

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 23/05/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35084-autori-vari-la-legge-6-maggio-2004-n-129-applicazioni-pratiche-e-giurisprudenziali-2004-2012>

Autori:

AUTORI VARI, La legge 6 maggio 2004 n. 129: applicazioni pratiche e giurisprudenziali 2004/2012

LA LEGGE 6 MAGGIO 2004 N. 129:
APPLICAZIONI PRATICHE E GIURISPRUDENZIALI
2004/2012

INDICE:

Premessa.Introduzione alla legge 129/2004 (Giovanni Adamo).....

Capitolo I - Il primo contatto tra il Franchisor e il Franchisee: le informazioni veicolate dalla Casa Madre e i documenti informativi (art. 6 della Legge n. 129/04) (Giorgia Mariani – Giovanni Adamo).....

1. Premessa – 2. L'esigenza di una tutela specifica per il franchisee. La presa d'atto dell'esperienza americana, francese e spagnola – 3. Gli obblighi precontrattuali di comportamento: l'art. 6 della L. 129/2004 e la rilevanza del dovere di buona fede – 3.1. Caratteristiche e modalità di esplicazione del dovere di lealtà e correttezza – 3.2. Rapporto con la clausola generale di buona fede – 3.3. Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale – 4. L'applicabilità alla fattispecie in esame del D.Lgs. 145/2007. Rapporti tra le discipline.

Capitolo II - Conclusione del contratto: la fee d'ingresso e la fase di start-up, obblighi dell'affiliante (art. 4 Legge 129/04) (Sandra Sammartino – Giovanni Adamo).....

1. Forma e contenuto del contratto di Franchising: le prescrizioni sul contenuto “minimo” ex art. 3, co. 4, L. 6 maggio 2004, n. 129 – 2. Gli obblighi informativi e di documentazione del Franchisor ex art. 4 L. 129/2004 – 3. La valutazione preventiva: dalla fattibilità del progetto complessivo alla sostenibilità del singolo punto vendita. Gli oneri “progettuali” del Franchisor – 4. La Fee d'ingresso e la fase di start-up: dalla progettazione all'inaugurazione del punto vendita – 5. Il know-how come elemento essenziale del contratto di franchising. La trasmissione delle conoscenze e gli obblighi di formazione; 5.1. Caratteristiche del know-how: sostanzialità, individuazione e segretezza; 5. 2. L'abuso di posizione dominante del franchisor.

Capitolo III - Obblighi di assistenza tecnica e commerciale dell'affiliante nel rapporto di affiliazione (Giuseppina Dimasi – Giovanni Adamo).....

1. Premessa - 2. Previsione normativa e carenza definitoria - 3. Contenuto del contratto e caratteristiche dei servizi offerti. Contenuto “minimo” dell'assistenza da fornirsi a cura del Franchisor. Orientamenti giurisprudenziali e prassi applicativa - 4. Obbligo di assistenza tecnica - dalla fase precontrattuale all'esecuzione del contratto Obbligo di assistenza commerciale - dalla promozione alla commercializzazione - 5. Intensità e rilevanza degli obblighi di assistenza tecnica e commerciale nell'economia contrattuale -6. Inadempimento e profili di responsabilità.

Capitolo IV - Tutela del Franchisor in caso di inadempimento contrattuale del Franchisee (Marialisa Taglienti - Giorgia Mariani - Giovanni Adamo).....

Adamo).....

1. L'inadempimento contrattuale del Franchisee ed i rimedi contrattuali: dalla clausola risolutiva espressa al patto di non concorrenza; 2. Il mancato pagamento di royalties: l'azione ingiuntiva; 3. L' illecito utilizzo del marchio e del know how del Franchisor: violazione del patto di non concorrenza e procedimenti sommari; 4. L'azione di merito: tra procedimento di cognizione e arbitrato.

Capitolo V - Tutela del Franchisee in caso di insussistenza e/o mancanza di originalità del know-how, di mancato assolvimento degli oneri informativi; di false informazioni e/o di inadempimento contrattuale del Franchisor
(Francesca Marchetti – Giovanni Adamo).....

1. Il difetto di *know-how* o di eventuali requisiti di esso, anche *ex art.* 1, co. 3, lett. a), L. 6 maggio 2004, n. 129. Nullità del contratto? - 2. Annullabilità del contratto di franchising ai sensi dell'art. 8, L. 6 maggio 2004, n. 129 - 2.1. Ingannevolezza delle informazioni contenute nei documenti contrattuali e dei messaggi pubblicitari veicolati dal Franchisor - 2.2. Responsabilità *ex artt.* 1439 e 1427 c.c. - 3. Risoluzione per inadempimento del contratto di *franchising*- Il franchising come contratto a rischio d'impresa ridotto - 4. Nullità del contratto di *franchising* - 5. Il rapporto tra imprenditori nell'ambito del contratto di *franchising*: applicabilità della disciplina di cui all'art. 9, L. 10 giugno 1998, n. 192 in materia di abuso di dipendenza economica.

Capitolo VI - Rassegna di Giurisprudenza (Francesca Marchetti – Giovanni Adamo).....

1. Lo “stato dell'arte” e i principi cardine – 2. Le pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – 3. Le pronunce giurisprudenziali intervenute a seguito della entrata in vigore della L. 6 maggio 2004, n. 129.

PREMESSA

INTRODUZIONE ALLA LEGGE 129/2004

a cura di *Giovanni Adamo**

* *Avvocato in Bologna – Cultore della materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna – Fondatore Studio Legale Adamo.*

Il presente volume intende rispondere all'esigenza di chiarire, dopo otto anni di vigenza della L. 6 maggio 2004, n. 129, gli effetti generati dalla applicazione di tale disciplina nelle aule di Giustizia e nella prassi contrattuale italiana.

In particolare, chi scrive (unitamente ai collaboratori che hanno contribuito alla stesura del presente manuale) ha cercato di portare nell'ambito dei Tribunali talune suggestioni, nate all'atto dell'entrata in vigore della Legge e sviluppate poi via via, relative agli obblighi configurabili a carico di chi “fa franchising”, ed al comportamento doverosamente esigibile da parte di chi aderisce ad una rete sviluppata da altri.

Sono così emersi, nel corso degli anni, interessanti risultati generati dai vari approfondimenti sulla divisata materia, relativi, in particolare, e fra l'altro, alle modalità di progettazione della *franchise*, a tutte le necessità di studio del contesto di mercato nel quale la stessa deve insistere, ed alle conseguenze giuridiche che una progettazione fallace e/o improvvisata può generare.

In tale contesto, un doveroso ed assai sentito ringraziamento va all'amico Giuseppe Bonani, massimo studioso del *franchising* come fenomeno di mercato. Grazie ai suoi preziosi consigli, negli anni è stato possibile approcciarsi al “mondo” dell'affiliazione commerciale con una visione “a tutto tondo” che di ogni *franchise* evidenziasse aspetti virtuosi e criticità.

Un ulteriore e non meno doveroso ringraziamento va a tutti coloro che hanno collaborato alla realizzazione di questo manuale, che avrebbe la presunzione di rappresentare la *summa* di quasi due lustri di studi compiuti sulla materia, corroborati dalle sentenze ottenute che ne confermano, almeno in parte, i contenuti.

Infine, non può non rivolgersi un'ultima menzione a tutti gli studiosi che si sono occupati dell'argomento in questi anni, ed i cui contributi sono stati tenuti in ampia e diffusa considerazione nel testo.

CAPITOLO I

IL PRIMO CONTATTO TRA IL FRANCHISOR E IL FRANCHISEE: LE INFORMAZIONI VEICOLATE DALLA CASA MADRE E I DOCUMENTI INFORMATIVI (ART. 6 DELLA LEGGE N. 129/2004)

a cura di *Giorgia Mariani** e *Giovanni Adamo***

* *Junior Assistant Studio Legale Adamo.*

* * *Avvocato in Bologna – Cultore della materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna – Fondatore*

1. Premessa; 2. L'esigenza di una tutela specifica per il franchisee. La presa d'atto dell'esperienza americana, francese e spagnola; 3. Gli obblighi precontrattuali di comportamento: l'art. 6 della L.129/2004 e la rilevanza del dovere di buona fede; 3.1 Caratteristiche e modalità di esplicazione del dovere di lealtà e correttezza; 3.2 Rapporto con la clausola generale di buona fede; 3.3 Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale; 4. L'applicabilità alla fattispecie in esame del D. Lgs. 145/2007. Rapporti tra le discipline

1. Premessa

L'affiliazione commerciale (conosciuta anche come “franchising”¹) ha conosciuto negli ultimi decenni un forte sviluppo. Ciò proprio in ragione delle peculiari caratteristiche di tale rapporto, che permettono ad un imprenditore che si affacci al mondo del mercato di non assumere *in toto* il rischio d'impresa potendo utilizzare una formula commerciale già sperimentata ed un marchio già conosciuto².

La legge 129 del 2004 definisce l'affiliazione commerciale come “*il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti 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*”³.

2. L'esigenza di una tutela specifica per il franchisee. La presa d'atto dell'esperienza americana, francese e spagnola.

In Italia la disciplina dell'affiliazione commerciale è dettata dalla Legge 6 maggio 2004, n. 129⁴.

Studio Legale Adamo.

- 1 Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, 2004, “franchising...:nome che corrisponde al concetto di “privilegio” e che evoca, come già quello di concessione, l'idea che la commercializzazione dei prodotti sia diritto del produttore, e che solo per concessione di questo altri che non sia il produttore può mettere in vendita i prodotti”.
- 2 Sulla nozione di franchising si veda Cassazione, Terza Sezione Civile, sentenza n. 247 del 2007, infatti: “la causa del contratto di franchising è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato creando una vera e propria rete autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dover intervenire direttamente nella realtà locale; per il franchisee, la possibilità di intraprendere un'attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor, e, quindi, giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso e conseguentemente di inserirsi sul mercato”. In dottrina cfr. Colangelo, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Corriere Giuridico*, 2004, pg. 853, per il quale “l'immagine tipica che si ricava è quella di un contratto di durata, basato su un modello standard e una approssimativa divisione dei compiti: il franchisor assume le decisioni commerciali, il franchisee è tenuto ad uniformarsi alle direttive imposte; il primo è un affermato uomo d'affari, che mette a disposizione il know-how e il trademark, il secondo è un inesperto imprenditore, che tenta di mettere su una piccola attività commerciale beneficiando dell'immagine e della reputazione altrui”.
- 3 Legge 129/2004, art. 1, definizione di franchising.
- 4 G.U. 24 maggio 2004, n. 120, Serie Generale. La Legge n. 129 del 2004, recante “Norme per l'affiliazione commerciale” è stata preceduta da sei progetti di legge. In dottrina cfr. De Nova-Leo-Venezia, *Il Franchising*, Milano, 2004, pg. 761; Frignani, *Il Franchising*, Torino, 1990; Cucchi, *Il nuovo contratto di franchising*, Finanze e Lavoro, 2004; Tripodi-Iannuzzi-Pandolfini, *La disciplina del franchising*, Milano, 2004; Adamo-Caputo, *Contratto di franchising*, Cierre, 2006; Adamo-Bonani, *Il Franchising: una formula vincente per la tua impresa. Come creare, lanciare e gestire una rete di vendita in franchising*, FrancoAngeli, 2010.

Prima che il legislatore del 2004 provvedesse alla sua regolamentazione, il franchising⁵ era diffuso come prassi commerciale e i rapporti tra *franchisor* e *franchisee* venivano disciplinati da contratti, predisposti unilateralmente dalla Casa Madre. Contratti, ovviamente, “atipici” ai sensi dell'art. 1322 c.c.⁶

Il Legislatore, nella Legge del 2004, ha tentato di apportare taluni correttivi al congenito squilibrio contrattuale tra *franchisor* e *franchisee*⁷, dando prevalente importanza alla fase precontrattuale e ponendo una serie di obblighi in capo ai contraenti. Tali obblighi, comunemente intesi come obblighi di *disclosure*, hanno il fine ultimo di generare nel franchisee un'adesione consapevole e di eliminare, quantomeno gli elementi maggiormente rilevanti, le “asimmetrie informative” riscontrate nell'epoca precedente all'entrata in vigore della Legge.

L'importanza di una corretta ed adeguata informazione precontrattuale è dovuta essenzialmente alla peculiarità del rapporto che lega *franchisor* e *franchisee* e che comporta per quest'ultimo un rilevante carico di oneri, anche economici⁸.

L'affiliante, infatti, si trova senza dubbio in una posizione “forte”, poiché stabilisce regole e modalità dell'affiliazione, e può incidere in modo anche assai rilevante nell'ambito della organizzazione imprenditoriale dell'affiliato (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla possibilità per l'affiliante di determinare la tempistica del riassortimento dei beni e periodicità dell'attività pubblicitaria). A fronte di tale elemento, poi, è di intuitiva evidenza la posizione “debole” dell'affiliato, il quale deve rispettare le strette tempistiche e le modalità di organizzazione del lavoro dettate dall'affiliante⁹.

5 Si distinguono diverse tipologie di franchising: franchising di distribuzione, di servizi ed industriale. Nel primo tipo il franchisor si limita a produrre i beni e si affida a rivenditori al dettaglio affinché questi intrattengano rapporti diretti con i clienti finali. Nel secondo tipo l'affiliato offre la prestazione di servizi ideati, messi a punto e sperimentati dall'affiliante che dà il suo marchio, l'insegna e le direttive. L'ultimo, che è anche il meno frequente, si ha tra due imprese industriali e più affiliati specializzati in uno stesso settore. L'azienda fornisce le materie prime all'altra azienda che provvede a produrle secondo l'indirizzo suggerito dal franchisor. Infine i franchisee provvedono alla vendita dei prodotti sotto il marchio del franchisor e secondo le modalità da questo suggerite. Cfr. Cucchi, *Il nuovo contratto di franchising*, Finanze e Lavoro, 2004, pg. 12.

6 Ai sensi dell'art. 1322 “*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*”. Si veda, *inter alia*, anche Cassazione, Sezione Prima Civile, n.8376 del 2000, secondo cui “*il contratto in questione, malgrado il suo carattere atipico, è espressione proprio del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall'art. 1322 c.c. ed ancor prima dal menzionato precetto dell'art. 41 Costit.; il quale consente e tutela l'aggregazione, l'affiliazione e comunque, la collaborazione commerciale tra imprese, e le relative pattuizioni con cui insorgono una serie di legami tra di esse, atengono a materia sicuramente disponibile postochè essa è espressione della libertà di scelta e di svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale*”.

7 Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, in *Obbligazioni e Contratti*, giugno 2011, pg. 407: “*nel franchising la naturale disparità di potere negoziale tra affiliante ed affiliato appare più accentuata che nei rapporti di subfornitura, ciò in quanto mentre il subfornitore per essere prescelto deve avere una significativa e qualificata esperienza nella produzione industriale oggetto di decentramento, all'affiliato non è richiesta nella fase iniziale del rapporto una particolare cognizione dello stato dell'arte*”.

8 Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, n. 1/2005, “*è evidente che la possibilità, per i contraenti, di essere informati con congruo anticipo circa i termini e le condizioni dell'affare che venga loro proposto, consente agli stessi di disporre del tempo necessario per valutare il contratto che gli stessi si accingono a sottoscrivere e, soprattutto, di comparare le diverse offerte presenti sul mercato, in termini di qualità, prezzo e convenienza*”; Vedi anche Carriero, *Vendite a distanza, informazione precontrattuale, disciplina comunitaria: la tutela del consumatore di servizi finanziari*, in *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Alpa-Levi, Milano, 2001, pg. 389.

9 Frignani, *Il Franchising*, Torino, 1990, pg. 108, sottolinea che generalmente l'affiliato è disposto ad

Inoltre, mentre il potenziale affiliante è generalmente dotato di competenze approfondite tali da permettergli di valutare l'opportunità e la convenienza dell'affare (esso è ovviamente imprenditore, ma, soprattutto, è -rectius: deve essere-imprenditore "strutturato", che fra l'altro, ai sensi dell'art. 3, Legge Franchising, deve avere "sperimentato sul mercato la propria formula commerciale", elemento che certo fornisce indici presuntivi idonei a valutare approfonditamente la redditività dell'investimento), il potenziale affiliato talora può difettare di possibilità o capacità per compiere valutazioni equilibrate e approfondite dei termini dell'affare (sia per la propria posizione nel mercato che per la relativa inesperienza: si pensi all'affiliazione dell'imprenditore individuale)¹⁰.

L'importanza che rivestono oggi nella disciplina italiana le informazioni precontrattuali in materia di franchising costituiscono frutto di esperienza maturate sotto altri cieli (in America e poi in altre realtà europee).

Le prime forme di franchising trovano la propria origine negli Stati Uniti, già agli inizi del XX secolo, con i contratti di associazione posti in essere da aziende quali Singer, Coca-Cola e General Motors¹¹. Per vedere, tuttavia, una completa disciplina del franchising bisognerà aspettare la Federal Trade Regulation Rule n. 436, "*Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*"¹² emanata dalla Federal Trade Commission il 21 ottobre 1979. Questa Legge Federale (che lascia ai vari Stati la possibilità di derogarvi solo in senso più favorevole al *franchisee*) ha regolato in modo assai stringente il rapporto tra *franchisor* e *franchisee* ponendo grande attenzione alla fase precontrattuale.

In sostanza, la Rule 436 della Federal Trade Commission impone, a chiunque pubblicizzi, promuova o negozi contratti di franchising, precisi obblighi di *disclosure* riguardanti una serie di aspetti, quali, ad esempio, l'esperienza maturata dal *franchisor* e dai suoi funzionari, l'esistenza di eventuali azioni penali o civili subite nei precedenti sette anni, i pagamenti che il *franchisee* è tenuto ad effettuare prima dell'inizio dell'attività e nel corso del contratto, i beni che il *franchisee* deve acquistare, eventuali limitazioni imposte all'esercizio della sua attività, la durata del contratto, le condizioni di rinnovo e di recesso, i programmi di formazione. Tutte informazioni, queste, inserite nel "*disclosure statement*", redatto secondo precisi criteri imposti dalla normativa federale in commento¹³.

accettare anche clausole che limitano la propria libertà contrattuale. Similmente Pardolesi, *Il controllo del franchising*, in *Quadrimestre*, 1987, pg. 169, il quale assume che "senza eccezioni di margine, il franchisor sia un soggetto economico sofisticato, con esperienza capillare, che si vale d'un contratto predisposto unilateralmente e, sovente, di tecniche di vendita ad alta pressione. Con pari ragionevolezza, si può presumere che il franchisee sia spesso inesperto: alle volte, non si fa neppure mistero della preferenza per un operatore al primo impatto nel presupposto ch'egli abbia minori resistenze ad abbracciare sino in fondo la politica commerciale voluta da controparte".

10 Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, n. 1/2005; Pardolesi, *Il controllo del franchising*, in *Quadrimestre*, 1987, 196; Frignani, *Il Franchising*, Torino, 1990, pg. 108; Peters, *Franchising: le proposte di legge italiane e la legge modello dell'Unidroit sul "disclosure"*. Un confronto, in *Dir. Comm. Int.*, 2002, pg. 768; Zanelli, *Contratto di franchising ed abuso di direzione e coordinamento contrattuale*, in *Le società*, 6/2010, pg. 689, "L'affiliante si pone, quindi, come il soggetto "forte" che concede all'affiliato la possibilità di godere e sfruttare il proprio know-how, il proprio business concept nonché la rinomanza del proprio marchio e degli altri diritti di proprietà intellettuale, al fine di commercializzare i propri beni o servizi, sviluppando territorialmente il proprio network".

11 Cucchi, *Il nuovo contratto di franchising*, Finanze e Lavoro, 2004, pg. 9.

12 Tifford, Ln, *The Federal Trade Commission Trade Regulation Rule on franchising and Business Opportunity Ventures vBus.*, Lawyer, 1981, n. 36, p. 1051; Axelrad N.D. - Rudnick, L.G., *Franchising. A Planning and sales Compliance Guide*, Chicago, Commerce Clearing House Inc., 1987.

13 Nel corso del 2007 la Federal Trade Commission ha approvato taluni emendamenti alla "Franchise

In Europa, invece, le prime esperienze di franchising si hanno in Francia intorno al 1930, con il sistema introdotto dall'azienda "Laines du Pingouin". Quest'ultima si associò a numerosi rivenditori al dettaglio ai quali veniva riconosciuta l'esclusiva del marchio in una determinata zona territoriale. A distanza di alcuni decenni, poi, seguiva l'emanazione della Legge sul franchising del 31 dicembre 1989¹⁴, anche conosciuta come "Loi Doubin"¹⁵. Questa, sulla scorta della legge americana, prevede l'obbligo per l'affiliante di trasmettere all'affiliato, 20 giorni prima della firma del contratto, un documento contenente tutte le informazioni giuridiche ed economiche che mettano quest'ultimo nella condizione di poter valutare scientemente l'opportunità di affiliarsi o meno.

Situazione analoga è da registrare in Spagna. La legge spagnola sul franchising, *Ley 7/1996 de 15 enero, Ordenacion del comercio minorista*, segue di pochi anni quella francese e ne ricalca in qualche modo l'impronta, anche se con qualche differenziazione. Il franchising, qui, viene definito come il "contratto attraverso cui un'impresa denominata franchisor cede ad un'altra impresa franchisee il diritto di sfruttare un sistema di commercializzazione di prodotti e servizi"¹⁶. Inoltre, vengono configurati una serie di obblighi in capo al franchisor tra cui quello di iscriversi in un apposito registro¹⁷, nonché quello di predisporre un documento informativo da consegnare all'affiliato diversi giorni prima della conclusione del contratto¹⁸.

Anche l'art. 6 del modello Unidroit¹⁹ del 2002 prevede precisi obblighi informativi in capo al franchisor²⁰: sia riguardo alle informazioni che devono essere contenute nel

Rule". In dottrina cfr. Di Liddo, *I contratti di franchising: punti cruciali del rapporto tra franchisor e franchisees*, in *Liuc Papers*, n. 11, luglio agosto 1994, pg. 14, "Viene descritto articolatamente il contenuto del Basic Disclosure Document e dell'Offering Circular, che devono fornire all'aspirante franchisee tutte quelle informazioni che consentano una decisione di investimento consapevole e ponderata in merito all'adesione alla rete commerciale, oltre che un confronto con altre offerte similari. Inoltre la disclosure ha lo scopo di scoraggiare tattiche di reclutamento troppo aggressive e di offrire al futuro partner un periodo di ripensamento prima di firmare qualsiasi documento e di effettuare qualsiasi esborso di denaro".

- 14 La Loi Doubin, n. 89-100825, del 31 dicembre 1989, titolata "Relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique juridique et social". Questa statuisce che "La legge si applica 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".
- 15 Rossi, *Il contratto di franchising: le proposte legislative travisano il modello comunitario?*, in *I contratti*, n. 1/1998, pg. 65, "la legge francese che nella parte applicabile al franchising e agli altri contratti di distribuzione fondati sull'uso di segni distintivi comuni (art.1), impone essenzialmente obblighi di disclosure e nulla statuisce espressamente sul punto delle sanzioni applicabili".
- 16 La definizione di franchising del legislatore spagnolo "acuerdo o contrato por el que una empresa...cede a otra...el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios" art. 62, comma 1, Ley 7/96.
- 17 Amoroso, Bonani, Grassi, *Manuale di franchising. Per valutare, organizzare e scegliere un'attività in franchising*, Rimini, 1996, pg. 221.
- 18 Rossi, *Il contratto di franchising: le proposte legislative travisano il modello comunitario?*, in *I Contratti*, n. 1/1998, pg. 65, "la legge spagnola del 1996 (...) si risolve anch'essa in una disclosure rule".
- 19 I Principi Unidroit disciplinano i contratti commerciali internazionali. A riguardo cfr. Galgano, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contratto e impresa*, 2/2010 secondo cui "Unidroit era sorta, or è un secolo, per promuovere convenzioni di diritto privato uniforme; passerà alla storia per avere, piuttosto, promosso la codificazione di un diritto transnazionale di formazione spontanea, costituito per norme consuetudinarie. Essa non ha avuto, ben inteso, la pretesa di legiferare; non ne aveva l'autorità. Sono stati i lodi arbitrari internazionali a fare riferimento ai Principi Unidroit come a "fonte attendibile di conoscenza del diritto del commercio internazionale". Quei Principi sono la riconosciuta fonte di cognizione della lex mercatoria, la cui fonte di produzione resta la consuetudine".
- 20 Cfr. artt. 3-8 del Model Franchise Disclosure Law, adottata dall'Unidroit nel 2002. www.unidroit.org.

documento informativo (da allegarsi al contratto), sia riguardo ad altre informazioni aggiuntive.

E' di palmare evidenza come l'intenzione comune ai Legislatori presi in considerazione fosse quella di sopperire alla situazione di significativo squilibrio di potere contrattuale a favore del *franchisor*, ponendo in capo allo stesso alcuni obblighi (e nella specie gli obblighi di *disclosure*) che consentano quantomeno una parziale elisione delle naturali asimmetrie informative.

3. Gli obblighi precontrattuali di comportamento: l'art. 6 della L. 129/2004 e la rilevanza del dovere di buona fede

L'art. 6 della Legge 129 del 2004 pone in capo alle parti del rapporto di franchising un generale obbligo comportamentale nella fase precontrattuale.

Come si è visto sopra, il Legislatore²¹ ha posto particolare attenzione alla fase precontrattuale, dedicando ben 4 articoli della Legge a questo argomento²².

Esaminando il dato normativo, l'art. 6, primo comma, prevede che “*l'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede*”. Continua, poi, imponendo allo stesso di fornire tempestivamente, all'aspirante affiliato, “*ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale*”.

Tuttavia, viene qui prospettata un'esimente nei confronti del franchisor: infatti, questi viene sollevato dall'obbligo di fornire tali informazioni, qualora le stesse siano “*oggettivamente riservate*” o nel caso in cui la “*divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi*”. Il Legislatore sembra qui voler proteggere quelle informazioni e conoscenze, proprie del franchisor, la cui diffusione in sede precontrattuale potrebbe apportare alla Casa Madre non pochi pregiudizi. Esempio lampante in tal senso può rinvenirsi nella trasmissione del “*know how*” in sede precontrattuale. Proprio quest'ultimo, ai sensi dell'art. 1, viene definito come “*patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale, ed individuato*”²³.

21 Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, 1/2005, pg. 72, “*l'esigenza di garantire una informazione il più possibile completa ed esauriente si fa particolarmente marcata quando i rapporti prenegoziali fra le parti sono viziati da asimmetrie informative in favore dell'una ed a svantaggio dell'altra, sì da profilare il rischio che l'esito delle trattative si riveli inaspettatamente iniquo, oneroso o insoddisfacente, a discapito del soggetto meno informato*”.

22 Cfr. De Nova-Leo-Venezia, *Il franchising*, Milano, 2004; Tripodi-Iannuzzi-Pandolfini, *La disciplina del franchising*, Milano, 2004; De Nova, *La nuova legge sul franchising*, in *I Contratti*, 2004, pg. 761. Gli articoli che trattano della fase precedente alla conclusione del contratto sono l'art. 3, quarto comma, che stabilisce il contenuto necessario del contratto di franchising, l'art. 4 che elenca gli obblighi di informazione del franchisor, l'art. 6 che prevede un generale obbligo di comportamento secondo buona fede delle parti e l'art. 8 che prevede la possibilità di annullamento nel caso siano fornite false informazioni.

23 L'art. 1 della Legge 129 del 2004 dà la definizione di *know-how* come “*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*”. In proposito è utile richiamare quanto disposto dall'art. 98, 1 comma, del Codice della Proprietà Industriale, “*Costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle*”.

Il secondo comma, poi, impone all'affiliante di dare motivazione dell'omessa trasmissione delle informazioni o dei dati richiesti dall'affiliato.

Oltre a quanto riferito, la norma in commento al comma 3, configura oneri anche in capo all'affiliato. Anche quest'ultimo, infatti, deve tenere “*in qualsiasi momento*”, “*nei confronti dell'affiliante*”, un comportamento “*improntato a lealtà, correttezza e buona fede*”. La disposizione continua indicando altri obblighi informativi per l'affiliato: egli deve trasmettere al franchisor, tempestivamente ed in modo esatto, “*ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante*”²⁴. Questa precisazione fa sì che assumano rilevanza anche quei dati che non vengano esplicitamente richiesti dal franchisor ma che siano in ogni caso utili al fine della stipulazione del contratto (ad esempio l'affiliato dovrà informare l'affiliante sull'esistenza di eventuali condanne penali o civili che lo riguardano, se siano stati iscritti dei protesti a suo carico o se sia stato soggetto a fallimenti d'azienda nel passato, ovvero tutte quelle informazioni essenziali per una valutazione oggettiva in vista della stipulazione del contratto²⁵). Tale obbligo di informazione in capo all'affiliato è stato paragonato da buona parte della dottrina a quello previsto dall'art. 1892 c.c.²⁶

Il Legislatore, dunque, ha inteso prescrivere ad entrambe le parti un generale obbligo di comportamento secondo lealtà, correttezza e buona fede, mentre ha differenziato il contenuto degli obblighi informativi spettanti a ciascuno dei potenziali contraenti²⁷. In altri termini, se, da un lato, il franchisor è tenuto a fornire informazioni che possano consentire al franchisee l'adesione informata al “sistema” (tra l'altro, come si

commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni:
a) *siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore;*
b) *abbiano valore economico in quanto segrete;*
c) *siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete*”.

24 Sangiovanni, *Contratto di affiliazione commerciale e doveri delle parti*, in *Studium Iuris*, 2011, pg. 402, così : “*Volendo cercare di comprendere il significato di informazione “necessaria” o “utile”, mi pare si possa proporre la seguente definizione: per informazioni “necessarie” si devono intendere quelle la cui assenza avrebbe portato l'aspirante affiliato a decidere per la non conclusione dell'affare a condizioni diverse; per informazioni “utili” si devono intendere quelle che non avrebbero influenzato la prestazione del consenso dall'aspirante affiliato ma avrebbero potuto alterare la sua valutazione dell'economicità dell'affare ed eventualmente spingerlo a chiedere condizioni diverse*”.

25 Frignani, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, 2012.

26 L'art. 1892 c.c., prevede che “*Le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o con colpa grave*”. Il paragone tra la disposizione dell'art. 6, terzo comma, della L. 129 /2004 e l'art. 1892 c.c. è richiamato da Minussi, *Obbligazioni precontrattuali (affiliazione commerciale o franchising)*, www.e-glossa.it. Si è visto come l'art. 1892 sanziona il dolo omissivo nel caso specifico dell'assicurazione. In giurisprudenza e in dottrina si è più volte posto il problema della rilevanza del dolo omissivo e della reticenza. Una sentenza della Corte di Cassazione Civile, Seconda Sezione del 20 aprile 2006, n. 9253, ha chiarito che il dolo omissivo è causa di annullamento del contratto solo quando l'inerzia della parte sia inserita in un preordinato comportamento volto a determinare l'errore da parte della controparte, mentre il semplice silenzio e la reticenza non costituiscono di per sé causa invalidate del contratto.

27 Cfr. Venezia, *Gli strumenti contrattuali per le reti di vendita*, Milano, 2004; Leo, in De Nova-Leo-Venezia, *Il franchising*, Milano, 2004, pg.79; Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I Contratti*, 2005, pg. 71; Venezia, *La fase precontrattuale nella nuova legge sul franchising (l. 129/2004)*, in *Agenti & rappresentanti di commercio*, 2004, pg. 25.

è visto, con l'esimente di essere esonerato qualora le informazioni siano riservate o costituiscano violazione di diritti di terzi), dall'altro il franchisee non solo deve rispondere ad eventuali richieste del franchisor, ma deve anche fornire allo stesso ogni informazione la cui conoscenza possa risultare necessaria ed opportuna ai fini della conclusione del contratto. Non sono, quindi, previste esimenti per il franchisee, né in merito alla riservatezza dei dati e né in merito alla possibile lesione di diritti di terzi. Egli deve fornire i dati tempestivamente ed in modo esatto e completo. Tale differenziazione ha suscitato moltissime polemiche in buona parte della dottrina, la quale ha ritenuto che questa disposizione rappresenti una sorta di passo indietro nelle garanzie poste nei confronti dell'affiliato²⁸. La critica, tuttavia, non sembrerebbe condivisibile. Ciò in quanto è assai probabile che nemmeno all'aspirante franchisee sia possibile imporre, in concreto, oneri informativi travalicanti i diritti di terzi soggetti (cosa che ovviamente imporrebbe all'affiliato di commettere un illecito).

3.1. Caratteristiche e modalità di esplicitazione del dovere di lealtà e correttezza

I doveri di comportamento stabiliti dal Legislatore devono essere tenuti “*in qualsiasi momento*”. Orbene, ad una prima lettura della disposizione, si potrebbe quasi pensare che quel dovere di comportamento che deve essere tenuto “*in qualsiasi momento*” abbia una portata più vasta di quella che nei fatti gli è assegnata. In realtà deve assolutamente escludersi²⁹ che tali doveri di lealtà, correttezza e buona fede possano riferirsi anche alla fase di esecuzione del contratto e ciò per due semplici ragioni: la prima è data proprio dal limite inserito nella rubrica dell'art. 6, ovvero “*Obblighi precontrattuali di comportamento*” che esplicita in maniera inequivocabile il riferimento alla sola fase precontrattuale; la seconda ragione è da rinvenirsi proprio nel fatto che il dovere di buona fede nella fase esecutiva trova già esaustiva disciplina nell'art. 1375 c.c., rubricato proprio “*esecuzione di buona fede*”³⁰.

3.2. Rapporto con la clausola generale di buona fede

Prima della Legge 129/2004, la tutela del franchisee nella fase precontrattuale era rimandata alla generale clausola di buona fede nelle trattative, prevista dagli artt. 1337

28 Di questo avviso: Vaccà, *Le regole del Franchising fra prassi contrattuale e disciplina legislativa*, in *Contratti d'impresa e restrizioni verticali*, Milano, 2004, pg. 445; Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, pg. 410, “appare evidente che tale diversità e disparità, a tutto danno dell'affiliato, sia in aperto contrasto con la finalità, perseguita dall'intera legge, di tutelare il soggetto debole del rapporto -individuato nell'aspirante affiliato- rischiando addirittura di vanificare la tutela rappresentata dall'obbligo di disclosure a carico del franchisor”. A tale orientamento sembrerebbe agevole obiettare, oltre che le ragioni già enucleate nel testo, anche che la Legge, in art. 12 Preleggi, va interpretata anche secondo “*l'intenzione del legislatore*”.

29 Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, 2005, riportava che “*la giurisprudenza è orientata a interpretare restrittivamente la norma in esame, ritenendo che la violazione dei doveri di lealtà e correttezza nelle trattative sia fonte di responsabilità solo qualora essa concreti la violazione di un diritto già riconosciuto da altra norma, limitando l'applicabilità dell'art. 1337 c.c., alle sole ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative e della mancata dichiarazione circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto*”. Si veda in giurisprudenza Cassazione 18 ottobre 1980, n. 5610.

30 In tal senso si veda anche Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativa e vizi del consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, pg. 413, “*la lealtà e la correttezza (oltre che la buona fede) nella fase precontrattuale ed impone all'affiliante l'obbligo d'informare l'affiliato in relazione agli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale*”.

e 1338 c.c.. Le norme citate prevedono il dovere dei potenziali contraenti di tenere, durante lo svolgimento delle trattative, un comportamento improntato a buona fede (art. 1337 c.c.)³¹ nonché di rendere edotta l'altra parte su eventuali cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.)³².

La tutela predisposta da tali clausole generali è rinvenibile, di certo, nell'interesse del contraente a non essere coinvolto “*in trattative inutili o nella stipulazione di contratti invalidi o inefficaci*”³³.

L'art. 6 della Legge Franchising, invece, trova la sua ragione proprio nel predisporre una tutela ad *hoc* per i suoi destinatari³⁴. Infatti questo articolo non può in alcun modo essere considerato una mera riproposizione di quanto già previsto dal codice civile e ciò proprio perché i doveri di lealtà e correttezza trovano nella Legge sul Franchising un ruolo più specifico e “*pregnante*”³⁵.

Proprio in relazione a quanto appena detto, possiamo agevolmente notare che la differenza più lampante sta proprio nella diversa “*estensione della responsabilità dell'affiliante*”³⁶.

La responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., trova il suo fondamento “*nella lesione dell'interesse di ogni soggetto alla libera esplicazione della sua autonomia negoziale, intesa come situazione giuridica protetta nella vita di relazione*”³⁷ e costituisce una specifica figura

31 L'art. 1337 c.c. prevede che “*le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”.

32 L'art.1338 c.c., dispone che “*la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*”.

33 Adamo, *Contratto di franchising, pubblicità ingannevole e tutela dei diritti del terzo*, sul sito internet www.diritto.it; Bianca, *Diritto civile*, 2000, pg. 156. Si veda anche Cassazione Civ., 30 agosto 1995, n. 9157.

34 Non è di questo avviso Guerrini, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 6, pg. 1263, secondo cui “*l'impressione è che il legislatore abbia adoperato i vocaboli lealtà, correttezza e buona fede per esprimere l'identica necessità di un rapporto contrattuale fortemente collaborativi; e ciò non solo nella fase delle trattative, ma appunto, “in qualsiasi momento”, e , pertanto, anche nella fase in cui il contratto è portato ad esecuzione. Così interpretato l'articolo in esame, si giunge all'inevitabile conclusione per cui la norma in esame è pleonastica e, in quanto mera riproduzione degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., non assume un valore proprio né apporta un quid pluris che già non fosse ricavabile dalle norme sul contratto in generale*”.

35 Così Adamo in: Adamo-Bonani, *Il Franchising:una formula di successo per la tua impresa. Come creare, lanciare e gestire una rete di vendita in franchising*, pg. 157. L'autore evidenzia che “*rispetto però agli artt. 1337 e 1338, l'obbligo in capo al franchisor di lealtà, correttezza e buona fede espresso nella legge sul franchising risulta essere molto più pregnante dal momento che “al di là di una semplice responsabilità di ordine risarcitorio viene qui concesso (in via cumulativa, e non alternativa) persino il rimedio (aggiuntivo) del risarcimento in forma specifica, consistente, nella specie, nell'annullamento del contratto precedentemente concluso*”.

36 Adamo in Adamo-Bonani, *Il Franchising: una formula di successo per la tua impresa. Come creare, lanciare e gestire una rete di vendita in franchising*, pg. 157.

37 Cfr. Codice Civile Commentato, Utet Giuridica, art. 1337 c.c.. Nello stesso commento vengono richiamate alcune importanti massime giurisprudenziali tra le quali, Cassazione n. 4051 del 1990; Cassazione n. 9645 del 2001;Cassazione 12147/2002; Cassazione 9802/1994. Tra queste non si può dimenticare la sentenza della Cassazione Civile n. 24795 del 2008 la quale ha statuito che la violazione del dovere di buona fede rileva non solo in caso di ingiustificata rottura delle trattative o nel caso di conclusione di contratto invalido ma anche qualora il contratto stipulato debba ritenersi valido. In dottrina cfr.: Bessone, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Riv. trim. Dir. E proc. Cin.*, 1972, pg. 962; Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; Mengoni, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, pg. 360; Realmonte, *La formazione del contratto*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2000; Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1973; D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; Gallo, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. Dir. Cin.*, 2004, pg. 295. In merito si veda anche la giurisprudenza:

di responsabilità aquiliana³⁸.

