sul franchising.

3.1. Le caratteristiche generali della nuova affiliazione commerciale.

La descrizione del contratto di franchising contenuta nella nuova legge è sicuramente il risultato delle varie definizioni derivate dalla prassi e contenute nei precedenti provvedimenti comunitari.

L'art. 1, primo comma, della legge n. 129/2004 definisce testualmente il franchising o 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 di 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".

La norma sembra essere un misto tra definizione e descrizione, cosa probabilmente necessaria data l'estrema varietà di situazioni economiche alle quali può correttamente applicarsi il franchising. Esso, a prescindere dall'eventuale difforme "nomen iuris" attribuito dalle parti contraenti, si configura certamente come un contratto bilaterale, tra "soggetti giuridici" economicamente e giuridicamente indipendenti. Con tale espressione non si è voluto certo escludere che le parti o una di esse possano essere anche persone

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

fisiche. Sebbene non sia stato utilizzato il termine "imprenditori" per indicare i soggetti tra i quali può intercorrere un rapporto di affiliazione commerciale, pur tuttavia, non si può escludere che debba necessariamente trattarsi di imprenditori, laddove l'inciso finale relativo alla commercializzazione beni o servizi, non può non riferirsi a soggetti che si fregino di tale "status". Non è stato impiegato neppure il termine "impresa", usato, invece, nel diritto comunitario¹²⁰; in realtà si tratta solamente di una carenza temporanea immediatamente corretta nel successivo art. 2 dove appare il termine "impresa" relativamente alle concessioni fatte dall'affiliante all'affiliato.

Di indubbia rilevanza è, poi, la precisazione dell'indipendenza giuridica ed economica dei soggetti imprenditori. La finalità sembra ovvia, poiché la "ratio" della norma è diretta a differenziare chiaramente il contratto di franchising da qualsiasi forma di lavoro subordinato o parasubordinato. Dal momento che uno dei presupposti per l'esistenza di un accordo in franchising è la reciproca autonomia giuridica ed economica dei contraenti-imprenditori, ciò sarebbe stato ovviamente incompatibile con l'idea stessa della subordinazione¹²¹. L'indipendenza, sotto il profilo economico, può, allora, sintetizzarsi nel cd. "rischio d'impresa", per cui l'affiliante si assume il rischio dell'insuccesso commerciale del proprio negozio. L'ulteriore conseguenza della proclamata autonomia ed indipendenza dell'affiliato rispetto all'affiliante si misura nei confronti di tutti i terzi dell'affiliato (fornitori, dipendenti, clienti finali), i quali potranno esperire le relative azioni giudiziarie soltanto nei confronti dell'affiliato, non potendo rivendicare alcun diritto nei confronti dell'affiliante.

Altre caratteristiche desumibili dalla citata norma riguardano l'onerosità e la corrispettività dell'affiliazione commerciale, laddove alla prestazione dell'affiliante, avente ad oggetto una serie di diritti finalizzati ad inserire l'affiliato nella propria rete distributiva, attribuendogli così la propria immagine e veste commerciale, corrisponde la prestazione dell'affiliato di versare al momento della stipula del contratto, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, (il cd. diritto d'ingresso) o di garantire all'affiliante una percentuale commisurata al giro d'affari o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche (le cd. royalties)¹²².

Passando ulteriormente in rassegna l'art. 1 della suddetta legge, alcun dubbio può rinvenirsi circa l'oggetto del contratto di franchising. L'affiliante, infatti, "concede la disponibilità" di un diritto di proprietà proprio; con tale formula il legislatore ha così espressamente inteso escludere la cessione o il trasferimento del diritto, la cui titolarità rimane, comunque, in capo all'affiliante, con la conseguenza che l'affiliato otterrà solo i diritti d'uso su ciò che gli è stato espressamente "concesso"; non potendo vantare

¹²⁰ Cfr. Art. 1.3., lett.e), Reg. n. 4087/88.

¹²¹ La questione però, nella pratica, può diventare più complicata di fronte a fattispecie concrete in cui la linea di demarcazione tra franchising e rapporto di lavoro subordinato si fa più labile e risulta confusa. In queste circostanze è determinante, data l'irrilevanza del nomen iuris dato dalle parti all'accordo, la valutazione delle effettive modalità con cui il rapporto si è svolto, considerando con particolare riguardo, l'esistenza in capo al supposto franchisee di un certo grado di autonomia organizzativa: più precisamente, se quest'ultimo nello svolgimento di attività dedotte nell'accordo si è avvalso dei propri mezzi e dei propri dipendenti, si ritiene che ci si trovi di fronte ad una ipotesi di lavoro autonomo.

¹²² Cfr. Art. 1, terzo comma, lettere b) e c) della legge n. 129/2004.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

alcun altro diritto: si tratterà, dunque, di una licenza d'uso. La norma, inoltre, contiene una lunga elencazione di beni di proprietà intellettuale che possono essere oggetto di licenza nel franchising quali, ad esempio, marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how¹²³, brevetti, assistenza o consulenza tecnica. Senza ulteriormente soffermarci sulle singole caratteristiche dei diritti oggetto di affiliazione commerciale, attinenti a dire il vero più al diritto commerciale che a quello civile, un'ulteriore osservazione si impone a proposito della parte descrittiva della definizione laddove si parla di "pluralità di affiliati distribuiti sul territorio". È, infatti, sorto il dubbio da parte di taluni in dottrina che l'espressione possa significare che fino a quando non si raggiunga un certo numero di affiliati e non si riesca a coprire tutto dato territorio non sia legittimo parlare di franchising ai sensi della vigente legge¹²⁴. Al riguardo, si deve tenere in considerazione che gli interessi in gioco nel rapporto contrattuale tra affiliante ed affiliato non si esauriscono fra di essi. L'affiliato, infatti, deve sempre rammentare di far parte di una rete di distribuzione o alla lettera dell'affiliazione commerciale¹²⁵. Questo è, in realtà, ciò che il legislatore ha voluto indicare con l'espressione di cui si discute¹²⁶.

Fermo restando che contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica, come testualmente sancito dall'art. 1, secondo comma¹²⁷, è da

¹²³ Cfr. Art. 1, terzo comma, lettere b) e c) della legge n. 129/2004, dove viene data una dettagliata definizione di know-how, inteso quale un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il know-how, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il know-how comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il know-how deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità.

¹²⁴ È questa l'opinione di DE NOVA G., *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, pag. 763. Tuttavia non sembra condivisibile tale orientamento, laddove la terminologia, probabilmente, sta ad indicare piuttosto la finalità e la strategia commerciale che vuol perseguire l'affiliante. Ogni affiliato, inoltre, è inserito in una rete unitaria tale da impedire qualsiasi comportamento difforme dagli "standards" caratterizzanti la rete medesima.

¹²⁵ Con riferimento alla rete di affiliazione commerciale o di distribuzione, l'art. 3, secondo comma, della legge 129/2004 statuisce espressamente che per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale.

¹²⁶ Le reti in franchising non sono, infatti, costituite all'unico scopo di coprire il territorio e di servire la clientela locale; oggi i consumatori girano e si spostano, per cui, se soddisfatti dai prodotti offerti o dai servizi erogati da una certa marca o insegna, cercheranno di ritrovarla ovunque nella speranza che la stessa garantisca loro il medesimo livello di qualità. Dunque anche solo le negatività di un affiliato è possibile che si ripercuotano sugli altri affiliati della stessa rete. Questo impone ad ogni affiliato un certo tipo di comportamento e, di conseguenza, anche l'affiliante non potrà trattare i propri affiliati in maniera discriminatoria. Al riguardo cfr. ZUDDAS G., *op. cit.*, pag. 21.