Dottrina e giurisprudenza maggioritaria tendono a riconoscere la lesione del dovere di buona fede precontrattuale solo nei casi del recesso ingiustificato dalle trattative o nei casi di mancata dichiarazione circa l'esistenza di cause invalidanti il contratto³⁹. Dunque, in queste ipotesi, il danno risarcibile è riconosciuto nel solo "interesse negativo" del contraente, ossia è rinvenuto nel pregiudizio derivante dall'aver inutilmente confidato nella conclusione del contratto⁴⁰. Al contrario, non trova qui spazio il risarcimento dell'interesse positivo, ovvero non potranno essere risarciti i guadagni che il contraente avrebbe potuto ottenere nel caso in cui il contratto si fosse concluso.

Per quanto riguarda l'art. 6 della legge 129/2004, la tutela che viene apprestata qui è più vasta di quella prevista dal codice civile. Infatti il contraente che sia indotto a stipulare il contratto proprio dalle false informazioni veicolate dal franchisor (o dal franchisee) potrà chiedere l'annullamento del contratto, nonché il risarcimento del danno.

Infine, possiamo concludere dicendo che l'intento delle due norme messe qui a confronto trova una comune ragione, ossia quello di creare in capo alle parti uno "specifico dovere di trasparenza"⁴¹, il quale è di certo elemento che si riscontra tanto nell'art. 1337 che nell'art. 6 della Legge Franchising.

3.3. Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale

Abbiamo già avuto modo di constatare che il dovere di informazione precontrattuale riveste un ruolo decisivo nella Legge sul *Franchising*.

In particolare, dettagliati obblighi di *disclosure* vengono dettati dall'art. 4 della Legge 129/2004. Tale articolo prevede che l'affiliante debba fornire all'affiliato, almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto, la copia completa del contratto di affiliazione, comprensivo di tutti gli allegati che forniscano precise informazioni sui dati dell'affiliante, sui marchi utilizzati, sugli elementi caratterizzanti l'attività, sulla lista degli affiliati e dei punti vendita e sugli eventuali procedimenti giudiziari pendenti o conclusi negli ultimi tre anni⁴². Questi specifici obblighi, incombenti sull'affiliante,

Cassazione del 16 ottobre 1998, n. 10249; Cassazione del 29 ottobre 2005, n. 19024; Cassazione Sezioni Unite del 19 dicembre 2007, n. 26725; Cassazione 8 ottobre 2008, n. 24795.

38 Cfr. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, pg. 157; Loi-Tessitore, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, pg. 106.

39 Cfr. Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, 2005, pg.84, secondo cui "la giurisprudenza è orientata a interpretare restrittivamente la norma in esame, ritenendo che la violazione dei doveri di lealtà e correttezza nelle trattative sia fonte di responsabilità solo qualora essa concreti la violazione di un diritto già riconosciuto da altra norma, limitando l'applicabilità dell'art. 1137 c.c. alle sole ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative e della mancata dichiarazione circa l'esistenza di una causa di invalidità del contratto".

40 L'interesse negativo si esplica nel danno emergente (la diminuzione patrimoniale che il soggetto avrebbe evitato se non avesse fatto affidamento sulla buona conclusione delle trattative) e nel lucro cessante (il mancato guadagno da cui è stato distolto e per eventuali altre trattative che avrebbe potuto conseguire). Cfr. Cassazione n. 10649/1994 per cui nel caso di "culpa in contrahendo" è risarcibile il solo interesse contrattuale negativo costituito sia dalle spese inutilmente effettuate in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni contrattuali ugualmente o maggiormente vantaggiose.

41 Parlano di uno specifico dovere di trasparenza Adamo-Caputo, *Contratto di franchising, pubblicità ingannevole e tutela dei diritti del terzo*, su www.diritto.it. Il richiamo è alla disciplina in materia di clausole vessatorie ed abusive ex artt. 1469- bis e ss..

42 Art. 4 della L. 129/2004, rubricato "Obblighi dell'affiliante" prevede che "1 Almeno trenta giorni

sono stati predisposti dal legislatore proprio per far conseguire all'affiliato un'estesa consapevolezza su tutti quei punti fondamentali per vagliare al meglio l'affidabilità del franchisor e la convenienza dell'affiliazione.

A questo punto possiamo anche meglio verificare la valenza dei doveri posti dall'art. 6, che si pongono a chiusura e a suggello di quanto già espresso specificatamente dall'art. 4.

Gli obblighi comportamentali indicati dall'art. 6 si qualificano come doveri “di informazione e riservatezza”⁴³. Come abbiamo già visto l'obbligo di informazione si esplica qui nei confronti dell'affiliante nel “fornire all'aspirante affiliato, ogni dato o informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale”, essendo, tuttavia, lo stesso esonerato da tale obbligo nel caso in cui si tratti di “informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi”. L'affiliato, invece, “deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante”⁴⁴. Dunque, pare cristallino che il diritto di informazione non sembra poter essere inserito in delimitati confini poiché di volta in volta lo stesso potrà assumere minori o maggiori contenuti a seconda delle qualità soggettive delle parti o

prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto: 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 arbitrari, 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. 2 Negli allegati di cui alle lettere d), e) ed f) del comma 1 l'affiliante può limitarsi a fornire le informazioni relative alle attività svolte in Italia. Con decreto del Ministro delle attività produttive, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le informazioni che, in relazione a quanto previsto dalla predette lettere d), e) ed f), dovranno essere fornite dagli affilianti che in precedenza abbiano operato esclusivamente all'estero.”

43 Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contratti*, 2005, pg. 84. L'autore sostiene che il dovere di informazione “è diretto a soddisfare le aspettative dell'altra parte, entro i limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio” mentre il dovere di riservatezza, o di segreto, “rileva sia sotto il profilo esterno-come dovere di non divulgare notizie, attinenti alla sfera patrimoniale o personale, che siano state apprese da una parte durante le trattative, indipendentemente dal ricorrere delle ipotesi di cui agli artt. 622 e 623 c.p.- sia sotto il profilo interno-come dovere di non utilizzare a proprio vantaggio, dopo che le trattative si siano concluse senza che sia stato stipulato il contratto, le informazioni di cui una parte sia venuta a conoscenza”.

44 Cfr. Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 6, pg. 406, il quale (richiamando anche Vaccà, *Le regole del franchising fra prassi contrattuale e disciplina legislativa*, in *Contratti d'impresa e strutture verticali*, Milano, 2004) sostiene che “non solo, quindi, per l'affiliato non ricorre alcun esonero dall'obbligo di informazione, ma tale obbligo ha radici oggettive ed omnicomprensive, sicché non è necessaria alcuna richiesta da parte dell'affiliante, che pur risulta più in grado dell'affiliato di conoscere ciò che gli necessita in realzione all'organizzazione della sua attività d'impresa. Appare evidente che tale diversità e disparità, a tutto danno dell'affiliato, sia in aperto contrasto “con la finalità, perseguita dall'intera legge, di tutelare il soggetto “debole” del rapporto-individuato nell'aspirante affiliato-rischiano addirittura di vanificare la tutela rappresentata dall'obbligo di disclosure a carico del franchisor”.

a seconda della natura del contratto⁴⁵. Il dovere di riservatezza, invece, si esplica e si giustifica nell'obbligo di non rivelare tutte quelle informazioni dalla cui divulgazione potrebbe derivare un danno oggettivo e rilevante per il franchisor, nonché per la rete degli affiliati allo stesso⁴⁶ (come nel caso in cui il potenziale franchisee rivelasse a terzi tutte quelle informazioni di carattere industriale e segreto, come il know how, che avesse appreso nell'ambito delle trattative).

I limiti posti all'obbligo di fornire informazioni all'affiliato sono quelli che riguardano le informazioni riservate nonché quelle la cui divulgazione sia fatta in pregiudizio di terzi. Parte della dottrina⁴⁷ ha rilevato che la genericità di tale limitazione offra al franchisor una sorta di via d'uscita qualora non intenda fornire informazioni inerenti la rete o la formula commerciale. In realtà, però, il limite posto dalle informazioni “oggettivamente riservate” deve essere inteso in senso massimamente restrittivo. In altri termini deve ritenersi che lo stesso possa essere fatto valere solo nell'ipotesi in cui la divulgazione delle informazioni comporti un danno “oggettivamente determinato per il franchisor e per la stessa rete dei soggetti già affiliati”⁴⁸. Ad esempio, dunque, sembra evidente che il franchisor possa evitare di fornire il “manuale operativo” (documento nel quale viene normalmente cristallizzato il know-how, che è per legge segreto). Ma è di tutta evidenza che resta fermo, in tutta la sua portata, l'obbligo di fornire informazioni puntuali e documentate anche in merito alla redditività dell'investimento⁴⁹.

Particolare importanza riveste la “veridicità” delle informazioni trasmesse dalle parti. L'art. 8 della Legge, infatti, prevede che qualora una delle parti abbia fornito “*false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 del Codice civile, nonché il risarcimento del danno, se dovuto*”. Dal dettato del testo vediamo come qualora una delle parti violi gli obblighi imposti dall'art. 4 o dall'art. 6 della Legge quando il contratto non sia stato ancora concluso, allora lo stesso sarà responsabile ai sensi dell'art. 1337. In questo caso la parte che abbia ricevuto le false

45 Cfr. Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., pg. 84, in cui elenca le categorie astratte di comportamenti illeciti che la dottrina ha ricondotto al dovere di informazione, ovvero “*a) mancata informazione circa eventuali cause di invalidità o di inefficacia del contratto, ex art. 1338 c.c.; b) violazione del dovere di chiarezza, che impone alle parti di esprimere con chiarezza e senza ambiguità (linguistica o concettuale), il contenuto del negozio; c) mancata informazione circa gli elementi che influiscono sulla determinazione del contratto, e, in particolare, circa gli elementi utili ai fini della valutazione della convenienza dell'affare*”.

46 Con ciò appare evidente come “*gli altri affiliati pur non essendo parte del negozio che lega l'affiliante all'affiliato, sono parte del rapporto e parte del regolamento di interessi che lega tutti alla rete*”, cfr. Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, cit., pg. 411; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Torino, 1980, pg. 258.

47 Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, pg. 410, “*invero tali limiti per la loro genericità possono costituire nel caso concreto un valido usbergo per il franchisor che non intenda fornire determinate informazioni, in particolare sulla formula commerciale e, più in generale, sulle condizioni oggettive e soggettive della rete, così costringendo l'aspirante affiliato, assolutamente non in grado di reperirle altrove, ad una scelta poco consapevole quanto aleatoria*”.

48 Così Farina, *La formazione del contratto di franchising tra obblighi informativi e vizi del consenso*, cit. pg. 411.

49 Art. 3, secondo comma, L. 129/2004, prevede che “*per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale*”. Il franchisor dovrà, quindi, sperimentare la propria formula commerciale con l'apertura di alcune unità pilota e ciò proprio per verificare la fattibilità in concreto e la riuscita dell'operazione. Inoltre la Casa Madre dovrà anche fornire all'affiliato indicazioni in merito alle prospettive reddituali dell'attività, le quali non devono essere mendaci e devono basarsi su riscontri oggettivi. Sull'argomento si veda per giurisprudenza la recente sentenza del Tribunale di Ferrara n. 276, del 2012. In dottrina cfr. Adamo-Bonani, *Il franchising: una formula di successo per la tua impresa*.

informazioni potrà legittimamente recedere dalle trattative e chiedere il risarcimento del danno. Invece, se il contratto di franchising sia stato concluso, bisognerà vedere quale grado di incisività dovrà essere attribuito al comportamento illecito della parte che lo ha posto in essere: ovvero se il comportamento scorretto sia dovuto a semplice negligenza (*dolus bonus*), l'altra parte potrà richiedere l'annullamento del contratto ove sia stato indotto in errore; se, invece, la parte abbia usato raggiri "tali che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato" allora la parte che ne abbia tratto nocumento potrà chiedere l'annullamento del contratto nonché il risarcimento del danno.

Molte e discordanti sono state le dottrine che si sono profuse per cogliere la vera natura di questa norma. Da una parte, infatti, alcuni hanno voluto vedere nell'art. 8 un mero rifacimento pleonastico di quanto già disposto dall'art. 1439⁵⁰. Dall'altra parte, invece, altri hanno sostenuto che il richiamo alla norma codicistica si riferisca solo alla parte precettiva poiché nei fatti l'annullamento del contratto debba riguardare "tutte le ipotesi di false informazioni"⁵¹. Quest'ultimo argomento, in particolare, ha riscontrato parecchie critiche le quali denunciano che in tal modo si eliminerebbe totalmente la distinzione tra dolo incidente e dolo determinante giungendo a soluzioni incongrue per l'eccessiva sanzione che ne deriverebbe.

4. L'applicabilità alla fattispecie in esame del D.Lgs. 145 del 2007. Rapporti tra le discipline

Gli obblighi di trasparenza posti dalla L. 129 del 2004 tendono a far sì che, soprattutto nella fase delle trattative, vi sia una intensa veicolazione di informazioni tra le parti. Ciò proprio al fine di creare un consenso informato tra il franchisor e il franchisee e di eliminare qualsivoglia "asimmetria informativa".

Tuttavia, non sono sporadici i casi in cui il franchisor ometta di informare o informi in modo falso e inesatto il franchisee su rilevanti aspetti inerenti il rapporto di affiliazione.

In questi specifici casi l'ordinamento attua una doppia protezione. La prima protezione è di natura privatistica, richiamata esplicitamente dalla Legge 129/2004 e trattata dal Giudice ordinario. L'altra protezione, invece, è quella prevista dal D. lgs. 145 del 2007⁵² che prevede il controllo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato su qualsiasi forma di messaggio pubblicitario ingannevole⁵³.

L'azione dell'Agcm⁵⁴ si esplica nel disporre la sospensione provvisoria della pubblicità

50 Cian, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Leggi civ. Comm.*, 2004, pg. 1179; Frignani, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004, 122.

51 Tali tesi vengono esposte con dovizia di particolari nell'opera di Farina, 2011, cit. pg. 409.

52 Decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, "Attuazione dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CE sulla pubblicità ingannevole" pubblicato nella G.U. n. 207 del 6 settembre 2007.

53 L'art. 2 del D. lgs. 145 del 2007 fornisce le definizioni di pubblicità e di pubblicità ingannevole, ovvero: "a) *pubblicità*: qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi; b) *pubblicità ingannevole*: qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione e' idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali e' rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente".

54 L'art.7 del d.lgs. 145/2007 dispone che "Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità l'Autorità

ingannevole e illecita e, in casi di particolare urgenza, può reprimere la pubblicità ingannevole e comminare sanzioni pecuniarie nei confronti di quei professionisti che “abbiano falsato il gioco della lealtà pubblicitaria”⁵⁵.

E' ben comprensibile, a questo punto, quanta influenza possa esercitare sul consenso dell'affiliato la veicolazione, da parte del franchisor, di informazioni e di messaggi pubblicitari ingannevoli⁵⁶, sia che si riferiscano alla solidità ed esperienza dell'impresa affiliante, all'entità delle royalties, alla descrizione del know how, all'ambito territoriale in cui si svolge l'attività o alla quantificazione del fatturato ottenibile con la stessa.

Purtroppo si registrano nella realtà dei fatti moltissimi comportamenti lesivi dei principi di lealtà, correttezza e buona fede da parte dei franchisor e di conseguenza sono sempre più numerose anche le pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁵⁷ in applicazione del D.lgs. 2 agosto 2007, n. 145⁵⁸, in materia di pubblicità ingannevole applicata al franchising.

Accade che spesso durante la fase delle trattative vengano prospettati al franchisee informazioni ingannevoli, proprio nel momento in cui è richiesto alle parti, sia dall'art. 1337 che dall'art. 6 della Legge 129/2004, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede.

Ad esempio può rinvenirsi che la Casa Madre, promuovendo la propria attività in franchising, diffonda messaggi pubblicitari che prospettino ingenti guadagni, una rete franchising organizzata e di sicura e affermata esperienza, un know how consolidato, tutte circostanze che poi nei fatti si rivelano diverse dalla realtà. In queste ipotesi interviene con il suo operato l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che, a seguito di un'approfondita attività istruttoria, accerta o meno la veridicità delle denunce sull'ingannevolezza delle informazioni veicolate dal franchisor.

Nel provvedimento n. 14987 del 2005, l'AGCM⁵⁹ ha dovuto pronunciarsi in merito alla possibile rilevanza, quale pubblicità ingannevole, di messaggi che sponsorizzavano l'affiliazione alla catena Ecofly. Accadeva che due affiliati

può ottenere dal professionista responsabile della pubblicità ingannevole e comparativa illecita l'assunzione dell'impegno a porre fine all'infrazione, cessando la diffusione della stessa o modificandola in modo da eliminare i profili di illegittimità. L'Autorità può disporre la pubblicazione della dichiarazione di assunzione dell'impegno in questione, a cura e spese del professionista. In tali ipotesi, l'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per il professionista e definire il procedimento senza procedere all'accertamento dell'infrazione”; L'art. 8 prevede che “l'Autorità, se ritiene la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa illecito, vieta la diffusione, qualora non ancora portata a conoscenza del pubblico, o la continuazione, qualora sia già iniziata. Con il medesimo provvedimento può essere disposta, a cura del professionista, la pubblicazione della delibera, anche per estratto, nonché, eventualmente, di un'apposita dichiarazione rettificativa in modo da impedire che la pubblicità ingannevole o il messaggio di pubblicità comparativa illecito continuino a produrre effetti”.

55 Adamo-Bonani, cit. pg. 162.

56 L'istituto della “pubblicità ingannevole” è disciplinato dalla Legge 287/90, dal D.Lgs. 145/2007 e dal D.Lgs. 146/2007. Quest'ultimo è stato emanato in attuazione della direttiva 2005/29/CE, che definisce la pubblicità ingannevole come “qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente”. In materia di pubblicità ingannevole si veda: Adamo-Marchetti-Pesce-Strangio-Marchetti, *La pubblicità ingannevole tra giudice ordinario, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Giurì di autodisciplina pubblicitaria*, 2011.

57 Cfr. Provvedimento dell'AGCM n. 14987 del 2005 (PI4873-North International -Ecofly); Provvedimento AGCM del 30 marzo 2010 (Posteshop-C.G. S.r.l.- MC consulenze e servizi S.r.l.).

58 D.lgs. 145/2007 recante “Attuazione dell'articolo 14 della direttiva 2005/29/CE che modifica la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole”.

59 Per un commento cfr. Frignani, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, 2012, pg. 265. La vicenda si svolge prima della Legge sul franchising.

segnalavano l'ingannevolezza dei messaggi pubblicitari, in quanto, tra le altre cose, il marchio non risultava essere stato registrato e la domanda di registrazione presentata dal professionista era relativa ad un marchio con una denominazione diversa da quella in uso. Al termine dell'istruttoria l'Autorità riteneva che vi erano i presupposti perchè il messaggio pubblicitario in questione fosse idoneo a indurre in errore i consumatori e pertanto statuiva che *“il marchio differisce sia nella denominazione, sia nella grafica dal marchio “Ecofly” così come prospettato nel messaggio”* e inoltre che *“i profili pubblicizzati ..che riguardano le caratteristiche e le condizioni dell'attività pubblicizzata quali, in particolare, l'affiliazione alla rete commerciale .., e le prospettive di impegno finanziario e di guadagno prospettate, anche in riferimento alle garanzie di impegno da parte della società franchisor, attengono a profili che, nella decodifica dei messaggi..assumono un ruolo fondamentale per il consumatore?”*.

Questa decisione è stata tuttavia soggetta a forti critiche. Infatti, recente dottrina⁶⁰ ritiene sorprendente tale provvedimento in quanto *“non prende in esame il contenuto del contratto stipulato dagli affiliati e le promesse ivi fatte; per il ragionamento fatto sul marchio; per aver applicato tre artt. del cod. Cons. entrato in vigore oltre un anno e mezzo dopo, senza verificare se le tre norme applicate corrispondevano ad altrettanti divieti contenuti nel d. lgs. n. 74/1992”*.

Da quanto si è potuto constatare risulta cristallina la connessione tra la disciplina del franchising e quella della pubblicità ingannevole. Infatti, le stesse hanno il comune intento di improntare una maggiore e più ampia tutela nei confronti del contraente debole, soggetto, molte volte, non solo ad inesperienza ma anche a forme pubblicitarie aggressive e ingannevoli.

⁶⁰ Cfr. Frignani, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè, 2012. pg. 266. L'autore richiama anche tre sentenze del Tribunale di Venezia, rispettivamente del 1 ottobre 2007, del 28 maggio 2009 e del 5 giugno 2009, le quali riguardano i contratti di affiliazione della North International.

CAPITOLO II

CONCLUSIONE DEL CONTRATTO: LA FEE D'INGRESSO E LA FASE DI START UP, OBBLIGHI DELL'AFFILIANTE (ART. 4 LEGGE 129/04)

a cura di *Sandra Sammartino** e di *Giovanni Adamo***

1. Forma e contenuto del contratto di Franchising: le prescrizioni sul "contenuto minimo" ex art. 3, co. 4, L. 6 maggio 2004, n. 129; 2. Gli obblighi informativi e di documentazione del Franchisor ex art. 4 L. 129/2004; 3. La valutazione preventiva: dalla fattibilità del progetto complessivo alla sostenibilità del singolo punto vendita. Gli oneri "progettuali" del Franchisor; 4. La Fee d'ingresso e la fase di start up: dalla progettazione all'inaugurazione del punto vendita; 5. Il know-how come elemento essenziale del contratto di franchising. La trasmissione delle conoscenze e gli obblighi di formazione; 5.1. Caratteristiche del know-how: sostanzialità, individuazione e segretezza; 5.2. L'abuso di posizione dominante del franchisor.

1. Forma e contenuto del contratto di Franchising: le prescrizioni sul "contenuto minimo" ex art. 3, co.4, L. 6 maggio 2004, n. 129.

L'oggetto del contratto di franchising è costituito dalla trasmissione a titolo oneroso dal *franchisor* al *franchisee* dei diritti, delle facoltà o dei beni, in altri termini del complesso di rapporti e situazioni attive funzionali a consentire al *franchisee* di attuare il comportamento prefissato nell'accordo, perciò variabili a seconda della particolare prestazione pattuita⁶¹. A norma dell'art. 1 co. 1 della L. 6 maggio 2004, n. 129, infatti, "L'affiliazione commerciale (franchising) è 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?". Per la Suprema Corte, poi, "La causa del contratto di franchising è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una vera e propria rete autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dovere intervenire direttamente nella realtà locale. Per il franchisee, la possibilità di intraprendere un'attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor e quindi giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso, e, conseguentemente, di inserirsi sul mercato"⁶².

Fino all'emanazione della Legge n° 129 del 6 maggio 2004 che lo ha regolamentato, il contratto di franchising era privo di una disciplina legislativa ed era dunque comunemente qualificato alla stregua di contratto atipico.

* Junior Assistant Studio Legale Adamo.

** * Avvocato in Bologna – Cultore della materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna –Fondatore Studio Legale Adamo.

61 Zanelli, "Il franchising nella tipologia delle concessioni tra imprese", in "Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale", a cura di Verrucoli, Milano, 1978, p. 270 e Santini, "Il commercio", Bologna, 1979, p. 156.

62 Cass. 15 gennaio 2007, n. 647.

Alla atipicità del franchising, conseguiva l'insussistenza di obblighi formali specifici. Conseguentemente, automatico risultava il riferimento al principio della libertà delle forme, sia pure con tutti i limiti da essa derivanti. In alcuni casi, tuttavia, poteva comunque rilevarsi necessaria una particolare forma, in quanto indirettamente richiesta da altre norme, (così, ad esempio, doveva reputarsi richiesta la forma scritta *ad probationem* per eventuali clausole limitative della concorrenza ex art. 2596 cod. civ.⁶³). Per effetto dell'entrata in vigore della legge 6 maggio 2004, n. 129/2004, il contratto di franchising è oggi, invece, connotato da oneri formali specifici e qualificati. Infatti, l'art. 3 della legge 129/2004⁶⁴ prevede che il contratto di franchising debba essere stipulato per iscritto e che contenga obbligatoriamente alcuni elementi sotto pena di nullità dell'intero contratto. Dunque la forma scritta ad *substantiam* e contenuto minimo. In particolare, l'art. 3, L. 6 maggio 2004, n. 129, prevede che il contratto indichi:

1. l'ammontare degli investimenti iniziali e delle eventuali spese di ingresso;
2. le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties* e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;
3. l'ambito dell'eventuale esclusiva territoriale;
4. la specifica descrizione del Know-how;
5. l'indicazione dei servizi d'assistenza tecnica e commerciale, di progettazione e allestimento e formazione offerti dall'affiliante;
6. le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto;
7. la durata che, qualora sia convenuta a tempo determinato, non dovrà essere inferiore a tre anni⁶⁵.

La *ratio* della forma scritta a pena di nullità, prevista per tali elementi, è agevolmente rinvenibile nell'esigenza di tutela nei confronti dell'affiliato⁶⁶, normalmente piccolo imprenditore (talora anche "piccolissimo"), comunque "contraente debole" nei confronti della Casa Madre⁶⁷. Costui deve infatti essere in grado di essere garantito in

63 Cfr. sul punto Dogliotti-Figone, "Commentario al codice civile" diretto da Paolo Cendon, II, Torino, 2002.

64 L'art. 3 della L. 129/2004, rubricato "Forma e contenuto del contratto", prevede infatti che: "1. Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità. 2. Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale. 3. Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti. 4. Il contratto deve inoltre espressamente indicare: a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività; b) le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato; c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante; d) la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato; e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato; f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione; g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso."

65 Il legislatore prescrive inoltre che vanno altresì indicati: eventuali minimi di incasso da realizzare da parte dell'affiliato; le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato; l'ambito di un'eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali e unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante.

66 Per esempio, la durata minima di tre anni, è stata dettata allo scopo di garantire all'affiliato l'ammortamento dell'investimento. Tuttavia, il legislatore specifica che è comunque fatta salva la possibilità di risolvere il contratto prima di tale termine in caso di inadempimento di una delle parti (art. 3, comma 3).

67 Riecheggia il tema della tutela dell'imprenditore debole e quello relativo alla necessità di estendere ai contratti fra imprese le normative e le tutele pensate per i rapporti fra professionista e

relazione alla serietà dell'iniziativa dell'affiliante. La formula commerciale dell'affiliante deve essere stata convenientemente "collaudata" nel suo modello imprenditoriale. I servizi e l'assistenza di quest'ultimo devono essere convenientemente descritti e qualificati. L'ambito territoriale e l'eventuale concorrenza "parallela" dell'affiliante devono essere presi in considerazione e disciplinati accuratamente.

Si noti che soltanto la forma scritta è richiesta a pena di nullità del contratto, mentre le altre previsioni non prevedono una simile sanzione; deve comunque ritenersi che, poiché l'art. 3 individua quello che è il contenuto minimo obbligatorio del contratto di franchising, la mancanza o l'incompletezza di uno o più degli elementi obbligatori previsti dall'art. 3, determini la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto conformemente ai principi generali in materia di nullità dei negozi giuridici. In proposito, una parte della dottrina⁶⁸ non ha mancato di sottolineare come l'impostazione di uno schema rigido di obblighi sanzionato da nullità, soprattutto del *franchisor*, non può che irrigidire inutilmente il regolamento contrattuale, a volte anche allontanandolo dai reali interessi delle parti.

È curioso notare anche che, in alcuni ordinamenti giuridici stranieri, come ad esempio in USA, il modello fatto proprio da alcune disposizioni statali implicherebbe addirittura la registrazione delle *franchises* o dei singoli contratti di *franchising*, eventualmente concessa sulla base dell'esame del contenuto contrattuale da parte di apposite autorità amministrative⁶⁹. Il sistema della registrazione, ancora, è stato pienamente accolto in Spagna⁷⁰, e una soluzione simile risulta proposta in Ontario. Anche la legge russa⁷¹ prevede la registrazione del contratto di franchising quale condizione di opponibilità ai terzi, se pur senza specificare contenuti e finalità precise della stessa.

consumatore. Sul punto, l'evoluzione legislativa ha subito uno slancio significativo con l'introduzione della disciplina sull'abuso di posizione dominante, della legge sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali (D.Lgs.9/10/2002, n.231), della normativa sull'abuso di dipendenza economica, nonché con l'introduzione dell'art. 9 della L. 192 del 1998, sul contratto di subfornitura a tenore del quale "È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Il patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo". Conseguentemente, risulterebbe inficiato di nullità quel contratto che risulti squilibrato per abuso del contraente più forte. La Corte di Cassazione, inoltre, nella sent. n. 3638, del 13 febbraio 2009, ha affermato che "La disparità di trattamento contrattuale non è abusiva - ai sensi dell'art. 3 legge n. 287 del 1990 - soltanto a condizione che il contraente che la pratica non si trovi in posizione dominante, perché, in tal caso, tale disparità è frutto del lecito esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e trova nella controparte un soggetto altrettanto libero di determinare le proprie scelte contrattuali; mentre non è così quando la disparità di trattamento sia la conseguenza della posizione dominante di cui il contraente più forte abusi, a fronte della dipendenza economica dei contraenti più deboli, i quali sono costretti a sottostare a qualsiasi pretesa, dal momento che a loro è impossibile, o grandemente difficile, reperire sul mercato adeguate alternative".

68 Cfr. sul punto V. Pandolfini, "Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising", in *I Contratti*, Ipsa, n. 1/2005.

69 Cfr. L. Peters, *Franchising: "To legislate or not to legislate, that is the question!"*, in *Dir Comm. Int.* 1994, 617.

70 Art. 62, comma 2, ley 7/96, che però non chiarisce i contenuti della registrazione, la cui determinazione viene delegata alla normativa secondaria e delle comunità autonome.

71 Art. 1028, L. 25 gennaio 1996.

2. Gli obblighi informativi e di documentazione del Franchisor ex art. 4 L. 129/2004.

Sempre a garanzia della trasparenza e in applicazione dei principi di lealtà, correttezza e buona fede nei rapporti tra affiliante e affiliato, ed in particolare a tutela dell'aspirante affiliato, il legislatore prevede inoltre precisi obblighi precontrattuali.

L'art. 4 indubbiamente caratterizza la Legge 129/2004 come una normativa che impone particolari obblighi precontrattuali in capo all'affiliante; tale articolo, infatti, impone all'affiliante una vera e propria obbligazione di *disclosure*⁷² poiché, almeno 30 giorni prima della sottoscrizione del contratto di franchising, l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato:

1. una copia completa del contratto da sottoscrivere;

2. i seguenti documenti informativi:

(i) i 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;

(ii) 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;

(iii) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;

(iv) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;

(v) 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;

(vi) 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.

Tale *disclosure obligation* (la cui ratio sarebbe rintracciabile nel consentire all'affiliato di raccogliere tutte le informazioni necessarie per valutare gli aspetti contabili, fiscali, finanziari, legali, previdenziali, ambientali, e così via, dell'entità che si intende acquisire al fine di valutare la convenienza di una simile acquisizione) può essere mitigata solo ove sussistano comprovate esigenze di segretezza e riservatezza di cui, in ogni caso, l'affiliante deve dare contezza nella copia del contratto consegnata all'aspirante affiliato. Tale previsione, risulta però poco tutelante dei diritti di

72 Negli Stati Uniti, la Federal Trade Regulation Rule n. 436, emanata dalla Federal Trade Commission il 21 ottobre 1979 ed intitolata Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures, ha fornito una rigida disciplina dei rapporti precontrattuali tra le parti, con la sola opportunità prevista per i legislatori dei singoli stati nordamericani, di derogare in melius a favore del franchisee. La Rule 436 richiede infatti che venga accuratamente descritto il contenuto del Basic Disclosure Document e dell'Offering Circular, i quali devono assolutamente contenere tutte quelle informazioni che consentono una decisione di investimento consapevole e ponderata, al fine di scoraggiare pratiche aggressive e per offrire altresì un congruo periodo di ripensamento prima di firmare qualsiasi documento e di effettuare qualsiasi esborso di denaro.

informazione dell'affiliato, proprio perché il franchisor può facilmente sottrarsi agli obblighi di informativa semplicemente adducendo generiche esigenze di riservatezza. Sarebbe risultata maggiormente confacente allo scopo, la previsione di un semplice accordo di riservatezza, c.d. Confidentiality agreement, così come previsto dal par. 63 dell'Explanatory Report della Legge modello Unidroit⁷³.

Va da sé che tutti i summenzionati obblighi informativi hanno chiaramente l'obiettivo di mettere l'aspirante *franchisee* nella condizione di valutare al meglio l'opportunità e la convenienza dell'ingresso nella rete distributiva del *franchisor*, nonché le prospettive future di guadagno e la rinomanza del marchio e dei prodotti dell'affiliante.

A fronte di un così ampio obbligo di informazione imposto all'affiliante in favore dell'aspirante affiliato, il successivo art. 5 impone in capo a quest'ultimo ben pochi e semplici obbligazioni, e cioè:

- (a) l'obbligo di non trasferire la sede, qualora questa sia indicata nel contratto, senza il preventivo consenso dell'affiliante (eccezion fatta per i casi di forza maggiore);
- (b) l'obbligo di osservare e fare osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale.

Da questo sbilanciamento di obbligazioni in favore dell'aspirante affiliato, emerge chiaramente l'intento del legislatore di tutelare il *franchisee*, ovvero il contraente debole, nella fase delle trattative e quindi la vocazione pro affiliato della Legge 129/2004.

È infatti pacificamente acquisito che la possibilità di essere informati con un congruo anticipo sui termini e sulle condizioni dell'affare, consente alle parti contraenti, e all'affiliato in particolare, di disporre di un lasso di tempo ragionevolmente sufficiente (c.d. *cooling off period*) per esaminare il contenuto del contratto che si apprestano a sottoscrivere e di confrontare, eventualmente, le diverse offerte presenti sul mercato in termini di qualità/prezzo/convenienza dell'affare. Pertanto, il fine ultimo di questi obblighi è costituito dal raggiungimento di un certo grado di consapevolezza frutto esso stesso della qualità della negoziazione nel cui contesto si forma il consenso⁷⁴.

La diffusione delle informazioni rilevanti ai fini della conclusione del contratto non costituisce, infatti, una prerogativa dei soli rapporti con il consumatore, essendo elemento funzionale all'accrescimento dei livelli di concorrenza e l'efficienza nel mercato⁷⁵, anche nei rapporti *business to business*. Ciò che si vuole dire, in sostanza, è che, sia nell'ambito del diritto comunitario, sia nell'ambito del diritto interno, si assiste ad una sorta di evoluzione normativa tesa al progressivo superamento della dicotomia tra disciplina generale dei contratti e disciplina speciale a tutela dei

73 In cui è previsto che “*the signing of a confidentiality agreement may be a condition that the prospective franchisee must comply with in order to receive the disclosure document. This is justified considering the nature of information contained in the disclosure document, which is not only statistical information (...) but also information on the franchise system, the methods developed by the franchisor to run the franchise and the intellectual property*”.

74 Il c.d. *Cooling off period*, è stato individuato dal legislatore italiano in 30gg; un periodo temporale che appare più che sufficiente a fornire un adeguato *spatium deliberandi* alla formazione della volontà negoziale del futuro contraente, consentendo che la stessa possa svilupparsi al riparo da insidie provocate dall'ignoranza sulle dinamiche negoziali ed economiche dell'operazione concludenda. Detto periodo, gode in Italia della durata più lunga mai prevista da tutte le altre legislazioni estere in materia di franchising, nonché dalla Legge modello Unidroit.

75 Cfr. Minervini, “La trasparenza delle condizioni generali di contratto”, in Banca, borsa e titoli di credito, 1997,102.

consumatori per aprire le frontiere verso quella tendenza che conduce a creare strumenti di tutela nei confronti del contraente debole *latu sensu* inteso, e cioè scevra da qualsivoglia collegamento all'interno del ciclo economico⁷⁶. La legge sul franchising del 2004, quindi, bene si inserisce in un simile contesto, essendo considerata in dottrina come l'anello di congiunzione tra i contratti con il consumatore ed i contratti d'impresa.

Infatti, se da un lato non è sempre vero che il potenziale affiliato si trovi ad essere il contraente debole e che il potenziale affiliante sia il contraente forte, e ciò per tutta una serie di variabili e di situazioni ipotizzabili nel singolo caso concreto, al contrario, è sempre vero che affiliante e affiliato si trovino in una situazione di squilibrio informativo. In altre parole, se da un lato l'affiliato, nel singolo caso concreto, è ben disposto ad accettare clausole pesantemente limitative della propria libertà contrattuale e ciò in prospettiva di lauti guadagni e della riduzione al minimo dei rischi d'impresa, dall'altro lato, l'affiliante è sempre e generalmente in possesso di maggiori cognizioni e di maggiore esperienza, se non altro in virtù del fatto di essere, *in primis*, un soggetto economico sofisticato, *in secundis*, e come conseguenza diretta della propria struttura, un soggetto dotato di esperienza capillare, che, fra l'altro, si avvale di un contratto il più delle volte predisposto unilateralmente e con tecniche redazionali anche piuttosto aggressive. Ciò che, nella realtà dei fatti, rende il *franchisee* un soggetto tendenzialmente dipendente dal *franchisor*. Interessante risulta, comunque, la circostanza per la quale il legislatore abbia deciso di tutelare la trasparenza fino al punto da prevedere l'integrale anticipazione all'affiliato del contratto da sottoscrivere, dato questo che dovrebbe rappresentare la tutela massima ipotizzabile per il contraente debole.

Tale importantissima forma di tutela, tuttavia, nel caso concreto risulta difficilmente raggiungibile "alla lettera", nel senso che, nella prassi accade spesso che alcuni elementi, anche essenziali, vengano concretamente concordati dalle parti soltanto alla fine della trattativa o, addirittura, il giorno stesso della sottoscrizione. Per questo motivo, parte della dottrina tende a considerare l'obbligo d'informativa previsto dall'art. 4 della legge 129/2004, in senso non letterale. In questo modo, però, si ammetterebbe la possibilità di consegnare 30gg. prima della sottoscrizione un contratto che non contiene tutti gli elementi previsti tassativamente dall'art. 3 co. 4, ma soltanto quelli previsti nelle c.d. "condizioni generali" del contratto⁷⁷, cioè quelle riguardanti la *fee* d'ingresso, le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, i servizi concessi dall'affiliato in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione, allestimento, formazione e relative condizioni di rinnovo, risoluzione e cessazione del contratto, restando fuori dalla perentorietà del termine indicato dalla

76 Di esempi significativi di disposizioni poste a tutela dell'imprenditore debole ne è già ricco il nostro Codice Civile: l'art. 1469-quinquies, co.4 e 1519-bis, attribuiscono al rivenditore un diritto di regresso nei confronti del fornitore. Non a caso tali norme sono considerate pienamente applicabili anche ai rapporti di franchising. Anche in tema di sub-fornitura, la L. 192/1998, vieta ad esempio, l'abuso di dipendenza economica di un'impresa nei confronti di un'altra. Norma, anche questa, ritenuta quasi unanimemente applicabile ai contratti d'impresa in generale. Per un approfondimento sul tema cfr. Rossi Carleo, "Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo" in Riv. Dir. Priv. 2004, 215.

77 Secondo Leo De Nova, infatti, "sarebbe impensabile ritenere che le indicazioni minime di cui all'art. 3.4 rientrino nell'ambito della nozione di contratto completo, la cui consegna deve avvenire al franchisee almeno 30 gg prima della sottoscrizione ...omissis... tali norme dovrebbero essere coordinate nel senso che il franchisor consegna una copia delle proprie condizioni generali di contratto, ex art 3.4 le parti redigono, sulla base del contratto tipo, il contratto individuale", La nuova legge sul franchising, in Argomenti-franchising, 20047,761.

legge, gli elementi riguardanti gli investimenti da effettuare, l'ambito di esclusiva territoriale e la specifica del *Know-how* fornito dal *franchisor* al *franchisee*. Tale orientamento, non può essere pienamente condiviso, poiché il rigore di completezza voluto dalla norma è funzionale alla tutela del *franchisee*, consentendogli di valutare i termini tutti dell'affare, anche se il rispetto di tale obbligo compromette, di fatto, la flessibilità nei rapporti tra i contraenti. Resta inteso, comunque, che una previsione di tale portata non può mai essere intesa in modo assolutamente restrittivo, da impedire qualsiasi modifica dei termini contrattuali nel periodo antecedente la sottoscrizione, restando ferma la possibilità di precisare, modificare o eliminare alcune delle pattuizioni precedenti, senza la necessità di far decorrere un ulteriore termine come previsto dalla legge nella fase iniziale.