¹²⁷ Il dato normativo è coerente con le molteplici applicazioni a cui la prassi negoziale ha dato origine anteriormente al suo riconoscimento legislativo e, soprattutto, in virtù della clausola aperta di cui all'art. 1322 c.c. La legge, dunque, non restringe l'ambito di utilizzazione di tale formula commerciale che potrà estendersi, come già avviene nella prassi da molto tempo, alle diverse tipologie del franchising di distribuzione, di servizi ed industriale: tutti settori dell'attività economica che si prestano così alla commercializzazione tramite l'affiliazione commerciale. L'espressione "in ogni settore di attività economica" va evidentemente intesa in senso orizzontale, con riguardo cioè alla fase della commercializzazione verso i consumatori finali, come del resto precisa l'ultima parte del primo comma dello stesso art. 1, talché ne

notare come il successivo art. 2, rubricato "Ambito di applicazione della legge", ha il limitato scopo di dichiarare applicabili le disposizioni relative al contratto di affiliazione commerciale, come definito dal precedente art. 1, anche ad altre figure contrattuali, sottospecie di esso¹²⁸.

Venendo, invece, alla forma ed al contenuto del contratto di franchising, l'art. 3 della legge 129/2004 detta al riguardo una puntuale disciplina. La norma, infatti, richiedendo la forma scritta "ad substantiam", prevede che il contratto venga redatto per iscritto a pena di nullità. La "ratio" di tale previsione è rinvenibile nella tutela che il Legislatore ha voluto accordare all'affiliato, quale contraente debole del rapporto. Tutta la legge in commento è, infatti, improntata al "favor" dell'affiliato e questa impostazione porta a chiedersi¹²⁹ se tale nullità debba qualificarsi come relativa, riguardo al profilo della legittimazione a farla valere.

Per rispondere a detto interrogativo sarà necessario analizzare le finalità che il legislatore si è proposto nel disciplinare la forma del contratto di franchising. Da notare è l'aderenza a quella corrente, di derivazione comunitaria ed interna, che è stata definita "neo formalismo negoziale", una tecnica cioè, di tutela di parti contrattuali (consumatori ed imprenditori) considerate "deboli", quindi, bisognose di norme di protezione.

Nelle norme di derivazione comunitaria, la forma ha assunto sempre più spesso la funzione di garantire la massima trasparenza nelle operazioni contrattuali e la maggiore chiarezza e comprensibilità possibile nell'assetto di interessi tra le parti, superando quella funzione tradizionale di responsabilizzazione dei contraenti che addivengono alla stipulazione di un atto giuridicamente ed economicamente rilevante e di garantire ai terzi la certezza in ordine al contenuto dell'atto stesso.

La nullità relativa¹³⁰ appare lo strumento più idoneo a realizzare le predette finalità di

rimangono escluse sia la fase della produzione sia quella del commercio all'ingrosso.

¹²⁸ Si tratta dei cd. accordi di *master franchising* e dei contratti di *corner franchising*. Il contratto di affiliazione commerciale principale, meglio conosciuto con il nome di *master franchising*, è quello per mezzo del quale un'impresa concede all'altra, giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale allo scopo di stipulare, a sua volta, ulteriori accordi simili con soggetti in modo da creare una sorta di catena in franchising, con affiliati di primo e di secondo livello. Tale formula prevede, quindi, due tipi di contratti: uno principale, tra franchisor e master franchisee ed altri di "secondo livello", tra quest'ultimo ed i suoi sub-affiliati. La seconda tipologia contemplata dall'art. 2 è quella del contratto di franchising parziale, meglio conosciuto come *corner franchising*. Si tratta del contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale con i prodotti o i servizi propri del rapporto di affiliazione, creando in un certo senso una specie di "negozio nel negozio", quale spazio privilegiato e riservato all'esposizione e vendita dei prodotti e servizi dell'affiliante. Sulle due tipologie di franchising cfr. DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *Il franchising: legge 6 maggio 2004, n. 129*, Milano, 2004, pagg. 9 e ss.; FULCO V.S., *Al via la nuova disciplina del contratto di franchising*, in *Dir. e pratica soc.*, 2004, pag. 25, il quale sottolinea come il testo della legge, quando si riferisce al *corner franchising*, potrebbe essere causa di dubbi interpretativi: non è infatti chiaro se l'affiliato, concedente lo spazio, acquisti la qualifica di franchisee mediante tale concessione ovvero ricopra tale ruolo anche prima della concessione dello spazio.

¹²⁹ E' questo l'interrogativo che si pongono DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 12.

¹³⁰ Varie ipotesi di nullità relativa sono state previste dal legislatore in alcune leggi recenti (Cfr. la legge in materia di contratti agrari, quella in materia bancaria e creditizia, quella in materia di intermediazione finanziaria). Accanto a tali previsioni espresse, gli interpreti hanno ritenuto di individuare ipotesi di nullità relativa sia in casi di nullità previsti dal legislatore, senza alcuna espressa indicazione dei soggetti legittimati a farla valere, sia in casi di nullità virtuale, utilizzando la ratio protettiva della norma per superare la regola

protezione proprio perché, ponendosi come strumento intermedio tra nullità assoluta ed annullabilità, ha le caratteristiche della prima, ma la legittimazione è riservata solo alla parte a favore della quale è prevista.

Proprio nella norma in commento, la funzione di tutela che assume la forma scritta suggerisce all'interprete che la sanzione per la violazione della stessa non possa essere qualificata come nullità assoluta, ma relativa.

Solitamente il contratto di franchising viene redatto dall'affiliante e contiene una serie di obblighi onerosi per l'affiliato. La previsione della forma scritta, quindi, dovrebbe consentire all'affiliato stesso di verificare se le clausole contrattuali relative agli elementi elencati dal quarto comma della norma lo tutelino a sufficienza, corrispondano effettivamente ai suoi interessi e se le stesse siano conformi alle informazioni fornite dall'affiliante nella fase precontrattuale.

Riconoscere la nullità ex art. 3, primo comma, della legge 129/2004, come relativa significa, quindi, ampliare in via interpretativa la protezione fornita all'affiliato; la tutela del contraente debole sarebbe comunque integralmente soddisfatta se si riuscisse sempre ad utilizzare lo strumento della nullità in modo selettivo, per eliminare le condizioni contrattuali ad esso sfavorevoli, sostituendole, ove possibile, con norme di legge. Questa soluzione, inoltre, pare pure soddisfare un altro non trascurabile interesse quello, cioè, della conservazione del contratto in vista della sicurezza dei traffici e della stabilità del mercato.

L'art. 3 risulta importante anche relativamente alla durata del contratto, laddove taluni aspetti come il concetto di rete di distribuzione verranno esaminati nel paragrafo successivo. dottrina, da sempre, sottolinea come "esigenze di tipo ed organizzativo"¹³¹ consigliano di stipulare contratti di una durata tale da consentire all'affiliato l'ammortamento degli investimenti iniziali; ancor più lo richiedono esigenze di protezione dell'affiliato. La durata necessaria del contratto non viene, comunque, quantificata espressamente dalla legge, la sua determinazione è lasciata volta per volta all'interprete, in quanto, ai diversi tipi di attività in franchising, corrispondono tempi di ammortamento diversi per gli investimenti iniziali.

Prima dell'entrata in vigore della legge si parlava, in genere, di periodi compresi tra i tre ed i nove anni. Sotto questa soglia, ora, invece, non si può più scendere per espressa volontà del legislatore.

La perentorietà dell'espressione legislativa, "comunque non inferiore a tre anni", non permette assolutamente una durata inferiore, nemmeno nel caso estremo in cui, per l'altissima redditività dell'attività, gli investimenti iniziali vengano azzerati in un minor periodo.

della legittimazione generale ex art. 1421 cod.civ., nonché della necessità di un'espressa previsione legislativa per limitare tale legittimazione.

¹³¹ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, Torino, 2004, pag. 80, dove si desume che in molti casi, inoltre, l'affiliato si trova in una posizione di "dipendenza economica", poiché la sua attività risulta remunerativa in quanto efficacemente inserita nel circuito dell'affiliante per un sufficiente lasso di tempo. L'interruzione anticipata dei suoi rapporti con l'affiliante significherebbe, quindi, per lui, la fine dell'attività stessa con la perdita di tutti gli investimenti non ancora ammortizzati e degli eventuali futuri guadagni; per quanto riguarda l'affiliante, invece, egli valuta la controparte del rapporto fungibile al pari di molti altri soggetti ed il suo improvviso recesso potrà non avere contraccolpi significativi sulla sua impresa. Al riguardo cfr. FRIGNANI A., *Il contratto di franchising*, Milano, 1999, pag. 191 e ss.

Il tempo necessario per ammortizzare gli investimenti andrà calcolato a priori ed in modo oggettivo, facendo eventualmente riferimento ai risultati di altri affiliati e non potendo premiare un qualsiasi affiliato poco diligente nel condurre la propria attività garantendo gli tempi contrattuali più lunghi¹³².

Per questo il contratto di franchising, ad oggi, alla luce della nuova normativa, è da considerare un tipico contratto di durata, in cui le prestazioni delle parti producono i loro effetti nel tempo, costituendo una collaborazione continuativa tra le imprese contraenti.

Relativamente alla durata minima del rapporto di affiliazione, il parametro dell'ammortamento dell'investimento è ragionevole in termini economici anche se non consente di spiegare perché il legislatore abbia previsto proprio il termine di tre anni e non, invece, durate maggiori o minori. Inoltre, né l'investimento, né l'ammortamento vengono definiti¹³³: naturalmente la loro valutazione deve essere fatta "ex ante" secondo criteri oggettivi, a nulla rilevando le caratteristiche o le capacità personali dell'affiliato.

Secondo autorevole dottrina¹³⁴, se il termine del contratto è, nel caso specifico, più breve di quanto richiesto, la sanzione più adeguata non dovrebbe essere ricercata nella nullità o annullabilità dello stesso, quanto piuttosto nel prolungamento *ex lege* del contratto fino al termine o dei tre anni o, comunque, fino a quello ritenuto congruo per l'ammortamento degli investimenti.

Altra parte della dottrina¹³⁵ ha prospettato, invece, che un'eventuale clausola di durata del contratto che prevedesse un termine inferiore ai tre anni, sarebbe nulla in quanto contraria ad una norma imperativa. Essa sarebbe una "norma imperativa unilateralmente inderogabile", nel senso che il contratto potrebbe sicuramente prevedere un termine di durata maggiore, ma mai inferiore.

Si può parlare, in questo caso, di nullità parziale, risultando poco verosimile l'ipotesi di nullità totale del contratto ex. art. 1419, primo comma, c.c.

Il giudice chiamato a rilevare la nullità parziale della clausola ed a provvedere alla sua sostituzione, dovrà rinvenire i parametri per una corretta ed oggettiva determinazione della "durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento" e, molto probabilmente affiderà tale analisi a consulenti tecnici d'ufficio e sulle loro relazioni baserà il proprio convincimento.

La legge, limitandosi a sancire solo la durata minima del contratto di affiliazione commerciale, non stabilisce una specifica e totale durata del contratto. Ne consegue che esso potrà essere concluso sia a tempo determinato che a tempo indeterminato.

Tuttavia, la norma si apre con l'espressione "qualora il contratto sia a tempo determinato", nulla prevedendo, invece, per l'ipotesi contraria. Anzi, il legislatore non chiarisce neanche se contratti di franchising a tempo indeterminato possano essere conclusi¹³⁶.

La totalità della dottrina ritiene, comunque, che la mancata menzione di ciò nella legge, non costituisca una ragione sufficiente per inibire alle parti di contrarre senza un limite

¹³² E' questo quanto ritengono DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 28.

¹³³ Quanto al primo vi dovrebbero rientrare i costi di impianto, comprensivi del diritto d'ingresso ma esclusi tutti i costi di gestione; relativamente al secondo dovrebbe trattarsi di ammortamento civilistico, non di quello fiscale.

¹³⁴ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit, pag. 82.

¹³⁵ DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 29.

¹³⁶ In ciò la normativa si differenzia da quanto previsto dal codice deontologico dell'Associazione Italiana del Franchising dove, invece, è chiaro che "il contratto potrà avere durata determinata o indeterminata".

temporale. Una tale limitazione alla libertà contrattuale delle parti avrebbe avuto bisogno, per essere efficace, di un divieto espresso. Tanto più che, seppur non si tratti dell'ipotesi più frequente nel campo del franchising, il contratto a tempo indeterminato è senz'altro presente nella prassi commerciale.

Poiché ne trattano espressamente i codici deontologici delle Associazioni in franchising, ciò significa, sicuramente, che contratti di franchising a tempo indeterminato vengano effettivamente conclusi. E' peculiare che il legislatore, avendo ben presenti questi codici, abbia inteso cancellare questa possibilità senza una previsione esplicita. Probabilmente, la ragione della sua "dimenticanza" nella legge va ricercata nella minore frequenza, nella pratica, di contratti di franchising a tempo indeterminato¹³⁷.

Nell'ultima parte del terzo comma il legislatore ha inserito un inciso importante: la norma fa "salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempimento di una delle parti".

D'altra parte, il carattere imperativo della norma deve essere collegato alla sua natura "protettiva" rispetto agli interessi degli affiliati, non potendosi pertanto escludersi l'introduzione, nel regolamento negoziale, di clausole che prevedano un recesso anticipato dal contratto a favore del franchisee anche prima del decorso del termine minimo di legge. L'esigenza è, pertanto, quella di richiamare soprattutto l'attenzione dell'affiliante, gravato già dall'obbligo di garantire una durata minima del contratto, sull'opportunità di prevedere, all'interno dello stesso, un elenco di prestazioni dell'affiliato che egli ritiene importanti, e prospettare, per la loro violazione, una risoluzione automatica del contratto. Del resto, già prima della legge 129/2004, veniva concesso agli affiliati il potere di prevedere esplicitamente, nei contratti di franchising, ampie ed articolate clausole risolutive espresse¹³⁸.

Infine, se la cessazione anticipata è dovuta all'inadempimento dell'affiliato, ad esempio in relazione alla violazione degli obblighi sanciti dall'art. 6 della legge questi non potrà vantare nessuna pretesa in ordine ai danni subiti. Nell'ipotesi di risoluzione del contratto per inadempimento dell'affiliante, invece, l'affiliato potrà conseguire il risarcimento del danno proponendolo contestualmente l'azione di cui all' art. 1453 c.c.¹³⁹.

3.2. Gli obblighi ed i diritti precontrattuali di comportamento dell'affiliante e dell'affiliato.

La legge 129/2004 tratta con particolare attenzione la fase antecedente alla conclusione del contratto di franchising, dedicandovi quattro dei suoi complessivi nove articoli. Si tratta del già citato art. 3, quarto comma, che stabilisce il contenuto necessario del contratto di affiliazione commerciale; dell'art.4, che enuncia gli obblighi di informazione a carico del franchisor; dell'art. 6, che pone, a carico di entrambe le parti, un generale obbligo di comportamento secondo lealtà, correttezza e buona fede in fase precontrattuale ed un

¹³⁷ DE NOVA G., *Nuovi contratti*, cit., pag. 225. Inoltre parte della dottrina ritiene, inoltre, che un motivo per considerarla un'ipotesi marginale possa anche essere costituito dall' art. 5 del Regolamento comunitario n.2790/99, che vieta patti di non concorrenza di durata indeterminata. Poiché detti patti sono coessenziali ad ogni contratto di franchising, ne risulterebbe la scarsa convenienza di concludere contratti di affiliazione commerciale a tempo indeterminato. Al riguardo cfr. GRASSI P., *Il franchising*, Milano, 2001, pag. 234.

¹³⁸ Se, infatti, si dovesse applicare la sola disciplina codicistica, l'affiliante potrebbe risolvere un rapporto non soddisfacente solo provando un "grave inadempimento" dell'affiliato.