3.La valutazione preventiva: dalla fattibilità del progetto complessivo alla sostenibilità del singolo punto vendita. Gli oneri “progettuali” del Franchisor.

Il contratto di franchising non esaurisce il proprio contenuto negli elementi indicati dalla legge come contenuto minimo, ma contiene, insieme con il manuale operativo (che non è un documento obbligatorio, ma nella prassi esso normalmente contiene l'esplicazione dei metodi commerciali dell'affiliante ed è strumento indispensabile per il trasferimento – questo sì obbligatorio – del know how), anche informazioni di natura riservata e confidenziale⁷⁸, inerenti nel dettaglio la definizione puntuale e precisa della metodologia applicabile, della natura del rapporto, ivi compresa la pattuizione dei compensi dovuti (*fee* d'ingresso e *royalties*) e delle relative controprestazioni. Questi dati, tutti insieme, costituiranno, *reictus* dovrebbero costituire, la base per l'elaborazione del progetto d'impresa, corredato da un apposito piano finanziario di gestione, elaborato anche e soprattutto in funzione delle peculiari caratteristiche del singolo punto vendita, del suo potenziale territoriale anche in relazione alla presenza più o meno determinante di attività concorrenti. Anche ai sensi dell'art. 3 sopra richiamato, tra gli elementi che il contratto deve

78 L'interesse del legislatore è di tutelare come un bene in sé qualunque know-how aziendale, ai sensi dell'art. 98 del codice della proprietà industriale (D.Lgs. 10 febbraio 2005, n. 30), infatti, “Costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. 2. Costituiscono altresì oggetto di protezione i dati relativi a prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di nuove sostanze chimiche”. Sul punto la Corte di Cassazione, con sentenza n. 23045, del 30 ottobre 2009, ha affermato che “Quando per produrre un bene, nell'ambito della tecnica industriale, occorrono conoscenze che abbiano il carattere della novità e segretezza, queste rilevano come elemento patrimoniale autonomo che può essere utilizzato economicamente dal possessore (*know how* in senso stretto) anche se derivino da invenzioni brevettabili, ma che il titolare non voglia brevettare o preferisca sfruttare in regime di segreto”. Inoltre con sentenza n.659 del 20 gennaio 1992, la stessa Corte ha affermato che “I requisiti della novità e della segretezza del *know how* ricorrono quando, per un verso, le conoscenze comportino vantaggi di ordine tecnologico o competitivo sul piano della produzione o del marketing e, per altro verso, esse non siano di dominio comune ovvero non siano divulgate, la loro divulgazione presupponga un atto di concessione del divulgatore ed i terzi possano acquisirle soltanto attraverso la predetta concessione oppure creandosene in via autonoma”.

obbligatoriamente prevedere, rientra il riferimento agli investimenti ed alle spese necessarie affinché l'attività possa essere avviata, ossia una sorta di preventivo dei costi che comporteranno all'affiliato, l'avvio dell'attività oggetto del contratto.

In tale contesto, a carico del *franchisor*, potrebbe configurarsi un obbligo (nell'ottica sia della sua funzione di supporto costante all'attività del *franchisee*, sia dell'applicazione del dovere di buona fede in corso di esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1375 c.c.⁷⁹) di predisposizione di un apposito *business plan*, "ritagliato" su misura del potenziale affiliato, che tenga conto delle concrete potenzialità di quest'ultimo in relazione al mercato di riferimento ed al contesto economico/territoriale in cui andrà ad insediarsi. Conseguentemente, tanto più sarà accurato lo studio e la valutazione del progetto d'impresa, quanto più valido e concretamente "vincente" sarà la realizzazione dell'iniziativa imprenditoriale. Parte integrante del progetto sarà anche la predisposizione di un apposito piano finanziario, inteso quale documento in cui devono essere rappresentate le migliori stime delle operazioni che l'impresa sosterrà in un arco temporale determinato (generalmente si considerano i primi tre anni), determinando il valore di tali operazioni in maniera realistica ed attendibile.

Il progetto di sostenibilità a carico del *franchisor*, inoltre, non può non passare attraverso lo studio del contesto territoriale in cui andrà ad insediarsi la costituenda impresa, anche e soprattutto in ragione della componente contrattuale relativa all'ambito di esclusiva territoriale, se prevista nel contratto (tale componente non costituisce un elemento necessario ai fini della validità del contratto di franchising, ben potendo il *franchisor* nominare più *franchisees* nella medesima zona. Ragione per la quale, l'eventuale esclusiva territoriale deve essere puntualmente definita sia *inter partes*, sia nei confronti degli altri *franchisees*, precisandone potenzialità e limiti. Sul punto, la giurisprudenza precedente alla Legge 129/2004 aveva riconosciuto che la clausola di esclusiva territoriale "*reciproca non può essere annoverata tra i naturalia negotii e deve quindi essere pattuita*"⁸⁰).

In particolare, ove prevista, la clausola di esclusiva territoriale reciproca impone all'affiliante l'impegno di non esercitare l'attività oggetto del contratto in un determinato territorio, o tramite certi canali, e all'affiliato quello di non distribuire prodotti o fornire servizi in concorrenza con quelli del *franchisor*, nello stesso ambito territoriale⁸¹. Essa quindi, costituisce un grosso incentivo a contrarre per l'affiliato, in quanto gli permette di non subire la concorrenza c.d. *Intrabrand*, cioè quella posta in essere da altri affiliati o dallo stesso affiliante in un certo territorio o per determinati canali di vendita, e gli dà maggiori garanzie di recuperare i costi di investimento che l'adesione al contratto di *franchising* comporta, proprio perché, fra l'altro, ha anche il pregio di evitare, o comunque contenere fortemente, il c.d. problema del *free riding*⁸².

79 A tenore del quale "Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede".

80 V. Corte di Appello di Milano, 9 ottobre 2002, *soc. Stefanel c. Benfatti* in *Giur. milanese*, 2003, 321; Tribunale di Lecce, 9 febbraio 1990, *Pantaleo c. Benetton s.p.a.* in *Giur. it.*, 1991, II, 1034.

81 Sul punto la giurisprudenza si è espressa affermando che "il patto di esclusiva comporta, con riferimento alla zona contemplata e per la durata del contratto in cui è inserito, il divieto di compiere non solo direttamente, ma anche indirettamente, prestazioni della stessa natura di quelle formanti oggetto del contratto", Cass., 9 aprile 1997, n. 3076.

82 Il *free riding* è una forma di sfruttamento economico parassitario che si realizza quando la domanda dei consumatori è influenzata dalla prestazione di determinati servizi aggiuntivi, che vengono prestati direttamente presso i locali commerciali dei rivenditori e che possono individuarsi, ad esempio, nei servizi di pre-vendita, attività informative e promozionali. Accade spesso, nella parassi, che i potenziali clienti, usufruiscano di questi servizi aggiuntivi presso un rivenditore, per

3. La Fee d'ingresso e la fase di start up: dalla progettazione all'inaugurazione del punto vendita.

Alla luce di tutto quanto finora esposto, appare chiaro come l'ingresso del *franchisee* nella rete di affiliazione del *franchisor* consente al primo di entrare a far parte di un sistema in cui lo schema di *business*, la formula commerciale e gli schemi operativi sono già stati testati e collaudati. In più, cosa assolutamente non secondaria, entrando a far parte della rete di affiliazione commerciale, il potenziale affiliato acquista il diritto di usare i segni distintivi, di ottenere assistenza tecnica iniziale e continua, consulenza, formazione, trasmissione del *know how* e l'utilizzo di eventuali brevetti della Casa Madre. Va da sé che la possibilità di godere di tali prerogative non è solitamente data a titolo gratuito. Il c.d. pacchetto di *start up*, pertanto, implica normalmente il pagamento all'affiliante della *fee* d'ingresso, pagata a titolo di corrispettivo e generalmente *una tantum* al momento della conclusione del contratto di franchising, per la trasmissione della licenza d'uso del marchio, degli eventuali brevetti depositati, del Manuale Operativo, l'assistenza tecnica nella fase di lancio del punto vendita, il diritto di esclusiva, la formazione iniziale e l'assistenza tecnica e commerciale da erogarsi in corso di contratto.

L'apertura e l'avvio di un nuovo punto vendita in franchising, costituisce un'operazione piuttosto complessa, per la quale non è sufficiente ottenere dal *franchisor* il c.d. “pacchetto iniziale”, richiedendosi, invece, tutta una serie di investimenti iniziali propri e tipici dell'apertura di qualsiasi attività commerciale, come l'acquisizione del locale di vendita e l'acquisto della fornitura di lancio del negozio (ovviamente laddove si tratti di un franchising di distribuzione di beni). Conseguentemente, l'affiliato, oltre al pagamento della *fee*, dovrà tenere conto dell'investimento iniziale da sostenere per aprire il nuovo punto vendita e installarsi in modo efficace nel mercato di riferimento.

Ad ogni modo e nel dettaglio, il pacchetto di documenti e servizi trasferiti dal *franchisor* al *franchisee* nella fase iniziale dovrebbero ricomprendere⁸³:

- i criteri per aprire il nuovo punto vendita, intesi, fra l'altro, come il supporto fornito per creare un'immagine precisa ed in grado di consentire l'immediata identificazione della rete;
- la fornitura dei prodotti, nel senso che il *franchisor* sottoporrà al *franchisee* i contatti con le società esterne per assicurargli una fornitura dei prodotti periodica e costante, nel caso di fornitura diretta da parte del *franchisor*, allora sarà quest'ultimo a fissare le condizioni generali di vendita e la relativa modulistica⁸⁴;

poi recarsi a concludere il contratto presso un altro rivenditore, il quale, non offrendo servizi aggiuntivi, non ne sostiene i relativi costi e, conseguentemente, è in grado di praticare un prezzo inferiore rispetto al suo concorrente che invece li offre. La previsione di una clausola di esclusiva, dunque, offre la possibilità di rimediare a questo tipo di aberrazioni del mercato poiché costituisce essa stessa un incentivo a effettuare tutte le attività e/o i servizi aggiuntivi in vista di una maggiore promozione e commercializzazione del prodotto/servizio.

83 Per un'analisi dettagliata sul modo di creare, lanciare e gestire una rete di vendita in franchising, cfr. *“Il franchising: una formula di successo per la tua impresa”* di Giuseppe Bonani e Giovanni Adamo, Franco Angeli editore, Milano, 2011.

84 Sul punto appaiono doverose alcune riflessioni inerenti i c.d. accordi di tying. In via del tutto generale, si può affermare che gli accordi di tying sono identificati dall'art. 81 del Trattato CE, come un caso di abuso di posizione dominante. Si tratta, infatti, di accordi illegali che subordinano

- la formazione iniziale, intesa come fase di indottrinamento tesa alla trasmissione della formula commerciale specifica, individuata e segreta necessaria per la gestione della nuova attività⁸⁵;
- i manuali di riferimento, dal Manuale Operativo, al Manuale della Logistica, dell'Immagine, della Pubblicità e Promozione, della Gestione Amministrativa, etc... che dovranno tutti essere forniti al momento della stipulazione del contratto;
- la pubblicità e i modi di espletamento della stessa, che dovranno essere oggetto di appositi accordi tra le parti;
- i documenti legali.

Tutto ciò costituisce un patrimonio di conoscenze che si pone quale elemento fondamentale ai fini della validità e dell'efficacia del contratto stesso. Tutti gli elementi e le nozioni contenute nei manuali e nella documentazione fornita agli affiliati, sono pertanto uno strumento indispensabile per il successo dell'impresa commerciale, nonché strumento di controllo nelle mani del franchisor posto a protezione sia dei singoli affiliati, sia dell'intera rete nel suo complesso.

4. Il Know-how come elemento essenziale del contratto di franchising. La trasmissione delle conoscenze e gli obblighi di formazione.

Ai sensi dell'art. 1 della legge 129 del 2004 il Know how è definito come *“un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato”* intendendo *“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*

la stipulazione di un contratto all'accettazione di prestazioni ulteriori e/o aggiuntive che hanno una causa o una natura non connessa con l'oggetto del contratto principale. Questi accordi vengono utilizzati dalle imprese dominanti per indurre i propri clienti ad utilizzare dei servizi aggiuntivi che, tuttavia, potrebbero da questi essere reperiti nel mercato a condizioni più vantaggiose. È tuttavia pacificamente ritenuto che il disposto dell'art. 81 non si applichi in caso di accordi in materia di licenze, brevetti, e know how, in particolare, quando gli stessi accordi siano strumentali e/o indispensabili per lo sfruttamento del brevetto o del know how (per esempio perché devono essere rispettate determinati standard qualitativi). Sull'argomento, e con specifico riferimento ai contratti di franchising, la Corte di Giustizia ha sostenuto che *“le clausole dei contratti di franchising di distribuzione che sono indispensabili perché il sistema possa funzionare non sono restrizioni della concorrenza...omissis...ciò vale del pari per le clausole le quali predispongano il controllo indispensabile per la conservazione dell'identità e della rinomanza della rete, contraddistinte dall'insegna del concedente”*, (Greenwich c. SACEM, sentenza del 25 ottobre 1979, C 22/79, in Racc. 1979, 3273).

- 85 L'importanza di proteggere la formula commerciale specifica viene ulteriormente ribadita dal comma 1, lett. c) dell'art. 98 c.p.i, a tenore del quale *“Costituiscono oggetto di tutela le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete”*. Tale norma, dunque, configura un onere di protezione in capo ai soggetti cui è affidato il legittimo controllo delle informazioni in esame. Tra questi soggetti rientrerebbero, oltre al titolare dell'impresa, anche tutti i soggetti vincolati dall'obbligo di cui all'art. 2105 c.c., (secondo cui *“Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio”*) e quelli che ricevono le informazioni direttamente dal titolare dell'impresa allo scopo di divulgarle per fini aziendali.

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”.

Da questa norma discendono importantissimi obblighi a carico del *franchisor*, il quale, nella fase iniziale c.d. di *start up*, deve in primo luogo, occuparsi della formazione e dell'addestramento del *franchisee* fornendogli tutto quel patrimonio di conoscenze che formano oggetto del *Know how*. In concreto, la formazione del *franchisee* avviene in modo diverso a seconda sia del tipo di franchising di cui si tratta⁸⁶, sia delle specifiche caratteristiche commerciali della costituenda attività. In generale, comunque, tratto comune a tutti i sistemi di formazione/addestramento dei *franchisee* è l'omogeneità del metodo, frutto essa stessa di un sistema collaudato, che garantisce coesione e forza all'intero gruppo.

Infatti, il *know how* è l'insieme dei metodi operativi, delle conoscenze, delle procedure, originali ed esclusive, che sono state studiate, sperimentate, consolidate e successivamente formalizzate dal *franchisor* in modo da permetterne la trasmissione. Tali conoscenze trasmissibili devono, in ogni caso essere tali da conferire a colui al quale vengono trasmesse un vantaggio sulla concorrenza⁸⁷. Questo bagaglio di esperienza, infatti, viene maturato dal *franchisor* non soltanto relativamente al prodotto o ai servizi che commercializza, ma anche e soprattutto con riferimento al sistema gestionale, complessivamente inteso, dell'attività imprenditoriale e commerciale. Concretamente, poi, il trasferimento del *know how* viene realizzato attraverso l'organizzazione di appositi corsi di formazione ed istruzione sia in aula che “sul campo”. Fine ultimo della formazione è, pertanto, immergere l'affiliato all'interno della realtà operativa della sua futura attività, ciò che gli garantisce una posizione sul mercato di gran lunga più vantaggiosa rispetto a quella che avrebbe avuto avviando un'attività in proprio, consentendogli di risparmiare tempo e denaro necessari, appunto, all'avvio in proprio di un'attività⁸⁸.

I corsi di formazione, dunque, fanno parte integrante di quel “pacchetto iniziale” che il *franchisor* deve fornire al *franchisee* nella fase iniziale della sua attività. Come si è visto *ut supra*, i costi per la realizzazione dei corsi di formazione, vengono generalmente ricompresi nel canone d'ingresso pagato al momento della stipula del contratto, in occasione del quale il *franchisee* viene anche fornito dell'apposito Manuale Operativo. Una volta trasmesso, questo “saper fare” diventa un patrimonio a perenne disposizione del *franchisee*, che dovrà mantenerne la segretezza. Infatti, al fine di evitare la diffusione del *know how* a soggetti non autorizzati e, in particolare a vantaggio dei concorrenti, indispensabili risultano le clausole che prevedono: “a)

86 A seconda che si tratti di franchising di distribuzione, di servizi o industriale.

87 Cfr. sul punto, Cass., n. 1699 del 27 febbraio 1985.

88 “Il contratto di “franchising” ormai affermatosi nella prassi negoziale, risulta meritevole di tutela giacché le reciproche prestazioni di servizi permettono all'affiliante di aumentare le proprie capacità di penetrazione sul mercato e, in pari modo, permettono all'affiliato di giovare della posizione di affidabilità e di prestigio acquisita dall'affiliante e di inserirsi quindi nel mercato sfruttando la conoscenza da parte dei consumatori del nome dell'impresa primaria e mantenendo una facciata di imprenditorialità. Di regola, gli obblighi del “franchisor” sono individuati nell'impegno di aggiornare ed esplicitare il c.d. “know how” al “franchisee” per permettergli di mettere a disposizione degli utenti i servizi realizzati secondo le istruzioni trasmesse dal “franchisor”. In tale contesto contrattuale, ove ciascuna parte agisce con i propri rischi imprenditoriali, il funzionamento del servizio offerto all'affiliato rappresenta una condizione essenziale per il raggiungimento dello scopo contrattuale, affinché l'affiliato sia messo in grado di offrire ai propri utenti il medesimo servizio predisposto ed organizzato dall'affiliante”. Trib. Milano, 28 febbraio 2002.

*l'obbligo di non concorrenza durante la vigenza del contratto che vieti al concessionario l'esercizio di un altro negozio in franchising nel territorio concesso e per gli stessi prodotti; b) il divieto fatto al concessionario di cedere il suo contratto di franchising, di subaffittare il suo negozio, di costituire una subconcessione in franchising, di cedere la sua azienda in gestione o di nominare un direttore senza il consenso del franchisor*⁸⁹.

La trasmissione del *Know how*, pertanto, risulta essere oltre che un obbligo contrattualmente previsto, anche un dovere imposto dalla legge. Conseguentemente, la mancata trasmissione del *Know how*, comporta a carico del franchisor, una situazione di grave inadempimento contrattuale.

Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza affermando che *“poiché l'obbligo del franchisor di trasmettere ed aggiornare il know how al franchisee permette a quest'ultimo di fornire agli utenti servizi identici a quelli concepiti dall'affiliante e rappresenta l'elemento caratterizzante il contratto di franchising, la violazione di tale obbligo, rendendo impossibile il raggiungimento dello scopo contrattuale, giustifica la risoluzione del contratto per inadempimento*⁹⁰”.

5.1. Caratteristiche del Know how: Sostanzialità, individuazione e segretezza.

La definizione fornita dall'art. 1 delle legge 129 del 2004 indica quali elementi costitutivi del *know how*, l'individuazione, la sostanzialità e la segretezza. Opportuno pare, pertanto, fare qualche riflessione sul punto.

In primo luogo, si può affermare che quando il legislatore parla di *know how* “identificato”, intende dire che lo stesso deve essere dettagliatamente descritto, anche e soprattutto allo scopo di verificare l'esistenza degli altri due parametri fondamentali e cioè segretezza e sostanzialità. Ciò posto, la descrizione del *know how* può essere materialmente collocata sia nell'accordo di franchising, sia in un altro separato

89 Commiss. Comunita' Europee, 02 dicembre 1988.

90 Trib. Milano, sentenza del 07 febbraio 2002, in Gius, 2002, 15, 1638. In senso conforme anche Trib. Torino, 12 giugno 2007, secondo cui *“Il contratto di franchising esige una stretta e leale collaborazione fra l'affiliante e l'affiliato, sia al momento della stipulazione, sia per tutta la durata del rapporto, cosicché il comportamento dell'affiliante che in costanza di rapporto svia a favore di altri affiliati la clientela e gli affari di pertinenza di un affiliato, costituisce un inadempimento contrattuale grave idoneo a giustificare la risoluzione del rapporto”*.

91 Anche il Consiglio di Stato si è espresso in merito alle caratteristiche del Know how con la sentenza n. 1459 del 22 marzo 2004, affermando che *“Il criterio della capacità tecnica - quale delineato dall'art. 32, direttiva CE 92/50 - ha per finalità quella di provare la competenza vale a dire la specifica professionalità nello svolgimento del servizio, direttamente connesso alla maggiore qualificazione culturale e professionale dei suoi prestatori e dei suoi dirigenti; l'efficienza, ossia la funzionalità in concreto dei servizi che deriva dal know-how d'azienda, dal possesso di maggiori attrezzature, impianti e personale dimostrato dalle referenze dei fruitori delle prestazioni; dall'esperienza generalmente connessa ad un antico e consolidato esercizio dell'impresa, dall'affidabilità ossia dal presumibile affidamento derivante dalle favorevoli referenze concernenti analoghi servizi resi nel passato”*. Inoltre, in un'altra importantissima pronuncia, il Consiglio di Stato afferma come la trasmissione del Know how debba avvenire, fra l'altro, attraverso istruzioni o prescrizioni operative impartite ai singoli punti vendita e non attraverso meri suggerimenti o periodiche consulenze prestate per così dire “al bisogno”, infatti, nella sentenza n.113 del 12 gennaio 2011, fra i motivi della decisione è si legge che *“Si deve considerare, altresì, che diversamente rispetto al contenuto dei messaggi, il know how trasferito è prevalentemente tecnico e non anche di tipo commerciale e si sostanzia in un veloce corso di formazione diretto a consentire l'utilizzo di software e dei distributori. Anche le strategie commerciali, l'assistenza gestionale e la stretta collaborazione, promesse da A. nei messaggi a garanzia del successo dell'iniziativa imprenditoriale, si limitano a proposte non vincolanti (ad eccezione dell'acquisto della selezione di film), suggerimenti di tipo promozionale dispensati periodicamente ed alle consulenze telefoniche prestate all'occorrenza da Area Film, senza che vengano fornite, come il messaggio indurrebbe a ritenere, istruzioni o prescrizioni operative impartite a tutti i punti vendita”*.

documento, in modo da assicurare l'affiliato di non essere sottoposto a restrizioni ingiustificate nello sfruttamento della propria tecnologia. In secondo luogo, quando si parla, invece, di “sostanzialità”, si fa riferimento al contenuto specifico ed al valore economicamente rilevante del *know how*. In particolare, il *know how* sostanziale è quello che contiene informazioni adatte ad offrire ragionevoli prospettive di miglioramento della posizione economica dell'affiliato. Esso ha ad oggetto le conoscenze utili alla vendita di prodotti o alla fornitura del servizio, oggetto dell'affiliazione commerciale, come un procedimento produttivo, un prodotto o un servizio specifico; la sostanzialità, quindi, inerisce ad esempio alla presentazione delle merci destinate alla vendita, al trattamento della clientela, alla gestione dell'attività *latu sensu* intesa, sia dal punto di vista amministrativo, sia dal punto di vista finanziario⁹². In terzo luogo, infine, come anche si è già avuto modo di rilevare, per “segreto” si intende che il *know how* non deve essere noto o facilmente accessibile al di fuori dell'impresa dell'affiliante e dei suoi affiliati⁹³. Conseguentemente, la segretezza conferisce al *know how* parte del suo valore, rintracciabile nel vantaggio temporale che l'affiliato acquisisce quando gli viene trasmesso. In sostanza il valore economico del *know how* e l'interesse delle parti nei confronti dello stesso perdurano fino a quando il suo contenuto sostanziale ed individuato rimangono non facilmente accessibili ai terzi e non siano di pubblico dominio. Dall'altro lato, però, il carattere della segretezza impone a carico dell'affiliato precisi obblighi, quale quello di non divulgare il *know how* a terzi e, comunque, di non sfruttarlo dopo la scadenza del contratto di affiliazione⁹⁴.

Dalle precedenti considerazioni, risulta pertanto di solare evidenza come la trasmissione del Know how rappresenti “l'anima” del contratto di franchising, tale che, la sua assenza, o comunque, l'eventuale mancanza di segretezza, ovvero di sostanzialità o di determinatezza, potrebbe, in casi limite, determinare mancanza o carenza della causa stessa del rapporto negoziale, quindi nullità del contratto per difetto di un elemento essenziale⁹⁵. Questa circostanza ha trovato il supporto anche dalla giurisprudenza di merito, secondo cui “*le lacune e l'insufficienza del know how che s'è palesata anche nelle manchevolezze della fornitura, della formazione, dell'assistenza e s'è accompagnata alla violazione del diritto d'esclusiva, è stata vanificata la finalità perseguita dai contraenti, la causa concreta del contratto, ovvero l'inserimento dell'affiliato in una rete collaudata e*

92 La giurisprudenza della Cassazione, forniva una interpretazione estensiva del concetto di know how, già prima della entrata in vigore della legge sul franchising. Infatti, sia nella pronuncia n. 1699 del 1985, sia successivamente, con la pronuncia n. 659 del 1992, faceva ricomprendere nel concetto di know how non soltanto le conoscenze di carattere tecnico e organizzativo, ma anche *le esperienze strettamente connesse a capacità o abilità personali, le quali non si traducono in nozioni razionali e definite, suscettibili di comunicazioni ad altri soggetti*, o anche le regole di condotta che, nel campo della tecnica mercantile, attengono al settore organizzativo o a quello in senso stretto commerciale.

93 Sul tema della segretezza, l'evoluzione giurisprudenziale non è sempre stata coerente. Infatti, nella citata Cass., 27 febbraio 1985, n. 1699, anche se con qualche contraddizione, si riteneva che il know how fosse da ritenersi *normalmente* segreto; in Cass., 28 giugno 1985, n. 3881, si affermava che *il contratto di know how ha per oggetto essenziale la segretezza del metodo comunicato al cessionario*.

94 Ponendo lo sguardo sul versante opposto, invece, secondo quanto stabilito dal Regolamento n. 240 del 31 gennaio 1996, sulle licenze di know how, il licenziante è obbligato a: *i)* non autorizzare imprese ad utilizzare la tecnologia concessa nel territorio della licenza; *ii)* non utilizzare egli stesso la tecnologia concessa in licenza nel territorio dove ancora tale licenza non è stata concessa; *iii)* non richiedere il pagamento di royalty per la fabbricazione di prodotti non brevettati, o per beni o servizi che non sono né interamente, né parzialmente ottenuti mediante la tecnologia sotto licenza; *iv)* non richiedere il pagamento per l'uso del know how divenuto di dominio pubblico per causa imputabile al licenziante o ad un'impresa ad esso collegata.

95 Gerardo Villanacci “*I contratti della distribuzione commerciale*” Utet giuridica, 2010.

*radicata sul mercato, che beneficia delle conoscenze tecniche e del marchio dell'affiliante, in un quadro di costante e proficua cooperazione: gli inadempimenti della parte rivestono un ruolo preminente, in quanto investono in radice la stessa operazione negoziale congegnata dai contraenti e ne compromettono la funzione economica e pratica*⁹⁶. Pertanto, obbligo del *franchisor* risulta non solo fornire al *franchisee* l'apposito Manuale Operativo e garantirgli la trasmissione delle relative capacità nella fase di *start up*, ma, invero, tali conoscenze devono essere “implementate” e costantemente aggiornate, così da configurare in capo al *franchisor*, un'obbligo di assistenza continua, caratterizzato, in concreto e fra l'altro, dal peculiare dovere di aggiornare i propri affiliati. Tale attività di aggiornamento, non ha solamente lo scopo di rendere costantemente all'avanguardia i servizi offerti, ma ha lo scopo, ben più importante, di uniformare, all'interno della rete di affiliazione, il *modus operandi* di ogni singolo affiliato.

5.2. L'abuso di posizione dominante del franchisor.

Il quadro delineato *ut supra* evidenzia come affiliante e affilato siano strettamente connessi. L'affiliato, che deve esercitare e mantenere la propria attività all'interno del quadro di riferimento studiato e progettato per lui dall'affiliante, potrebbe persino apparire all'esterno come un soggetto preposto del *franchisor*. Infatti, nonostante secondo la legge il *franchisee* ed il *franchisor* rimangano due “imprenditori indipendenti”, l'esistenza di una condizione di dipendenza economica da parte del *franchisee* appare quasi inevitabile⁹⁷. Questi, infatti, per entrare a far parte delle rete commerciale dell'affiliante, effettua investimenti e acquisisce delle conoscenze che difficilmente riuscirebbe a riconvertire o reinvestire in proprio o in un altro rapporto⁹⁸. Infatti, tratto caratterizzante l'attività in franchising è la consapevolezza e l'affidamento che il marchio crea nella clientela, la quale si rivolge al singolo affiliato proprio perché certa di ricevere il servizio, collaudato e sperimentato, garantito dal marchio della rete, che è consolidato ed affermato all'interno del mercato nel quale opera. Tale tesi sembra aver trovato anche il conforto della giurisprudenza, la quale si è espressa affermando che “*gli obblighi del “franchisor” sono individuati nell'impegno di aggiornare ed spiegare il c.d. “know how” al “franchisee” per permettergli di mettere a disposizione degli utenti i servizi realizzati secondo le istruzioni trasmesse dal “franchisor”. In tale contesto contrattuale, ove ciascuna parte agisce con i propri rischi imprenditoriali, il funzionamento del servizio offerto all'affiliato rappresenta una condizione essenziale per il raggiungimento dello scopo contrattuale, affinché l'affiliato sia messo in grado di offrire ai propri utenti il medesimo servizio predisposto ed organizzato dall'affiliante*”⁹⁹. Di qui, conseguenziale appare l'impossibilità, *rectius* scarsa probabilità, che lo stesso possa profittare delle alternative più o meno soddisfacenti reperibili nel mercato. Pertanto, sebbene in giurisprudenza il contratto in esame sia pacificamente inquadrato come contratto di cooperazione¹⁰⁰, non sono

96 Trib. Ferrara, 15 febbraio 2012 n. 276

97 Infatti, per entrare a far parte della rete commerciale dell'affiliante, il *franchisee* accetta tutta una serie di limitazioni alla propria iniziativa imprenditoriale in guisa del c.d. “profitto garantito” dalla formula commerciale consolidata del *franchisor*, frutto di un know how sostanziale e ben individuato.

98 Si parla, in proposito, di investimenti idiosincratichi, vale a dire posti in essere in modo strettamente funzionale ad una precisa iniziativa economica, ciò che comporta che la mancata realizzazione dell'iniziativa stessa, vanifica l'investimento e ne rende irrecuperabili i costi.

99 Trib. Milano, 08 febbraio 2002.

100 Cfr. Corte d'Appello di Bologna sentenza del 12 febbraio 1994.

rare le ipotesi di rottura del sinallagma, soprattutto nella fase di esecuzione del contratto¹⁰¹. Ed in effetti, l'esperienza insegna che il *franchisor*, in corso di rapporto, abusa sovente della propria posizione, proprio attraverso gli strumenti che aveva abilmente predisposto nel contratto.

Per converso, gli investimenti operati dal *franchisee*, indispensabili all'ingresso nella rete di affiliazione commerciale, diventano essi stessi la causa della posizione di dipendenza economica in cui si verrà a trovare l'affiliato in costanza di rapporto, e ciò almeno per quel che attiene alla riconvertibilità dell'investimento fatto (c.d. investimenti idiosincratici¹⁰²). Proprio per ovviare a questo effetto, la stessa l. 192/2004 disciplina, all'art. 3 co. 3, che l'affiliante dovrà garantire all'affiliato “*una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni*”. Tale disposizione, risultando comunque insufficiente a garantire la protezione del *franchisee* da eventuali abusi, comporta l'applicabilità per analogia, della tutela prevista dall'art. 9 della l. 192 del 1998, soprattutto con specifico riferimento alle ipotesi di interruzione delle relazioni commerciali da parte dell'impresa dominante. Nella sentenza del Tribunale di Parma del 15 ottobre 2008, infatti, viene affermato che “*il divieto di abuso di dipendenza economica costituisce espressione del principio di buona fede che impone di non trarre vantaggi eccessivi da una situazione di debolezza in cui versi la controparte: tale norma, ponendo un incisivo limite al principio di autonomia contrattuale non può essere circoscritta all'ambito dei rapporti di c.d. subfornitura (e ciò anche a prescindere dai richiami ai lavori preparatori della legge in cui è contenuta, ovvero alla lettera della norma, atteso che se nel resto della citata legge vengono utilizzati in contrapposizione all'impresa committente i termini “fornitore” o “subfornitore”, per indicare il soggetto che subisce l'abuso, l'art. 9 usa l'espressione “impresa cliente o fornitrice”, ove l'espressione cliente si attaglia perfettamente ai distributori che sono, appunto, clienti del produttore)*”.

In effetti, una delle aberrazioni del sinallagma contrattuale può essere data, nel caso concreto, in presenza di grossi gruppi societari, dalla creazione delle c.d. reti parallele in franchising, create dalle grosse holding sfruttando i vantaggi economici ottenibili dalle economie di scala, che si concretizzano, in buona sostanza ed in estrema sintesi, nell'offrire gli stessi servizi e lo stesso know how a tutte le reti facenti parte del gruppo. In questo modo, tuttavia, il fine ultimo e lo scopo stesso del know how vengono verificati, in quanto, vengono ad essere totalmente assenti sia l'esclusività e l'unicità della formula commerciale trasmessa, sia uno dei caratteri fondamentali del know how stesso, ovvero la segretezza.

Secondo una parte della dottrina, la tutela offerta dalla disciplina sulla subfornitura non risulterebbe applicabile ai c.d. Gruppi d'impresa e ciò in ragione del fatto che all'interno di un gruppo societario i soggetti non si trovano in posizione di indipendenza economica fra loro, requisito richiesto *expressis verbis* anche dall'art. 1 della legge 129 del 2004. Tuttavia, secondo un'altra parte della dottrina, invece, la

101 Cfr. sul punto, F. Galgano “*Diritto civile e commerciale*”, II Padova, 2004, pag. 446 e ss., secondo cui la disciplina dettata dalla l. 129 del 2004 è dedicata essenzialmente ai c.d. difetti genetici del sinallagma, tali da comportare la declaratoria della nullità o della annullabilità del contratto, trascurando, per contro, la fase dell'esecuzione del contratto, in cui il *franchisee* si trova in stato di debolezza contrattuale.

102 Cfr. Giuseppe Nardin “*Relazioni e fiducia nei mercati dei beni industriali*”, Franco Angeli, 2003, secondo il quale “*La disponibilità ad effettuare investimenti idiosincratici è strettamente connessa alla valutazione che questi investimenti non andranno perduti, e ciò perché le parti si attendono che la relazione si protrarrà nel tempo. Il formarsi di questa opinione è subordinato alla presenza della fiducia che influenza positivamente il comportamento delle parti - l'orientamento a permanere nella relazione - favorendo la cooperazione e la ricerca di obiettivi di lungo periodo, invece che di breve.*”

locuzione “soggetti giuridicamente ed economicamente indipendenti” non ostacolerebbe l'applicazione della disciplina sull'abuso di dipendenza economica al franchising, attesa la sua riferibilità alla non riconducibilità dell'aspirante affiliato alla qualifica di lavoratore subordinato o parasubordinato¹⁰³.

CAPITOLO III

OBBLIGHI DI ASSISTENZA TECNICA E COMMERCIALE DELL'AFFILIANTE NEL RAPPORTO DI AFFILIAZIONE

a cura di *Giuseppina Dimasi** e *Giovanni Adamo***

1. Premessa - 2. Previsione normativa e carenza definitoria - 3. Contenuto del contratto e caratteristiche dei servizi offerti. Contenuto “minimo” dell'assistenza da fornirsi a cura del Franchisor. Orientamenti giurisprudenziali e prassi applicativa - 4. Obbligo di assistenza tecnica: dalla fase precontrattuale all'esecuzione del contratto. Obbligo di assistenza commerciale: dalla promozione alla commercializzazione - 5. Intensità e rilevanza degli obblighi di assistenza tecnica e commerciale nell'economia contrattuale -6. Inadempimento e profili di responsabilità.

1. Premessa

103 Vincenzo Farina *“Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor”* in *“Obbligazioni e Contratti”*, Pluris, 2011, 12, 806.

* *Patrocinatore legale - Senior Assistant Studio Legale Adamo.*

* * *Avvocato in Bologna - Cultore della Materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna - Fondatore Studio Legale Adamo.*

La Legge 6 maggio del 2004, n. 129 é intervenuta quando l'impiego del *franchising* aveva ottenuto ampia diffusione pure in assenza di uno specifico quadro normativo che ne regolasse anche solo gli aspetti fondamentali¹⁰⁴. In questa sede é nostro precipuo interesse analizzare, fra gli altri, “*gli obblighi di assistenza o consulenza tecnica e commerciale*” a carico dell'affiliante cui la normativa fa riferimento all'art. 3 al fine di stabilire, fra l'altro, quali siano i servizi che il *franchisor* é tenuto ad assicurare al *franchisee*.

2. Previsione normativa e carenza definitoria

Ancorché l'art. 3 della Legge 6 maggio 2004, n. 129 demandi alle parti la possibilità di determinare in concreto natura e tipologia dei servizi da erogare, é da ritenersi che gli stessi debbano avere talune caratteristiche e contenuti minimali in assenza dei quali plausibilmente non potrebbe nemmeno configurarsi la sussistenza di quel “contenuto minimo” necessario per la sussistenza di un valido contratto di *franchising*. Questo in quanto gli obblighi di assistenza tecnica e commerciale ineriscono alle caratteristiche essenziali¹⁰⁵ del contratto di *franchising*. Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza univocamente affermano che il “*franchising costituisce un sistema di collaborazione tra un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi ed un distributore*”¹⁰⁶. Tuttavia, definire i contenuti, i limiti ed anche le precipue caratteristiche degli obblighi sopra richiamati non é opera propriamente agevole. L'indeterminatezza legislativa circa i contenuti dell'obbligo in esame a carico dell'affiliante rende invero necessaria l'analisi di tale profilo prevalentemente alla luce delle clausole contrattualmente stabilite e sottoscritte dalle parti. Proprio per tali ragioni, ad avviso di chi scrive, l'art. 3, lett. f Legge 6 maggio 2004, n. 129 stabilisce, con riferimento alla forma ed al contenuto del contratto, che lo stesso “*deve espressamente indicare... (omissis)... le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione*” poiché tali servizi costituiscono elementi tipici dell'obbligazione dell'affiliante nei confronti dell'affiliato.

Dal tenore letterale del medesimo art. 3, Legge 6 maggio 2004, n. 129 é comunque evidente che, il legislatore, nel definire la forma ed il contenuto del contratto di *franchising*, ha stabilito che l'assistenza tecnica e commerciale all'affiliato rappresentano obblighi cui l'affiliante é intrinsecamente tenuto nei confronti dell'affiliato, rimandandone l'esatta e puntuale specificazione al regolamento contrattuale *inter partes*, seppure con le riserve proprie poc'anzi specificate.