¹³⁹ DE NOVA G., *Nuovi contratti*, cit., pag. 453.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

ulteriore obbligo reciproco di fornire le informazioni necessarie ed utili ai fini della stipulazione del contratto; dell'art. 8, che prevede la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto, oltre all'eventuale risarcimento del danno, qualora una parte fornisca all'altra false informazioni.

Il contratto di affiliazione commerciale è, quindi, normalmente preceduto da una fase di trattativa tra le parti o, più propriamente, da una fase che è possibile definire "informativa" nella quale l'affiliante cerca di valutare l'affidabilità, la posizione, le capacità e le potenzialità del probabile affiliato il quale, a sua volta, cerca di avere la maggiore quantità possibile di informazioni sull'attività oggetto del rapporto di affiliazione¹⁴⁰.

L'attenzione del legislatore in ordine a tale fase, preliminare alla stipula del rapporto negoziale, è inquadrabile, in via generale, in quella tendenza volta a favorire la conoscenza e la trasparenza informativa nell'ambito contrattuale¹⁴¹.

E' un dato ormai da tempo acquisito che un accesso incondizionato alle informazioni relative a beni e a servizi è funzionale alla trasparenza del mercato e concorre a determinare condizioni ottimali per un'efficiente allocazione delle risorse, sia nella prospettiva dei singoli operatori, che nella prospettiva del sistema economico complessivamente considerato, cioè del mercato.

E' evidente, infatti, come la possibilità, per i contraenti, di essere informati con congruo anticipo circa i termini e le condizioni dell'affare che viene loro prospettato, consenta agli stessi di disporre del tempo necessario per valutare il contratto che si accingono a sottoscrivere e, soprattutto di comparare le diverse offerte presenti sul mercato, in termini di qualità, prezzo e convenienza.

Il "buon fine" della singola operazione e, conseguentemente, la soddisfazione degli interessi e delle aspettative delle parti, dipendono, infatti, dal grado di consapevolezza che dell'operazione medesima sono in grado di acquisire i contraenti, e quindi dalla "qualità" della negoziazione nel cui contesto si forma il consenso.

In questo senso, l'esigenza di garantire informazioni il più possibile complete ed esaurienti si fa particolarmente marcata quando i rapporti prenegoziali tra le parti siano viziati da "asimmetrie informative" in favore dell'una ed a svantaggio dell'altra, così da prospettare il rischio che l'esito delle trattative si rilevi inaspettatamente iniquo, oneroso ed insoddisfacente, a discapito del soggetto meno informato¹⁴²

¹⁴⁰ Ad esempio dati inerenti la compagnia ed il management dell'affiliante, il fatturato lessivo per area o per prodotto, il numero e la dislocazione degli altri affiliati e così via.

¹⁴¹ La grande importanza della fase informativa nelle prerogative delle parti può presumersi dal fatto che negli Stati Uniti, dove notoriamente il franchising ha avuto una straordinaria evoluzione in tutti i settori del commercio, gran parte del contenzioso è sempre attinente alla fase informativa. Con il passare del tempo si è, quindi, accentuata la sua importanza e tale ambito è stato fatto oggetto di specifica disciplina. Al riguardo DEVASINI P., *Il sistema franchising*, Milano, 1990, p. 66, dove l'autore, in relazione alla disciplina dell'istituto negli U.S.A., analizza il *Full Disclosure Act* del 20 ottobre 1979, che regola i precisi obblighi informativi a carico del franchisor. Non può dimenticarsi che, alla stregua della regolamentazione americana, alcune legislazioni europee, quali quella francese e spagnola, hanno disciplinato precisi obblighi informativi preventivi a carico affiliante.

¹⁴² Tale situazione si verifica, particolarmente, nel campo dei contratti stipulati con i consumatori, caratterizzato da una situazione di asimmetria informativa. Non a caso, è questo il settore in cui si registra il maggior numero di interventi legislativi, attraverso i quali sono stati imposti specifici obblighi di informazione a carico dell'imprenditore e del professionista in favore del consumatore. Basti pensare a tutte le normative relative alle informazioni in materia di prodotti destinati al consumatore, di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, di trasparenza delle condizioni contrattuali nei servizi bancari e finanziari, di

E' opinione ormai generalizzata che il corretto funzionamento e la migliore efficienza del sistema economico vengano favoriti attraverso informazione e chiarezza: la diffusione delle notizie significative per la conclusione del contratto è, infatti, funzionale ad accrescere i livelli di concorrenza e, conseguentemente, l'efficienza del mercato.

E' possibile assistere, attualmente, sia nell' ambito del diritto interno che di quello comunitario, al progressivo superamento della dicotomia tra disciplina generale dei contratti e disciplina speciale a tutela dei consumatori e alla conseguente tendenza ad approntare strumenti di tutela nei confronti del contraente "debole" indipendentemente dalla sua collocazione all'interno del ciclo economico.

L'attenzione appare sempre più spesso rivolta a tutte quelle tecniche di negoziazione rispetto alle quali appare necessario un riequilibrio tra le informazioni detenute dal soggetto che "opera" nel mercato, rispetto al soggetto che, seppur professionalmente, "partecipa" al mercato stesso, e che, per inesperienza, scarso potere economico e, soprattutto, carenza di adeguate informazioni, non sia in grado di concludere un contratto dal contenuto coerente con le regole del mercato stesso.

Talora lo squilibrio informativo rileva non soltanto sotto il profilo soggettivo, ma anche e soprattutto sotto un l'aspetto oggettivo, falsando così le regole della concorrenza.

La rilevanza dell'informazione precontrattuale nell'ambito dell'affiliazione commerciale è, comunque, dovuta, soprattutto alla complessità del franchising, sia in relazione agli oneri economici che esso comporta, sia in relazione alla durata ed agli obblighi che dallo stesso scaturiscono.

E' naturale, quindi, che il potenziale affiliato sia interessato a conoscere, con il maggior grado di dettaglio possibile e prima di essere contrattualmente vincolato, una serie di elementi, riguardanti sia il profilo economico del rapporto che il regolamento negoziale che lo disciplinerà.

Inoltre, nonostante la varietà delle situazioni ipotizzabili, normalmente affiliante e affiliato si trovano, al momento dell'instaurazione del rapporto contrattuale, in una situazione di equilibrio. Mentre, infatti, il potenziale affiliante è generalmente dotato di competenze sufficientemente approfondite, tali da permettergli di valutare l'opportunità e la convenienza dell'affare, l'affiliato¹⁴³, invece, è un soggetto spesso privo di esperienza specifica nel settore specifico ed in quello commerciale generalmente inteso¹⁴⁴.

Non è certo infrequente che l'affiliato sia indotto ad entrare in una rete distributiva alimentato da troppo facili ottimismo, suscettibili, poi, di tramutarsi in false aspettative, se non addirittura in esiti disastrosi¹⁴⁵.

Non è causale, dunque, che l'obbligo di rivelare tutte le informazioni necessarie per l'instaurazione del rapporto, prima della sottoscrizione del contratto, costituisca l'aspetto

contratti a distanza, di commercio elettronico ed, infine, di vendita di pacchetti turistici e multiproprietà.

¹⁴³ Dato l'interesse per l'affiliato di acquisire il maggior numero di dati possibile circa l'attività che gli viene proposta, ed individuato nel franchisor il soggetto che ha accesso alle informazioni rilevanti per il primo, è da stabilire entro quali limiti tale interesse debba prevalere su quello, di segno tendenzialmente opposto, del franchisor di non divulgare, durante le trattative, notizie circa le caratteristiche della propria rete commerciale. La risposta che a tale problema è stata fornita, varia naturalmente da paese a paese, anche in ragione della tradizione giuridica di appartenenza.

¹⁴⁴ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag. 23 lo definisce un "newcomer" del settore.

¹⁴⁵ BACCHINI F., *Le nuove forme speciali di vendita ed il franchising*, Padova, 1999, pag. 319.

più rilevante di tutta 1a disciplina in commento.

Tuttavia, la fase precontrattuale, certamente essenziale, anche alla luce dello sviluppo del franchising, ma anche nella normale procedura precontrattuale di incontro delle volontà negoziali, improntata alla buona fede e all'affidamento.

La finalità perseguita dal legislatore, cioè quella di far in modo che il futuro affiliato disponga di tutti gli elementi utili per valutare in modo completo la convenienza dell'affare prospettato gli, dovrebbe consentire la predisposizione di tutta una serie di condizioni affinché la volontà negoziale del futuro contraente possa formarsi al riparo dalle insidie provocate dall'ignoranza circa le dinamiche contrattuali ed economiche proprie dell'operazione che egli intende affrontare. Per perseguire tale obiettivo, il legislatore ha opportunamente deciso di non affidarsi al generico obbligo di informazione scaturente dal principio generale di correttezza e buona fede, di cui all'art. 1337 c.c., ma di delineare analiticamente il contenuto dell'onere mediante l'imposizione al franchisor di un preciso dovere contrattuale, predeterminando anche un congruo lasso di tempo che deve intercorrere tra la consegna del testo e degli allegati e la sottoscrizione del vero e proprio contratto. La dottrina maggioritaria¹⁴⁶ sottolinea come il legislatore abbia ritenuto di "spingere" l'istanza di trasparenza nella negoziazione fino "all'anticipazione" al futuro affiliato dell'intero contratto da sottoscrivere. Non sono stati previsti, quindi, una serie di passaggi graduali e obbligati prima della nascita del vincolo contrattuale, ma la necessità è quella di fornire anzitempo all'aspirante franchisee l'intero testo contrattuale di cui gli verrà poi proposta la sottoscrizione: un quadro completo ed esauriente, quindi, di tutti gli aspetti salienti del futuro rapporto, idoneo per consentirgli di svolgere un'accurata analisi. Il testo del contratto da presentare al potenziale franchisee deve, quindi, contenere tutti gli elementi indicati dall'art. 3, quarto comma, nonché tutti gli allegati di cui all'art. 4, correlati da ognuna delle informazioni ivi previste.

Non sembra da ritenersi, comunque, che l'obbligo previsto dall'art. 4 debba interpretarsi in modo così rigido da impedire qualsiasi modifica dei termini contrattuali comunicati all'aspirante franchisee, nel periodo che precede la vera e propria sottoscrizione del contratto. Ferma restando l'impossibilità per l'affiliante di modificare il contenuto del regolamento contrattuale e/o gli allegati al contratto, dopo la consegna e prima della sottoscrizione, non sembra però altrettanto preclusa alle parti la possibilità di precisare, modificare o eliminare alcune delle pattuizioni precedenti.

¹⁴⁶ Contrario alla dottrina maggioritaria è PANDOLFINI V., *Obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I Contratti*, 2005, pag.66. L'autore sottolinea come la nuova disciplina paia porre un rilevante dubbio interpretativo, suscettibile di ripercuotersi in maniera rilevante sulla prassi negoziale. Qualora, infatti, l'obbligo in capo al franchisor di consegnare la copia completa del contratto al futuro franchisee debba intendersi con riferimento a tutti gli elementi elencati nell'art.3, quarto comma della legge, ne deriverebbe un notevole inconveniente pratico sia per il franchisor, al quale verrebbe imposto un onere organizzativo non indifferente, ma anche, più in generale, ad entrambe le parti, sul piano della concreta prassi negoziale. La soluzione prospettata è quella di interpretare la norma in commento nel senso che il contratto da consegnarsi all'aspirante franchisee trenta giorni prima della sottoscrizione non debba necessariamente comprendere tutti gli elementi previsti dall'art.3 (i quali dovrebbero, tuttavia, essere comunque presenti al momento della sottoscrizione), ma solo quelli suscettibili di rientrare nelle condizioni generali di contratto: l'eventuale entry free, le modalità di calcolo e di pagamento e le royalties, le caratteristiche dei servizi del franchisor in termini di assistenza tecnica, progettazione, allestimento e formazione e le condizioni di rinnovo, risoluzione o cessione del contratto. .

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

Il franchisor potrà, allora, liberamente modificare, eliminare e perfino non menzionare nel contratto le informazioni di cui all'art. 4 della legge, qualora sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza¹⁴⁷.

E' possibile costatare, inoltre, come il testo del primo comma dell'art. 4 contenga evidenti lacune. Il legislatore non ha previsto l'obbligo per il franchisor di aggiornare, successivamente alla stipula del contratto, il materiale informativo a suo tempo consegnato al al franchisee e/o di avvalersi di quest'ultimo qualora siano intervenute modifiche, come pure di consegnare un nuovo ed aggiornato materiale informativo in occasione dell'eventuale rinnovo del contratto stesso.

Sarebbe stata, al contrario, opportuna un'espressa indicazione legislativa in tal senso, in modo da assicurare al franchisee di disporre di informazioni tempestivamente aggiornate circa l'attività del franchisor, tali da permettergli di valutare l'andamento della propria attività.

La consegna del contratto completo dovrà essere effettuata al potenziale franchisee non meno di trenta giorni prima della sua sottoscrizione¹⁴⁸. Al riguardo la dottrina maggioritaria¹⁴⁹ sostiene che tale periodo di "periodo di riflessione", è volto a dare all'aspirante affiliato il tempo di effettuare le concrete verifiche circa la conformità al vero delle dichiarazioni dell'affiliante, prendere contatto con altri affiliati, controllare gli allegati¹⁵⁰ quant'altro risulti utile a prendere una decisione con piena cognizione di causa¹⁵¹.

¹⁴⁷ PANDOLFINI V., *op. cit.*, pag. 79, dove l'autore afferma che la previsione appare, a suo parere, incongrua, rischiando addirittura di vanificare la trasparenza tanto ricercata ed osannata dal legislatore. Data l'estrema genericità della formula legislativa, il franchisor potrà facilmente sottrarsi agli obblighi informativi su di lui incumbenti, semplicemente invocando la "riservatezza" delle informazioni che dovrebbe fornire. D'altra parte è pur vero che, la menzione nel contratto delle esigenze di riservatezza, ai fini del diniego delle informazioni, rappresenta un'adeguata tutela per l'aspirante affiliato.

¹⁴⁸ Nel raffronto tra la disciplina italiana e quella francese e spagnola, vi è certamente, la nostra legislazione presenta un elemento più favorevole per il futuro franchisee: la concessione, cioè, di un termine più lungo rispetto ai venti giorni previsti dalle altre normative.

¹⁴⁹ In tal senso soprattutto FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag. 95.

¹⁵⁰ L'art. 4 della legge 129/2004 fa una dettagliata elencazione degli allegati da fornire a carico dell'affiliante: a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante; e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla privacy.

¹⁵¹ La preoccupazione che è stata espressa da coloro che ritengono che trenta giorni siano troppo lungo, per il rischio di divulgazione di notizie riservate o per il fatto che in tale periodo possano cambiare le condizioni di mercato, sembra francamente non sussistere sia perché la negoziazione dura di solito per un periodo ben più lungo, sia perché, se l'aspirante affiliato avesse la volontà di svelare notizie riservate, basterebbero pochissimi giorni.

3.3. Il sistema sanzionatorio previsto dalla nuova legge sul franchising.

La legge 129/2004, pur contenendo norme imperative, non menziona un sistema unitario di sanzioni¹⁵².

Infatti, relativamente ad un elemento prettamente formale, cioè alla mancanza nel contratto della forma scritta, il legislatore commina la nullità dell'intero rapporto negoziale (art. 3, primo comma). Inoltre, anche se non espressamente menzionato, la sanzione negativa della nullità contrattuale, dovrebbe essere il rimedio esperibile pure per le ipotesi in cui il contratto non contenga tutti gli elementi elencati all'art. 3, quarto comma: essa rappresenterebbe, infatti, il rimedio più efficiente e in grado di dare maggior ristoro alle aspettative dell'affiliato.