Nell'ambito del contratto di *franchising* o affiliazione commerciale, così come

104 Nel panorama giurisprudenziale italiano é possibile trovare statuizioni sull'argomento già a partire dagli anni '90. Il Tribunale di Crema, già nel 1994 stabiliva che “*in virtù di una corretta qualificazione dei rapporti tra le parti, al di là del “nomen iuris” “concessione di vendita” (nella specie, settore automobilistico) figurante nel testo contrattuale, è ravvisabile un rapporto contrattuale riconducibile alla figura del “franchising” quando l'integrazione tra rivenditore e società di distribuzione raggiunge un tale grado di intensità da potersi attingere al rapporto la definizione che di tale contratto fornisce l'art. 1 n. 3 lett. b). A fronte dell'indiscutibile autonomia del concedente rispetto al concessionario, deve farsi riguardo alla immagine che, nella fattispecie concreta (settore automobilistico), la società 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?*” (Contratti, 1996, 1, 52 nota di Berti).

105 “*Tale obbligo di consulenza, ...omissis... inerisce alle caratteristiche essenziali del contratto di franchising, si riconnette al patrimonio di nozioni, informazioni e importanti conoscenze pratiche acquisite dall'affiliante nel settore della distribuzione...omissis...*” (Tribunale Ferrara, Sentenza n. 657/2012).

106 Cass. Civ. Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 647.

espressamente delineato dalla Legge 6 maggio 2004, n. 129, le prestazioni essenziali che caratterizzano l'intero rapporto contrattuale si realizzano per mezzo della mutua e continuativa collaborazione tra le parti ai fini della migliore riuscita del progetto, non essendo sufficiente la mera concessione d'uso della licenza di marchio e la fornitura di merci e arredi “tipici”¹⁰⁷. I principi appena enunciati seppure predisposti a tutela dell'affiliato¹⁰⁸ sono da considerarsi, nella realtà “economica”, posti a favore di entrambe le parti e degli interessi rispettivamente perseguiti. L'adempimento degli obblighi di assistenza tecnica e commerciale, difatti, oltre a costituire, nell'ambito del rapporto sinallagmatico, onere a carico dell'affiliante, rappresenta altresì un interesse del *franchisor* tutt'altro che trascurabile. Una delle fondamentali esigenze di quest'ultimo é, indubbiamente, quella di provvedere alla tutela del marchio concesso in uso agli affiliati. A tale proposito, occorre considerare come la valutazione da parte del consumatore-utente del bene o del servizio offerti, nonché del marchio che distingue gli stessi, passi, necessariamente, attraverso la rete distributiva del *franchisor*, e pertanto, attraverso gli *standards* qualitativi in possesso degli affiliati. Le valutazioni dei consumatori così formulate incidono quindi in via immediata e diretta sul marchio che dunque può rappresentare il perno di un *franchising* di successo, così come il punto debole dello stesso. E', pertanto, evidente come ai fini della sopravvivenza stessa del *franchising* sia di fondamentale importanza imprimere e mantenere nell'utente una accezione positiva dei segni identificativi. Ciò non può avvenire se non mediante l'adeguamento dei *franchisees* all'immagine ed agli *standards* qualitativi pretesi e offerti dal *franchisor*¹⁰⁹, poiché, come anzidetto, il successo del *franchising* e del marchio sono strettamente dipendenti dalla capacità di ogni singolo *franchisee* di ingenerare nei consumatori una simultanea associazione fra marchio e qualità. Conseguentemente, nonostante dal tenore della norma la previsione degli obblighi in esame risulti posta a garanzia dell'affiliato, di fatto, il mancato rispetto/adempimento potrebbe riverberarsi in via immediata sul *franchising*, innescando poi un effetto domino in grado di coinvolgere l'intera rete fino a determinarne il *default*. A tal proposito é interessante osservare come decenni prima dell'entrata in vigore della Legge 6 maggio 2004, n. 129, l'impresa che comunemente viene indicata come la prima esperienza di *franchising* in Italia¹¹⁰ prevedeva, dietro il

107 “Il contratto di *franchising* esige una stretta e leale collaborazione fra l'affiliante e l'affiliato, sia al momento della stipulazione, sia per tutta la durata del rapporto” (Trib. Torino, 12.6.2007, Giuffré, Giurisprudenza di merito, 2008, 1, pag. 131); c.f.r. anche Tribunale di Venezia, Sentenza del 5 giugno 2009, n. 2147/09; c.f.r. Cass. Civ. Sez. III, Sentenza del 15 febbraio 2007, n. 3462; in senso conforme anche Cass. Civ. Sez. III, Sentenza n. 5348/09.

108 L'intera disciplina in esame appare, infatti, improntata al “favor” per l'affiliato. Secondo una tendenza comune sia a livello nazionale che comunitario gli strumenti a tutela di determinati soggetti vengono approntati in considerazione della posizione effettivamente ricoperta dalle parti nell'ambito del rapporto contrattuale, prescindendo dalla qualità propria dei soggetti (consumatore/imprenditore). Pertanto, in considerazione dello squilibrio, sia informativo, sia economico, il potenziale affiliato viene considerato quale contraente debole.

109 Secondo il Tribunale di Napoli, Sez. II civile, Sentenza del 20 ottobre 2006, n. 10501, la finalità cui tende il contratto di affiliazione commerciale consente di apprezzare “la necessità di definire puntualmente termini e condizioni, tenuto conto...omissis...da un lato, della stretta integrazione che viene a stabilirsi tra impresa madre ed affiliate, e dall'altro, della perdurante autonomia giuridica delle stesse imprese distributrici le quali, però, nello svolgimento della rispettiva attività di impresa sono coordinate e controllate dall'impresa affiliante”.

110 Trattasi di un'azienda che operava nel settore della grande distribuzione e che inaugurava nel 1970 il primo affiliato; successivamente (contava già circa cinquanta punti vendita diretti e una decina di punti affiliati) venne assorbita da Standa. Per l'assistenza che l'azienda “madre” si impegnava a fornire agli affiliati richiedeva il pagamento di un contributo “di ingresso” a fondo perduto, oltre

pagamento di un corrispettivo, la fornitura, che il *franchisee* era tenuto ad accettare ed eseguire, di una serie di servizi. Tali servizi ricomprendevano il sopralluogo dei locali, la progettazione e l'assistenza tecnica per l'allestimento del magazzino, l'allestimento commerciale dell'unità di vendita, l'assistenza per il lancio di apertura e per l'inaugurazione delle singole unità. Era inoltre prevista la consulenza continuativa agli affiliati, che veniva fornita mediante visite periodiche di professionisti incaricati e mediante invio di comunicazioni commerciali. Ad una prima analisi, le forme di assistenza di cui sopra, sembrerebbero predisposte e poste in essere dal *franchisor* in esclusivo favore dell'affiliato¹¹¹. Tuttavia, l'altra faccia della medaglia dei servizi predisposti e forniti dall'affiliante all'affiliato era ed è finalizzata al raggiungimento, da parte delle unità affiliate, del funzionamento del punto vendita secondo il “*format*” predisposto dal *franchisor* e della piena corrispondenza nell'immagine e nei servizi alla Casa Madre. Per tale ragione pressoché tutte le disposizioni contrattuali *inter partes* pongono, a carico dell'affiliato, l'obbligo di dare esecuzione alle direttive dell'affiliante, pena la risoluzione di diritto del contratto medesimo. E' difatti interesse primario del *franchisor* che l'affiliato faccia un corretto uso dei segni distintivi concessi mediante il contratto di affiliazione e sia in grado di presentarsi al pubblico come “filiale” della casa madre, pur mantenendo la propria autonomia giuridica ed economica. Peraltro, qualora il *franchisor* dimostrasse di aver subito un danno all'immagine “*per il mancato adeguamento del franchisee agli standard imposti dal contratto*” ben potrebbe richiedere ed ottenere una pronuncia risarcitoria a carico dell'affiliato inadempiente¹¹².

A ben vedere, pertanto, poiché rispondente alle esigenze di entrambe le parti, la consulenza tecnica e commerciale del *franchisor* in favore del *franchisee* è, sin dalle origini, e non solo dell'esperienza italiana, considerata come prestazione tipica del *franchisor* caratterizzante il rapporto di *franchising*.

A livello comunitario il Regolamento CE n. 4087 del 30 novembre 1988¹¹³ sulla concorrenza fornisce una definizione a tenore della quale il contratto di *franchising* consiste in 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*”¹¹⁴”

alle spese per l'assistenza al personale e la consulenza continuativa.

111 Con il contratto di affiliazione commerciale (o “*franchising*”) un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (“*franchisor*”) ed un distributore (“*franchisee*”), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione del mercato – creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali –, concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore (“*franchisee*”), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio. (Cass. Sez. III, 15.1.2007, n. 647).

112 E' quanto emerge dalla lettura *a contrario* della pronuncia del Tribunale di Milano, 23/11/1994, Riv. Giur. It., 1996, I,2, 382, nota di Cipriani.

113 Tale Regolamento, concernente l'applicazione dell'art. 85, paragrafo 3 del TCE a categorie di accordi di *franchising*, non è più in vigore a partire dal 1° giugno 2000 in quanto sostituito dal Regolamento CE 2790 del 1999 che ha per oggetto, indistintamente, tutte le restrizioni verticali della concorrenza.

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

Conformemente alla suesposta definizione, la Legge 6 maggio 2004, n. 129, stabilisce che i servizi oggetto dell'obbligo in esame ricomprendono, indubbiamente, l'obbligo di consulenza inteso quale trasmissione, dall'affiliante all'affiliato delle informazioni e delle conoscenze pratiche acquisite dal primo nel settore "oggetto" del contratto di *franchising*¹¹⁵. Nell'alveo degli obblighi in esame, per espressa previsione legislativa¹¹⁶, sono altresì ricompresi la progettazione e l'allestimento del punto affiliato e la formazione del *franchisee*.

Il *franchisor* può fornire vari tipi di assistenza *manageriale* al *franchisee* (scelta del luogo, addestramento, pubblicità ecc.). Nella prassi applicativa diversi contratti di affiliazione commerciale prevedono l'obbligo, a carico del *franchisor* di fornire all'affiliato la più ampia assistenza e consulenza in tutte le fasi del rapporto ed in tutti gli ambiti che involgono lo stesso. E', a mero titolo esemplificativo, fissato l'obbligo di eseguire e seguire la progettazione dei locali, l'allestimento e la formazione del personale del neo affiliato; ne consegue, per quest'ultimo, l'obbligo di uniformarsi alle indicazioni fornite dall'Affiliante. E' altresì parimenti diffuso l'obbligo, nella maggioranza dei casi contrattualmente specificato a carico dell'affiliante, di occuparsi degli aspetti promozionali, pubblicitari e di *marketing* del marchio che identifica il bene od i servizi offerti. Ad ogni modo, una ulteriore caratteristica del contratto di franchising è quello di configurarsi come un tipico contratto c.d. di durata¹¹⁷ e pertanto ad esecuzione continuata. Alla stregua di ciò, le parti sono tenute all'adempimento delle rispettive obbligazioni per tutto il periodo di efficacia dell'accordo¹¹⁸.

3. Contenuto del contratto e caratteristiche dei servizi offerti. Contenuto "minimo" dell'assistenza da fornirsi a cura del Franchisor. Orientamenti giurisprudenziali e prassi applicativa.

L'art. 3 della Legge 6 maggio 2004, n. 129 oltre a prescrivere la forma scritta del contratto di affiliazione commerciale a pena di nullità, indica, all'interno del comma 4, quali informazioni deve "espressamente indicare" il contratto predisposto dall'affiliante

La specificazione del *know how*, di cui alla lett. d) del citato articolo, la cui definizione è contenuta nell'art. 1, lett. a) Legge 6 maggio 2004, n. 129¹¹⁹, che il *franchisor* deve

115 Il contratto deve espressamente indicare "la specifica *Know how* fornito dall'affiliante all'affiliato", lett. D, punto 4, art. 3, Legge 6 maggio 2004, n. 129.

116 Art. 3, comma 4, lett. F Legge 6 maggio 2004, n. 129

117 L'art. 3, comma 3 della Legge 6 maggio 2004, n. 129, stabilisce che "l'affiliante dovrà garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni"

118 "Il contratto di *franchising* esige una stretta e leale collaborazione fra l'affiliante e l'affiliato, sia al momento della stipulazione, sia per tutta la durata del rapporto" (Trib. Torino, 12.6.2007, Giuffrè, Giurisprudenza di merito, 2008, 1, pag. 131) conformi: Tribunale di Venezia, Sentenza del 5 giugno 2009, n. 2147/09; Cass. Civ. Sez. III, Sentenza del 15 febbraio 2007, n. 3462; in senso conforme anche Cass. Civ. Sez. III, Sentenza n. 5348/09.

119 Ai sensi dell'art. 1, lett. a) Legge 6 maggio 2004, n. 129 si intende "per *Know how*, 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

espletare in sede di redazione del contratto mediante indicazione dettagliata, costituisce elemento imprescindibile del contratto in esame. Il *know how* si connota infatti come elemento essenziale per lo svolgimento dell'attività da parte del *franchisee*. Anche la legge modello *Unidroit*¹²⁰ individua il *Know how* come elemento essenziale del contratto. La mancata trasmissione del *know how* da parte del *franchisor* integra difatti, anche per opinione di scrive, uno fra i più gravi inadempimenti delle specifiche obbligazioni poste a carico dell'affiliante¹²¹ tale da dovere essere sanzionata con la nullità del contratto. Tuttavia, sia la dottrina, sia la giurisprudenza, mostrano, rispetto al regime sanzionatorio, orientamenti divergenti. Secondo una parte della giurisprudenza, la mancata trasmissione del *know how* dall'affiliante all'affiliato deve “*certamente*” condurre ad una dichiarazione di nullità del contratto¹²². Stessa sorte che si ha nel caso di insussistenza del *Know how* trasmesso dall'affiliante al *franchisee*¹²³ per mancanza dell'oggetto *ex art. 1418, comma 2 c.c.* Secondo invece taluni autori¹²⁴, la cui opinione trova, ad oggi, riscontro nell'orientamento giurisprudenziale maggioritario, l'assenza o la mancata trasmissione del *know how* non comportano la nullità del contratto di affiliazione atteso, a tenore di alcune pronunce, il carattere non essenziale nell'economia del rapporto sinallagmatico. A tale proposito, il Tribunale di Milano ha statuito che “*l'obbligo del Franchisor di trasmettere ed aggiornare il know how al Franchisee permette a quest'ultimo di fornire agli utenti servizi identici a quelli concepiti dall'affiliante e rappresenta l'elemento caratterizzante il contratto di franchising, (pertanto, n.d.r.) la violazione di tale obbligo, rendendo impossibile il raggiungimento dello scopo contrattuale, giustifica la risoluzione del contratto per inadempimento*¹²⁵”. Del medesimo avviso si è mostrato il Tribunale di Trento che in una recentissima pronuncia ha stabilito che “*nel contratto di franchising (o affiliazione commerciale) la mancata consegna del know how da parte dell'affiliante non si risolve in una causa di nullità per carenza di un elemento essenziale del contratto, ma va collocata tra i vizi funzionali del regolamento negoziale, e, dunque, è riconducibile ad un'ipotesi di inadempimento*¹²⁶”. Ad ogni modo, l'obbligo in esame assume valore ancor più pregnante se si considera, come è possibile osservare molto frequentemente nella prassi, che numerosi *network* non richiedono al potenziale *franchisee* competenze specifiche del settore nel quale poi si troveranno a dover

di segretezza e di sostanzialità.

120 “*le savoir-faire est un élément essentiel du système de la franchise. Ce mot désigne la connaissance et l'expérience acquises par le franchiseur au cours des années pendant lesquelles il a géré l'activité de la franchise. Transmis au franchisee, ce savoir-faire va se révéler particulièrement utile et va lui permettre de s'engager avec succès dans l'activité sans commettre d'erreurs regrettables ni réaliser d'investissements inutiles*”.

Chi scrive, nel condividere tale orientamento, ritiene altresì che attesa l'essenzialità del *know how* la mancata consegna dello stesso da parte dell'affiliante dovrebbe tassativamente risolversi in una causa di nullità ai sensi dell'art. 1424 cc.

121 *Avuto riguardo alle finalità e all'equilibrio di interessi perseguito con il contratto – quello di fare entrare il ...omissis... in una rete di affiliati collaudata, consolidata sul mercato allo scopo di commercializzare i beni mettendogli a disposizione il patrimonio di conoscenze, Know how e ritrovati tecnici dell'affiliante, consentendogli altresì l'uso del marchio e segni distintivi dell'affiliante stesso da comportare la risoluzione del contratto per grave inadempimento della società convenuta (affiliante n.d.r.) ex art. 1453 c.c.*” (Tribunale ordinario di Venezia, II Sez. civ. del 5/6/2009 n. 2147).

122 “*Il contratto di franchising deve certamente essere dichiarato nullo in quanto nessun Know how è stato trasmesso dall'affiliante all'affiliata [...]*” (Tribunale di Milano, sentenza del 16 marzo 2010, n. 3067/2010).

123 Tribunale di Bassano del Grappa, Sentenza del 2 maggio 2006, inedita.

124 Galgano, Diritto commerciale, L'imprenditore, Bologna, 2000, 184 -185.

125 Tribunale di Milano, sentenza del 7 febbraio 2002, *Riv. Gius*, 2002, 15, 1638.

126 Trib. Trento, 14 maggio 2012, n. 472, *Il Sole 24 Ore*, Mass. Repertorio Lex24; *ex plurimis* Trib. Milano, 07/02/2002, *Gius*, 2002, 15, 1638.

operare. Diversi *franchisors* poi, consentono l'accesso alla rete financo ad aspiranti imprenditori, che in quanto tali, sono soggetti assolutamente ignari dei complessi meccanismi di mercato che determinano la sopravvivenza stessa dell'impresa in concorrenza con la moltitudine presente nel medesimo ambito merceologico o di servizi.

Di regola (cfr Trib. Trento, 14 maggio 2012, n. 472), a carico del *franchisor* è in ogni caso individuato l'obbligo di aggiornare ed esplicitare il *know how* al *franchisee*. Non è a tal proposito superfluo sottolineare che “*il funzionamento del servizio offerto all'affiliato rappresenta una condizione essenziale per il raggiungimento dello scopo contrattuale, affinché l'affiliato sia messo in grado di offrire ai propri utenti il medesimo servizio predisposto ed organizzato dall'affiliante*¹²⁷”.

Come già accennato, nell'attività di assistenza tecnica e commerciale che il *franchisor* è tenuto ad espletare in favore del *franchisee* occorre ricomprendere molteplici servizi che il primo deve fornire indipendentemente dalle pattuizioni contrattuali.

Spunti interessanti per definire gli obblighi minimi cui l'affiliante è tenuto provengono anche dai codici deontologici dei quali diverse associazioni di categoria si sono dotate e dei quali da tempo impongono l'osservanza ai propri associati¹²⁸.

Secondo quanto indicato dal codice della “Federazione italiana *Franchising*” nella sezione dedicata alla “formazione¹²⁹”:

a) il *franchisor* si assicura che il *franchisee* possieda la necessaria preparazione e, se non l'ha, l'aiuta ad acquisirla;

b) la formazione del *franchisee* comporta normalmente uno stage preliminare nel centro pilota, in un punto vendita o in un esercizio simile;

c) il *franchisor* assicura al *franchisee*, durante l'intero periodo di durata del contratto, tutta l'assistenza e l'informazione necessaria e utile. A questo scopo stabilisce con lui strette e continue relazioni anche attraverso suoi delegati competenti;

d) il *franchisee* cosciente di avere aderito ad un sistema di progresso e di evoluzione, s'impegna, in materia di formazione, sia per se stesso che per il proprio personale, a partecipare a tutte le attività di miglioramento delle conoscenze proposte dal *franchisor*.

In ordine a tale servizio, nulla di specifico dispone l'art. art. 3 lett. f) della Legge 6 maggio 2004, n. 129. Ad ogni modo, come già anticipato, la formazione che per Legge il *franchisor* deve essere ritenuto obbligato ad erogare non solo dovrà iniziare nella c.d. fase di preapertura, ma dovrà altresì accompagnare il *franchisee* durante tutta la fase di esecuzione del contratto, con conseguente necessità di adeguamento della stessa rispetto alle mutate esigenze del mercato (si pensi alla formazione sulle caratteristiche delle nuove linee di prodotti e/o servizi). Il contratto deve pertanto esattamente prevedere siffatti obblighi a carico del *franchisor*, nonché specificarne le modalità attraverso le quali sarà esplicitata, i tempi in cui tale formazione dovrà essere erogata ed altresì i costi (con specificazione della parte a carico della quale essi sono posti). L'obbligo del *franchisor* di erogare la formazione, che è funzionale

127 Tribunale di Milano, Sentenza del 28 febbraio 2002, *Riv. Giur. Milanese*, 2002, 27.

128 L'*European Code of Ethics for Franchising*, ha costituito fonte di ispirazione per la creazione di codici deontologici nazionali. Dal 1° gennaio 1995 è in vigore il Regolamento dell'Associazione italiana del *Franchising* (AIF), approvato dalla Consulta Giuridica della medesima organizzazione nell'ottobre del 1994. Il Regolamento, vincolante per tutti i soci dell'*Assofranchising*, integra il Codice Deontologico e lo Statuto dell'Associazione stessa ed “*ha lo scopo di imporre agli affilianti [...] l'adozione di regole di comportamento ispirate a principi di correttezza e professionalità*”.

129 <http://www.fif-franchising.it/codice-deontologico.html>

all'acquisizione delle competenze specifiche ed all'aggiornamento costante del *franchisee*, dovrebbe estendersi a tutti gli aspetti dell'attività svolta e differenziarsi in relazione alle esigenze, che secondo l'esperienza maturata dal *franchisor*, si presenteranno nelle diverse fasi dell'attività. E' infatti innegabile che il livello di formazione del personale operante nelle unità affiliate influenzi la qualità della prestazione fornita al cliente/utilizzatore dei beni/servizi, riflettendosi inevitabilmente sull'immagine del marchio. La formazione erogata dall'affiliante riveste pertanto un ruolo chiave ai fini della stessa sostenibilità del punto vendita, poiché in molti casi dovrà sopperire alla carenza, ed in alcuni, alla totale assenza, di conoscenze da parte dell'aspirante¹³⁰.

L'omessa prestazione di assistenza, la mancata effettuazione di corsi di formazione e la violazione di obblighi della stessa natura, “*assumono, in relazione al contenuto del contratto e alle finalità con lo stesso perseguite, quelle cioè di entrare a far parte di una rete distributiva collaudata ed affermata sul mercato utilizzando il patrimonio di conoscenza e dei ritrovati tecnici nonché i segni distintivi dell'affiliante, una tale gravità da giustificare lo scioglimento del rapporto a norma dell'art. 1453 c.c.*”¹³¹”

Le materie oggetto della formazione possono essere fra le più disparate¹³². Comuni a tutte le categorie di *franchising* dovrebbero essere le tecniche commerciali e di *marketing* al fine di garantire l'uniformità nei servizi resi, l'uniformità di immagine e di stile dell'intera rete, ma anche e soprattutto al fine di potenziare la redditività del punto affiliato.

Appare quindi utile sottolineare, brevemente, alcune delle caratteristiche che il *franchisor* deve necessariamente possedere e trasmettere ai *franchisee*. Come la legge stessa stabilisce, l'imprenditore titolare di un marchio, che abbia elaborato un modello di *business* al fine di poter operare come affiliante e proporre l'affiliazione commerciale ad altri imprenditori che intendano commercializzare beni o servizi appartenenti al primo è che l'affiliante abbia realizzato un “*sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi*”¹³³. Da tale assunto è agevole comprendere come il legislatore abbia inteso stabilire che per proporsi al mercato come affiliante l'imprenditore non può improvvisarsi tale, di fatto scommettendo con gli investimenti del *franchisee*, o usando quest'ultimo come una sorta di cartina di tornasole per testare la riuscita del “sistema”. Al contrario, dovrà aver sperimentato¹³⁴ la formula e creato un modello imprenditoriale dal funzionamento “certo” (nei limiti del rischio imprenditoriale “accettabile”). Alla stregua di quanto appena affermato ne consegue che diversi sono i requisiti che il *franchisor* deve possedere prima di intraprendere l'attività di

130 L'assistenza fornita dall'affiliante deve essere “*assidua ed efficace, rispettosa della diligenza professionale doverosa per l'affiliante nei confronti di un affiliato che, secondo le assicurazioni fornite, ben poteva essere anche sprovvisto d'esperienza imprenditoriale*” (Tribunale di Ferrara, sentenza del 22/02/2012, n. 276, pag. 24.

131 Tribunale Ordinario di Venezia, II Sez. civile, Sentenza n. 2415 dell'1/10/2007; *ex plurimis* Tribunale Ordinario di Venezia, II Sez. civile, Sentenza n. 2147 del 5/6/2009.

132 Generalmente i servizi di consulenza e assistenza si distinguono in servizi erogabili in fase di preapertura ed i servizi post-apertura. In questa seconda tipologia, con riferimento al *franchising* di distribuzione, possono ad esempio essere pattuiti l'assistenza continuativa sugli acquisti, la ricerca di nuovi prodotti, l'aggiornamento delle tecniche di vendita, la consulenza sui prezzi di vendita, il servizio di reporting, analisi e modifica dei piani commerciali, studio ed assistenza al *visual merchandising*, effettuazione di campagne pubblicitarie a livello nazionale, assistenza e consulenza dell'attività pubblicitaria a livello locale.

133 Art. 1, comma 1 Legge 6 maggio del 2004, n. 129.

134 “*per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale*” art. 3, comma 2 Legge 6 maggio del 2004, n. 129.

affiliazione. Fra questi, sicuramente necessaria è la conoscenza analitica del settore nel quale opera e l'avvenuta sperimentazione della capacità del marchio stesso di attecchire e ricavare uno spazio sul mercato; al *franchisor* è pertanto richiesta “*una spiccata qualificazione, un ampio corredo di conoscenze e specializzazione (know how)*”¹³⁵. Pertanto, la titolarità di un marchio ed un metodo gestionale ed amministrativo sufficientemente sperimentato (generalmente mediante i c.d. punti pilota¹³⁶) e trasmissibile (*know how*) rappresentano due prerequisiti imprescindibili affinché il *franchisor* possa validamente intraprendere lo sviluppo ed il potenziamento dell'attività mediante l'uso dell'affiliazione commerciale¹³⁷.

Le informazioni tecniche, spesso, sono raccolte nel c.d. manuale operativo, che può essere definito come la sintesi dell'esperienza specifica del *franchisor*. Il manuale pertanto raccoglie il patrimonio di conoscenze già maturate dal *franchisor*. Tali conoscenze inevitabilmente subiranno modifiche o arricchimenti *in itinere* e, conseguentemente, il manuale dovrà essere aggiornato dal *franchisor* e da questo comunicato al *franchisee*. Ad ogni modo, è ragionevole sostenere che l'attività di formazione ed assistenza che il *franchisor* è tenuto a prestare in favore dell'affiliato non si esaurisca con la consegna del manuale operativo anche per le ragioni poc'anzi esposte. L'aspetto formativo è, come già accennato, “essenziale” per il recepimento da parte del *franchisee* del *Know how* e, conseguentemente, essenziale nell'economia del contratto *inter partes*¹³⁸.

Dall'esperienza dell'affiliante il *franchisee* dovrà ricevere, pertanto, le informazioni fondamentali per la gestione dell'unità affiliata in relazione a tutti gli aspetti inerenti l'attività. E' per le suesposte ragioni che l'affiliante è “giuridicamente” considerato quale soggetto provvisto del necessario bagaglio culturale e perciò obbligato a fornire all'affiliato una continua ed efficiente assistenza, assicurando la complessiva redditività della rete, con conseguente riduzione del rischio¹³⁹.

135 Tribunale di Ferrara, sentenza del 22/2/2012 n. 276.

136 “**Il contratto di franchising deve certamente essere dichiarato nullo [...] perché al momento dell'affiliazione e cioè della conclusione del contratto non risulta esistesse alcuna rete di vendita dei prodotti tutti dell'opposta.**” (Tribunale di Milano, Sentenza del 16 marzo 2010, n. 3067/2010); con riferimento alla necessità di preventiva sperimentazione il Tar del Lazio, Sentenza dell'8 aprile 2009, n. 3723 ha rilevato che “**l'affiliante deve avere creato e sperimentato sul mercato una formula commerciale di cui nel caso di specie non vi è traccia, avendo la Società A. sostanzialmente gestito unicamente il negozio pilota dal quale è nata poi l'idea affiliativa pubblicizzata**”.

137 Attenzione particolare richiede dunque il marchio, che costituisce uno degli elementi essenziali di tutti i sistemi in *franchising* del quale indiscutibilmente l'azienda deve essere titolare mediante registrazione a livello comunitario e che pertanto possa essere trasmesso con una licenza d'uso ai *franchisees*. Inoltre, come già osservato, l'art. 3, L. 6 maggio 2004, n. 129 indica il *know-how* quale oggetto essenziale del contratto di affiliazione, rilevando che esso debba essere “segreto”, “sostanziale” ed “individuato”.

138 Cfr. Tribunale di Venezia, sentenza n. 2415, 1 ottobre 2007.

139 “**Con il contratto di affiliazione commerciale (o "franchising") un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi ("franchisor") ed un distributore ("franchisee"), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato - creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali -, concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore ("franchisee"), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio**”. (Rigetta, Trib. Clusone, 14 Gennaio 2002) (Cass. civ. Sez. III Sent., 15-01-2007, n. 647, Mass. Giur. It., 2007 CED Vita Notar., 2007, 3, 1196). D'altro canto, come sopra accennato, l'esigenza di una applicazione minuziosa, da parte dell'affiliato, delle indicazioni fornite dall'affiliante, risponde all'interesse di entrambe le parti del contratto. *Franchisor* e *franchisee*, difatti effettuano gli investimenti necessari ed affrontano i connessi rischi d'impresa

Secondo quanto finora analizzato è possibile affermare che una rete di *franchising* dovrebbe essere caratterizzata da tre elementi essenziali. Prima di tutto, a) dall'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e dalla presentazione uniforme della sede; b) dalla "trasmissione" dall'affiliante all'affiliato del *Know how* ed infine c) dalla prestazione costante e continuativa all'affiliato, ad opera del *franchisor*, dell'assistenza commerciale e tecnica. Tali elementi sono considerati, sia dalla dottrina, sia dalla giurisprudenza, e già in parte richiamata nel corso della nostra analisi, elementi imprescindibili del contratto di *franchising*. La mancanza anche di uno solo di essi non dovrebbe pertanto consentire di ricomprendere nella disciplina e nella categoria della fattispecie in esame un contratto che di essi fosse carente.

Lo scopo cui è finalizzato il contratto di affiliazione commerciale è quello di sviluppare un sistema sinergico, collaborativo, continuo e costante tra *franchisor* e *franchisee* nel rispetto delle reciproche autonomie giuridico/economiche¹⁴⁰. È stato osservato che l'aspirante affiliato è spesso un neofita del settore, privo di esperienza specifica, se non addirittura di esperienza commerciale in generale. Il *franchisor* riveste, pertanto, un fondamentale ruolo nell'assistenza costante all'affiliato che dovrà ricevere dall'affiliante specifiche linee guida e direttive particolarmente dettagliate per raggiungere i medesimi *standards* qualitativi dell'affiliante, nonché per realizzare il profitto economico atteso e con ogni probabilità prospettato dall'affiliante nella fase precontrattuale. Il *franchisee* deve, legittimamente, confidare sulla professionalità, sull'assistenza e sull'esperienza maturate nel settore dal *franchisor*; diversamente, gli oneri cui si sottopone in termini economici (*fee* d'ingresso, *royalties*, vincoli nella tipologia di prodotti e nella scelta dei fornitori) per creare una attività imprenditoriale non troverebbero alcuna giustificazione. Pertanto, oltre alla consegna del manuale operativo, il *franchisor* dovrà fornire una prima formazione ai *franchisees* nonché provvedere, nel corso del rapporto di affiliazione, con i successivi corsi di aggiornamento quando necessari. Il rafforzamento del marchio mediante il costante svolgimento di attività pubblicitaria e promozionale, la formazione e l'assistenza tecnica al *franchisee* in tutte le fasi del rapporto di affiliazione rappresentano in sostanza obblighi veri e propri a carico del *franchisor* in forza della Legge 6 maggio 2004, n. 129, il cui mancato o inesatto adempimento non può non esporre quest'ultimo a responsabilità da cui ben possono discendere obblighi risarcitori nei confronti dell'affiliato, nonché costituire causa di risoluzione del contratto. Dall'esperienza dell'affiliante il *franchisee* dovrà ricevere le informazioni e la formazione fondamentali per la gestione dell'unità affiliata in relazione a tutti gli aspetti inerenti l'attività e per tutta la durata della stessa. Difatti, qualora il contratto non prevedesse, in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 3, comma 4, lett. d) ed f) Legge 6 maggio 2004, n. 129, *la specifica del know how fornito dall'affiliante all'affiliato e le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione*, difetterebbe la natura stessa dell'affiliazione commerciale¹⁴¹.

poiché entrambi si attendono di ottenere dei vantaggi. Il primo mira innanzi tutto ad una perfetta corrispondenza fra l'immagine creata, pubblicizzata e diffusa e tutte le unità appartenenti alla rete, nonché, ovviamente maggiori profitti.

140 Con riferimento alla posizione dei contraenti, ed, in particolare, alla loro indipendenza e autonomia, cfr. Amoroso e Bonani, *Gli aspetti di marketing*, in AA.VV., *Il franchising*, Milano, 1989, pagg. 20 e ss.

141 "non può parlarsi affiliazione commerciale qualora la "fornitura del "know how" (dall'arredamento dei negozi alla cassa informatica)" abbia carattere meramente eventuale e né il "know how" aziendale né l'ubicazione e l'arredamento dei punti vendita siano "imposti" (T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sentenza del 16 giugno 2009,

4. Obbligo di assistenza tecnica: dalla fase precontrattuale all'esecuzione del contratto. Obbligo di assistenza commerciale: dalla promozione alla commercializzazione.

La tipologia degli obblighi di assistenza tecnica a carico dell'affiliante muta in relazione alle diverse tipologie di *franchising* ed in relazione alle diverse “fasi” del rapporto di affiliazione. Gli oneri imposti dalla Legge 6 maggio 2004, n. 129 consentono infatti di distinguere i servizi che, sotto tale profilo, l'affiliante è tenuto a prestare all'affiliato sin dalla fase precontrattuale, nonché quelli che invece sarà tenuto a prestare per tutta la durata del rapporto atteso il carattere continuativo intrinseco ad alcuni degli obblighi in esame.

Successivamente alle valutazioni preliminari che l'aspirante *franchisee* è opportuno che compia in relazione all'onerosità ed alla redditività genericamente prospettategli dal *franchisor* (così come normalmente avviene in fase di primo contatto fra le parti), sarà poi obbligo di quest'ultimo provvedere alla “predisposizione” del piano di fattibilità con specifico riferimento al luogo ed al bacino d'utenza riferibili al neo affiliato. Detto aspetto rappresenta un validissimo indice ai fini della valutazione della serietà del *franchisor* e dei mezzi e delle risorse del quale lo stesso dispone per fronteggiare efficacemente le vicissitudini di carattere ordinario e straordinario che possono interessare il *franchisee* nel corso del rapporto. Ad oggi, atteso il carattere non obbligatorio della consegna del *business plan* al *franchisee*, non risultano sanzioni giurisprudenziali di condanna del *franchisor* in ragione della mancata consegna del documento. Tuttavia la discrepanza fra gli elaborati previsionali contenuti nel *business plan* eventualmente consegnato al *franchisee* ed i risultati effettivamente conseguiti rileva ai sensi del D.Lgs 145/2007¹⁴². Ma non solo. Il contegno del *franchisor* che veicola false o parziali informazioni in sede precontrattuale è fonte di responsabilità precontrattuale non solo in base alle previsioni di diritto comune¹⁴³. Per espressa previsione dell'art. 8 Legge 6 maggio 2004, n. 129 “*se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. nonché il risarcimento del danno se dovuto*”¹⁴⁴. È evidente l'importanza che il legislatore conferisce all'affidamento che il *franchisee* ripone nell'affiliante e, soprattutto, alla

n. 5685).

142 L'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, adita con riferimento a tale fattispecie, ha stabilito che “*i messaggi pubblicitari che non forniscono specifica alcuna relativamente alle caratteristiche essenziali dell'offerta commerciale proposta, non consentono da parte del potenziale affiliato alcuna analisi costi benefici, né di avere piena contezza della reale natura giuridica ed economica dell'offerta di specie, e come tali, inducono il destinatario, in base ad erronei convincimenti a contrattare il professionista ed, in ultimo, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.*”, e ancora, “*il professionista che non informa in alcun modo il destinatario in merito alle caratteristiche sostanziali dell'offerta di specie ma, al contrario, enfatizza solo aspetti non sostanziali relativi a presunte generiche performance garantite dall'affiliazione; i messaggi pubblicitari risultano pertanto idonei ad indurre in errore i soggetti ai quali sono rivolti o da essi raggiunti circa le caratteristiche essenziali, quali la tipologia di franchising ed eventuali oneri economici e giuridici allo stesso associabili del prodotto commerciale offerto, pregiudicandone il comportamento economico ed inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso*” (provvedimento n. 20951, boll. n. 13/2009).

143 Art. 1337 cc, “*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”.

144 “*Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato. Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio*”.

rispondenza alla realtà delle informazioni fornite dal *franchisor* nella fase propedeutica alla conclusione del contratto¹⁴⁵.

Tornando allo scrutinio degli obblighi di assistenza tecnica configurabili in capo al *franchisor* nella fase precontrattuale è possibile osservare quanto segue.

Coerentemente con la particolarità del contratto in esame, l'affiliante dovrebbe fornire le specifiche necessarie per la scelta della *location*. Nella prassi, molti *franchisor* non solo forniscono i criteri necessari per operare la scelta maggiormente rispondente, sia in termini di spazi dei locali, sia in termini di collocazione “geografica”, al tipo di prodotto o di attività oggetto del contratto di affiliazione; in alcuni casi, difatti, per il tramite di loro incaricati, affiancano l'affiliato nei sopralluoghi operando la scelta congiuntamente. Le analisi del mercato e del *brand* che il *franchisor* ha compiuto (o quanto meno, avrebbe dovuto compiere) nella fase precedente l'inizio dell'attività di affiliazione, gli consentono difatti di avere contezza specifica di tutti i fattori afferenti anche gli aspetti strutturali e tecnici, oltre che economici dell'attività. Successivamente all'individuazione della migliore ubicazione nell'ambito territoriale di interesse (di entrambi i contraenti) ed alla scelta dei locali commerciali che dovranno ospitare l'attività commerciale, il *franchisor*, per espressa previsione legislativa¹⁴⁶, è chiamato ad occuparsi dell'allestimento dell'unità affiliata.

L'obbligo in esame comporta, preliminarmente, la fornitura dell'insegna e dei segni distintivi. Sempre a carico del *franchisor* è posta l'indicazione (che a volte comprende anche la fornitura) degli arredi specifici ed alla cura di tutti gli aspetti necessari per garantire l'uniformità di immagine con la Casa Madre¹⁴⁷. L'“allestimento” cui la Legge fa riferimento potrebbe ricomprendere anche *software* gestionali eventualmente in uso dall'affiliante per facilitare, a se stesso e all'affiliato, il monitoraggio dell'andamento dell'attività. L'attività di *report* della quale viene spesso onerato il *franchisee* o l'attività di *monitoring* esercitata direttamente dall'affiliante si rivelano entrambe fondamentali per agevolare in tempo utile l'eventuale intervento correttivo di quest'ultimo¹⁴⁸.