Per la mancata osservanza dei doveri di informazione, l'art. 8 della legge prevede, al contrario, la sanzione dell'annullamento, a cui può anche aggiungersi l'obbligo del risarcimento del danno, se dovuto.

La nuova legge, dunque, dedica alle ipotesi di non corretta osservanza degli obblighi informativi la norma dell'art. 8; il legislatore non ha, quindi, ritenuto opportuno prevedere una specifica disciplina sanzionatoria¹⁵³ per i casi in cui le informazioni consegnate all'aspirante franchisee siano in tutto o in parte carenti degli elementi indicati nell'art. 4, o tali elementi siano indicati in modo incompleto, inesatto o erroneo o, ancora, non siano stati adempiuti gli obblighi previsti dall'art. 6 ma, al contrario, ha inserito nel testo legislativo, una disposizione a carattere generale che si riferisce semplicemente alle "false informazioni"¹⁵⁴.

Molte riflessioni sono state fatte in dottrina in ordine ai motivi che hanno portato il legislatore a scegliere la sanzione dell'annullamento: quello dell'annullabilità negoziale è, infatti, lo strumento tipico per la tutela del contraente il cui consenso risulti in qualsiasi modo viziato; proprio per questo, la disciplina dell'annullabilità, rispetto alla nullità, presenta un carattere di maggiore adeguatezza per la tutela del contraente "raggirato"¹⁵⁵.

La parte sarà il migliore arbitro del proprio interesse. Qualificare, infatti, il contratto come

¹⁵² E' questa l'osservazione prospettata da FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag.111.

¹⁵³ In ciò l'art. 8 si differenzia sensibilmente da altre normative internazionali in materia di franchising che, invece, prevedono una disciplina più dettagliata in ordine alle conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo in esame. Ad esempio, l'art. 2 della legge francese prevede un regime sanzionatorio contravvenzionale per l'inadempimento degli obblighi informativi da parte del franchisor; anche la *Federal Trade Commission* dispone un'ampia gamma di rimedi sanzionatori, ivi incluse misure di carattere inibitorio (Cfr. PARDOLESI R., *Il "controllo" del franchising*, in *Ruolo ed evoluzione normativa del franchising*, *Atti del Convegno di Pisa*, 1988, pagg. 46 e ss.). Inoltre, l'art. 8. par. 1, della Legge modello UNIDROIT prevede che "in caso di mancata informativa o di informativa incompleta o erronea, riguardante un *material fact* da parte del franchisor, il franchisee possa risolvere il contratto a meno che lo stesso abbia potuto disporre dell'informazione omessa tramite altri mezzi, o non abbia fatto affidamento sull'esattezza dell'informazione, o ancora il rimedio della risoluzione risulti sproporzionato, avuto riguardo alle circostanze". Il par. 2 del medesimo articolo, poi, prevede una serie di termini per l'esercizio del rimedio della risoluzione.

¹⁵⁴ Osserva PANDOLFINI V., *Obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., pag. 87, che tale impostazione manifesta la diretta influenza sulla nuova legge sull'affiliazione commerciale, dei codici di comportamento delle Associazioni di categoria, caratterizzati proprio dall'assenza di sanzioni per l'inosservanza dei principi in essi enunciati

¹⁵⁵ DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 93.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

annullabile, su istanza di parte stessa, significa permettere al contraente protetto, che ritenga comunque vantaggioso il contratto, la sua "manutenzione", eventualmente accompagnata dal risarcimento del danno.

Non è da sottovalutare, inoltre, la possibilità, per i contraenti, di continuare, comunque, il loro rapporto, ma a condizioni differenti da quelle inizialmente convenute, qualora ciò corrisponda all'interesse di entrambe.

Osserva autorevole dottrina¹⁵⁶ che " per un verso; va riconosciuto che l'annullamento del contratto è una sanzione, a tal proposito, più appropriata della nullità, in quanto rimedio a disposizione di una delle parti, che può, quindi, esercitarlo o meno secondo la propria convenienza e può darvi convalida tacita, ciò al contrario della nullità che sarebbe a disposizione di chiunque (anche del giudice) e non ammetterebbe convalida, per non parlare poi della sua imprescrittibilità.

L'art. 8 pone, poi, un altro problema di carattere generale e cioè quello se, trattandosi di norme imperative, l'inosservanza di uno qualsiasi degli obblighi previsti nella medesima legge 129/2004 non incontri sempre e comunque la sanzione generale della nullità¹⁵⁷.

E' ormai opinione consolidata che in materia di contratti di lunga durata (ed in particolare relativamente ai contratti di distribuzione) la nullità non rappresenti quasi mai la sanzione più efficace, se non con notevoli temperamenti ed in quanto accompagnata da misure prettamente restitutorie¹⁵⁸.

Nell'ambito dell'affiliazione commerciale può verificarsi che il contegno scorretto, sleale o comunque in mala fede di uno dei contraenti si inserisca in un disegno, più o meno articolato, volto all'induzione dell'altro contraente in errore circa alcuni aspetti del contratto, tale per cui, in assenza di detto errore, quest'ultimo non lo avrebbe concluso.

Si tratta dell'ipotesi di dolo negoziale, di cui all'art.1439 c.c.; tale previsione dell'annullabilità del contratto per dolo, a seguito di "false informazioni", viene concessa dal legislatore, soprattutto, nella prospettiva e a vantaggio dell'affiliato: è, infatti, in particolar modo, quest'ultimo che può trovarsi nella condizione di aver stipulato il contratto sulla base di informazioni non veritiere o fuorvianti fornite dalla controparte nella fase precontrattuale¹⁵⁹.

L'art. 8 della nuova legge sul franchising, mostra, quindi, il suo evidente intento rafforzativo dei precisi obblighi informativi di cui ai precedenti artt. 4 e 6.

E' stato precedentemente osservato che il franchisor deve fornire informazioni sulla sua operatività e consistenza nel mercato, sul suo patrimonio di conoscenze e ritrovamenti tecnici e commerciali, sui marchi e sugli altri segni distintivi di cui può disporre, oltre ad ogni altra notizia relativa alla sua attività; il franchisee, a sua volta, deve fornire informazioni necessarie ed opportune al fine della stipulazione del contratto di

¹⁵⁶ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag.121.

¹⁵⁷ La risposta positiva, che potrebbe essere coerente con il sistema, trova però un ostacolo insormontabile alla luce di un' elementare analisi economica del diritto, perché si tratterebbe di vedere qual è la sanzione che, punitiva per la parte che non ha adempiuto alla norma, sia anche la più economicamente vantaggiosa per la parte innocente.

¹⁵⁸ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag.121.

¹⁵⁹ DELLI PRISCOLI L., *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000, pag. 40, cita, ad esempio, il caso in cui il franchisor trasmetta delle licenze non aventi una qualche effettiva esistenza, in termini di notorietà o di funzionalità, ma soltanto degli effimeri sistemi di commercializzazione, che dietro ad una parvenza di mirabile convenienza per il franchisee, nascondano in realtà il vuoto assoluto.

affiliazione.

Le parti, quindi, nel fornire tali notizie, dovranno obbligatoriamente dichiarare il vero stato delle cose, pena, appunto, l'invalidità dell'intero rapporto¹⁶⁰.

Le false informazioni devono, comunque, essere determinanti per il consenso, visto l'espresso richiamo operato dal legislatore all'art. 1349 c.c., secondo il quale, appunto, i raggiri devono essere stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato. A tal proposito per false informazioni si può intendere, esemplificando, il fatto che l'affiliante abbia fornito indagini di mercato non veritiere o che l'affiliato abbia sostenuto di avere già avuto esperienze commerciali, in realtà, inesistenti.

L'art. 8 della legge parifica le "false informazioni" ai raggiri qualificati di cui all'art.1439 c.c., senza tenere conto che accogliendo l'equivalenza tra false informazioni e informazioni non veritiere perché incomplete, un certo numero di queste potrebbe avere scarsa, se non addirittura nessuna influenza, nella determinazione di stipulare o meno il contratto¹⁶¹.

La dottrina maggioritaria ha poi sollevato il problema del rapporto tra le "false informazioni", di cui espressamente parla il legislatore, e le "informazioni mancanti".

In sostanza l'espressione legislativa "fornire false informazioni" ha messo in luce l'importante questione se anche le mancate informazioni o le informazioni reticenti (il cosiddetto dolo omissivo) possano rientrare nella fattispecie in esame.

Autorevole dottrina¹⁶² osserva a riguardo che, vista la quantità degli obblighi informativi previsti a carico di entrambe le parti dalla legge, il problema se si possa equiparare la mancata informazione ad una falsa informazione relativamente alle conseguenze sanzionatorie previste, si porrà solo per quelle informazioni non dovute ai sensi delle disposizioni precedenti della stessa legge 129/2004.

Infatti, nel caso in cui venga omessa un'informazione dovuta, si dovrà fare riferimento alle sanzioni previste per la violazione dei singoli obblighi informativi.

Così, per quanto riguarda le obbligazioni fornite dall'affiliante, si dovrà trattare di informazioni non dovute ai sensi dell' art. 4 e non richieste dalla controparte ai sensi dell'art. 6.

Per quanto riguarda, invece, le informazioni fornite dall'aspirante affiliato, non sembra potersi ipotizzare uno spazio applicativo della norma in commento, in quanto ogni informazione che la buona fede impone di dare alla controparte nella fase precontrattuale è già dovuta proprio perché "la sua conoscenza risulti necessaria ed opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale"¹⁶³ ai sensi del terzo comma dell' art. 6.

Se ci si dovesse attenere alla formulazione letterale della norma, se ne dovrebbe dedurre che la mancata informazione è, nella sostanza, di diverso significato rispetto

¹⁶⁰ Parte della dottrina, già prima della riforma legislativa del 2004, aveva evidenziato che eventuali indicazioni false o reticenze sulla consistenza dell'azienda o su qualunque altro elemento decisivo ai fini della conclusione del contratto potevano dar luogo al suo annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c. Cfr. VITTORINI G., *Anomalie e tutela nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Milano, 1983, pag. 141.

¹⁶¹ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag.121, propone questo esempio: "si supponga che l'affiliante affermi di avere duecento punti vendita ed invece ne abbia solo centonovantanove o, ancora, affermi che le variazioni degli ultimi tre anni siano state venti ed, invece, poi, ne risultino nello specifico diciannove o ventuno"; osserva l'autore che non pare che questa equivalenza totale fosse nella ratio del legislatore.

¹⁶² DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 100.

¹⁶³ DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 101.

all'informazione falsa e pertanto non risulterebbe sanzionabile ex art. 1439 c.c.

Tuttavia, l'opinione dominante è quella che la negatività della conclusione sia tale che, alla luce della reale e concreta "ratio" della norma, anche la mancata informazione dovrebbe subire la stessa sanzione dell'informazione falsa, benché permanga il dubbio se la prima possa effettivamente assurgere a "raggiro" ai sensi dell' art. 1439 c.c

Comunque, quando l'informazione è obbligatoria per legge, l'azione ex. art. 1439 c.c. è da ritenersi giustificata.

Il rimedio dell'annullabilità del contratto di franchising per i casi in cui un contraente comunichi all'altro, proprio nella fase precontrattuale del rapporto, false informazioni, viene offerto dal legislatore alla "parte", qualunque parte destinataria di dette notizie non veritiere.

L'azione, quindi, può essere esercitata sia dall'affiliato che dall'affiliante. La prima ipotesi, naturalmente, sarà la più frequente in relazione agli obblighi dell'art. 4, primo comma, ma anche la seconda sarà, comunque, ipotizzabile in relazione ai doveri di informazione dell'aspirante affiliato ai sensi dell'art. 6, terzo comma.

E' stato a tal proposito legittimamente osservato, da parte della dottrina¹⁶⁴, che questa disposizione, a differenza della maggior parte delle altre previsioni della legge 129/2004, non si limita a tutelare solo l'aspirante affiliato dai possibili abusi comportamentale della parte "forte" del rapporto, ma si rivolga ad entrambi i contraenti.

Tale constatazione viene tuttavia giustificata da un'accurata analisi del resto della normativa: infatti, laddove (ed è questo il caso più frequente) il legislatore ha voluto tutelare il solo aspirante affiliato, lo ha espressamente indicato.

Così, come nel caso dell'art. 6 dove il legislatore stesso si è occupato, rispettivamente nel primo e nel terzo comma, di entrambi i contraenti nella loro veste di soggetti che forniscono informazioni precontrattuali, così nell'articolo in commento entrambi sono chiamati a rispondere delle informazioni non veritiere ed attendibili precedentemente fornite.

Proprio sulla valenza dell'art. 1439 c.c., la dottrina ha dibattuto maggiormente, partendo dalla considerazione che qualora il legislatore avesse pensato di dover dettare una norma così specifica inserendola nella nuova legge sull'affiliazione commerciale, lo avrebbe probabilmente fatto poiché riteneva che la norma non sarebbe stata applicabile a tutte le ipotesi in cui i contraenti avessero negoziato fornendo false informazioni.

A questo punto, la dottrina si è anche interrogata sul fatto se, in base alla disposizione dell'art. 8 della nuova legge, vi sia spazio per l'applicazione, al contratto di franchising, dell'art. 1440 c.c. relativo al dolo incidente.

Autorevole dottrina¹⁶⁵ si è posta l'interrogativo se, trattandosi di una norma generale in tema di contratti, anch'essa trovi ugualmente applicazione, anche se non menzionata, nella legge 129/2004.

Se si sceglie, infatti, di interpretare l'art. 8 come indicato dalla dottrina maggioritaria e cioè senza dare peso al requisito dell'efficacia determinante delle false informazioni fornite sul consenso dell'altro contraente, risulta difficile individuare un residuo spazio applicativo per la norma di cui si discute, poiché assorbita dal disposto dell'art. 8¹⁶⁶.

¹⁶⁴ DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 93.

¹⁶⁵ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag.123.

¹⁶⁶ PANDOLFINI V., *Obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., pag. 88 sostiene, al contrario, che

Ciò, però, potrebbe anche privare il contraente leale di una forma di tutela senz'altro importante, tutte le volte in cui egli abbia interesse a mantenere in vita il rapporto negoziale instaurato.

Il contraente ingannato, infatti, potrebbe voler mantenere in vita il contratto e chiedere il successivo risarcimento del danno piuttosto che a porlo nel nulla: basti solo pensare che l'affiliato potrebbe aver effettuato investimenti rilevanti dando inizio alla sua attività e affiancando la sua immagine a quella dell'affiliante; anche quest'ultimo potrebbe essere titolare di un analogo interesse magari perché ha già trasferito il know-how, promosso campagne pubblicitarie, fatto affidamento alla copertura di una certa zona per la vendita dei suoi prodotti o servizi, prima di scoprire che gli sono state fornite informazioni false.

Se, al contrario, si ritiene, invece, più corretto aderire alla tesi secondo cui, anche nei casi previsti dall'art. 1439 c.c. il contraente leale potrebbe avere la possibilità di "rivedere" il contratto con la possibilità di richiedere il risarcimento del danno, ecco che anche la controparte, l'affiliante o l'affiliato ingannato potrà avere accesso a questo tipo di tutela e, quindi, mantenere in vita il contratto, senza dover invocare il dolo incidente¹⁶⁷.