Attiene altresì all'aspetto tecnico la formazione specifica in relazione al tipo di attività che il *franchisee* deve ricevere dall'affiliante in maniera completa già prima dell'avvio dell'attività. Solo in tale modo l'affiliante potrà occuparsi in maniera proficua, sia degli aspetti gestionali prettamente “interni”, sia delle modalità e dello svolgimento dell'attività nella relazione con l'utente/utilizzatore. Inoltre, una buona formazione dell'affiliato conseguita prima dell'apertura dell'unità operativa, non solo esenterà il *franchisor* dalle responsabilità che in caso contrario ne deriverebbero a suo carico, ma

145 “Il rigore richiesto al *franchisor* nella fase informativa è molto elevato, paragonabile a quello stabilito per la conclusione di un investimento finanziario, con la conseguenza che la tutela predisposta a favore del *franchisee* va estesa anche nei confronti dell'affiliante che esalti esageratamente il franchising (cosiddetto *dolus bonus*) laddove, però tali comportamenti abbiano una concreta attitudine ingannatoria”. “Il franchising: una formula di successo per la tua impresa”, Ed. Franco Angeli, di Giuseppe Bonanni e Giovanni Adamo; pag. 169.

146 Art. 3 lett. f Legge 6 maggio 2004, n. 129.

147 “non può parlarsi affiliazione commerciale qualora la “fornitura del “*know how*” (dall'arredamento dei negozi alla cassa informatica)” abbia carattere meramente eventuale e né il “*know how*” aziendale né l'ubicazione e l'arredamento dei punti vendita siano “imposti” (T.A.R. Lazio Roma Sez. I, Sentenza del 16 giugno 2009, n. 5685).

148 Nella valutazione degli inadempimenti posti in essere dall'affiliante, con riferimento all'interesse perseguito dall'affiliato e all'economia complessiva del rapporto di affiliazione commerciale esistente fra attrice e convenuta “non può trascurarsi il notevole ruolo notoriamente svolto dalla pubblicità promozionale anche a livello nazionale al fine della vendita dei prodotti commercializzati; da non trascurarsi è pure l'attività di consulenza e di reporting essenziale soprattutto nelle prime fasi dell'attività della *franchisee*” (Tribunale di Mantova, Sez. Distaccata di Castiglione delle Stiviere, Sentenza del 16 marzo 2011, n. 49); Cfr Tribunale di Venezia, Sentenza dell'1 ottobre 2007, n. 2415.

si rivelerà proficua per il buon andamento del punto affiliato e del rapporto fra le due parti. E' pertanto in fase di c.d. formazione preapertura che il *franchisor* esplicherà i contenuti del manuale operativo (e pertanto del *know how*) che per prassi viene consegnato al *franchisee* al momento della sottoscrizione del contratto.

Anche se il manuale operativo non può sostituire la formazione iniziale e l'eventuale aggiornamento periodico dell'affiliato riveste per quest'ultimo un valido ausilio nell'esercizio dell'attività al punto che riveste valore di vero e proprio *vademecum*.

Nella prassi non mancano casi di *franchisor* che mettono a disposizione dei propri affiliati servizi c.d. di *help desk* per fornire immediatamente la consulenza tecnica necessaria. In relazione all'oggetto del *franchising* molteplici sono i servizi, sia di assistenza tecnica, sia di assistenza commerciale, che l'affiliante può predisporre in favore dell'affiliato; quando inseriti nel contratto espongono a responsabilità per inadempimento chiunque dei due contraenti si sia sottratto agli stessi.

Nel caso di *franchising* di distribuzione, la puntualità nella fornitura dei beni destinati alla commercializzazione e l'indicazione in ordine alle adeguate quantità di merce delle quali il *franchisee* dovrà disporre afferiscono altresì all'ausilio tecnico di base che quest'ultimo legittimamente si attende dall'affiliante¹⁴⁹.

Altro aspetto fondamentale è rappresentato dalle campagne pubblicitarie intraprese dal *franchisor* a livello nazionale, al fine di diffondere sul mercato la conoscenza e la riconoscibilità della rete in quanto tale, nonché di promuovere i prodotti distribuiti o i servizi venduti. Di norma i contratti di *franchising* prevedono le modalità di determinazione del contributo economico del *franchisee* alle campagne promozionali promosse dal *franchisor* nell'interesse dell'intera rete. Del pari possono prevedere che il *franchisee* promuova, a proprie spese, a livello locale, la propria attività, previa approvazione del *franchisor*, ancora una volta necessaria per garantire l'uniformità di immagine e di stile della rete in *franchising*, sull'intero territorio nazionale. Per prassi diffusa è quasi unanimemente ritenuto che la c.d. pubblicità istituzionale costituisca una vera e propria obbligazione a carico dell'affiliante. Detta obbligazione, al fine di essere correttamente adempiuta dal *franchisor* non potrà avere il carattere dell'occasionalità, ma dovrà essere frequente e canalizzata attraverso i mezzi più idonei al raggiungimento dello scopo cui la stessa è prevista e preposta¹⁵⁰. L'inadempimento imputabile al *franchisor* in ordine agli obblighi pubblicitari è difatti “*da ritenersi di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse perseguito dall'attrice (n.d.r. affiliato) e dell'economia complessiva del rapporto di affiliazione commerciale esistente tra attrice e convenuta (a tale ultimo proposito non può trascurarsi il notevole ruolo notoriamente svolto dalla pubblicità promozionale anche a livello nazionale al fine della vendita dei prodotti commercializzati; [...]*”¹⁵¹. Nella prassi è parimenti diffuso l'onere della pubblicità locale a carico dell'affiliato (che implica la scelta dei migliori canali attraverso i quali veicolarla all'utente); tuttavia, il *franchisor*, nella quasi totalità dei casi, si riserva contrattualmente la verifica/autorizzazione delle iniziative pubblicitarie dei *franchisees*.

Con riferimento ai *franchising* di distribuzione, anche l'esposizione della merce rappresenta un importante aspetto dell'attività promozionale del prodotto e, conseguentemente, le modalità di esposizione rientrano indubbiamente nel

149 Secondo il Tribunale di Ferrara, Sentenza del 22 febbraio 2012, n. 276, *l'inadeguatezza della fornitura “si riverbera in misura rilevante sull'equilibrio del sinallagma”*.

150 “*[...] non può dirsi idonea una campagna di promozione del marchio [...] che si traduce nella partecipazione, per una volta all'anno, a novembre, alla sola fiera ...omissis...*” (Tribunale di Ferrara, Sentenza del 2 febbraio 2012, n. 276)

151 Tribunale di Mantova, Sezione Distaccata di Castiglione delle Stiviere, n. 49/2011.

“pacchetto” di informazioni che l'affiliato deve ricevere periodicamente dall'affiliante. L'allestimento del punto vendita, lo svolgimento dell'attività promozionale, la predisposizione di politiche commerciali, l'ideazione di servizi da offrire alla clientela, l'attività di *merchandising* e tutti quegli aspetti che, in relazione alla natura del *franchising*, necessariamente devono sussistere per tutta la “vita” del punto affiliato si connotano tutti come servizi a prestazione continuativa dei quali il *franchisor* non si può disinteressare fino alla conclusione del rapporto *inter partes*. Tali servizi attengono difatti ad aspetti che solo se prestati consentono di ottenere l'uniformità d'immagine fra affiliante ed affiliato, la crescita e lo sviluppo dell'affiliato al pari dell'affiliante. Gli obblighi di assistenza appena esposti consentono, quando posti in essere, di ritenere rispettate le prescrizioni in tal senso stabilite dalla Legge che disciplina il contratto di affiliazione commerciale.

5. Intensità e rilevanza degli obblighi di assistenza tecnica e commerciale nell'economia contrattuale.

La formula contrattuale in esame è una collaborazione continuativa tra due imprese giuridicamente ed economicamente indipendenti. Il contratto di *franchising* è difatti un contratto di durata, di natura sinallagmatica, caratterizzato cioè da una serie di prestazioni corrispettive a carico di entrambe le parti del contratto. Il contratto di *franchising* si configura pertanto come un contratto ad esecuzione continuata, poiché le parti sono tenute all'adempimento delle rispettive obbligazioni per tutto il periodo di efficacia dell'accordo¹⁵². Tuttavia come finora ampiamente trattato è assolutamente onere dell'affiliante operare in modo da condurre ogni *franchisee* ad un livello formativo tale da consentire allo stesso di vendere i beni e/o proporre i servizi nel rispetto del livello qualitativo preteso dall'affiliante. Molti *franchisor*, o almeno quelli che effettivamente operano nel rispetto della logica e dello scopo del contratto di affiliazione, hanno cura di i) individuare e specificare il *know how*, come la Legge stessa richiede; ii) individuare e specificare tutti i servizi di consulenza ed assistenza che presteranno all'affiliato nel corso del rapporto; iii) le modalità attraverso le quali detti servizi saranno prestati ed i tempi. La formalizzazione contrattuale di tali obblighi rileva, sia nella fase precontrattuale¹⁵³ per l'apprezzamento della serietà e

152 Cfr Trib. Torino, 12.6.2007, Giuffré, Giurisprudenza di merito, 2008, 1, pag. 131.

153 A norma dell'art. 4, comma 1 Legge 6 maggio 2004, n. 129 stabilisce a carico del *franchisor* l'obbligo di consegnare all'aspirante affiliato la “copia completa del contratto” da sottoscrivere “almeno trenta giorni prima della sottoscrizione” corredato da:

“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 arbitrari, 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.

2. Negli allegati di cui alle lettere d), e) ed f) del comma 1 l'affiliante può limitarsi a fornire le informazioni relative

della solidità organizzativa del *franchisor*, sia nell'esecuzione del rapporto atteso che le pattuizioni contrattuali fungeranno per il *franchisee* da parametro per la valutazione della conformità dei servizi erogati dal *franchisor* a quelli conosciuti accettati e sottoscritti. Inoltre, attesa la rilevanza, che più volte abbiamo definito essenzialità, degli obblighi in esame nell'economia del contratto di affiliazione commerciale, la mancata indicazione nel contratto o la mancata erogazione fungeranno altresì da parametro per la determinazione della sanzione in capo al *franchisor* e del risarcimento in favore del *franchisee*.

Il contributo di affiliazione (o c.d. *fee d'ingresso*) preteso dal *franchisee* è richiesto dal *franchisor* sia a titolo di corrispettivo per la concessione dell'uso delle licenze di marchio e dei segni distintivi, sia a titolo di copertura dei costi che il *franchisor* dovrà sostenere per erogare all'affiliato, in maniera adeguata, i servizi appena richiamati. Pertanto, le somme versate a titolo di contributo di affiliazione, rappresentano, in pressoché tutta la giurisprudenza rassegnata, gli importi minimi che i *franchisors* vengono condannati a restituire in caso di inadempimento degli obblighi in esame. Lo scopo principale cui tendono le previsioni di cui all'art. 3 Legge 6 maggio 2004, n. 129 è anche quello di tutelare il *franchisee* da possibili abusi posti in essere dal *franchisor*¹⁵⁴.

6. Inadempimento e profili di responsabilità.

L'inadempimento è la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta dal quale deriva l'obbligo, a carico del debitore, di risarcire il danno cagionato. Si è di fronte all'inadempimento anche in caso di adempimento parziale o inesatto. “Un adempimento solo parziale, infatti, è l'esecuzione di una parte della prestazione, idonea a soddisfare solo proporzionalmente l'interesse del creditore ma non idoneo a estinguere interamente l'obbligazione. [...] La conseguenza dell'inadempimento è duplice: da un lato è fonte di risarcimento del danno e dall'altro è, almeno nei contratti a prestazioni corrispettive, causa di risoluzione del contratto¹⁵⁵”.

La conseguenza costante finora emersa dalle pronunce rese in ordine ad inadempimenti, nel senso sopra chiarito, posti in essere dall'affiliante nel contratto con il *franchisee* è pertanto rappresentata dalla risoluzione giudiziale del contratto *inter partes* con conseguente condanna del *franchisor* al risarcimento del danno cagionato al primo con la sua condotta. E' stato possibile osservare come l'inadempimento che ha poi condotto alle relative pronunce di risoluzione del contratto di *franchising* ed alla condanna al risarcimento dei danni subiti sia riferibile, nella quasi totalità dei casi, alle obbligazioni cui l'affiliante è tenuto. Non sono mancati casi in cui entrambe le parti si sono rese vicendevolmente inadempienti. A tal proposito, la Suprema Corte ha più volte avuto occasione di chiarire che nei contratti a prestazioni corrispettive “occorre

alle attività svolte in Italia. Con decreto del Ministro delle attività produttive, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le informazioni che, in relazione a quanto previsto dalla predette lettere d), e) ed f), dovranno essere fornite dagli affilianti che in precedenza abbiano operato esclusivamente all'estero”.

154 Il *franchisor*, ad esempio, potrebbe proporre un *know-how* inefficace o non sperimentato e delle licenze di marchio o di insegna non supportate dalla notorietà necessaria per ottenere apprezzabili risultati commerciali, come invece il *franchisor* prospetta in sede di trattative precontrattuali all'aspirante *franchisee*.

155 “Il *franchising*: una formula di successo per la tua impresa”, Ed. Franco Angeli, di Giuseppe Bonanni e Giovanni Adamo; pag. 179.

procedere ad un giudizio di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, onde stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi e all'oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma: tale accertamento, prendendo le mosse dalla valutazione dei fatti e delle prove acquisite in atti, rientra ovviamente nei poteri del giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato¹⁵⁶”. Inoltre, “nel suddetto giudizio di comparazione il giudice dovrà tener conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche e soprattutto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite, e della incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto¹⁵⁷”.

I casi finora esaminati hanno fatto emergere, purtroppo, come cause più frequenti della pronuncia di risoluzione siano i) la mancata trasmissione o l'inadeguatezza del *know how*, e ii) l'inadempimento degli obblighi di assistenza tecnica e commerciale dell'affiliante. Da tali “carenze” imputabili al *franchisor* discendevano “a cascata” le deficienze insite nel sistema ideato da *franchisors* (in molteplici casi) improvvisati e pertanto privi delle competenze tecniche necessarie per porre in essere una rete “non fallimentare”¹⁵⁸.

E' naturale che nel rapporto a prestazioni corrispettive quale quello in esame anche il *franchisee* possa rendersi inadempiente in ordine alle obbligazioni su di esso gravanti. Ad ogni modo, come poc'anzi detto, la valutazione della gravità degli inadempimenti deve essere effettuata comparando il “comportamento dei contraenti” e l’“incidenza di tali comportamenti sul sinallagma negoziale”¹⁵⁹.

156 Cass. Civile, Sez. III, Sentenza del 9 giugno 2010, n. 13840; conforme Cass. n. 11784/2000.

157 Cass. Civile, Sez. III, Sentenza del 17 febbraio 2004, n. 2992; *ex plurimis* Cass. Civile, Sez. III, Sentenza del 9 giugno 2010, n. 13840; conforme Cass. Civile, Sez. II, Sentenza del 15 dicembre 2006, n. 26943.

158 Cfr. Tribunale di Mantova, Sezione Distaccata di Castiglione delle Stiviere, n. 49/2011 che ha risolto *ex art.* 1454 c.c. i contratti di affiliazione commerciale stipulati tra le parti condannando l'affiliante convenuta al pagamento, in favore dell'attrice, delle somme versate a titolo di contributo di affiliazione a causa di una serie di inadempimenti posti in essere dall'affiliante. Della condotta inadempiente dell'affiliante è in particolar modo emerso che la stessa si era “completamente disinteressata dello studio e dell'assistenza al (visual) merchandising, limitandosi a fornire il proprio ausilio esclusivamente nella fase iniziale dell'attività commerciale della franchisee; ...omissis... pure non provato è rimasto l'adempimento dell'obbligazione relativa alla “Assistenza all'organizzazione di campagne promozionali all'interno del punto vendita/ negozio (lett. f), e allo “studio e progettazione delle campagne pubblicitarie promozionali” (lett. g)...omissis...La considerazione della stessa logica del negozio di affiliazione commerciale conduce a ritenere che il franchisor dovesse sviluppare campagne pubblicitarie su scala nazionale per promuovere i prodotti commercializzati...omissis...”

159 Cfr. *ex plurimis*, Tribunale di Ferrara, Sentenza del 14 maggio 2012, n. 657, secondo la quale con riferimento agli inadempimenti del *franchisor*, sia rispetto alle obbligazioni contrattuali, sia rispetto agli obblighi stabiliti dalla Legge 6 maggio 2004, n. 129, il Tribunale adito ha ritenuto che l'inadeguatezza i) delle forniture, ii) della formazione, iii) della consulenza, che “inerisce alle caratteristiche essenziali del contratto di franchising”, e dell'assistenza cui era tenuto il *franchisor*, hanno **de facto** vanificato la causa stessa del contratto, consistente nell'inserimento “dell'affiliato in una rete collaudata e radicata sul mercato”. Pertanto, la gravità che ha connotato la condotta dell'Affiliante, che da un punto di vista meramente cronologico ha altresì preceduto gli inadempimenti dell'Affiliato, ha inevitabilmente dato luogo ad un'ulteriore pronuncia che sanziona gli inadempimenti del *franchisor* mediante la risoluzione del contratto *inter partes* e la condanna dell'affiliante al risarcimento delle spese sostenute a titolo di “contributo d'affiliazione” versato dal *franchisee*.

CAPITOLO IV

TUTELA DEL FRANCHISOR IN CASO DI INADEMPIMENTO CONTRATTUALE DEL FRANCHISEE

A cura di *Marialisa Taglienti**, *Giorgia Mariani*** e *Giovanni Adamo****

1. L'inadempimento contrattuale del Franchisee ed i rimedi contrattuali: dalla clausola risolutiva espressa al patto di non concorrenza; 2. Il mancato pagamento di royalties: l'azione ingiuntiva; 3. L'illecito utilizzo del marchio e del know how del Franchisor: violazione del patto di non concorrenza e procedimenti sommari; 4. L'azione di merito: tra procedimento di cognizione e arbitrato.

1. L'inadempimento contrattuale del Franchisee ed i rimedi contrattuali: dalla clausola risolutiva espressa al patto di non concorrenza.

Il contratto di *franchising* genera un rapporto fiduciario tra Franchisee e Franchisor che si rafforza tanto quanto più vi è il rispetto del vincolo contrattuale instauratosi. Tuttavia, il Franchisee può rendersi inadempiente agli obblighi generati dal contratto violando le singole clausole in esso presenti e tenendo un contegno scorretto nei confronti del Franchisor e della rete nel suo complesso.

La L. 6 maggio 2004, n. 129 non contiene riferimento alcuno alla disciplina dell'inadempimento contrattuale del *franchisee*, limitando le prescrizioni per quest'ultimo al divieto di trasferimento della sede senza preavviso al Franchisor ed all'obbligo di rispettare e far rispettare ai propri collaboratori, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto di affiliazione commerciale¹⁶⁰. Si osservi, dunque, come in tema di inadempimento contrattuale il legislatore abbia inteso estendere al contratto di *franchising* l'applicabilità della normativa di diritto comune e ciò anche con riferimento all'onere della prova ed all'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., con conseguente adesione, registratasi anche in sede giudiziale, degli orientamenti giurisprudenziali già cristallizzati in tema di inadempimento contrattuale e dell'onere della prova a tenore dei quali “*In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'inadempimento deve solo provare*

* Junior Assistant Studio Legale Adamo.

* Junior Assistant Studio Legale Adamo.

* ** Avvocato in Bologna- Cultore della materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna- Fondatore Studio Legale Adamo.

160 Cfr. art. 5, rubricato “*Obblighi dell’Affiliato*”, L. 6 maggio 2004, n. 129.

la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c.¹⁶¹. Va da sé che al Franchisor basterà provare l'esistenza della fonte negoziale del suo credito per poter agire tanto per la risoluzione contrattuale quanto per il risarcimento del danno. La vicenda diviene più dibattuta laddove si consideri che nella prassi è diventato sempre più frequente che, in seno ad un contratto di *franchising*, le medesime parti stipulino anche altri accordi, strumentali rispetto a quello “principale”¹⁶². In presenza di tali ipotesi si sono configurati non pochi dubbi applicativi che, fra l'altro, risultano essere di non pronta soluzione considerata la natura dei contratti in discorso. Questi, infatti, si presentano come titoli del tutto distinti dal contratto di *franchising* in essere tra le medesime parti ma sembrerebbero essere, nella realtà, contratti a questo collegati in quanto del tutto strumentali all'espletamento dell'attività “principale” esercitata dal *franchisee* ed oggetto del rapporto di affiliazione. Affinchè vi sia collegamento negoziale basta la sussistenza di un nesso di interdipendenza rappresentato dalla unitarietà della funzione perseguita; non è necessario, dunque, che il collegamento sia espressamente previsto dalle parti (in tal caso si parlerà di collegamento volontario) ma basta che i rapporti negoziali posti in essere tendano a realizzare un fine pratico unitario (c.d. collegamento funzionale)¹⁶³. Va da sé che dall'accertamento del collegamento tra i contratti in discorso discenderebbero numerosi effetti: basti pensare alla risoluzione del contratto, alla richiesta di nullità ma anche, più semplicemente, all'esercizio di eccezione di inadempimento. Applicandosi ai contratti collegati le regole della nullità parziale per cui l'invalidità di un contratto può comportare l'invalidità degli altri che ad essi sono collegati (dell'impossibilità parziale sopravvenuta per cui l'impossibilità di esecuzione di un contratto può comportare la risoluzione degli altri contratti; dell'inadempimento parziale per il quale l'inadempimento di un contratto può comportare la risoluzione anche degli altri contratti; dell'eccezione di inadempimento per cui l'inadempimento di un contratto può legittimare la parte a non eseguire altri contratti)¹⁶⁴, in sede di giudizio l'accertamento della sussistenza del collegamento sarà, dunque, di particolare importanza e sarà rimessa al prudente apprezzamento del Giudicante che dovrà da un lato accertare la sussistenza di un requisito oggettivo (il nesso di interdipendenza) dall'altro quella di un requisito soggettivo così come ha espressamente statuito la Cassazione a tenor del quale “*Affinché possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorra sia un requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia un requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale. Accertare la natura,*

161 Cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite del 30 ottobre 2001, n. 13533.

162 Si pensi, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, ai contratti di fornitura di arredi, merchandising e riviste istituzionali nell'ambito di contratti di *franchising* immobiliare ovvero ai contratti di noleggio di auto sostitutive nell'ambito dei contratti di *franchising* di infortunistica stradale.

163 M. BIANCA, *Diritto Civile*, seconda edizione, vol. n. 3, Giuffrè, Milano, 2000, pagg. 484 e ss.

164 Cfr. M. BIANCA, *Diritto Civile*, seconda edizione, vol. n. 3, Giuffrè, Milano, 2000, pag. 484.

*l'entità, le modalità e le conseguenze del collegamento negoziale realizzato dalle parti rientra nei compiti esclusivi del giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici*¹⁶⁵.

Interessante sul punto è una recente sentenza del Tribunale di Milano¹⁶⁶ che, proprio in tema di *franchising*, si è a lungo soffermata sulla particolarità del rapporto sinallagmatico in essere tra *Franchisor* e *franchisee*, statuendo, poi, in tema di eccezione di inadempimento. In particolare, il giudicante ha sottolineato che l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. attenendo al momento funzionale di ogni contratto a prestazioni corrispettive, trae fondamento proprio dal nesso di interdipendenza che lega tra loro le opposte prestazioni e dunque dall'esigenza di simultaneità nell'adempimento delle reciproche obbligazioni scadute. Alla luce di ciò per poter sollevare l'eccezione di inadempimento in caso di due contratti distinti ma sostanzialmente collegati (come ad esempio un contratto di affiliazione e uno di cessione di ramo d'azienda entro il quale esercitare l'attività oggetto del precedente) occorre che *“le parti nell'esercizio della loro autonomia, abbiano inteso configurare detti rapporti come funzionalmente e teleologicamente collegati e posti in relazione di reciproca interdipendenza”*. È necessario, dunque, porre in essere una vera e propria attività ermeneutica sull'intento delle parti in relazione alla complessiva operazione che le stesse intendevano realizzare con la stipula dei contratti formalmente distinti, principio, questo, ampiamente radicato in giurisprudenza¹⁶⁷.

Per ovviare al contegno inadempiente del *franchisee*, il contratto di *franchising* può contenere anche clausole che consentono sin dal momento della sottoscrizione del contratto, di tutelare la “Casa Madre”, intesa sia come parte contrattuale, favorendo l'esatto adempimento delle obbligazioni “economiche”, sia come “rete”, garantendo l'ossequio di quelle prescrizioni espressamente volte alla tutela del *know – how*, del marchio, delle informazioni e delle prassi aziendali. Le clausole in esame rappresentano un' importante risorsa per il *Franchisor* che, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, può stabilire *ex ante* quali siano gli inadempimenti di gravità tale da rendere necessaria una tempestiva risoluzione del contratto ed integrare anche il diritto al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del *franchisee*. Tali clausole, divenute ormai molto frequenti nella prassi, sono la *clausola risolutiva espressa* e la *clausola penale*.

La ***clausola risolutiva espressa***¹⁶⁸ ha la funzione di risolvere di diritto il contratto non appena il *franchisee* si rende inadempiente. Tale prescrizione oltre a rappresentare un' efficiente forma di tutela che evita il protrarsi di una condizione di inadempienza, funge anche da deterrente per il *franchisee* stesso, che essendo informato già in sede contrattuale della possibilità di risoluzione per inadempimento, sarà maggiormente incentivato ad adottare un comportamento corretto verso il *Franchisor* e verso gli

165 Cfr. Corte di Cassazione, Civile, pronuncia del 17 maggio 2010, n. 11974.

166 Cfr. Tribunale di Milano, sezione XI, sentenza del 17 giugno 2011.

167 Cass. Civ. 14611/2005, 12567/2004 e 14372/99

168 La Clausola risolutiva espressa è disciplinata all'art. 1456 c.c., secondo il quale *“I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempita secondo le modalità stabilite. In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva”*. Affinché la clausola risolutiva espressa sia effettivamente riconoscibile e valutabile come tale, è necessario che la stessa si riferisca “esattamente” all'obbligazione o alle obbligazioni il cui inadempimento genera la risoluzione del contratto. Al contrario deve definirsi clausola di stile, quella clausola che faccia generico riferimento alle obbligazioni nascenti da contratto. Si veda in tal senso consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione: C. n. 11055/2002; C. n. 514/2001; C. 5169/1990.

obblighi assunti. La clausola risolutiva, dunque, produce l'effetto di determinare il venir meno della vincolatività del rapporto contrattuale nel caso in cui una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. In virtù della stipulazione della clausola risolutiva espressa, il Franchisor, creditore della prestazione inadempita, può conseguire la risoluzione in maniera tempestiva in quanto la gravità dell'inadempimento è in *re ipsa*, in deroga al principio codicistico per il quale l'inosservanza debba rivestire non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse della parte *in bonis*¹⁶⁹. Non solo, la pattuizione di una clausola risolutiva espressa rende irrilevante financo una eventuale indagine circa l'importanza di un determinato inadempimento che viene valutata anticipatamente da entrambe le parti che si assumono, rispettivamente, la responsabilità di quanto assunto nel contratto¹⁷⁰, ivi compresa la diretta imputabilità dell'eventuale inadempimento previsto dalla clausola stessa.

Alla luce di tutto quanto esposto sinora, è evidente che nell'ambito di un contratto a prestazioni corrispettive, quale quello di *franchising*, diviene di particolare importanza la predeterminazione analitica della rilevanza dell'inadempimento risolutorio considerato dall'affiliante talmente grave all'interno dell'economia del contratto, da giustificare una risoluzione immediata. Infatti, non può considerarsi valida una clausola risolutiva espressa non sufficientemente specifica che finirebbe per divenire una mera clausola di stile non sufficientemente idonea a derogare alla regola generale della risoluzione giudiziale¹⁷¹. La Cassazione ha già specificato infatti che “*Per la configurabilità della clausola risolutiva espressa, le parti devono aver previsto la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, costituendo clausola di stile quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contenute nel contratto, con la conseguenza che, in tale ultimo caso, l'inadempimento non risolve di diritto il contratto*”¹⁷²; ne discende che dovranno essere indicate espressamente le clausole determinanti la risoluzione, che, nei contratti di franchising, sono di sovente, correlati alla mancata corresponsione delle royalties (stante la natura a prestazioni corrispettive del rapporto ovvero la violazione della clausola di esclusiva o del patto di non concorrenza). Giova sottolineare, poi, che dalla clausola risolutiva espressa non discende automaticamente la risoluzione del contratto in seguito al verificarsi dell'inadempimento in essa previsto, ma essa ha il solo effetto di originare un diritto potestativo al recesso unilaterale del Franchisor, diritto che in astratto è rinunciabile e/o condizionabile. Va da sé che la risoluzione *ipso iure* mediante invocazione della clausola risolutiva espressa si ha solo se vi sia l'esercizio di tale diritto mediante una dichiarazione della parte interessata di avvalersi di tale clausola. In definitiva, è possibile affermare che la clausola risolutiva espressa dispiega diverse importanti funzioni. In primo luogo attribuisce al *Franchisor* il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento del *franchisee* senza doverne provare l'importanza¹⁷³; in secondo luogo funge da vero e proprio strumento

169 Cfr. art. 1455 c.c. rubricato “*Importanza dell'inadempimento*” a tenor del quale “*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*”.

170 Cfr. Cass. Civ. Sent. n. 10815/95, n. 3102/00, n. 10935/03, n. 2553/07.

171 Si noti che il contratto va, in ogni caso, interpretato secondo le regole di buona fede e correttezza per cui le espressioni utilizzate per la formulazione della clausola oltre ad individuare con precisione le obbligazioni la cui violazione produce la risoluzione, non devono essere intese secondo un significato particolarmente rigoroso.

172 Cass. Civ. n. 11055/2002; conf. Sent. n. 5147/2001 e 1950/2009.

173 Cass. Civ. Sent. n. 3012/71.

oggettivante dell'autonomia privata¹⁷⁴ realizzando una vera e propria oggettivazione degli specifici interessi che il *Franchisor* ritiene di particolare rilievo ed in relazione ai quali anche un inadempimento obiettivamente tollerabile può esser posto a fondamento della risoluzione¹⁷⁵, in terzo luogo, funge da forte deterrente per il *franchisee* che già dalla stipula del contratto viene reso edotto sul contenuto e sugli effetti della clausola in discorso. Tipico esempio di inadempimento previsto dalla clausola risolutiva espressa è la violazione della clausola che impone il raggiungimento da parte del *franchisee* di una soglia minima del fatturato ovvero, nel caso di franchisee di prodotti, della clausola che impone di acquistare dal franchisor stesso un determinato quantitativo di prodotti. Del pari, viene considerata una gravissima forma di inadempimento la violazione della clausola di esclusiva, la cui inclusione nel novero degli inadempimenti previsti dalla clausola risolutiva espressa è divenuta, ormai, prassi.

Con la clausola penale si conviene che *"in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti e' tenuto ad una determinata prestazione"*¹⁷⁶. Con la previsione di tale clausola contrattuale il *Franchisor* può stabilire, sin dall'inizio del rapporto contrattuale, la liquidazione preventiva di una somma onnicomprensiva e concordata del danno derivante da un adempimento che egli stesso consideri di particolare entità. In tal modo l'Affiliante gode di una tutela rafforzata in quanto potrà disporre di un rimedio non solo semplice e facile da esperire ma anche risarcitorio. Nella specie, infatti, il "creditore - franchisor" per mezzo della clausola penale può creare convenzionalmente una sanzione che altrimenti l'ordinamento non garantirebbe e, soprattutto, può indurre il debitore all'adempimento¹⁷⁷ dell' obbligazione assunta fungendo da forte deterrente per il *franchisee* potenzialmente inadempiente. La clausola penale, inoltre, prevede espressamente le ipotesi che danno luogo alla propria applicazione indicando altrettanto espressamente l'ammontare del danno in essa previsto. Tale ammontare, tuttavia, è previsto salvo il maggior danno¹⁷⁸ consentendo così al *franchisor* di poter richiedere, eventualmente, il risarcimento di un danno ulteriore. Ne consegue, che qualora il *franchisor* non intenda limitare la propria richiesta alla penale pattuita ma intenda richiedere la liquidazione del danno subito, potrà, in via giudiziale, dimostrarne l'effettiva entità, non potendo altrimenti risultare provato il danno ulteriore e superiore all'entità della penale¹⁷⁹. Accanto alle clausole appena analizzate, ulteriore forma di tutela della rete della Casa Madre è il c.d. patto di non concorrenza¹⁸⁰ con il quale, una volta cessato il rapporto

174 Cfr., sul punto, BELFIORE, *Risoluzione per inadempimento*, in *Enc. del diritto*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 1311, ovvero, COLLURA, *Importanza dell'inadempimento e teoria del contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 127.

175 Cfr. I.L. NOCERA, *Commento a Cass. Civ. 31 agosto 2009*, n. 18920, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Parte prima anno 2010. p. 242 e ss, Cedam, Padova.

176 Cfr. art. 1382 c.c.

177 Cfr. S. NARDI, *Adempimento parziale e riducibilità d'ufficio della penale*, in *Obbligazioni e contratti*, fasc. n. 10, ottobre 2008, Utet, Milano.

178 Il riferimento al maggior danno, in ogni caso, va espressamente previsto dalla lettera della clausola.

179 Cfr. Cass. Civ. n. 15371/05.

180 L'art. 2596, primo comma, c.c., enuncia *"il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto. Esso è valido se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni"*. Più volte la giurisprudenza si è espressa in merito ai limiti, anche territoriali del patto di non concorrenza. Ad esempio il Tribunale di Napoli, nella sentenza del 24 aprile 1980, riteneva nullo il patto di non concorrenza con estensione territoriale illimitata. La pretura di Milano con pronuncia dd. 31 dicembre 1990, ha ritenuto che l'obbligazione di non concorrenza ex art. 2596 c.c. deve essere circoscritta ad una determinata zona o, alternativamente, ad una determinata

contrattuale, si impone all'ex *franchisee* di non utilizzare il marchio, le informazioni aziendali e tutto ciò che l'Affiliante aveva a suo tempo trasmesso. Come si è già ampiamente sostenuto, infatti, la causa del contratto di *franchising* è ravvisabile, principalmente, nella trasmissione da parte del *Franchisor* di un insieme di proprie “situazioni attive” quali marchi, segni distintivi, know how, prassi commerciali¹⁸¹ a fronte del pagamento del *franchisee* di una *fee* d'ingresso, di una *royalty* mensile e del rispetto delle prescrizioni contrattuali. A tutela proprio di queste situazioni attive che rappresentano il cuore e la forza di un network, nel contratto di franchising sovente si fa ricorso al c.d. patto di non concorrenza con il quale si stabilisce che, una volta cessato il contratto, il *franchisee* non potrà svolgere la medesima attività effettuata sotto l'egida del marchio dell'Affiliante. Trattandosi di un accordo che si caratterizza per il contenuto fortemente limitativo della concorrenza, il patto in discorso, dovrà osservare una serie di prescrizioni direttamente imposte dalla legge. In particolare, è lo stesso codice civile a stabilire, all'articolo 2596 c.c., che il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto e che è valido solo se circoscritto ad una determinata zona o ad una determinata attività, non potendo, in ogni caso, eccedere la durata di cinque anni. Secondo quanto desumibile dalla norma, dunque, il *franchisee* potrà, *rectius*, dovrà rinunciare alla propria libertà di concorrenza in favore del *Franchisor*, che per tutta la durata del rapporto gli ha fornito un patrimonio di conoscenze che potrebbe riutilizzare in proprio favore una volta uscito dalla rete, con conseguente lesione di quest'ultima. Questa tipologia di limitazione della concorrenza trova tutela anche a livello comunitario. La disciplina comunitaria *antitrust* ed il Regolamento UE n. 330/2010 (che ha integrato e modificato il precedente Regolamento n. 2790/1999) relativi agli accordi verticali escludono espressamente l'applicabilità dell'art. 101 del TFUE al patto di non concorrenza tra imprenditori: in virtù di tale articolo, sono vietati tutti gli accordi tra imprese che abbiano come effetto quello di restringere o falsare il gioco della concorrenza. Nel caso del *franchising*, tali intese non vengono considerate illecite in quanto inserite in un contratto che “consente ai commercianti sprovvisti dell'esperienza necessaria di avvalersi di metodi che essi avrebbero potuto acquisire solo dopo una lunga e laboriosa ricerca e di giovare della reputazione e del segno distintivo del concedente” (cfr. Corte di Giustizia 28, gennaio, 1986 inerente la nota Causa n. 161/84 Pronuptia de Paris, in cui la Corte ha fornito una vera e propria definizione giuridica del *franchising* avente validità generale ed ha rilevato che gli accordi di *franchising* in quanto tali non sono affatto restrittivi della concorrenza)¹⁸². In quest'ottica clausole potenzialmente restrittive, quali l'obbligo in discorso o la clausola di esclusiva, si considerano esentate dal divieto comunitario proprio in quanto inserite in un contratto di franchising avente un simile schema negoziale¹⁸³. Sarà pienamente valido, dunque, il patto di non concorrenza previsto dal *Franchisor* che sia limitato ad un periodo massimo di cinque anni e che sia circoscritto o ad una zona o ad una determinata attività così come espressamente richiesto dall'art. 2596 c.c.; numerose perplessità pongono, tuttavia, i limiti spaziali e merceologici posti dalla norma. A riguardo, la necessità di circoscrivere l'accordo, ai fini della sua stessa validità, “ad una determinata zona o ad una determinata attività” pone il dubbio esegetico se il limite spaziale e quello merceologico debbano considerarsi

attività.

181Cfr. SIROTTI – GAUDENZI, Diritto industriale e diritto della concorrenza, vol.1, 2008, Utet Giuridica, Milano

182Cfr. anche Corte Giust. CE, 13 luglio 1966, relativa al caso Grunding/ Consten.

183Cfr. A.CATRICALA'- F. GABRIELLI, *I contratti nella concorrenza*, Utet, Milano, 2008.

concorrenti ovvero alternativi. La particella disgiuntiva posta nello stesso articolo che separa limiti territoriali e merceologici sembrerebbe far propendere per l'alternatività dei due presupposti. Dello stesso avviso sembra essere la giurisprudenza che ha, in più casi stabilito che “È valido il patto di non concorrenza ex art. 2596 c.c., nel caso in cui viene delimitata l'attività in quanto il limite di zona indicato nella norma è previsto in via alternativa rispetto all'individuazione appunto del settore di attività” (cfr. App. Milano, 14 maggio 1986) ovvero che “È nullo il patto di non concorrenza tale da precludere in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento, essendo privo di limitazione territoriale ed utilizzando per l'individuazione dell'attività una espressione assolutamente generica come "fornire prodotti analoghi", laddove il riferimento ai prodotti "analoghi" finisca per impedire ad una parte l'esercizio su tutto il territorio nazionale dell'attività per cui la stessa società era stata costituita, di fatto ponendola nella impossibilità di operare” (cfr. Trib. Monza, 3 ottobre 2004). Sul punto è tonata la S.C. cristallizzando quanto già affermato in precedenza dalla giurisprudenza di merito, dichiarando la nullità del “ patto di non concorrenza diretto non già a limitare l'iniziativa economica privata altrui, ma a precludere in assoluto ad una parte la possibilità di impiegare la propria capacità professionale nel settore economico di riferimento in quanto per la S.C.”¹⁸⁴, una simile pattuizione sarebbe in contrasto, infatti, con i principi costituzionali posti a tutela dell'ordine pubblico e della attività economica.

Nel concludere, si evidenzia che tutte le tipologie di clausole fin qui analizzate rappresentano una forma di tutela per il Franchisor e per la propria rete ma, d'altra parte, anche un forte deterrente per il franchisee che sin dall'inizio del rapporto contrattuale viene posto a conoscenza dei rimedi che l'affiliante potrebbe esperire in caso di inadempimento.