Da mettere in luce che la legge 129/2004, all'art. 8, nulla dice relativamente alla prescrizione dell'azione di annullamento del contratto di affiliazione commerciale.

Autorevole dottrina¹⁶⁸, tuttavia, ha constatato come il legislatore avrebbe dovuto rendersi conto che la consueta prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento, se applicata al franchising, potrebbe essere fonte di problematiche particolari, poiché potrebbe rivelarsi troppo lunga per un contratto che cessa de facto molto prima; in secondo luogo, una prescrizione dell'azione di annullamento di cinque anni potrebbe essere uno "strumento pericoloso" in mano alla parte legittimata a servirsene, dopo aver approfittato dei benefici di un'esecuzione contrattuale pluriennale, per opporsi alla richiesta del pagamento di somme dovute. Infine, anche per la parte destinataria delle mancate informazioni, gli effetti negativi dell'interruzione dei rapporti, a causa dell'annullamento, potrebbero essere superati mediante rimedi alternativi quali la riconduzione del contratto alle "condizioni diverse" alle quali esso stesso si sarebbe concluso se ci fosse stata la totale disclosure, oppure ad un ristoro dei danni subiti.

In ultimo dal momento in cui l'affiliato o l'affiliante scopra il dolo dell'altra parte del rapporto (consistente proprio nella falsità delle informazioni che lo hanno indotto a concludere il contratto), a norma dell'art. 1442 c.c., comincia a decorrere il termine di prescrizione dell'azione di annullamento.

una simile interpretazione, che pure ha il pregio di valorizzare la portata applicativa ed innovativa della nonna in commento, sembra, tuttavia, difficilmente accoglibile. In primo luogo, infatti, aderendo a tale tesi, dovrebbe ammettersi che la nonna dell'art. 8 trovi applicazione non soltanto a prescindere dal carattere determinante dell'inganno, ma anche a prescindere dagli altri requisiti applicativi dell'art. 1439 c.c., i quali sono anch'essi richiamati dall'art. 8 e cioè a prescindere che il raggio si traduca in una vera e propria macchinazione, cioè una specifica attività finalizzata a trarre in inganno la controparte; a prescindere dal fatto che il raggio operato dal contraente possa essere intenzionale; a prescindere, infine, dal fatto che tale attività sia idonea ad ingannare un soggetto di normale avvedutezza, e che la controparte possa rendersi conto dell'errore usando l'ordinaria diligenza.

¹⁶⁷ DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *op. cit.*, pag. 100.

¹⁶⁸ FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag.125.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il franchising*, Milano, 1989.

AA. VV., *Guida pratica al franchising*, Milano, 1990.

AMOROSO M., *Il franchising*, Milano, 2001.

BACCHINI F., *Le nuove forme di vendita ed il franchising*, Padova, 1999.

BALDASSARI A., *I contratti di distribuzione*, Padova, 1989.

BALDASSARI A., *Il franchising*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* diretta da Galgano, Torino, 1995.

BARBUTO M., *Il punto sul franchising*, in *Impresa*, 1990, pagg. 24 e ss.

BAUSILIO G., *Contratti atipici*, Padova, 2002.

BERTI R., *Franchising e concessione di vendita: diritti dei terzi*, in *Contratti*, 1996, pagg. 52 e ss.

BIANCA C. M., *Il contratto*, III, Milano, 1987.

BORTOLOTTI F., voce *Concessione di vendita*, in *Noviss. Dig. it., App. II*, Torino, 1981, pagg. 221 e ss.

BUSSANI M. e CENDON P., *I contratti nuovi (Leasing, factoring, franchising)*, Milano, 1989.

CAGNASSO O., *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983.

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale*, III, Torino, 1997.

CATAUDELLA A., *I contratti*, Torino, 2000.

CIPRIANI N., *Sul danno all'immagine del franchisor*, in *Giur. it.*, 1996, I, pagg. 381 e ss.

CLARIZIA R., voce *Contratti innominati*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IX, pagg. 1 e ss.

DELLI PRISCOLI L., *I contratti di distribuzione come categoria unitaria*, in *Giur. Comm.*, 1994, II, pagg. 801 e ss.

DE NOVA G., *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, pagg. 763 e ss.

DE NOVA G., *Nuovi contratti*, Torino, 1990.

DE NOVA G., LEO G. e VENEZIA A., *Il franchising: legge 6 maggio 2004, n. 129*, Milano, 2004.

FAUCEGLIA G., *Il franchising. Profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1989.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.
- FERRI G., *Vendita con esclusiva*, in *Dir. prat.comm.*, 1933, I, pagg. 227 e ss.
- FOSSATI G., *Il franchising. Aspetti giuridici, finanziari e fiscali. Prospettive di sviluppo in Italia*, Milano, 1995.
- FRANZOSI M., *Il franchising*, in *Foro pad.*, 1985, II, pagg. 1 e ss.
- FRIGNANI A., *Franchising: la nuova legge*, Torino, 2004.
- FRIGNANI A., *Il franchising*, Torino, 1990.
- FRIGNANI A., *Nuove riflessioni in tema di franchising*, in *Giur. it.*, 1980, pagg. 1 e ss.
- FRIGNANI A., *Il controllo del franchising nella fase dello sviluppo: esperienza statunitense e strumenti giuridici utilizzabili in Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, pagg. 238 e ss.
- FULCO V. S., *Al via la nuova disciplina del contratto di franchising*, in *Dir. e pratica soc.*, 2004, pagg. 25 e ss.
- GALGANO F., *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Bologna, 1986.
- GALIMBERTI G., *Il franchising*, Giuffrè, Milano, 1991.
- GANDIN G., *La disciplina CEE del franchising alla luce del regolamento comunitario n. 4087/88*, in *Giur. comm.*, 1991, I, pagg. 496 e ss.
- GAST O. e MENDELSON M., *Comment négocier une franchise*, Parigi, 1981.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2001.
- GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.
- GRECO P., *Vendita con esclusiva*, in *Dir. prat.comm.*, 1923, II, pagg. 137 e ss.
- GUYENOT J., *La franchise commerciale*, in *Foro it.*, 1974, V, n. 74.
- LUMINOSO A., *Contratti tipici e atipici*, in *Trat. Dir. Priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1954.
- PARDOLESI R., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979.
- PARDOLESI R., voce *I contratti di distribuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, pagg. 1 e ss.

IL FRANCHISING NELLA RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

DEL DOTT. GIUSEPPE SERIO

EMAIL: serio.giuseppe@alice.it

PERFETTI V., *La tipicità del contratto di franchising*, in *Quadrimestre*, 1991, pagg. 29 e ss.

PINI L., *Aspetti giuridici ed economici del franchising*, in *Economia e diritto del terziario*, 1994, pagg. 493 e ss.

RINALDI R., *Il franchising*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, pagg. 104 e ss.

SANTINI G., *Il commercio: saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979.

SCARPA M., *Il franchising*, Milano, 1996.

SEGA D., *Franchising e concessione di vendita a confronto*, in *Arch. civ.*, 2001, I, pagg. 4 e ss.

TORRENTE A., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1955.

VACCA C., *L'economia delle relazioni tra imprese: dall'espansione dimensionale allo sviluppo per reti esterne*, in *Economia e Politica Industriale*, 1986, pagg. 97 e ss.

VALENTE E., *Il nuovo contratto di franchising: guida pratica alla nuova disciplina*, Rimini, 2004.

VETTORI G., *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.

VIGNALI C., *Il franchising nella prassi commerciale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pagg. 127 e ss.

ZANELLI E., *Il sistema delle licenze e concessioni nei rapporti fra imprese*, Milano, 1977.

ZANELLI E., voce *Franchising*, in *Noviss. Dig. it., App.*, 1982, pagg. 886 e ss.

ZUDDAS G., *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Tratt. dir. comm.*, Torino, 2003.

ZUDDAS G., *Il franchising*, Perugia, 1991.