2. Il mancato pagamento di royalties: l'azione ingiuntiva

La legge sull'affiliazione commerciale definisce le royalties come una percentuale che il franchisee deve versare al Franchisor quale corrispettivo dei servizi offerti (know how, corsi di formazione, licenza di marchio ecc.). Il mancato versamento delle royalties nei termini espressamente previsti dal contratto configura in capo al franchisee inadempimento contrattuale che legittima la domanda di risoluzione contrattuale e/o di risarcimento del danno. Per scongiurare l'attesa di un giudizio ordinario il franchisor potrà *in primis* diffidare il franchisee ad adempiere¹⁸⁵, ovvero risolvere immediatamente il contratto mediante l'applicazione della clausola risolutiva espressa (chiaramente solo se il mancato pagamento dei corrispettivi dovuti era già stato menzionato all'interno della clausola stessa) ovvero tentare di recuperare il proprio credito mediante procedimento monitorio (ricorso per ingiunzione). Presentandosi come giudizio alternativo a quello ordinario e stante la sua funzione prettamente esecutiva, il ricorso per ingiunzione di pagamento consente al Franchisor di ricevere una celere tutela del proprio diritto sulla sola base della domanda. Le parti in tale procedimento

184Cfr. Cass. Civ. n. 16026/ 2001.

185 La diffida ad adempiere, disciplinata dal codice civile ai sensi dell'art. 1454, consiste nell'intimazione scritta che viene formulata nei confronti della parte inadempiente, di porre in esecuzione quanto stabilito nel contratto nell'arco di un congruo termine, con l'avvertenza che in caso contrario il contratto dovrà ritenersi risolto. In tal senso si veda Corte di Cassazione Civile, Sez. II, pronuncia n. 639 del 1996; Corte di Cassazione Civ. Sez. III, n. 23315 del 2007; Corte di Cassazione Civ., Sez. II, n. 3477 del 2012.

non saranno chiamate in giudizio in quanto la sommarietà che lo contraddistingue rende necessari solo due presupposti: a) la sussistenza di un credito di somme liquide di denaro, la consegna di una determinata qualità di cose fungibili o la consegna di una cosa mobile determinata; b) la prova del diritto che si rivendica che, stante l'assenza di contraddittorio, dovrà presentare un alto grado di certezza che si ha solo con la prova scritta¹⁸⁶. In tal caso al Franchisor basterà depositare copia delle fatture emesse e relative alle forniture effettuate a favore del *franchisee* e gli estratti autentici delle scritture contabili. Inoltre, deve annoverarsi che ai sensi dell'art. 642 c.p.c., primo comma, qualora il credito sia fondato “*su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa, o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato, il giudice, su istanza del ricorrente, ingiunge al debitore di pagare o consegnare senza dilazione, autorizzando in mancanza l'esecuzione provvisoria del decreto e fissando il termine ai soli effetti dell'opposizione*” mentre al secondo comma lo stesso articolo statuisce che “*L'esecuzione provvisoria può essere concessa anche se vi è pericolo di grave pregiudizio nel ritardo, ovvero se il ricorrente produce documentazione sottoscritta dal debitore, comprovante il diritto fatto valere; il giudice può imporre al ricorrente una cauzione*” . Come già cristallino dal dettato della norma, il giudice sarà obbligato a concedere la provvisoria esecuzione nel caso in cui il credito sia come descritto al comma primo. Nel secondo caso, invece, e quindi nel caso in cui vi sia pericolo di grave pregiudizio nel ritardo o nel caso in cui il ricorrente produca documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere, il giudice avrà facoltà – e non obbligo- di concedere la provvisoria esecuzione.

Presentato il ricorso mediante deposito nella cancelleria del Tribunale o Giudice di Pace competente per valore, se la domanda viene ritenuta fondata e, soprattutto, sufficientemente documentata, il giudice emette nei confronti del *franchisee* un decreto ingiuntivo di pagamento entro il termine di quaranta giorni dalla notificazione dello stesso. Il *Franchisee* entro detto termine, potrà comunque proporre opposizione in assenza della quale il giudice, su richiesta della parte, dichiarerà il decreto esecutivo. La eventuale fase di opposizione si aprirà e proseguirà con le medesime formalità di un giudizio ordinario consentendo ad entrambe le parti di produrre memorie e documenti atti a sostenere le proprie tesi. Il giudizio si concluderà con una sentenza che, ai sensi dell' art. 282 c.p.c., sarà provvisoriamente esecutiva e dunque, nel caso di vittoria del *Franchisor* il decreto assumerà efficacia esecutiva.

Divenuto esecutivo il decreto, il *Franchisor* potrà procedere ad esecuzione forzata delle somme, mediante la notifica dell'atto di precetto con il quale intima formalmente al *franchisee* ad adempiere l'obbligo risultante dal titolo esecutivo entro dieci giorni, con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata. Il precetto sarà inefficace se entro novanta giorni dalla sua notifica non avrà inizio l'esecuzione, rendendosi necessario, in tal caso, un nuovo atto di precetto. Entro il termine summenzionato ha inizio l'esecuzione mediante il pignoramento, con il quale i beni del *franchisee* vengono vincolati per poter soddisfare il credito per il quale il *Franchisor*, creditore procedente, agisce. Con il pignoramento l'ufficiale giudiziario invita il

186 Cfr. art. 633, primo comma, c.p.c.: “Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna:1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta; 2) se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo; 3) se il credito riguarda onorari, diritti o rimborsi spettanti ai notai a norma della loro legge professionale, oppure ad altri esercenti una libera professione o arte, per la quale esiste una tariffa legalmente approvata.

debitore a non sottrarre i beni alla garanzia del credito e decorsi dieci giorni, il giudice procede alla vendita dei beni pignorati nonché alla distribuzione della somma ricavata, disponendo a favore del *Franchisor* il pagamento di tutto quanto a lui spettante sia per capitale che per interessi e spese.

Infine, non può non rilevarsi che qualora il franchisee ometta il pagamento della clausola penale, il franchisor potrà richiedere, attraverso il ricorso per ingiunzione, il pagamento di suddetta penale. Al riguardo, una recente pronuncia del Tribunale di Varese¹⁸⁷ ha ritenuto che *“nella fase del monitorio, la concessione della ingiunzione al cospetto di una penale deve essere subordinata a due requisiti a) che vi sia prova scritta dell'inadempimento, diversa dalla mera produzione di una lettera di messa in mora ovvero altra missiva equivalente; b) che la clausola penale non appaia manifestamente iniqua, il che precluderebbe, già nella sede del monitorio, di ritenere la richiesta concedibile con un giudizio di prognosi quanto ad una eventuale opposizione”*¹⁸⁸. Anche il Tribunale di Pistoia, con pronuncia del 2010, ha rilevato che il ricorso per ingiunzione viene ritenuto ammissibile in presenza di clausola penale se sussiste una determinazione convenzionale della prestazione (esperibile in caso di ritardo o di inadempimento) in modo da poter ritenere il credito liquido in quanto predeterminato o comunque determinabile nel suo ammontare¹⁸⁹.

3. L' illecito utilizzo del marchio e del know how del Franchisor: violazione del patto di non concorrenza e procedimenti sommari

In alcuni casi le violazioni poste in essere dal franchisee sono tali da danneggiare, o comunque essere suscettibili di farlo, l'intera rete del Franchisor. In tali casi quest'ultimo può ricorrere ad un forma di tutela “atipica” e “d' urgenza”. Atipica in quanto può assumere diverse forme volte a tutelare gli interessi dedotti in giudizio, urgente in quanto consente di ottenere un provvedimento che assicura provvisoriamente gli effetti di una sentenza, senza tuttavia attendere le tempistiche di un giudizio ordinario. L'art. 700 c.p.c., infatti, dispone che *“chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, piu' idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*. Vista la particolare natura dei diritti violati, la pericolosità del ritardo va, in linea generale, ravvisata in ogni caso. Si tenga presente, infatti, che salvi gli inadempimenti squisitamente “economici” quali il pagamento delle royalties e della fee d'ingresso, il rapporto di franchising può essere viziato da inosservanze tali da ledere il *know how* ed il marchio della rete, considerati nel complesso il “cuore” del franchising stesso. Basti pensare alla violazione della clausola di esclusiva in costanza di rapporto e, soprattutto al patto di non concorrenza “post- contratto”. In quest'ultimo caso il *Franchisor* vedrebbe messa in seria discussione la uniformità, la segretezza e l'individualità del know how nonché la forza distintiva del proprio marchio. L'esame della casistica¹⁹⁰ consente di osservare

187 Cfr. Tribunale di Varese, sez. I, ordinanza del 30 luglio 2010.

188 Cfr. raccolta della giurisprudenza del Tribunale di Varese su www.tribunale.varese.it.

189 Si veda in proposito Tribunale di Pistoia, 11 marzo 2010,

190 Cfr. Cass. Civ. n. 988/2004, n. 14479/2002, n. 16026/2001.

che, la violazione ad opera del *franchisee* del patto di non concorrenza si verifica, per lo più, quando:

- a) intraprende l'attività economica nello stesso mercato del Franchisor;
- b) tale attività si rivolge alla immediata clientela del Franchisor stesso;
- c) offra “servizi che, anche se non identici, siano parametri idonei a soddisfare l'esigenza sottesa alla domanda che la clientela chiede di soddisfare”¹⁹¹;
- d) svolga “attività preparatorie ed organizzative di un' impresa iniziata solo dopo la scadenza del patto e tali da interferire nella attività dell' imprenditore a favore de quale era stato assunto l'obbligo di non concorrenza”¹⁹².

Per la concessione di un provvedimento d'urgenza volto ad inibire lo svolgimento dell'attività illecita, occorre tuttavia che vi sia la sussistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, consistenti, l'uno nella esistenza del diritto vantato e per il quale si invoca la tutela, l'altro nel c.d. pericolo nel ritardo, ossia il pericolo che il diritto del soggetto ricorrente può subire, in attesa che si concluda il giudizio ordinario.

Quanto al *fumus boni iuris*, esso è costituito dalla violazione del patto di non concorrenza previsto dallo stesso contratto ed, inoltre, dalla violazione dei generali principi di buona fede e correttezza commerciale tutelati dal n. 3 dell'art. 2598 c.c.¹⁹³, posti a tutela di una sana e corretta concorrenza tra imprenditori. Dottrina e giurisprudenza infatti, sono uniformi nel ritenere che la violazione del patto di non concorrenza, come anche l'inadempimento relativo alla clausola di esclusiva, rientrano nella fattispecie degli atti concorrenzialmente sleali in quanto contrari ai *boni mores commerciali* e volti a danneggiare direttamente il concorrente al fine di sottrargli illecitamente quote di mercato.

Accertata la sussistenza della violazione del diritto, occorre dimostrarne il grave pregiudizio che si subirebbe, qualora il provvedimento d'urgenza non venisse concesso. La giurisprudenza sembrerebbe essere piuttosto incline alla concessione del provvedimento nei casi in cui la violazione del patto di non concorrenza sia solare stabilendo che “sussiste il *periculum in mora* necessario perché possa accogliersi il ricorso proposto ex art. 700 c.p.c. in caso [...] di prosecuzione nello stesso luogo della medesima attività in precedenza oggetto di franchising, essendo in tal caso in re ipsa l'imminenza e l'irreparabilità del pregiudizio. Ed infatti tutto ciò può comportare l'irreparabile sviamento di clientela e l'impossibilità per l'affiliante di concludere nello stesso luogo nuovi contratti di franchising”¹⁹⁴ e sostenendo che vi sia irreparabilità del pregiudizio sia determinata anche e soprattutto dal fatto che il protrarsi dell'attività integri il requisito del *periculum proprio* in quanto vi è “il fondato rischio che l'attività possa essere ripetuta determinando un ulteriore aggravamento del danno”¹⁹⁵. In molti casi, inoltre, la sussistenza di tale requisito è stato ravvisato dalla giurisprudenza

191 Trib. Bologna Sez. IV 8 gennaio 2007. In senso conforme, peraltro, Cass. Civ. Sez. lavoro 21 gennaio 2004.

192 Trib. Treviso, 8 gennaio 1973.

193 L'art. 2598 c.c. dispone che “Ferma le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

194 Trib. Torino, 6 dicembre 2007.

195 Trib. Napoli, 22 dicembre 2000.

proprio con riferimento alla tipologia di interessi ritenuti lesi i cui danni conseguenti sarebbero di difficile quantificazione: per Trib. Palermo 5 luglio 2002, Trib. Verona 15 novembre 2001 e Trib. Torino 3 novembre 2006 “*sussiste il periculum in mora se gli atti di concorrenza sleale comportano la produzione di un danno non solo presuntivamente assai rilevante, ma soprattutto assai difficilmente determinabile anche in via equitativa ad esito del giudizio di merito, di guisa che quel risarcimento del quale pure si possa pronosticare la riconoscibilità rischia di non assicurare la reintegrazione della situazione giuridica che si assume lesa.*”

Particolare rilevanza riveste, poi, la pubblicazione del provvedimento cautelare eventualmente concesso. Tale circostanza, rimessa alla discrezione del giudice alla quale la parte deve farne espressa richiesta in sede di ricorso, ha finito per rappresentare il mezzo maggiormente idoneo alla realizzazione delle finalità cautelari di eliminazione dei pregiudizi arrecati. Emblematica è, in tal senso, una decisione del Tribunale di Torino (Sez. IX, Ord. 6 dicembre 2007) che nel dirimere una controversia avente proprio ad oggetto un contratto di franchising, ha inibito al *franchisee* la continuazione della attività nel punto vendita di riferimento, l'utilizzo di e/o la rivelazione a terzi delle informazioni aziendali e delle tecniche commerciali di proprietà del *franchisor* e l'utilizzo del marchio di proprietà di quest'ultimo, prevedendo anche la pubblicazione del provvedimento su un quotidiano con contestuale fissazione di una somma per la violazione o inosservanza del provvedimento. Con il tempo la pubblicazione del provvedimento sembrerebbe aver assunto le vesti di una sanzione quasi “autonoma”, diretta a portare a conoscenza del pubblico la reintegrazione del diritto offeso¹⁹⁶. Il procedimento sommario in discorso rappresenta la massima forma di tutela esperibile dal Franchisor. Vista la natura particolarmente delicata dei diritti violati, infatti, un provvedimento emesso in via d'urgenza rappresenta, forse, quello più adeguato alla tutela e, soprattutto alla reintegrazione dei diritti lesi dall'illecito contegno del franchisee.

4. L'azione di merito: tra procedimento di cognizione e arbitrato

Il procedimento appena sopra descritto ha una funzione strettamente cautelare e d'urgenza e, come tale, non esplica alcuna funzione risarcitoria. Per vedere risarcito il proprio danno il Franchisor dovrà ricorrere al giudizio ordinario in cui invocare la responsabilità contrattuale del franchisee sancita dall'art. 1218 c.c.. A tenore di tale norma “*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*”. Ciò che *in primis* si riterrà violato, dunque, è il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione contrattuale che impone a ciascuna delle parti di agire nell'interesse l'una dell'altra. Nel rapporto contrattuale in discorso, tale dovere risulta essere ancor più pregnante laddove si consideri che per giurisprudenza costante “*la caratteristica principale del contratto di franchising è quella di una stretta e leale collaborazione tra affiliante e affiliato non solo al momento della conclusione del contratto ma per tutta la durata del rapporto*¹⁹⁷”; va da sé che l'inadempimento del *franchisee* comporta una grave lesione del vincolo strettamente “fiduciario” instaurato con il *franchisor* che legittima quest'ultimo a richiedere, oltre che la risoluzione del contratto nei casi in cui non sia prevista apposita clausola

¹⁹⁶Trib. Bologna, 4 luglio 2007.

¹⁹⁷Trib. Torino, 18 giugno 2007.

risolutiva espressa, il risarcimento del danno. Il danno risarcibile sarà composto da due voci distinte: il danno emergente ed il lucro cessante. Mentre il danno emergente consistente nella perdita subita sarà più agevole da determinare, lo stesso non può dirsi per il lucro cessante. Voci riconducibili al danno emergente, infatti, saranno ad esempio lo sviamento di clientela, il danno da reputazione commerciale e la violazione dei diritti di esclusiva; il lucro cessante, invece, si basa sulla diminuzione del fatturato del franchisor danneggiato che, a eccetto l'ipotesi della violazione della clausola di esclusiva, non può essere provato nel suo preciso ammontare. In tali casi il Giudice liquiderà il danno sulla base di una "valutazione equitativa" basata sulla considerazione delle situazioni di mercato; lo stesso criterio è sovente utilizzato per la liquidazione del danno d'immagine dell'intera rete. Accanto a tali fattispecie di danno, il Franchisor potrà richiedere, in via giudiziale, anche le somme previste contrattualmente a titolo di penale.

Il contratto di franchising può contenere anche la c.d. clausola compromissoria con la quale le parti convengono, espressamente, che eventuali liti sorte nel corso del rapporto siano devolute ad un collegio arbitrale. In questo caso tale previsione presenta l'indubbio vantaggio di disporre che le eventuali controversie vengano trattate in un procedimento molto più celere rispetto a quello ordinario, incardinato innanzi al Tribunale. Ogni parte, a norma dell'art. 810 c.p.c., deve procedere alla nomina del proprio arbitro che la rappresenterà innanzi al Collegio Arbitrale, costituito dagli arbitri delle rispettive parti ed un Presidente, nominato da quest'ultimi. Il costituendo Collegio è, solitamente, caratterizzato da una estrema professionalità in quanto gli arbitri sono, solitamente, tecnici del settore ed il cui lodo (paragonabile alla sentenza) viene emesso in tempi brevissimi. Qualora nel contratto di franchising non sia prevista alcuna clausola apposita, le parti possono ugualmente convenire di istruire la controversia innanzi ad un Collegio Arbitrale mediante un apposito accordo scritto¹⁹⁸, detto compromesso. Il ricorso a tale tipologia di procedimento risulta particolarmente indicato in tutti quei casi in cui, vedendo coinvolte imprese e società, la tutela dei diritti potrebbe essere fortemente pregiudicata dalla lentezza del processo ordinario, basti pensare, ad esempio, alla violazione dei diritti di esclusiva.

Ulteriore modalità di risoluzione della controversia insorta tra *Franchisor* e *Franchisee*, è la conciliazione. Già con l'art. 7 della L. 6 maggio 2004, n. 129, il legislatore aveva espressamente previsto che "Per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato ed agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato"; con l'introduzione della mediazione obbligatoria (ad opera del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28)¹⁹⁹ per alcune tipologie di controversie, tale procedimento viene sempre maggiormente impiegato. Le controversie derivanti dai contratti di franchising non sono state inserite tra quelle che, obbligatoriamente, devono essere oggetto di mediazione, tuttavia il ricorso a tale

198Cfr. 807 c.p.c., "il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l'oggetto della controversia. La forma scritta s'intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telex, telexsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolarmente, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti telematici".

199 Tuttavia un comunicato stampa comparso il 24 ottobre 2012 sul sito www.cortecostituzionale.it ha reso noto che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

procedimento potrà derivare o da espressa previsione contrattuale²⁰⁰, in linea con quanto indicato nella Legge sul franchising che configura tale ipotesi come una facoltà per il Franchisor, o su accordo dalle parti. Queste, infatti, potranno accordarsi e tentare di giungere ad una composizione bonaria della controversia mediante il ricorso ad un organismo di conciliazione. A seguito della presentazione di apposita domanda di mediazione, ad opera di una delle parti, l'organismo nomina un conciliatore fissando anche il primo incontro. In tale sede, qualora le parti raggiungano un accordo, il verbale costituirà, previa omologazione del Tribunale, titolo esecutivo e se il franchisee, o in generale una delle parti, non risultasse adempiente a quanto contenuto nell'accordo che di diritto potrà procedere esecutivamente. Nel caso di mancato accordo, invece, la vertenza potrà “proseguire” in sede giudiziale e la parte che ha rifiutato la proposta formulata dal conciliatore subirà l'addebito delle spese processuali, anche se la parte dovesse risultare tecnicamente vittoriosa. Va rilevato, inoltre, che qualora la parte che abbia formulato l'istanza di mediazione voglia adire la competente autorità giudiziaria, questa non sarà vincolata a chiedere le somme come già prospettate in sede di mediazione, ben potendo chiedere la somma minore o maggiore che, anche a seguito delle ulteriori spese affrontate, ritenga gli debba essere reintegrata.

200 Il franchisor potrà inserire nel contratto di franchising un'apposita clausola che vincoli il franchisee ad esperire, nel caso in cui insorgano controversie, un tentativo di conciliazione.

CAPITOLO V

TUTELA DEL FRANCHISEE IN CASO DI INSUSSISTENZA E/O MANCANZA DI ORIGINALITÀ DEL KNOW-HOW, DI MANCATO ASSOLVIMENTO DEGLI ONERI INFORMATIVI, DI FALSE INFORMAZIONI E/O DI INADEMPIMENTO CONTRATTUALE DEL FRANCHISOR

a cura di *Francesca Marchetti** e *Giovanni Adamo***

1. Il difetto di know-how o di eventuali requisiti di esso, anche ex art. 1, co. 3, lett. a), L. 6 maggio 2004, n. 129. Nullità del contratto?; 2. Annullamento del contratto di franchising ai sensi dell'art. 8, L. 6 maggio 2004, n. 129; 2.1. Ingannevolezza delle informazioni contenute nei documenti contrattuali e dei messaggi pubblicitari veicolati dal Franchisor; 2.2. Responsabilità ex artt. 1439 e 1427 c.c.; 3. Risoluzione per inadempimento del contratto di franchising - Il franchising come contratto a rischio d'impresa ridotto; 4. Nullità del contratto di franchising; 5. Il rapporto tra imprenditori nell'ambito del contratto di franchising: applicabilità della disciplina di cui all'art. 9, L. 10 giugno 1998, n. 192 in materia di abuso di dipendenza economica.

1. Il difetto di know-how o di eventuali requisiti di esso, anche ex art. 1, co. 3, lett. a), L. 6 maggio 2004, n. 129. Nullità del contratto?

Come già rappresentato nei capitoli precedenti, tra gli elementi essenziali del contratto di *franchising*, vi è il *know-how*, già definito dalla stessa Legge n. 129/2004 come “*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*”²⁰¹. Pertanto, anche alla luce della definizione fornita dalla Legge n. 129/2004, il *know-how* che l’Affiliante deve e/o dovrebbe trasmettere ai propri Affiliati rappresenta il risultato di un rilevante ed impegnativo lavoro di verifica della

* *Junior Assistant Studio Legale Adamo.*

** *Avvocato in Bologna – Cultore della materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna – Fondatore Studio Legale Adamo.*

201 L. 6 maggio 2004, n. 129, art. 1, co. 3, lett. a).

validità tecnica e commerciale del “sistema” del quale si è entrati a far parte²⁰². Conseguentemente, almeno in linea teorica, il continuo sviluppo ed aggiornamento del *know-how* da parte dell’Affiliante, dovrebbe contribuire ad assicurare la buona e positiva riuscita del sistema di affiliazione, a vantaggio, pertanto, anche di tutti gli Affiliati alla rete. Tale importante e fondamentale elemento di valutazione della capacità di affiliazione, viene normalmente compendiato in un documento denominato “manuale operativo”, che viene normalmente consegnato all’affiliato all’atto della sottoscrizione del contratto (si tenga presente, invero, che a norma dell’art. 4, L. 6 maggio 2001, n. 129, l’Affiliante può rifiutarsi di consegnare all’aspirante affiliato gli elementi di natura “riservata” o quelli la cui diffusione lederebbe diritti di tanti). La natura fondamentale del *know-how* nell’economia del contratto rende evidente come esso possa venire apprezzato alla stregua di requisito essenziale del contratto di *franchising*.

Qualora, quindi, nell’ambito di un contratto di affiliazione si evidenzi un difetto di eventuali requisiti del *know-how* o, addirittura, l’inesistenza dello stesso, il *franchisor* potrebbe incorrere non solo in gravi responsabilità nei confronti dei propri *franchisee*, ma anche in sanzioni quali la nullità del contratto (per mancanza di oggetto, ovvero, a voler considerare l’intera operazione economica realizzata, per difetto di causa).

Ad ogni modo, prima ancora di individuare le conseguenze giuridiche configurabili per il *franchisor* in caso di assenza di *know-how*, è opportuno analizzare di quali attività e/o qualità consista tale essenziale elemento. Sicuramente il bagaglio di esperienza di un *franchisor* varia a seconda del settore merceologico. In linea generale, comunque, lo stesso può consistere nelle tecniche di vendita del prodotto in questione, ed ancora nell’esperienza commerciale acquisita dalla Casa Madre durante la propria vita commerciale. Abbiamo detto che il complesso delle informazioni viene messo a disposizione dell’affiliato tramite lo strumento del “manuale operativo”, il quale, quindi, racchiude una sintesi dettagliata di tutte le informazioni utili al funzionamento dell’attività commerciale. La trasmissione del *know-how*, inoltre, per essere tale, deve avere carattere continuativo per tutta la durata del rapporto di affiliazione, e la stessa si esplica tramite, ad esempio, l’organizzazione di corsi di formazione e aggiornamento, nonché nell’attività di assistenza alla quale la Casa Madre è tenuta.

Sulla base dell’art. 1, co. 3, lett. a), della Legge 129/04, inoltre, le informazioni trasmesse (*know how*), per potere concretamente formare oggetto del contratto devono rispettare i requisiti dalla stessa individuati e, cioè, la segretezza, il carattere sostanziale e l’indicazione specifica ed individuata delle stesse (segreto, sostanziale ed individuato). L’assenza di tali caratteristiche comporta automaticamente anche l’inesistenza del *know-how* e, di conseguenza assai plausibilmente, anche l’invalidità del contratto per carenza nell’oggetto²⁰³ di caratteristiche essenziali. L’assoluta mancanza del bagaglio di esperienza o il difetto dello stesso comporta, infatti, uno svuotamento

202 Giuseppe Bonani-Giovanni Adamo, “Il Franchising: una formula di successo per la tua impresa”, Franco Angeli, Milano 2011.

203 Il Consiglio di Stato si è espresso in merito alle caratteristiche del *know-how* con la Sentenza n. 1459 del 22 marzo 2004, affermando che “Il criterio della capacità tecnica – quale delineato dall’art. 32, direttiva CE 92/50 – ha per finalità quella di provare la competenza vale a dire la specifica professionalità nello svolgimento del servizio, direttamente connesso alla maggiore qualificazione culturale e professionale dei suoi prestatori e dei suoi dirigenti; l’efficienza, ossia la funzionalità in concreto dei servizi che deriva dal *know-how* d’azienda, dal possesso di maggiori attrezzature, impianti e personale dimostrato dalle referenze dei fruitori delle prestazioni; dall’esperienza generalmente connessa ad un antico e consolidato esercizio dell’impresa, dall’affidabilità ossia dal presumibile affidamento derivante dalle favorevoli referenze concernenti analoghi servizi resi nel passato”.

dell'essenza stessa del contratto di *franchising*, il quale, ha il fine primario di creare un sistema di affiliazione basato sul complesso di informative ed esperienze già in possesso del *franchisor*, il quale trasferisce “il suo sapere” al potenziale affiliato, che a quel punto utilizzerà tale vantaggio per una migliore riuscita commerciale, con la conseguente sostanziale identificazione, agli occhi del consumatore finale, della impresa del *franchisee* con quella del *franchisor*.

Seguendo simile ragionamento, a fronte dell'omesso trasferimento del *know-how* all'affiliato o del suo insufficiente trasferimento, ormai consolidata giurisprudenza ha individuato una causa di risoluzione contrattuale. A titolo esemplificativo e non esaustivo, il Tribunale di Venezia, proprio con riferimento ad un procedimento riguardante la violazione di un contratto di *franchising*, ha affermato che il mancato rispetto degli impegni relativi ai corsi di formazione (attività che racchiude, almeno in parte, il *know-how* della Casa Madre e con la quale quest'ultimo può essere trasmesso), è circostanza idonea a delineare un quadro di ingannevolezza di informativa e di grave inadempimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 1453 c.c., addebitabile al *franchisor*, proprio perchè relativo alla finalità e all'equilibrio degli interessi perseguiti in un contratto di affiliazione²⁰⁴.

Posto che il mancato e/o l'insufficiente trasferimento del *know-how* dall'Affiliante all'affiliato determina l'avverarsi di una causa di risoluzione del contratto, ci si è posti il quesito per il quale il difetto *ab origine* e/o l'inadeguatezza dello stesso possa determinare o meno una causa di nullità (e non di risoluzione) del contratto di affiliazione. Per quanto sopra detto, infatti, l'assoluto difetto di *know-how* sembrerebbe configurare di per sé l'inesistenza dell'oggetto del contratto *ex art.* 1346 c.c.²⁰⁵ e art. 1418 c.c. e, conseguentemente, una causa di nullità del contratto. A ben vedere, infatti, almeno secondo lo scrivente, la Legge n. 129/2004 all'art. 3, co. 4, lett. d), afferma chiaramente che tra gli elementi che devono essere “*espressamente indicati*” nel contratto deve intendersi anche “*la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato*”²⁰⁶. Pertanto, il suo difetto (anche nelle caratteristiche enunciate dalla normativa di settore) comporterebbe l'inesistenza dell'oggetto del contratto o la sua indeterminatezza, la quale a sua volta, configurerebbe una causa di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c.²⁰⁷.

Ad ogni modo, il *know-how* è di certo elemento giuridicamente tutelato in quanto rappresentativo di interessi meritevoli di tutela, e ciò in quanto “*il suo trasferimento dietro corrispettivo -omissis- attribuisce a colui che è privo del know-how stesso le conoscenze delle*

204Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2147/2009 del 5 giugno 2009 “*omissis si è resa inadempiente ai vari obblighi assunti contrattualmente e segnatamente: non ha fornito alcun quadriciclo al omissis nonostante tali veicoli rientrassero nel “parco veicoli” oggetto di contratto; non ha effettuato i corsi di formazione previsti in contratto all'art. 9; non ha effettuato la promessa attività promozionale e pubblicitaria; non ha restituito all'attore le somme corrisposte per fini pubblicitarie. Trattasi di un quadro di ingannevolezza di informative e di inadempimenti di tal gravità avuto riguardo alle finalità e all'equilibrio di interessi perseguito con il contratto – quello di far entrare il Romano in un rete di affiliati collaudata, consolidata sul mercato allo scopo di commercializzare i beni mettendogli a disposizione il patrimonio di conoscenze, know-how e ritrovati tecnici dell'affiliante, consentendogli altresì l'uso del marchio e segni distintivi dell'affiliante stesso da comportare la risoluzione del contratto per grave inadempimento della società convenuta art. 1453 c.c.*”.

205Art. 1346 c.c. “L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile”.

206Legge n. 129/2004, art. 3, co. 4, lett. d): “*la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato*”.

207Con riferimento al contratto di cessione del *know-how*, Cassazione Civile, 28 giugno 1985 n. 3881 “*Qualora il metodo adottato da un imprenditore, per realizzare determinati prodotti od applicazioni in favore dei clienti (nella specie, trattamenti estetici di protesi capillare), manchi di esclusività e segretezza, il contratto di cessione di tale metodo (cosiddetta cessione di <know-how>) resta privo di un oggetto economicamente apprezzabile, ove si esaurisca nella mera enunciazione astratta delle cognizioni del cedente..omissis*”.

*quali quegli necessita e gli consente, così, di superare una situazione di svantaggio economico, mentre priva il titolare della precedente situazione di superiorità produttiva e commerciale che costituiva per lui una fonte di ricchezza*²⁰⁸.

2. Annullabilità del contratto di franchising ai sensi dell'art. 8, L. 6 maggio 2004, n. 129

La disciplina della L. 6 maggio 2004, n. 129 prevede espressamente, all'art. 8, una speciale causa di annullabilità del contratto in caso di false informazioni veicolate dal *franchisor*. La norma, peraltro, fa espressamente riferimento all'art. 1439 c.c., sollevando non pochi problemi applicativi, in quanto viene espressamente previsto, se dovuto, anche il diritto al risarcimento dei danni subiti dal *franchisee*²⁰⁹. Il legislatore, individuando come causa dell'annullamento l'ingannevolezza delle informazioni veicolate dalla Casa Madre, ha implicitamente richiamato, tra l'altro, la disciplina riguardante l'istituto della "pubblicità ingannevole"²¹⁰, la quale definisce tale istituto come "qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea a indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente".

Proseguiamo con ordine.

2.1. Ingannevolezza delle informazioni contenute nei documenti contrattuali e dei messaggi pubblicitari veicolati dal Franchisor

2.1.a

Partendo dalla fase precontrattuale, il primo approccio tra il *franchisor* e il potenziale affiliato avviene solitamente tramite la visione di materiale pubblicitario veicolato dal *franchisor* attraverso i media. Attività promozionale che può consistere, ad esempio, nella costruzione di un sito *web* o ancora in annunci promozionali veicolati su riviste specializzate di settore. In tali messaggi, la Casa Madre fornisce informazioni sulle caratteristiche essenziali del proprio sistema di affiliazione, indicando, ad esempio, il fatturato raggiungibile dal punto vendita, i servizi di assistenza, l'investimento iniziale richiesto per potere accedere al *network*, ecc.. Tutte informazioni che possono scientemente determinare il consenso di un ipotetico e potenziale affiliato e la cui esaltazione può configurare o meno una causa di annullabilità del contratto. Ipotesi

208Cassazione Civile, Sez. I, 20 gennaio 1992, n. 659.

209La Legge n. 129/2004, all'art. 8, nel prevedere la causa di annullabilità del contratto in caso di false informazioni richiama la disciplina dell'art. 1439 c.c. e prevede altresì un risarcimento del danno conseguente all'annullabilità del contratto stesso. Come noto, però, la disciplina civilistica richiamata non prevede alcun riconoscimento diretto al risarcimento del danno, ma prevede unicamente una causa di annullamento, la quale, pertanto, dovrà essere intesa come risarcimento in forma specifica. D'altro canto, può dirsi applicabile anche la disciplina di cui all'art. 1440 c.c. (dolo incidentale), la quale prevede unicamente il risarcimento del danno e non anche l'annullamento del contratto.

210L'istituto della pubblicità ingannevole è disciplinato congiuntamente dalla Legge 287/90, dal D.Lgs. 145/2007 e dal D.Lgs. 146/2007 (quest'ultimo emanato in attuazione della Direttiva 2005/29/CE).

configurabile in presenza di *dolus malus*, c.d. “dolo cattivo”, il quale configura il raggio e/o l'inganno posto in essere al fine di indurre un soggetto a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe mai stipulato. Al contrario, invece, non si configura una causa di annullamento del contratto in presenza di *dolus bonus*, c.d. “dolo buono”, il quale si differenzia dal *dolus malus* in quanto lo stesso consta di esaltazioni delle caratteristiche del sistema di affiliazione poste in essere al solo fine di rendere la realtà più favorevole ai propri interessi. Conseguentemente, il *dolus bonus* non produce annullabilità del contratto in quanto non si configura come vizio della volontà contrattuale in tutti quei casi in cui non risulta ragionevole supporre che l'altra parte possa avere attribuito a quelle dichiarazioni un peso particolare tenendo conto del modesto livello di attendibilità che, in una determinata situazione di tempo, di luogo e persone, è da presumere che possa essere riconosciuta a certe affermazioni consuete negli schemi dialettici di una trattativa)²¹¹. Pertanto, già in tale fase, l'ingannevolezza delle informazioni veicolate dal *franchisor*, potrebbe generare, con le riserve sopra evidenziate, una *misrepresentation* tale da giustificare l'annullamento del contratto di affiliazione ai sensi dell'art. 8, L. 129/2004. *Misrepresentation*, questa, che può poi proseguire all'atto della consegna dei documenti contrattuali, intendendosi per questi non solo il contratto in senso stretto ma anche gli eventuali allegati. Negli ultimi anni i Giudici chiamati a verificare le conseguenze giuridiche della ingannevolezza delle informazioni veicolate dai *franchisor* hanno valorizzato in modo particolare le informazioni relative al fatturato indicato dalla Casa Madre, o ancora all'investimento iniziale richiesto al potenziale affiliato (accompagnato dall'indicazione delle attività coperte da tale investimento), al numero degli affiliati facenti parte del *network* e alle caratteristiche strutturali dello stesso (come l'effettiva “sperimentazione” della formula commerciale) e alle modalità di attuazione dell'attività di assistenza, da prestarsi nella fase di *start up* che in quella successiva. A titolo esemplificativo e non esaustivo, con riferimento alla dimensione della rete di affiliazione, nonché all'esperienza pubblicizzata e al fatturato “falsamente” indicato nei *claim*, in una recente pronuncia il Tribunale di Venezia ha affermato che “D'altra parte è indubbio che il riferimento alle dimensioni della rete all'esperienza maturata dall'affiliante nel settore dei prodotti da commercializzare le prospettive di guadagno certo con investimenti contenuti sono elementi idonei a ritenere la sussistenza di tutti gli elementi richiesti per ritenere realizzata la fattispecie delle false informazioni di cui all'art. 8 L. 129/04 e, quindi, il contratto va annullato ai sensi dell'art. 1439 c.c.”²¹². Pertanto, la veridicità delle informazioni veicolate dal *franchisor* risulta essere elemento quantomeno indicativo, dal punto di vista giuridico, sin dal primo approccio, in quanto, in caso contrario, potrebbe configurarsi una ipotesi di pubblicità ingannevole (che poi potrebbe “invalidare” anche il contratto di affiliazione stipulato proprio sulla base di tali informazioni). L'annullamento del contratto non è eventuale conseguenza esclusiva della inveridicità delle informazioni veicolate. Simile circostanza, infatti, potrebbe anche prodursi in presenza di informazioni veritiere, ma del tutto insufficienti a permettere al potenziale affiliato di prendere una decisione cosciente rispetto alle effettive potenzialità del sistema di affiliazione in discorso. Ciò si verifica quando il *franchisor*, pur veicolando informazioni veritiere, non fornisce specifica alcuna rispetto alle caratteristiche essenziali dell'offerta commerciale e non consente al *franchisee* alcuna “analisi costi/benefici” dell'offerta di specie, inducendo quest'ultimo ad una decisione basata su erronei convincimenti. L'Autorità Garante della Concorrenza e

211 Cass. Civ. Sez. II, 10 settembre 2009, n. 19559.

212 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 1963/09, dd. 28 maggio 2009.

del Mercato, infatti, in un procedimento instaurato per sentire dichiarare ingannevoli alcuni *claim* veicolati da un *franchisor*, poi rivelatesi del tutto inverosimili, ha affermato che **“i messaggi pubblicitari che non forniscono specifica alcuna relativamente alle caratteristiche essenziali dell'offerta commerciale proposta, non consentono da parte del potenziale affiliato alcuna analisi costi benefici, né di avere piena contezza della reale natura giuridica ed economica dell'offerta di specie, e come tali, inducono il destinatario, in base ad erronei convincimenti a contattare il professionista ed, in ultimo, ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.”**, e ancora, **“il professionista non informa in alcun modo il destinatario in merito alle caratteristiche sostanziali dell'offerta di specie ma, al contrario, enfatizza solo aspetti non sostanziali relativi a presunte generiche performance garantite dall'affiliazione; i messaggi pubblicitari risultano pertanto idonei ad indurre in errore i soggetti ai quali sono rivolti o da essi raggiunti circa le caratteristiche essenziali, quali la tipologia di franchising ed eventuali oneri economici e giuridici allo stesso associabili del prodotto commerciale offerto, pregiudicandone il comportamento economico ed inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso”**²¹³. Pertanto, oggetto di valutazione non è solo la veridicità o meno dell'informazione in sé, ma anche il suo carattere idoneo o meno a prendere una decisione cosciente, e quindi la portata sostanziale della stessa.

2.1.b

Le suesposte considerazioni assumono valenza ancora più rilevante in relazione alle informazioni contenute nella documentazione consegnata all'affiliato ai sensi dell'art. 4, L. 6 maggio 2004, n. 129. La disciplina in commento, infatti, prevede che il contratto deve essere consegnato al potenziale affiliato almeno 30 giorni prima della sottoscrizione dello stesso, unitamente ad informazioni relative a:

- principali dati dell'affiliante;
- indicazione dei marchi utilizzati nel sistema;
- sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività di affiliazione;
- lista degli affiliati operanti e dei punti vendita diretti dell'affiliante;
- indicazione della variazione del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni;
- descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali promossi nei confronti dell'affiliante conclusi negli ultimi tre anni.

Pertanto, la ragione dell'annullamento non si configura solo in presenza dell'ingannevolezza delle informazioni ai sensi dell'art. 8, L. n. 129/2004, ma anche in caso di mancato adempimento ad obblighi precontrattuali come, ad esempio, la consegna del contratto almeno 30 giorni prima della sua sottoscrizione. Questo perchè, la mancata consegna e il mancato esame del testo contrattuale da parte del *franchisee* non permetterebbe allo stesso di raggiungere una decisione cosciente, la quale, pertanto, potrebbe essere facilmente viziata dall'errore. Conseguentemente, può dirsi esistente un'altra ipotesi normativa di sanzione, individuata sempre nell'art. 1439 c.c. e, più in particolare, nella fattispecie del dolo omissivo. Per la corretta

213 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provv. n. 20951, Boll. n. 13/2009, caso “Kipoint”.

configurazione di tale ipotesi di annullamento, però, non risulta sufficiente il semplice silenzio o la reticenza circa determinati fattori dell'offerta commerciale, bensì è necessario che il comportamento passivo si inserisca in una condotta che si configuri come astuta o maliziosa, volta a realizzare un'inganno ben preciso, determinando così l'errore del *franchisee*²¹⁴. Pertanto, per configurarsi una causa invalidante del contratto, il silenzio del *franchisor* rispetto ad alcune peculiarità del sistema di affiliazione in questione, deve riguardare circostanze, le quali, se note, avrebbero fatto desistere il *franchisee* dal concludere il contratto²¹⁵. Diverso è invece il caso in cui si configura il dolo incidente, il quale, diversamente dal dolo determinante (c.d. dolo negoziale), non produce una causa di annullabilità del contratto ma, bensì, l'obbligo per chi agisce di risarcire il danno provocato. Tale fattispecie si configura con riguardo ad aspetti secondari del negozio contrattuale, il quale, pertanto, viene in ogni caso stipulato, indipendentemente dalla predisposizione o meno della condotta ingannevole.

2.2. Responsabilità ex artt. 1439 e 1427 c.c.

La divulgazione di false informazioni da parte del *franchisor*, oltre che comportare l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 8, L. n. 129/2004, configura anche una causa di annullamento ai sensi del combinato disposto degli artt. 1439 e 1427 c.c.. Il richiamo alla disciplina dell'art. 1427 c.c. risulta del tutto doveroso. Difatti, l'art. 8 della Legge n. 129/2004, richiamando la normativa di cui all'art. 1439 c.c., crea un collegamento implicito ma necessario con la disciplina generale dei vizi del consenso e cioè con l'art. 1427 c.c. e, più in particolare, con riferimento all'errore, in quanto quest'ultimo, come il dolo, rappresenta una falsa rappresentazione della realtà, con la diversità che l'errore può configurarsi anche senza alcuna specifica intenzione di porre in essere raggiri o inganni. Pertanto, può dirsi che in presenza di dolo avremmo sempre errore ma non viceversa. Con riferimento allo specifico aspetto in esame, pertanto, la predisposizione di una pubblicità giudicata come ingannevole comporta, in via del tutto consequenziale anche l'induzione in errore del soggetto, in contrasto con il diritto degli operatori economici ad esercitare pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà. Anche alla luce di ciò, quindi, le due fattispecie di pubblicità ingannevole e dolo, quale vizio del consenso ex art. 1439 c.c., sembrano presentarsi fattispecie almeno in parte sovrapponibili e similari. Difatti, il potenziale affiliato che acconsente di entrare a far parte del *franchising network* perché convintosi delle informazioni veicolate e contenute nel testo contrattuale, poi verificatesi del tutto false ed ingannevoli, può invocare l'applicazione degli artt. 1439 e 1427 c.c., i quali prevedono una causa di annullamento del contratto per dolo e per errore (vizi del consenso). Il consenso dell'affiliato, infatti, risulta in questo caso essere viziato dai raggiri posti in essere dal *franchisor*, in quanto qualora l'affiliato fosse venuto a conoscenza dell'ingannevolezza delle informazioni veicolate e delle effettive caratteristiche del sistema di affiliazione, mai avrebbe acconsentito a fare parte del progetto di *franchising*. Pertanto, a seguito dell'adesione di un affiliato, nonché a seguito della dimostrazione e dell'accertamento dell'ingannevolezza delle informazioni tutte veicolate, il contratto risulta essere frutto di false informazioni e,

214 Così Cass. Civ. Sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757 in merito alla fattispecie del contratto di assicurazione.

215 Cass. Civ. Sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253.

conseguentemente, va annullato per dolo determinante *ex art. 1439 c.c.* ed, in ogni caso, per errore (essenziale e riconoscibile) *ex art. 1427 c.c.* Anche in questo caso può richiamarsi la pronuncia sopra citata del Tribunale di Venezia, la quale, a fronte della diffusione di informazioni ingannevoli, ha ritenuto doversi fare applicazione dell'art. 1439 c.c.. Il *franchisor*, quindi, deve comportarsi secondo i criteri di diligenza dell'operatore medio di settore sin dal primo approccio con il potenziale affiliato, il quale, completamente estraneo al sistema commerciale, non può fare altro che “fidarsi” e “prendere per buone e vere” le informazioni messe a disposizione, non avendo altro strumento di valutazione a disposizione. Sempre il Tribunale di Venezia ha affermato che “*al momento della stipula del contratto lungi dal sussistere un già costituito e consolidato sistema di rete già sperimentata sul mercato, per la commercializzazione e distribuzione dei prodotti caratterizzati da segni distintivi “trainanti”, il omissis è stato affiliato ad una rete in allora inesistente (e in buona sostanza pressochè inesistente anche successivamente essendosi poi affiliati solo atri due soggetti) e per la commercializzazione di prodotti in relazione ai quali l'affiliante non era depositario di marchio alcuno. L'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico applicabile sia in ambito contrattuale che extracontrattuale (c. Cass. Civ. Sez. III, sentenza n. 3462 del 15 febbraio 2007 e Cass. Civ. Sez. III sentenza n. 5348/09) e nella fattispecie è indubbia la gravità della violazione di tale dovere giuridico in relazione ad informative essenziali in relazione alla natura del contratto.*”²¹⁶. Ciò può accadere, ad esempio, quando il *franchisor* promuove il proprio *network* attribuendo allo stesso una dimensione del tutto lontana dalla realtà, indicando un numero di punti vendita del tutto elevato rispetto all'effettiva ampiezza numerica del *network*, elemento sicuramente indicativo della funzionalità del sistema di *franchising*. Tale circostanza risulta del tutto decettiva in quanto idonea ad indurre il potenziale affiliato a vedere nel sistema di affiliazione preposto una potenzialità e funzionalità in realtà inesistente. Simile circostanza, inoltre, risulta maggiormente aggravata se si considera la tipologia contrattuale di cui si disquisisce. Il contratto di affiliazione, infatti, rappresenta anche lo strumento per un giovane e inesperto imprenditore per avviare un'attività commerciale tramite una collaborazione con una società consolidata sul mercato e, quindi, tramite un sistema avvantaggiato rispetto a coloro che invece non stipulano alcuna collaborazione in tal senso. Pertanto, in presenza di vantate e inesistenti qualità del *franchisor*, il rapporto tra quest'ultimo e il *franchisee* non può che scaturire in una inevitabilmente instabilità delle controprestazioni descritte nel contratto, a solo ed unico danno del neo-affiliato, e conseguentemente, ad uno svuotamento della *ratio* della fattispecie del contratto di *franchising*.

3. Risoluzione per inadempimento del contratto di franchising – Il franchising come contratto a rischio d'impresa ridotto

Oltre alla fattispecie dell'annullamento del contratto, ipoteticamente configurabile per false informazioni e per i vizi del consenso, lo stesso, come per tutti i rapporti contrattuali, può essere risolto anche per inadempimento delle parti ai sensi e per gli effetti dell'art. 1453 c.c.. Il contratto di *franchising*, infatti, come per gli altri, è soggetto tra l'altro anche alle norme di diritto comune sulla risoluzione. Conseguentemente, i due soggetti contrattuali potranno agire per la risoluzione del contratto a causa dell'inadempimento dell'altro. Il *franchisee*, infatti, potrebbe risultare

²¹⁶Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2147/09, 5 giugno 2009.

inadempiente, ad esempio, per il mancato pagamento delle forniture, o ancora, violando l'esclusiva prevista nel contratto, realizzando azioni contrarie al patto di non concorrenza, ecc.. D'altro canto, invece, la posizione del *franchisor* pone problemi di una certa rilevanza e complessità per la varietà e per il peso dei possibili inadempimenti addebitabili. I possibili inadempimenti imputabili al *franchisor* possono essere molteplici e consistere, in primo luogo, nell'omessa trasmissione del *know-how* e, in secondo luogo nell'omessa attività di assistenza e formazione (commerciale e tecnica), nonché nell'omessa fornitura dei beni oggetto dell'affiliazione, o ancora nell'omessa attività promozionale del marchio e dell'attività commerciale. Inadempimenti che, se letti alla luce del fondamentale e recente arresto della Suprema Corte che ha definito il contratto di *franchising* come contratto *“a rischio d'impresa ridotto”*²¹⁷, non possono che essere considerati insiti di potenzialità negativa per gli affiliati. Prendendo in esame la casistica analizzata nelle pronunce successive alla entrata in vigore della L. 6 maggio 2004, n. 129, possiamo affermare che generalmente vengono lamentati inadempimenti in relazione al mancato trasferimento di *know-how* (del quale abbiamo già detto), dell'attività di assistenza tecnica e commerciale, degli obblighi di fornitura dell'oggetto, dell'affiliazione e dell'attività promozionale. Con riferimento a detti obblighi, ad oggi, sono state emanate alcune pronunce aventi ad oggetto proprio i diversi inadempimenti sopra elencati. Si segnala, in particolare, una recente Sentenza emessa dal Tribunale di Ferrara, la quale ha espressamente affermato che *“Le circostanze passate in rassegna confermano che, nel caso concreto, per le lacune e l'insufficienza del know-how, che s'è palesata anche nelle manchevolezze della fornitura, della formazione, dell'assistenza e s'è accompagnata alla violazione del diritto d'esclusiva, è stata vanificata la finalità, perseguita dai contraenti, la causa concreta del contratto, ovvero l'inserimento dell'affiliato in una rete collaudata e radicata sul mercato, che beneficia delle conoscenze tecniche e del marchio dell'affiliante, in un quadro di costante e proficua cooperazione..omissis...Nè l'insuccesso dell'iniziativa può ricondursi al mero rischio d'impresa, ineliminabile anche nell'ambito d'un contratto d'affiliazione commerciale, che pure è deputato a ridurlo e garantisce, nella specie, una redditività, in fatto platealmente smentita”*²¹⁸. Nel procedimento di cui sopra, infatti, la Casa Madre aveva omesso di ottemperare ad obblighi essenziali, privando il *franchisee* della indispensabile assistenza nell'ambito di un'attività ampiamente pubblicizzata come esercitabile senza alcuna esperienza. Il *franchisee*, infatti, non veniva affiancato nella localizzazione del punto vendita e del suo allestimento (aspetti rientrati a pieno titolo anche nell'attività di assistenza tecnica), e tantomeno in tutta l'attività assistenziale e consulenziale da prestarsi in corso di contratto. La stessa pronuncia, inoltre, con specifico riferimento agli impegni promozionali ricadenti sulla Casa Madre del *franchising* network, ha affermato che la realizzazione dell'attività promozionale una volta l'anno (ad esempio la partecipazione ad una fiera di settore) non può certo ritenersi attività idonea per l'adempimento dell'impegno

217Cass. Civ. Sez. III, 15 gennaio 2007, n.647 *“Con il contratto di affiliazione commerciale (o “franchising”) un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (“franchisor”) ed un distributore (“franchisee”), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato – creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali -, concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore (“franchisee”), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio”*.

218Tribunale di Ferrara, Sentenza n. 276/2012, dd. 22 febbraio 2012; in senso conforme Tribunale di Ferrara, Sentenza n. 657/2012, dd. 14 maggio 2012.

contrattualmente assunto²¹⁹. Considerazioni analoghe, poi, devono svolgersi anche in relazione a un'attività promozionale territorialmente limitata a fronte di un impegno promozionale esteso, invece, a livello nazionale (v. Tribunale di Mantova, 16 maggio 2011²²⁰). In altri termini, la giurisprudenza ha confermato la necessità dell'adempimento continuativo dell'impegno promozionale, il quale non può essere adempiuto tramite attività limitata ad un ambito territoriale eccessivamente ristretto (considerazioni più che condivisibili in un contesto – quello del contratto di *franchising* – nel quale la “forza” del marchio è essenziale per la redditività del *network*).

Altra fattispecie analizzata dalla giurisprudenza, inoltre, è la possibile violazione della clausola contrattuale di esclusiva (se inclusa), con la quale il *franchisor* si impegna a non sottoscrivere altri contratti di affiliazione nell'area territoriale specificamente indicata nella clausola stessa (c.d. zona di esclusiva). La violazione di tale clausola, ad esempio tramite l'autorizzazione rilasciata per l'apertura di un ulteriore punto vendita nella medesima, configura grave inadempimento contrattuale della Casa Madre, come espressamente previsto anche dal Tribunale di Salerno il quale ha affermato che *“Ne consegue che risulta provato che il convenuto ha intrattenuto rapporti contrattuali di tipo analogo a quelli intrattenuti con l'attore, in costanza del rapporto di franchising intrattenendo fra le parti in base al contratto del 30.10.2001; ciò costituisce chiaramente violazione della pattuizione contenuta nel punto 4 della seconda pagina del contratto di franchising stipulato dall'attore e dal convenuto. Questa violazione costituisce senz'altro inadempimento contrattuale ascrivibile al convenuto -omissis-. La violazione contrattuale è, peraltro, sicuramente di non scarsa importanza -omissis-; la commercializzazione, in forme analoghe a quella prevista nel contratto fra attore e convenuto -omissis- ha sicuramente inciso in maniera significativa sull'attività commerciale dell'attore -omissis-; il mancato rispetto della clausola di esclusiva, quindi, ha sicuramente vanificato, almeno in parte, lo sforzo economico sostenuto dall'attore per adempiere agli obblighi su di lui gravanti in forza del contratto di franchising concluso con il convenuto, non avendo l'attore potuto beneficiare dei sicuri vantaggi che derivano dalla esclusiva della commercializzazione del prodotto oggetto del franchising con utilizzazione del marchio in questione in tutte le forme consentite dal contratto. -omissis- ciò comporta la impossibilità di valersi del diritto di esclusiva incide in maniera particolarmente pesante sull'attività dell'attore, dato che la platea dei possibili acquirenti è alquanto ristretta e uno spostamento di clientela può produrre effetti sicuramente rilevanti sull'attività del franchisee”*²²¹. Inadempimenti che, da un punto di vista strettamente tecnico, devono essere valutati dal Giudice anche in conformità a quanto statuito dalla S.C. a Sezioni Unite con la fondamentale Sentenza n. 13533, del 30 ottobre 2001, con la quale la stessa ha statuito che il creditore che agisce per la risoluzione del contratto deve solo provare la fonte negoziale del diritto vantato e limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, lasciando a quest'ultima l'onere di provare il fatto estintivo della pretesa avanzata²²². Pertanto, a fronte di una domanda di risoluzione contrattuale per

219 Tribunale di Ferrara, Sentenza n. 276/2012, dd. 22 febbraio 2012 *“In relazione a tale profilo, si deve, inoltre, rilevare che non può dirsi idonea una campagna di promozione del marchio registrato omissis, che si traduce nella partecipazione, per una volta all'anno, a novembre, alla sola fiera Skypass di Modena (cfr., per l'unicità di tale evento promozionale, la deposizione di omissis, teste di parte convenuta, assunta all'udienza del 12 ottobre 2011).”*

220 Tribunale di Mantova, Sentenza del 16 marzo 2011, n. 49/2011 *“Ne le obbligazioni di cui trattasi possono ritenersi esattamente adempiute per mezzo delle campagne promozionali di cui ai doc.ti 26 e 23/b del fascicolo di parte convenuta poiché occasionali e non estese a livello nazionale”.*

221 Tribunale di Salerno, Sez. I, Sentenza dd. 23 dicembre 2009.

222 Cass. Civ. Sez. Unite, Sentenza n. 13533, 30 ottobre 2001 *“In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di consegna,*

inadempimento della Casa Madre, il *franchisor* sarà onerato di dare la prova del proprio adempimento. Come già sopra esposto, gli inadempimenti ipoteticamente addebitabili al *franchisor* possono essere molteplici, proprio per la tipologia stessa del contratto di affiliazione, il quale, per la finalità perseguita, contiene molteplici attività gravanti sulla Casa Madre. Per quanto sopra detto, il contratto di affiliazione potrà essere risolto anche in applicazione dei principi “di diritto comune” *ex artt.* 1176, co. 2, 1218 e ss. e 1375 c.c.. Difatti, simile comportamento del *franchisor* non può certo dirsi conforme al principio di buona fede al quale dovrebbe essere improntata l'esecuzione del contratto di *franchising*. Sul punto il Tribunale di Torino ha affermato che “*La caratteristica principale del contratto di franchising è quella di una stretta e leale collaborazione tra affiliante e affiliato non solo al momento della conclusione del contratto ma per tutta la durata del rapporto*”²²³.

Sussiste, pertanto, una specifica forma di tutela per gli affiliati, i quali, nel corso dell'esecuzione del contratto operano in una situazione di sinergia totale e necessitata con il proprio *franchisor*. Conseguentemente, l'esercizio dell'attività imprenditoriale in assenza di ausilio e supporto della Casa Madre, configura una grave violazione contrattuale che il *franchisee* ben può fare valere in sede giudiziale.

Sotto altro e distinto profilo, e per effetto della dichiarata risoluzione per inadempimento del *franchisor*, i singoli *franchisee* possono anche richiedere e vedersi riconosciuto il risarcimento del danno. Danno che sarà necessariamente costituito, almeno in via generale, dalle somme versate a titolo di contributo di affiliazione realmente versato al *franchisor* (danno emergente). Riconoscimento che, nel corso dei giudizi di merito, non ha mai incontrato alcuno ostacolo proprio in virtù della funzione del contributo di affiliazione. Come prima accennato, lo stesso viene versato dall'affiliato per entrare a fare parte di un *franchising network* e copre il “costo” di una serie di attività da esplicarsi a cura della Casa Madre²²⁴. Pertanto, il mancato espletamento delle attività in esso incluse, o l'inesatta e l'insufficiente esecuzione delle stesse da parte della società affiliante, configura un'ingiustificata fuoriuscita economica da parte del *franchisee*. Sul punto, rilevante è quanto espresso dal Trib. di Ferrara 22 febbraio 2012, il quale afferma che in simili circostanze, la corresponsione

limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccepiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento” (ed in senso confermativo cfr. anche Cass. Civ. Sez. III, 12 febbraio 2010, n. 3373; conformi Cass. Civ. Sez. I, 15 luglio 2011, n. 15659; Cass. Civ. Sez. Lavoro, 15 marzo 2010, n. 6205; Cass. Civ. Sez. I, 3 luglio 2009, n. 15677; Cass. Civ. Sez. I, 13 giugno 2006, n. 13674; Cass. Civ. Sez. III, 12 aprile 2006, n. 8615; Cass. Civ. Sez. Lavoro 9 febbraio 2004, n. 2387).

223 Tribunale di Torino, Sez. IX, Sentenza dd. 18 giugno 2007, conforme Tribunale di Venezia, Sentenza dd. 5 giugno 2009, n. 2147/09; Cass. Civ. Sez. III, Sentenza dd. 15 febbraio 2007, n. 3462/07; Cass. Civ. Sez. III, Sentenza n. 5348/09.

224 Attività di assistenza commerciale e tecnica nella fase precedente allo *start up* del punto vendita e per tutta la durata del contratto, attività di formazione, servizio di rifornimento, utilizzo dell'insegna e dei segni distintivi del *franchising network*, allestimento del punto vendita ed eventuale dotazione in merito, attività promozionale a livello nazionale.

del contributo di affiliazione integra unicamente una *deminutio patrimonii* del tutto ingiustificata e, pertanto, meritevole di essere ristorata²²⁵. Oltre al riconoscimento del diritto di vedersi rifondere quanto versato a tale titolo, il *franchisee* potrebbe anche richiedere il risarcimento delle spese sostenute per la corretta esecuzione del contratto e, in particolare, le spese di locazione e pubblicitarie, che ad oggi hanno trovato esplicito riconoscimento²²⁶, nonché tutto quanto erogato a tal fine. Tale riconoscimento, però, deve essere giustificato da un preciso nesso causale²²⁷ con gli inadempimenti della Casa Madre (e per il quale si è azionato il procedimento) che quindi va specificamente dimostrato. Considerazioni analoghe devono svolgersi anche con riferimento al riconoscimento del risarcimento del lucro cessante e, cioè, il mancato guadagno derivante dall'inadempimento di controparte, il quale, pertanto dovrà essere oggetto, anch'esso, di specifica attività probatoria.

4. Nullità del contratto di franchising.

Prima ancora dell'azione di risoluzione contrattuale per inadempimento, il *franchisee*, qualora ne ricorrano i presupposti, può ricorrere, a tutela dei propri interessi, all'azione di nullità, non solo, come già detto, per difetto e/o assenza del *know-how*. L'art. 3 della Legge 129/2004, con riferimento alla forma e al contenuto del contratto di *franchising*, è chiaro nel richiedere la forma scritta "*ad substantiam*" a pena di nullità. Questa quindi la prima ipotesi di nullità del contratto. Previsione evidentemente

225 Tribunale di Ferrara, Sentenza 276/2012, dd. 22 febbraio 2012, "*Tale esborso, che trova causa nel contratto d'affiliazione commerciale, è stato infruttuosamente sostenuto, per attività eseguite in modo negligente dalla parte convenuta, vista la risoluzione del contratto per causa imputabile alla parte convenuta, e integra, pertanto, una deminutio patrimonii, meritevole d'essere ristorata*".

226 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2415/07, "*La risoluzione del rapporto comporta quale effetto conseguente la restituzione del contributo di affiliazione versato pari ad € 37.800,00. omissis. Con riguardo ai profili risarcitori formulati sia in relazione al danno emergente che al lucro cessante vanno certamente riconosciute le spese promozionali sostenute e debitamente documentate dall'attore per un ammontare complessivo di € 3.600,00, i canoni versati per i locali d'impresa affittati per dare attuazione al contratto di affiliazione limitatamente agli importi documentati pari cioè ad € 4.000,00.*", Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2147/09, "*Ne consegue la condanna della società convenuta alla restituzione del contributo di affiliazione pari in linea capitale ad € 37.800,01 maggiorata di interessi al tasso di legge decorrenti dalla data del pagamento stante la mala fede della società convenuta. La stessa va altresì condannata stante la sua responsabilità contrattuale a risarcire i danni pari ad € 1.875,60 per spese promozionali fatte dall'attore e documentate in causa ed € 4.870,52 pari alle somme versate per la occupazione di locali effettuata per svolgere l'attività di affiliato, con maggiorazione di interessi al tasso di legge dalla data degli esborsi al saldo.*", in senso conforme Tribunale di Venezia, Sentenza n. 1963/2009, 28 maggio 2009. Diversamente, invece, proprio Trib. Ferrara, 14 maggio 2012, n. 657/2012, con riferimento al risarcimento delle spese di locazione e promozione, ha ritenuto che "*quanto invece alle spese sostenute per utenze, per assicurazione e contributo artigiani, per integrazione merce, per acquisto registratore di cassa esse invece non possono e non debbono essere riconosciute: da un lato esse non trovano causa nel contratto di affiliazione e quindi il diritto al loro rimborso non può essere sostenuto sulla base dell'inadempimento del contratto stesso (il contratto non prevedeva la fornitura di registrazione di cassa, di conta soldi e di articoli per ufficio; né certamente il pagamento delle spese di locazione del negozio, né l'attività di promozione e pubblicità del singolo negozio)*".

227 Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2043 e 1223 c.c. secondo i quali "*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona agli altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*", "*Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*". Si intendono danni immediati e diretti ex art. 1223 c.c., che integrano il nesso di causalità di cui all'art. 2043 c.c., quei danni che non si sarebbero verificati senza il comportamento antiggiuridico (principio della *condicio sine qua non*) e, sempre che gli stessi non siano riconducibili a fattori eccezionali di per sé idonei a determinare l'evento dannoso (principio della causalità adeguata).

posta a tutela della parte debole del rapporto contrattuale, quale appunto l'affiliato, per garantire la massima trasparenza delle operazioni contrattuali e la massima chiarezza e comprensibilità possibile dell'assetto degli interessi delle parti. Tale tutela, poi, assume maggiore rilevanza se si pensa che il contratto di *franchising* viene redatto dall'affiliante e contiene una serie di obblighi onerosi per il potenziale affiliato, il quale, proprio grazie alla forma scritta, dovrebbe essere in grado di valutare se quelle determinate clausole tutelano o meno i propri interessi e se le stesse sono conformi con le informazioni fornite dalla Casa Madre nella fase precontrattuale.

Altro elemento sul quale la dottrina ha elaborato diverse interpretazioni è, poi, la durata del contratto di *franchising*. L'art. 3 della Legge 129/2004, individua in maniera specifica, la durata minima dello stesso nella misura di tre anni (tempo ritenuto idoneo per l'ammortamento dell'investimento iniziale), qualora si preveda un contratto a tempo determinato (non essendo vietato – almeno pare – il contratto a tempo indeterminato). Autorevole dottrina²²⁸, riferendosi a tale specifico aspetto, ha affermato che a fronte di un termine contrattuale inferiore a quello indicato nella Legge, la sanzione da comminare non può e/o non deve individuarsi nella dichiarazione di nullità o annullabilità del contratto, quanto nel prolungamento *ex lege* del termine del contratto almeno fino alla decorrenza dei tre anni. Di contro, altra parte della dottrina²²⁹, afferma che in una simile circostanza si configura, invece, una causa di nullità, in quanto simile clausola sarebbe, in ogni caso, contraria ad una norma imperativa. In questo caso, secondo alcuni, potrebbe configurarsi una ipotesi di nullità parziale. Il tutto “*salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempimento di una delle parti*”.

Altra ipotesi di nullità del contratto azionabile dall'affiliato, inoltre, è il caso in cui nel testo contrattuale non siano inseriti tutti gli elementi elencati all'art. 3, co. 4, della Legge 129/2004²³⁰, tra cui anche il difetto di *know-how* di cui si è detto.

Non è prevista, invece, la sanzione della nullità per l'inosservanza degli obblighi informativi di cui all'art. 8 della Legge 129/2004, per il quale è prevista la sanzione dell'annullamento su istanza delle parti, sanzione che per parte della dottrina sarebbe molto più efficace della nullità²³¹.

Altra ipotesi in cui può essere esercitata l'azione di nullità del contratto è la presenza di talune clausole limitative di responsabilità della Casa Madre, ai sensi dell'art. 1229 c.c.²³² e, conseguentemente, anche ai sensi dell'art. 1338 c.c.. Il contratto di

228 Frignani A., *Franchising: la nuova legge*, cit. pag. 82.

229 De Nova G., Leo G. e Venezia A., *op. cit.*, pag. 29.

230 Art. 3, co. 4, Legge 129/2004: “*Il contratto deve inoltre espressamente indicare:*

- a) *l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;*
- b) *le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;*
- c) *l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;*
- d) *la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato;*
- e) *le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato;*
- f) *le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;*
- g) *le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.”*

231 Frignani A., *Franchising: la nuova legge*, cit., pag. 121.

232 Art. 1229 “*È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico*”.

affiliazione, prima ancora di essere valutato con riferimento alle modalità di esecuzione, dovrebbe essere infatti analizzato da un altro e distinto profilo, quale quello rilevante dei rapporti economici che con lo stesso si instaurano tra *franchisor* e *franchisee*. È possibile, infatti, che nei rapporti contrattuali emergano degli squilibri nei diritti e negli obblighi tra affiliato e Casa Madre di non poca rilevanza e contrari alla *ratio* di tale tipologia negoziale. Simile circostanza, rileva, in particolare, con riferimento alle clausole contrattuali riguardanti la fornitura dei beni oggetto dell'affiliazione. Il *franchisor*, infatti, sin dal principio e senza contraddittorio alcuno, nella redazione del contratto, può ben realizzare una limitazione di responsabilità in merito all'obbligo e alla frequenza della fornitura, o ancora in merito alla qualità e quantità della merce fornita. Sono molteplici i casi in cui si realizza tale circostanza. Con tali limitazioni, l'affiliante cerca di evitare l'assunzione di specifici obblighi, in modo che il potenziale affiliato non abbia poi la possibilità di avanzare delle precise "pretese" in merito, ad esempio, alla quantità, qualità dei prodotti e disponibilità degli stessi. Tali limitazioni, risultano nulle, oltre che per abuso di dipendenza economica, anche perché raffiguranti clausole limitative di responsabilità per dolo o colpa grave. Situazione alla quale, in genere, si contrappone la diversa posizione dell'affiliato. Per quest'ultimo, infatti, facendo sempre riferimento al riassortimento della merce, vengono inserite determinate clausole che determinano uno o più precisi obblighi di approvvigionamento, da effettuarsi ovviamente dall'affiliante, non solo con riferimento all'elemento quantitativo, ma anche con riferimento alla libertà stessa di effettuare assortimenti anche verso terzi soggetti estranei al rapporto commerciale. Simile possibilità, infatti, viene concessa solo dopo previa consultazione con la Casa Madre, la quale potrà "autorizzare" o meno l'assortimento da altra società e la relativa commercializzazione nel punto vendita affiliato. Queste alcune ipotesi di clausole limitative della responsabilità della Casa Madre che possono presentarsi nel testo contrattuale.

Sotto altro e distinto profilo, poi, il contratto di affiliazione potrebbe ancora essere inficiato da altra ipotesi di nullità per violazione dell'art. 101, paragrafo 1, Regolamento Europeo n. 330/2010²³³ (il quale ha ribadito quanto previsto dall'abrogato Regolamento Europeo n. 4087/88), riguardante, tra l'altro, il divieto di "imposizione del prezzo di vendita". Nell'esecuzione del contratto, infatti, potrebbe verificarsi la circostanza per la quale il *franchisor*, forte della propria posizione, nel rifornire la merce oggetto dell'affiliazione, tra le altre cose, impone al *franchisee* il prezzo di vendita da applicare verso i clienti finali, tramite assortimento della merce già munita di cartellino e contenente il prezzo di vendita da applicare. Conseguentemente, il *franchisee* si trova in una situazione di totale subordinazione rispetto alle decisioni della Casa Madre, in quanto impossibilitato a modificare il prezzo di vendita e, pertanto, sprovvisto di ogni possibile margine di autonomia della determinazione dello stesso. Aspetto di una certa rilevanza se ci si trova a far parte di un *franchising network* in cui è previsto il pagamento di *royalties*, da determinarsi proprio sul prezzo di vendita al cliente finale. Pertanto, un ribasso dei prezzi non autorizzato ma resosi necessario, ad esempio, per dare impulso al commercio del singolo punto vendita, comporterebbe inevitabilmente una "perdita" per il *franchisee*, in quanto lo

233 Il Regolamento Europeo 330/2010 ha raccolto e unito più regolamenti di esenzione per categoria tra cui anche il Regolamento Europeo n. 4087/88 riguardante proprio il divieto di imposizione del prezzo. Quest'ultimo è stato pertanto riconfermato dal recente regolamento, il quale ha ribadito il divieto, posto a carico del *franchisor*, di fissare in un contratto di *franchising*, un prezzo di rivendita a cui il *franchisee* deve attenersi nella commercializzazione di beni e servizi.

stesso rimane comunque tenuto al pagamento della *royalties* calcolata sul prezzo di vendita determinato dalla Casa Madre e non su quello effettivamente applicato. Simile circostanza è generalmente “coperta” da una clausola contrattuale, la quale pertanto, risulta viziata da nullità per violazione e lesione dei meccanismi concorrenziali. In questo senso, anche se con riferimento all'ormai abrogato regolamento n. 4087/88, si è espresso il Tribunale di Milano, il quale ha statuito che *“Il regolamento Cee n. 4087 del 1988, che disciplina gli accordi di franchising, si applica, non soltanto agli accordi di collaborazione commerciale tra imprese di un medesimo settore appartenente a diversi stati membri della comunità, ma anche agli accordi tra imprese dello stesso stato quando essi costituiscano la base di una rete di rapporti che possano estendersi al di là dei confini del singolo stato membro ed interessare soggetti appartenenti ad altri stati della comunità; conseguentemente va dichiarata la nullità, per violazione dell'art. 5, lett. e del regolamento Cee n. 4087 del 1988, del patto con il quale in un contratto di franchising fissa direttamente i prezzi dei servizi offerti dall'affiliato”*²³⁴.

5. Il rapporto tra imprenditori nell'ambito del contratto di franchising: applicabilità della disciplina di cui all'art. 9, L. 18 giugno 1998, n. 192 in materia di abuso di dipendenza economica

Il contratto di *franchising*, oltre ad essere soggetto alle normali regole codicistiche, è soggetto anche alla disciplina previgente in tema di abuso di dipendenza economica e, in particolare, all'art. 9 della L. 18 giugno 1998, n. 192²³⁵. Dottrina ormai consolidata ha affermato la portata generale di tale disciplina²³⁶ e grazie a tale “generalità”, l'abuso di dipendenza economica, assolve nei rapporti tra imprese (come nel caso del rapporto di affiliazione) la stessa funzione che nei rapporti fra professionista e consumatore assolvono gli articoli 1469*bis* e ss. c.c.. Su tale estensione è concorde anche ormai costante giurisprudenza per la quale *“L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192/1998 configura una fattispecie di applicazione generale, la quale presuppone la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice e l'abuso che di tale situazione venga fatto. Poichè tale abuso si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti e obblighi tra le parti nell'ambito di 'rapporti commerciali', esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto”* (Cass. Civ. Sez. Unite, 25 novembre 2011, n. 24906; conforme Tribunale di Roma, 30 novembre 2009; Tribunale di Parma, ordinanza 15 ottobre 2008; Tribunale di Parma, 15 ottobre 2008; Tribunale di Trieste, ordinanza 20 settembre 2006; Tribunale di Isernia, 12 aprile 2006; Tribunale di Bari, ordinanza 22 ottobre 2004; Tribunale di Catania, ordinanza 5 gennaio 2004²³⁷). In ogni caso, presupposto per l'applicabilità dell'art. 9,

234 Tribunale di Milano, Sentenza del 13 novembre 1989.

235 Legge emanata per disciplinare la subfornitura nelle attività produttive “la quale, avuto riguardo sia al testo della disposizione che alla finalità (originariamente era destinata a formare l'art. 3 *bis* della L. 287/1990 – *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* -), ha portata generale e si estende all'intera tipologia dei rapporti fra imprese, e non esclusivamente ai rapporti di subfornitura” (cit. Tribunale di Bari, ord. 22 ottobre 2004 – Giovanna di Gregorio, *Mancata protrazione del rapporto di affiliazione commerciale oltre la naturale scadenza*).

236 Vedasi lo studio monografico di L. Delli Priscoli, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000.

237 Trib. Roma, 30 novembre 2009 *“La disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, ivi compreso l'appalto di servizi distributivi”*; Trib. Parma, ordinanza 15 ottobre 2008 *“L'abuso di dipendenza economica così come disciplinato dall'art. 9 della legge n. 192 del 1998 non trova applicazione solo nell'ipotesi di contratti di subfornitura ma altresì ai rapporti tra imprese in cui si rinviene un*

L. 192/1998 è la liceità dello scioglimento del rapporto contrattuale dal punto di vista delle regole legali e negoziali. Quindi, se con il suo comportamento il *franchisor*, benchè rispettoso delle previsioni contrattuali e della regola dell'esecuzione secondo buona fede, integra comunque un'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali, dove arbitrarietà equivale ad abuso della situazione di dipendenza economica, allora troverà applicazione l'art. 9 della L. 192/1998. A norma di tale norma, infatti, si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa si trova ad avere la possibilità di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La posizione di dipendenza di un'impresa rispetto ad un'altra viene poi valutata tenendo conto, non solo delle clausole inserite nel testo contrattuale, ma anche della reale possibilità per la parte che subisce l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti rispetto agli interessi perseguiti. Sul piano sanzionatorio, quindi, l'abuso di dipendenza economica dominante è punito con la nullità dei patti tramite i quali è esercitato. Rientrano in tale fattispecie tutte le clausole contrattuali, di cui si è detto, determinanti uno squilibrio di diritti e di obblighi tra il *franchisor* e il *franchisee*²³⁸, squilibrio che ben può configurarsi in un rapporto di affiliazione stante la natura di cooperazione insita nello stesso. Altra manifestazione possibile dell'abuso di dipendenza economica da parte del *franchisor* è, tra le altre più comuni, l'imposizione di una generica clausola, in genere accompagnata anche dalla previsione di una penale, che prevede la risoluzione del contratto "per giusta causa" da parte del *franchisor*. Abuso che si configura laddove, a seguito di simile previsione, nel contratto non viene precisato alcunchè in merito alle circostanze giustificative di una possibile risoluzione del contratto, creando così uno squilibrio dominante tra le due imprese, in quanto, in questo caso la Casa Madre si auto attribuisce piena autonomia arbitrale per la dichiarazione di risoluzione contrattuale. Di contro, invece, la società affiliata si troverà in una posizione "scomoda", in quanto non potrà fare altro che operare nello "spettro" di vedere risolto il contratto in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione. Una siffatta previsione contrattuale, pertanto, non può che ritenersi inficiata da nullità per violazione dell'art. 9 L. 192/1998, così come stabilito anche dal Tribunale di Taranto, il quale ha affermato che "la clausola con la quale si riconosce al franchisor la facoltà di recedere dal contratto senza addurre alcuna motivazione è da considerarsi nulla in quanto ingiustificatamente gravosa e, perciò, abusiva dell'altrui dipendenza economica"²³⁹.

potenziale squilibrio di posizione contrattuale"; Trib. Parma, 15 ottobre 2008 "Il divieto di abuso di dipendenza economica (sancito all'art. 9 della L. 192/1998) costituisce espressione del principio di buona fede che impone di non trarre vantaggi eccessivi da una situazione di debolezza in cui versi la controparte: tale norma, ponendo un incisivo limite al principio di autonomia contrattuale, non può essere circoscritta nei rapporti di subfornitura"; Trib. Trieste, ordinanza 20 settembre 2006 "L'istituto dell'abuso di dipendenza economica deve considerarsi, per sua natura, di applicazione generalizzata a tutti tra le imprese aventi natura commerciale"; Trib. Isernia, 12 aprile 2006 "L'abuso di dipendenza economica (di cui all'art. 9, L. n. 192/1998) configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura. Esso deve ritenersi applicabile anche a contratti diversi dalla somministrazione in quanto rappresenta un'ulteriore manifestazione del principio della buona fede nelle relazioni tra imprenditori e presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi"; Trib. Bari, ordinanza 22 ottobre 2004 "La disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, ivi compreso il franchising"; Trib. Catania, ordinanza 5 gennaio 2004 "La disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale".

238 Vedi paragrafo 4 "Nullità del contratto di franchising".

239 Tribunale di Taranto, Sez. I, 17 settembre 2003; conforme Tribunale di Taranto, ordinanza del 19 settembre 2003.

Pertanto, con il contratto di affiliazione, per la natura e la finalità dello stesso, la società affiliata si troverà, probabilmente, in un rapporto di dipendenza con la Casa Madre, il quale se determinante ed eccessivo comporta violazione dell'art. 9, L. 192/88. Il rispetto del principio di buona fede da parte di entrambi i contraenti, però, potrebbe evitare simile circostanza e creare una situazione positiva ed economicamente vantaggiosa sia per la Casa Madre sia per il singolo affiliato.

CAPITOLO VI

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

a cura di *Francesca Marchetti** e *Giovanni Adamo***

1. Lo “stato dell'arte” e i principi cardine; 2. Le pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato; 3. Le pronunce giurisprudenziali intervenute a seguito della entrata in vigore della L. 6 maggio 2004, n. 129.

* *Junior Assistant Studio Legale Adamo.*

** *Avvocato in Bologna – Cultore della materia di Diritto Civile nell'Università di Bologna – Fondatore Studio Legale Adamo.*

1. Lo “stato dell'arte” e i principi cardine

1.1

Nonostante la recente approvazione della disciplina del *franchising*, la L. 6 maggio 2004, n. 129, è già stata oggetto di numerose applicazioni giurisprudenziali, le quali ad oggi sembrano rappresentare le linee guida nella valutazione dei comportamenti e delle caratteristiche dei *franchising network* sottoposti all'attenzione dei Giudici. Significativo apporto giurisprudenziale è dato, in primo luogo, da una pronuncia della Suprema Corte la quale ha qualificato il rapporto di affiliazione come un “*sistema di collaborazione tra un produttore o rivenditore di beni od offerente 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 la facoltà di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi, a determinate condizioni e dietro un corrispettivo*”²⁴⁰. Con tale qualificazione la S.C. ha affermato sia l'autonomia dell'affiliato dall'affiliante, anche a livello economico, sia, in egual modo, il legame contrattuale intercorrente tra gli stessi. In secondo luogo, la Corte, dando nuovo impulso alla disciplina, ha affermato che la *ratio* del contratto di *franchising* è senza dubbio quella di permettere al *franchisee* l'entrata nel mondo del commercio fruendo di tutta una serie di vantaggi concessi dal *franchisor* al fine di esercitare la propria attività con rischi ridotti rispetto ad una “ordinaria” situazione commerciale²⁴¹. Pertanto, sembra potersi desumere che il rischio d'impresa nel mondo del commercio è diverso dal rischio d'impresa nell'ambito del contratto di *franchising*. Un rischio sicuramente limitato proprio grazie all'affiancamento di una società già affermata sul mercato, intendendosi per affiancamento l'espletamento di tutte le attività di supporto (consulenza commerciale, assistenza, *visual merchandising*) e, soprattutto, l'inserimento del *franchisee* nell'ambito di una rete di affiliati già consolidata con un marchio già noto e con una formula commerciale già sperimentata sul mercato. Il rapporto, peraltro, ha natura sinallagmatica, di contratto a prestazioni corrispettive. Se da un lato il *franchisee* usufruisce, dietro corrispettivo, di un posizionamento sul mercato per effetto dell'esperienza maturata dal *franchisor*, dall'altro l'affiliato deve adeguarsi, sotto il profilo organizzativo, alle prescrizioni ed alle modalità organizzative imposte dal *franchisor*, con ciò sottoponendosi anche alle conseguenze delle eventuali criticità dell'organizzazione del *franchising network*, le quali, inevitabilmente, si rifletteranno anche sul *franchisee*. Quest'ultimo, infatti, entra a fare parte di un sistema commerciale già prestabilito e nel quale non ha la possibilità di esercitare alcuna autonomia decisionale circa, ad esempio, le modalità di conduzione delle attività. Nel franchising, in altri termini, l'Affiliante non è un mero concedente di un marchio, ma ad esso è demandato l'onere sia della “progettazione” della rete di affiliazione nel suo complesso (ivi compresi gli studi di fattibilità prodromici all'apertura dei nuovi punti vendita), sia, anche e soprattutto, del “funzionamento” di tale organizzazione (ed in particolare delle attività di formazione, assistenza,

240Cassazione Civile, Sez. III, 15 gennaio 2007, Sentenza n. 647.

241Cassazione Civile, Sez. III, 15 gennaio 2007, Sentenza n. 647, “*La causa quindi di un simile contratto è ravvisabile nella possibilità, per il franchisor, di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una vera e propria rete autonoma di distribuzione del proprio bene o servizio, senza dover intervenire direttamente nella realtà locale; per il franchisee, la possibilità di intraprendere un'attività commerciale dai rischi ridotti, facendo affidamento sul marchio del franchisor, e, quindi, giovandosi della posizione di affidabilità e prestigio acquisita dallo stesso e, conseguentemente, di inserirsi sul mercato*”.

aggiornamento, *visual merchandising*, pubblicità, diffusione del marchio ed immagine).

1.2

Sul tema dei compiti organizzativi del *franchisor*, sono intervenute diverse recenti sentenze che hanno fornito espressa conferma alle tesi suesposte. Ad esempio, il Tribunale di Ferrara, ha statuito che “per le lacune e l'insufficienza del Know-how, che s'è palesata anche nella manchevolezza della fornitura, della formazione, dell'assistenza ... è stata vanificata la finalità, perseguita dai contraenti, la causa concreta del contratto, ovvero l'inserimento dell'affiliato in una rete collaudata e radicata sul mercato, che beneficia delle conoscenze tecniche e del marchio dell'affiliante, in un quadro di costante e proficua cooperazione: gli inadempimenti della parte convenuta sono antecedenti rispetto alla mancata trasmissione dell'inventario della merce e della lista del venduta, che la parte convenuta stigmatizza, e rivestono un peso preminente, in quanto investono in radice la stessa operazione negoziale congegnata dai contraenti e ne compromettono la funzione economica e pratica. Né l'insuccesso dell'iniziativa può ricondursi al mero rischio d'impresa, ineliminabile anche nell'ambito d'un contratto d'affiliazione commerciale, che pure è deputato a ridurlo e garantisce, nella specie, una redditività in fatto platealmente smentita”²⁴². Pertanto, la giurisprudenza preminente, oggi, è concorde nel configurare la responsabilità del *franchisor* verso i propri affiliati anche per il distorto funzionamento del *franchising network* dallo stesso creato.

2. Le pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

Come accennato nel precedente capitolo, il Legislatore, individuando la causa di annullamento del contratto di *franchising* anche alla luce dell'ingannevolezza delle informazioni fornite dal *franchisor* ai *franchisee*, ha richiamato specificatamente ed implicitamente la relativa disciplina della pubblicità ingannevole²⁴³. Competente ai fini di una pronuncia circa l'ingannevolezza delle informazioni veicolate è l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale a seguito di segnalazioni, o anche d'ufficio, avvia specifico procedimento per accertarne la violazione. Conseguentemente, in tema di contratti di *franchising*, la stessa è stata chiamata in molteplici occasioni a giudicare sui messaggi pubblicitari veicolati dai diversi *franchisor* nella fase precontrattuale, in quanto ritenuti gravemente ingannevoli. Si precisa che le pronunce della suindicata Autorità possono essere meramente indicative di una distorsione della realtà. Di fatto, dette pronunce non hanno efficacia di giudicato neanche con riferimento allo svolgimento dei fatti, stante la natura amministrativa del provvedimento, ma si rileva che le stesse possono essere confermate dal Tar, le cui decisioni, al contrario, hanno efficacia di giudicato. Conseguentemente, anche se non confermate dal Tar, le pronunce dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sono comunque indicative dell'esistenza di una distorsione della realtà. Tra le pronunce più rilevanti emerge un provvedimento del 2010²⁴⁴, relativo ad un rapporto di affiliazione ad un *franchising* di spedizione nazionale ed internazionale. In

242 Tribunale di Ferrara, 15 febbraio 2012, Sentenza n. 276/2012, in senso conforme anche Tribunale di Ferrara, 14 maggio 2012, Sentenza n. 657/2012.

243 Legge 287/90, D.Lgs. 145/2007 e dal D.Lgs. 146/2007.

244 Autorità Garante della Concorrenza del Mercato, provvedimento n. 20951, Boll. n. 13/2009.

quella sede l'Autorità ha chiarito come debba essere valutato il “rischio imprenditoriale” nell'ambito del contratto di *franchising*. L'Autorità, in particolare, ha valorizzato la comparazione tra il fatturato pubblicizzato dal *franchisor* come realizzabile e quello invece effettivamente realizzato dai singoli *franchisee* in corso d'esecuzione del contratto. In particolare, dall'istruttoria emergeva una situazione del tutto difforme da quella prospettata nei messaggi pubblicitari “incriminati”. Di fronte ad una simile divergente situazione, l'Autorità affermava che “dei dodici punti vendita aperti nel 2006, solo uno ha indicato come fatturato una cifra superiore a 200.000,00 Euro (il fatturato annuo prospettato dall’Affiliante). In tutti gli altri casi il fatturato si attesta in media su una cifra che è pari a circa la metà di quanto pubblicizzato. Inoltre i punti vendita intervenuti nel procedimento hanno evidenziato l’assoluta inconsistenza dei business plan presentati loro al momento dell’affiliazione, tanto da aver dovuto chiudere i rispettivi punti vendita molto tempo prima della scadenza naturale del contratto”, ritenendo, sulla base delle susesposte ragioni, ingannevoli le informazioni pubblicizzate dal *franchisor*. Ma l'Autorità, nel suindicato contesto, non si è limitata a tali, pur significative, affermazioni. Essa, rigettando le tesi del *franchisor* in relazione allo *status* di “imprenditore” delle società affiliate (che a dire del *franchisor* avrebbe impedito al Garante di valutare alla stregua di “ingannevoli” le informazioni veicolate), affermava che la condizione di imprenditore, non poteva, in ogni caso, escludere il carattere ingannevole di un messaggio pubblicitario, tantomeno in presenza di espressa possibilità di affiliazione anche senza esperienza alcuna. Inoltre, per l'ampiezza del novero dei punti vendita che avevano cessato l'attività, la mancata realizzazione del fatturato non poteva certamente essere configurata come normale conseguenza del “rischio imprenditoriale”²⁴⁵. Sembra opportuno, invero, nel contesto in commento, che le indicazioni sul fatturato vengano accompagnate e giustificate da un *business plan* che tenga conto dei ricavi ottenibili dagli altri punti vendita²⁴⁶. Sotto altro e distinto profilo, poi, sempre l'Autorità Garante, nello stesso provvedimento, rinveniva un profilo di ingannevolezza anche nei *claim* che indicavano solo il numero dei punti vendita in apertura e non anche il numero dei punti vendita che avevano cessato l'attività²⁴⁷. Considerazioni analoghe pervengono anche da una parte della dottrina la quale, proprio con riferimento all'obbligo di informazioni circa la variazione degli affiliati, ha individuato una specifica *ratio*, applicabile soprattutto nei casi in cui si siano manifestati abbandoni dai parte dei *franchisee*, ed individuata nella necessità per il potenziale affiliato di conoscere l'andamento della rete (e non anche i motivi degli eventuali abbandoni). Conseguentemente, la reticenza rispetto a detta informazione può comportare una alterazione della realtà e perciò tale da considerarsi condotta del

245 Autorità Garante della Concorrenza del Mercato, provvedimento n. 20951, Boll. n. 13/2009, “*La condizione di imprenditore del destinatario di un messaggio pubblicitario non ne esclude in alcun modo l'idoneità ingannatoria; peraltro, i messaggi pubblicitari oggetto di contestazione specificano che, per aprire un centro omissis, non è necessaria una precedente esperienza nel settore. Nè pare potersi argomentare che la mancata realizzazione dei fatturati prospettati sia un rischio connesso all'attività imprenditoriale stessa: pare infatti difficile qualificare come espressione di mero 'rischio imprenditoriale' la circostanza che, a fronte di un numero totale di 117 punti vendita aperti tra il 2003 ed il 2007, circa la metà abbia cessato la propria attività e i restanti PV non registrino, salvo rare eccezioni, fatturati paragonabili a quelli pubblicizzati*”.

246 Sembra opportuno anche che vengano assunti quale parametro punti vendita con caratteristiche analoghe: metratura, *location*, numero di dipendenti, etc..

247 Autorità Garante della Concorrenza del Mercato, provvedimento n. 20951, Boll. n. 13/2009, “*Profili di ingannevolezza risultano, altresì, riscontrabili in rapporto ai claim che si limitano ad indicare il numero di punto vendita in apertura, omettendo di menzionare la contestuale cessazione di attività da parte di un numero non trascurabile di punti vendita*”.

tutto decettiva²⁴⁸.

3. Le pronunce giurisprudenziali intervenute a seguito della entrata in vigore della L. 6 maggio 2004, n. 129

3.1

La L. 6 maggio 2004, n. 129, come già chiarito in più occasioni (v. anche *infra*, nel testo, capp. I e II), non si occupa della fase esecutiva del rapporto di affiliazione, limitandosi, nell'azione di prevenire abusi ampiamente riscontrati nella prassi, a disciplinare la fase precontrattuale. In realtà, la fase di esecuzione del contratto ha registrato criticità di non minore rilevanza, la cui regolazione è stata dalla Legge implicitamente demandata alla disciplina di diritto comune. Dopo l'entrata in vigore della L. 129/2004, alcune pronunce di merito hanno contribuito a fornire taluni chiarimenti in ordine al contenuto degli obblighi delle parti normalmente connessi al contratto di affiliazione. Se è vero, infatti, che nell'ambito dell'autonomia contrattuale, assicurata loro dall'art. 1322 c.c., le parti hanno la più ampia facoltà di modulazione dei propri obblighi giuridici, è altresì vero che detta modulazione non può stravolgere la *ratio* sottostante al *franchising*, che è quello di assicurare al *franchisee*, a fronte della sostanziale rinuncia quasi ad ogni forma di autonomia organizzativa e metodologica, la più ampia assistenza e collaborazione da parte della “Casa Madre”. Espressione di tali principi sono, in primo luogo, le sentenze del Tribunale di Venezia, chiamato a pronunciarsi sul funzionamento di una *franchisee* avente ad oggetto la vendita ed il noleggio di veicoli elettrici (Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2415 del 1 ottobre 2007; Sentenza n. 2147 del 5 giugno 2009; Sentenza n. 1963 del 28 maggio 2009).

3.2

La prima di esse, ha statuito su una richiesta di risoluzione contrattuale e conseguente risarcimento del danno per inadempimento contrattuale della società *franchisor*. In particolare, la società attrice, rivelatasi poi unica affiliata al *franchising network*, citava in giudizio la Casa Madre per svariati inadempimenti al contratto di affiliazione. Più dettagliatamente, la società attrice lamentava l'ingannevolezza delle informazioni veicolate in fase precontrattuale, nonché, tra l'altro, l'insussistenza di una rete di affiliati, la rappresentazione di una redditività assai distante da quella effettivamente realizzata, oltre all'inadempimento degli obblighi di assistenza, consulenza e fornitura. Sul caso, nel frattempo, era intervenuto anche un provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che aveva dichiarato l'ingannevolezza delle informazioni veicolate dal *franchisor*²⁴⁹. Il Tribunale sulla scorta

248A. Frignani “*Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*”, pag. 85.

249 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provv. 4873, Boll. n. 49 del 27 dicembre 2005, “*A seguito di richiesta di provare l'esattezza materiale delle affermazioni contenute nei messaggi, con riguardo alla titolarità del vantato marchio omissis, alla modalità e alle condizioni di prestazione dei servizi pubblicitari, l'operatore pubblicitario non ha prodotto alcuna documentazione entro i termini indicati nel provvedimento di attribuzione dell'onere della prova. -omissis-. In particolare, non sono presenti elementi utili a comprovare l'ampia esperienza nel settore dei veicoli elettrici e a dimostrare che l'attività della società ha effettivamente riguardato negli ultimi anni la progettazione e commercializzazione di veicoli elettrici leggeri, a certificare che la stessa rimborsa ai*

della istruttoria espletata e delle risultanze documentali ottenute dall'Autorità, risolveva il contratto per inadempimento della Casa Madre, in quanto quest'ultima non aveva ottemperato ad alcuno degli impegni assunti (obblighi di assistenza, fornitura dei beni oggetto dell'affiliazione, formazione promessa, nonché obblighi inerenti all'attività promozionale), affermando in particolare che *“Il riferimento è alle dimensioni della rete di affiliazione, all'esperienza maturata dall'affiliante nel settore dei prodotti da commercializzare e alla notorietà del marchio sugli stessi apposto, alle prospettive di guadagno dapprima enunciate nella rivista pubblicitaria 'AZ Franchising' e poi inserite negli allegati al testo negoziale che si sono rivelate non rispondenti al vero. Ulteriori violazioni riguardano l'omessa comunicazione da parte dell'affiliante quantunque sollecitata più volte, delle dimensioni dell'insegna, la mancata fornitura di pezzi di ricambi e l'omessa prestazione di assistenza resasi necessaria a seguito di anomalie tecniche segnalate dai clienti dell'attore, la mancata effettuazione di corsi di formazione, il mancato rimborso di spese promozionali sostenute dall'attore e ciò in contrasto con gli impegni contrattualmente assunti. Tali violazioni assumono in relazione al contenuto del contratto e alle finalità con lo stesso perseguite quelle cioè di entrare a far parte di una rete distributiva collaudata ed affermata sul mercato utilizzando il patrimonio di conoscenza e dei ritrovati tecnici nonché i segni distintivi dell'affiliante, una tale gravità da giustificare lo scioglimento del rapporto a norma dell'art. 1453 c.c.”*²⁵⁰.

Il caso, tuttavia, non era isolato, posto che lo stesso Tribunale di Venezia, in altro procedimento²⁵¹, relativo allo stesso *franchising network* sul quale era intervenuto il medesimo provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁵², giungeva al medesimo risultato della risoluzione per inadempimento dell'affiliante. In particolare, anche in questo caso, il Giudice rilevava l'insussistenza di un consolidato sistema di affiliazione, nonché la violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza da parte del *franchisor* in relazione ad informative giudicate essenziali in relazione alla natura del contratto. Il Tribunale faceva riferimento, in particolare, alla dimensione del *franchising network*, al *know-how* (risultato insussistente), così come all'omessa attività promozionale²⁵³. Infine, il Giudice, in entrambi i procedimenti, in

propri affiliati le spese pubblicitarie per il primo anno di attività, nonché ad attestare il numero dei punti vendita diretti ed affiliati al momento della diffusione del messaggio e gli eventuali progetti di ulteriori attivazioni. -omissis- Infine, con particolare riferimento al vantato marchio omissis, la documentazione evidenzia la semplice richiesta di registrazione di un marchio diverso da quello vantato nel messaggio e, per giunta, effettuata successivamente alla diffusione dei messaggi in oggetto...-omissis- ..le indicazioni relative alla circostanza che la North International S.r.l. è in grado di prestare i servizi offerti nelle circostanze indicate devono considerarsi inesatte e, di conseguenza, il messaggio stesso è da ritenere ingannevole.-omissis- Alla luce di tali considerazioni, il messaggio in esame è idoneo a trarre in inganno i destinatari del medesimo, pregiudicandone il relativo comportamento economico.”

250 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2415/2007, 1 ottobre 2007.

251 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2147/09, dd. 5 giugno 2009.

252 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provv. 4873, Boll. n. 49 del 27 dicembre 2005.

253 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2147/09, 5 giugno 2009, *“Risultato insomma che al momento della stipula del contratto lungi dal sussistere un già costituito e consolidato sistema di rete già sperimentata sul mercato, per la commercializzazione e distribuzione dei prodotti caratterizzati da segni distintivi 'trainanti'. Il omissis è stato affiliato ad una rete in allora inesistente (e in buona sostanza pressoché inesistente anche successivamente essendosi poi affiliati solo due soggetti) e per la commercializzazione di prodotti in relazione ai quali l'affiliante non era depositario di marchio alcuno. L'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico applicabile sia in ambito contrattuale che extracontrattuale (c. Cass. Civ. Sez. III, Sentenza n. 3462 del 15 febbraio 2007 e Cass. Civ. Sez. III, Sentenza n. 5348/09) e nella fattispecie è indubbia la gravità della violazione di tale dovere giuridico in relazione ad informative essenziali in relazione alla natura del contratto. A ciò si aggiunga che la omissis si è resa inadempiente ai vari obblighi assunti contrattualmente e segnatamente: non ha fornito alcun quadriciclo al omissis nonostante tali veicoli rientrassero nel 'parco veicoli' oggetto di contratto; non ha effettuato i corsi di formazione previsti in contratto all'art. 9; non ha effettuato la promessa attività promozionale e*

conseguenza del grave inadempimento del *franchisor*, nonché per le false informazioni veicolate, riconosceva al singolo *franchisee* il diritto a vedersi restituire quanto corrisposto a titolo di contributo di affiliazione, nonché il diritto al risarcimento del danno, consistente nelle spese promozionali sostenute dal singolo punto vendita e nelle somme versate per l'occupazione dei locali utilizzati per lo svolgimento dell'attività d'affiliazione²⁵⁴. Tutto quanto statuito in detti procedimenti è stato, ancora una volta, confermato in una causa caratterizzata dall'inadempimento contrattuale degli obblighi di assistenza, di fornitura e inerenti all'attività promozionale ricadenti sul *franchisor*, nonché dall'ingannevolezza delle informazioni veicolate dalla Casa Madre²⁵⁵. A differenza degli altri procedimenti, però, in quest'ultimo caso il Tribunale non ha dichiarato la risoluzione del contratto per inadempimento del *franchisor*, bensì, l'annullamento dello stesso ai sensi dell'art. 1439 c.c., riconoscendo il diritto del *franchisee* al risarcimento del danno²⁵⁶.

3.3

Più recentemente, inoltre, è intervenuta altra pronuncia, stavolta del Tribunale di Mantova²⁵⁷, avanti il quale era stata proposta, domanda di risoluzione del contratto di *franchising* per grave inadempimento dell'affiliante. In particolare, l'affiliato, lamentava la violazione degli obblighi contrattuali, consistenti nell'attività continuativa dell'assistenza, consulenza e formazione del *franchisee*, nonché degli obblighi promozionali stabiliti nel testo contrattuale. A fronte delle richieste, anche risarcitorie, formulate dall'affiliato, l'affiliante, secondo quanto affermato nella sentenza in commento, non assolveva idoneamente i propri oneri probatori. È noto,

pubblicitaria; non ha restituito all'attore le somme corrisposte per fini pubblicitari. Trattasi di un quadro di ingannevolezza di informative e di inadempimenti di tal gravità avuto riguardo alle finalità e all'equilibrio di interessi perseguito con il contratto – quello di far entrare il omissis in una rete di affiliati collaudata, consolidata sul mercato allo scopo di commercializzare i beni mettendogli a disposizione il patrimonio di conoscenze, know how e ritrovati tecnici dell'affiliante, consentendogli altresì l'uso del marchio e segni distintivi dell'affiliante stesse da comportare la risoluzione del contratto per grave inadempimento della società convenuta art. 1453 c.c..”

254 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2415/07, “La risoluzione del rapporto comporta quale effetto conseguente la restituzione del contributo di affiliazione versato pari ad € 37.800,00. omissis. Con riguardo ai profili risarcitori formulati sia in relazione al danno emergente che al lucro cessante vanno certamente riconosciute le spese promozionali sostenute e debitamente documentate dall'attore per un ammontare complessivo di € 3.600,00, i canoni versati per i locali d'impresa affittati per dare attuazione al contratto di affiliazione limitatamente agli importi documentati pari cioè ad € 4.000,00.”, Tribunale di Venezia, Sentenza n. 2147/09, “Ne consegue la condanna della società convenuta alla restituzione del contributo di affiliazione pari in linea capitale ad € 37.800,01 maggiorata di interessi al tasso di legge decorrenti dalla data del pagamento stante la malafede della società convenuta. La stessa va altresì condannata stante la sua responsabilità contrattuale a risarcire i danni pari ad € 1.875,60 per spese promozionali fatte dall'attore e documentate in causa ed € 4.870,52 pari alle somme versate per la occupazione di locali effettuata per svolgere l'attività di affiliato, con maggiorazione di interessi al tasso di legge dalla data degli esborsi al saldo”.

255 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 1963/2009, 28 maggio 2009 (la società *franchisor* era la stessa sulla quale era intervenuto il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con il quale si è pronunciata sull'ingannevolezza delle informazioni divulgate).

256 Tribunale di Venezia, Sentenza n. 1963/2009, 28 maggio 2009 “D'altra parte è indubbio che il riferimento alle dimensioni della rete all'esperienza maturata dall'affiliante nel settore dei prodotti da commercializzare, le prospettive di guadagno certo con investimenti contenuti sono elementi idonei a ritenere la sussistenza di tutti gli elementi richiesti per ritenere realizzata la fattispecie delle false informazioni di cui all'art. 8 L. 129/04 e, quindi, il contratto va annullato ai sensi dell'art. 1439 c.c.. L'annullamento del contratto dà diritto all'attrice ad ottenere il risarcimento del danno costituito dalla somma di € 11.340,00”.

257 Tribunale di Mantova, Sentenza n. 49/2011, 16 marzo 2011.

invero, il costante orientamento della S.C. sul punto, per il quale è sulla parte cui viene ascritto l'inadempimento che grava l'onere di fornire la dimostrazione del proprio adempimento²⁵⁸ al fine di potersi liberare dagli addebiti ricevuti. Conseguentemente, a seguito di una capillare istruttoria, il Tribunale riconoscendo al *franchisor* di avere effettivamente svolto attività di assistenza nella fase iniziale dell'attività commerciale del *franchisee*, ma contestualmente aveva modo di accertarne l'assoluto disinteresse per l'affiliato per tutta la fase successiva allo *start up* del punto vendita. Veniva così affermata la assoluta rilevanza della matura continuativa dell'assistenza e consulenza commerciale da fornirsi a causa dell'affiliante (si pensi, a titolo esemplificativo, al riassortimento o alla formazione sui prodotti nuovi)²⁵⁹. Nel contesto ora descritto, dunque, il Tribunale affermava che, a fronte dell'impegno di effettuare attività promozionale, una volta chiarita la necessaria estensione a livello nazionale, la società *franchisor* doveva ritenersi sicuramente inadempiente, in quanto la stessa si era limitata ad effettuare la promozione solo in fase inaugurale del punto vendita (ad ulteriore conferma del carattere continuativo degli impegni assunti), nonché la realizzazione solo in ambito locale. Tale obbligo, infatti, non risultava correttamente adempiuto in quanto la Casa Madre si era limitata ad effettuare promozione del tutto occasionale. Con riferimento a tale specifico aspetto, invero, il Tribunale rilevava che *“Con riferimento all'attività di studio e progettazione delle campagne pubblicitarie promozionali, va rilevato come queste dovessero essere necessariamente intese nel senso di campagna pubblicitarie su scala nazionale. Omissis...a ritenere che il franchisor dovesse sviluppare campagne pubblicitarie su scala nazionale per promuovere i prodotti commercializzati e che, quindi, la clausola citata si riferisse a pubblicità di questo tipo. Orbene, l'istruttoria ha evidenziato che: la omissis ha limitato l'attività pubblicitaria alla sola fase inaugurale (con la distribuzione di volantini e gadget), in ambito esclusivamente locale, completamente trascurando qualsivoglia iniziativa su scala nazionale. Né le obbligazioni di cui trattasi possono ritenersi esattamente adempiute per mezzo delle campagne promozionali di cui ai doc.ti 26 e 23/b del fascicolo di parte convenuta poiché occasionali e non estese a livello nazionale.”*

Alla luce di quanto sopra, il Giudice, pronunciando per la risoluzione del contratto di

258 In tal senso, Cassazione civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 13533, 30 ottobre 2001, *“In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di consegna, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccepiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento”*.

259 Così Trib. Mantova, Sentenza n. 49/2011, 16 marzo 2011, *“deve ritenersi accertato che la (omissis) si sia completamente disinteressata dello studio e dell'assistenza al (visual) merchandising (definita come “l'insieme di operazioni che collocano il prodotto all'interno del punto di vendita in sintonia con le scelte del format (o strategia commerciale) e che riguardano il sistema espositivo, l'ambientazione, l'illuminazione, la grafica”), limitandosi a fornire il proprio ausilio esclusivamente nella fase iniziale dell'attività commerciale della franchisee”, e ancora “Al contrario, è emerso che pur essendo a conoscenza della situazione negativa in cui versavano i punto vendita omissis la omissis niente ha fatto per poter apportare in tempo utile eventuali correzioni o interventi. omissis. quest'ultima si è, in definitiva, mostrata del tutto disinteressata alle sorti della propri affiliata omissis (e un tale disinteresse essa pare aver nutrito anche nei confronti delle altre affiliate, progressivamente ridottesi omissis)”*.

affiliazione a danno della società *franchisor*, statuiva che “*Per quanto sin qui rilevato emerge come la convenuta sia incorsa in un inadempimento ad essa imputabile (presumibilmente, in base alla regola di cui all'art. 1218 c.c.) e da ritenersi di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse perseguito dall'attrice e all'economia complessiva del rapporto di affiliazione commerciale esistente tra attrice e convenuta (a tale ultimo proposito non può trascurarsi il notevole ruolo notoriamente svolto dalla pubblicità promozionale anche a livello nazionale al fine della vendita dei prodotti commercializzati; da non trascurarsi è pure l'attività di consulenza e di reporting essenziale soprattutto nelle prime fasi dell'attività della franchisee).*”

3.4

L'orientamento sopra evidenziato è stato, inoltre, confermato da due recentissime Sentenze emesse dal Tribunale di Ferrara²⁶⁰. Anche in questi casi i procedimenti avevano ad oggetto domande di risoluzione del contratto di *franchising* per inadempimento della Casa Madre agli obblighi assunti. In particolare, la società *franchisor* pubblicizzava il proprio *franchising network* tramite la divulgazione di messaggi pubblicitari *online*, nonché tramite il proprio sito *web*, nel quale era descritto, in maniera anche specifica, il “Progetto di affiliazione”. In quel contesto, la Casa Madre individuava le caratteristiche principali del progetto, descriveva l'assistenza tecnica e commerciale da prestarsi sin dalla fase precedente l'inaugurazione (intendendosi per questa, l'ausilio nelle progettazione del punto vendita, nelle questioni burocratiche, l'allestimento del negozio, ecc.), la consegna del punto vendita con la formula “chiavi in mano”, la trasmissione del proprio *know-how*, l'utilizzo di tutti i marchi *leader* del settore, la realizzazione di attività promozionale del marchio e del *franchising network* estesa a livello nazionale, nonché l'attività di formazione. Inoltre, rappresentava che per entrare a fare parte dell'affiliazione era richiesto unicamente il versamento di un contributo di affiliazione e non anche l'esperienza commerciale, e veniva indicata, altresì, l'alta redditività dell'attività di affiliazione, nonché tutti i punti vendita attivi nel territorio nazionale. A fronte di tale “invitante esposizione”, l'aspirante affiliato stipulava il contratto di *franchising*, ma solo pochi mesi dopo detta sottoscrizione, le informazioni divulgate si rivelavano del tutto inesatte e ingannevoli. La Casa Madre, infatti, oltre a non avere consegnato il contratto almeno 30 giorni prima della sottoscrizione dello stesso e a non avere consegnato, in quanto insussistente, il manuale operativo, non aveva ottemperato ad alcuna attività descritta nei messaggi pubblicitari e contenute, poi, anche nel contratto di affiliazione. In primo luogo la società affiliata lamentava l'omessa attività di assistenza tecnica e commerciale, rappresentando che tale omissione si verificava sin dalla fase precedente l'inaugurazione, nel corso della quale non usufruiva di alcuna attività di affiancamento. Lo stesso poteva dirsi anche con riferimento all'asserita consegna del punto vendita con la formula “chiavi in mano”, in quanto, l'affiliato riferisce che l'allestimento, posto a carico della Casa Madre anche da contratto, veniva eseguito, contrariamente, in piena autonomia dell'affiliato. Con riferimento a tali aspetti, il Tribunale affermava che “*Tale obbligo di assistenza e di consulenza si considera secondo le intese delle parti, come obbligo pregnante, anche in ragione dell'inesperienza commerciale dell'affiliato, che l'affiliante sbandiera come compatibile con l'attività in questione: la parte convenuta non ha dimostrato d'avere diligentemente adempiuto a tale obbligo. Con l'immagine*

260 Tribunale di Ferrara, Sentenza 276/2012, dd. 22 febbraio 2012.

dell'affiliante, provvisto del necessario bagaglio di conoscenze e pronto a fornire all'affiliato una continua ed efficiente assistenza, assicurando la complessiva redditività della rete degli affiliati e la riduzione del rischio (Cass. 15 gennaio 2007, n. 647), stridono non solo le molteplici chiusure degli esercizi degli affiliati (Legnago, Alba, Pomezia, Monza, Rivarolo, omissis), ma anche le circostanze, riferite dalla parte attrice e non confutate dalla parte convenuta, d'una società resasi lite pendente irreperibile e gravata da protesti (omissis): tale dati minano irreparabilmente la credibilità e la serietà imprenditoriale dell'affiliante, d'un soggetto che, secondo la disciplina normativa (legge 6 maggio 2004, n. 129) e gli impegni pattizi, dovrebbe possedere una spicata qualificazione, un ampio corredo di conoscenze e specializzazione (know how), che, in realtà, non appare coerente neppure con la deposizione del teste comune omissis, che tratteggia un franchising "di base", sfornito d'un più sofisticato livello, connotato al concetto stesso di 'know how'".

Inoltre, con specifico riferimento all'attività di formazione, veniva affermato che la sporadica realizzazione ed organizzazione di "incontri di formazione" non poteva essere considerata una vera attività formativa. Il Giudice, infatti, rappresentava che *"Non può reputarsi adeguata ed esauriente la formazione impartita al omissis: lo stesso teste di parte convenuta omissis riferisce d'aver mostrato al omissis i materiali e la lavorazione degli stessi e allude alla presenza del omissis per un paio di giorni presso il punto vendita di Il giudizio appare discutibile, visto che un soggetto, privo d'una specifica esperienza imprenditoriale, dev'essere instradato ad una attività tutt'altro che elementare, neppure disgiunta dall'assunzione del rischio"*

Già simile pronuncia delinea uno scenario abbastanza completo degli inadempimenti della Casa Madre, i quali, in considerazione della mancata richiesta esperienza commerciale, nonché della funzione stessa che la società *franchisor* doveva assumere in seno ad un rapporto di affiliazione, non potevano che essere giudicati di una certa gravità, in quanto tali omissioni spogliano il rapporto di affiliazione di tutta la sua stessa causa e funzione. Altro inadempimento lamentato, e già oggetto di precedenti pronunce, era inoltre l'obbligo di realizzazione dell'attività promozionale, a livello nazionale, ad opera della Casa Madre. Come nel caso oggetto della Sentenza prima analizzata ed emessa dal Tribunale di Mantova, anche in tale procedimento, a fronte della produzione di due sole fatture (per giunta riferite ad anni diversi) comprovanti la partecipazione ad una fiera di settore, il Giudice rilevava l'inidoneità delle stesse a comprovare l'esatto adempimento del *franchisor*²⁶¹. Conseguentemente, alla luce anche della mancata prova del proprio adempimento e della gravità di tale omissione all'interno di tale tipologia contrattuale, la società *franchisor*, vedeva addebitarsi a pieno titolo la risoluzione del contratto stipulato²⁶² e veniva condannata, altresì, a rifondere

261 Tribunale di Ferrara, Sentenza n. 276/2012, dd. 22 febbraio 2012, "In relazione a tale profilo, si deve, inoltre, rilevare che non può dirsi idonea una campagna di promozione del marchio registrato omissis, che si traduce nella partecipazione, per una volta all'anno, a novembre, alla sola fiera Skypass di Modena".

262 Tribunale di Ferrara, Sentenza n. 276/2012, dd. 22 febbraio 2012, "Le circostanze passate in rassegna confermano che, nel caso concreto, la condotta di omissis, per le lacune e l'insufficienza del know how, che s'è palesata anche nelle manchevolezze della fornitura, della formazione, dell'assistenza e s'è accompagnata alla violazione del diritto d'esclusiva, è stata vanificata la finalità, perseguita dai contraenti, la causa concreta del contratto, ovvero l'inserimento dell'affiliato in una rete collaudata e radicata sul mercato, che beneficia delle conoscenze tecniche e del marchio dell'affiliante, in un quadro di costante e proficua cooperazione: gli inadempimenti della parte convenuta sono antecedenti rispetto alla mancata trasmissione dell'inventario della merce e della lista del venduto, che la parte convenuta stigmatizza, e rivestono un peso preminente, in quanto investono in radice la stessa operazione negoziale congegnata dai contraenti e ne compromettono la funzione economica e pratica. Né l'insuccesso dell'iniziativa può ricondursi al mero rischio d'impresa, ineliminabile anche nell'ambito d'un contratto d'affiliazione commerciale, che pure è deputato a ridurlo e garantisce, nella specie, una redditività (cfr. documento 2 di parte attrice, percentuale dal 100% al 300%), in fatto platealmente smentita. Omissis. La risoluzione del contratto d'affiliazione commerciale

la società *franchisee* di tutto il contributo di affiliazione effettivamente versato in quanto “Tale esborso, che trova causa nel contratto d'affiliazione commerciale, è stato infruttuosamente sostenuto, per attività eseguite in modo negligente dalla parte convenuta, vista la risoluzione del contratto per causa imputabile alla parte convenuta, e integra, pertanto, una deminutio patrimonii, meritevole d'essere ristorata.”

Ancora, le pronunce di cui sopra sono state ulteriormente e recentemente confermate dal Tribunale di Trento²⁶³ in un procedimento avente ad oggetto l'inadempimento contrattuale del *franchisor* agli obblighi di consulenza ed assistenza tecnica/commerciale, nonché degli impegni promozionali assunti nei confronti del *franchisee*. Il Giudice, una volta dedotto l'inadempimento del *franchisor* ha dichiarato la risoluzione del contratto di affiliazione stipulato con il *franchisee*, dichiarando in particolare l'assenza della promessa “assistenza totale” prestata dal *franchisor* (“Altro profilo di inadempimento dedotto è la mancanza di assistenza nell'installazione degli impianti, in quanto il To. Avrebbe dovuto ricorrere ai propri tecnici...con ciò escludendo in fatto che sia disponibile l'assistenza 'totale' indicata nella brochure”), nonché l'inadempimento degli impegni pubblicitari originariamente assunti (“Altro aspetto rilevante attiene all'attività di promozione pubblicitaria, che, a norma di contratto, all'art. 5, indica che tutte le spese dell'attività promozionale decisa e intrapresa dall'affiliante...sarà a suo esclusivo carico. Ebbene sul punto risulta per contro che abbia promosso un'iniziativa sostanzialmente a carico degli affiliati, per la quale, pur trattandosi di una pubblicità di carattere nazionale, è stato posto il costo a carico degli affiliati in cambio di un'indicazione nella iniziativa pubblicitaria del loro punto vendita”). Alla luce degli inadempimenti appena evidenziati dichiarava “integrato l'inadempimento grave delle obbligazioni derivanti dal contratto di franchising da parte di Alla stregua deve essere dichiarata la risoluzione del contratto per inadempimento”. Conseguentemente, confermando l'orientamento giurisprudenziale prevalente, condannata il *franchisor* alla restituzione di quanto corrisposto dal *franchisee* a titolo di *fee* d'ingresso.

per causa imputabile alla parte affiliante è, altresì, foriera di pregiudizio risarcibile”.
263 Tribunale di Trento, Sentenza n. 472, 14 maggio 2012.