



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato 2

**IL CONTRATTO DI FRANCHISING:
TRA LIBERTÀ CONTRATTUALE E VINCOLI NORMATIVI**

RELATORE:

Chiar.mo Prof. Silvio Martuccelli

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof. Mauro Orlandi

CANDIDATA:

Fiorella Siciliano

Matricola 165633

ANNO ACCADEMICO

2024 – 2025

Indice

Introduzione.....	4
Capitolo I – Il franchising: inquadramento generale	10
1. Il franchising: inquadramento.....	10
2. Il contesto storico	11
3. I contratti commerciali	13
3.1. Il contratto di distribuzione	16
3.2. Il contratto di rete	18
3.3. La concessione di vendita.....	19
4. Il terzo contratto	22
5. Da contratto innominato alla tipizzazione normativa.....	24
5.1. Normativa comunitaria	24
5.2. Normativa nazionale.....	27
5.3. Le altre fonti: Il Codice europeo, la legge UNIDROIT e i Codici deontologici nazionali	31
6. Natura giuridica del contratto	32
7. Tipologie di franchising	34
8. Il franchising internazionale	36
8.1. Il master franchising	37
8.2. Area Development Agreements.....	42
8.3. Area Representative Agreements	44
9. Il corner franchising.....	45
Capitolo II – Struttura e requisiti del contratto di franchising.....	48
1. Definizione	48
2. La fase pre-contrattuale	48
2.1. Articolo 3: l’obbligo di sperimentazione.....	49
2.2. Articolo 4: l’obbligo di rivelare informazioni attinenti alla propria sfera di attività.....	52
2.3. Articolo 5: obblighi dell’affiliato	57
2.4. Articolo 6: obblighi di comportamento	59
2.5. Regime sanzionatorio in caso di violazione degli obblighi precontrattuali.....	64

3. Gli elementi che caratterizzano il contratto di franchising.....	65
3.1. L'accordo delle parti.....	66
3.2. La causa del contratto	76
3.3. L'oggetto del contratto	78
3.4. La forma del contratto	98
4. La durata del contratto.....	101
5. La brand identity.....	111

Capitolo III – Aspetti complementari e questioni aperte del contratto di franchising..... 113

1. Posizione asimmetrica delle parti contrattuali.....	113
2. Abuso di dipendenza economica	116
3. Franchising e pubblicità	125
3.1. Il business plan quale strumento pubblicitario	131
3.2. Il ruolo dell'AGCM e il procedimento per pubblicità ingannevole	132
4. La disciplina delle clausole vessatorie nel contratto di franchising	133
5. Il contenzioso nel franchising.....	141

Considerazioni conclusive 150

Bibliografia..... 157

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca si concentra sull'analisi del contratto di franchising (o di affiliazione commerciale).

Il pieno sviluppo di questa pratica commerciale si ebbe soltanto dopo la Seconda guerra mondiale, causa di una forte penuria dei mezzi finanziari e, di conseguenza, notevole ostacolo all'espansione commerciale delle piccole e medie imprese.

Mentre all'inizio degli anni settanta poteva ancora affermarsi che il franchising fosse una peculiare caratteristica dei mercati statunitensi, oggi la diffusione globale delle insegne delle grandi catene rappresenta un fenomeno che uniforma non solo i consumi (offrendo prodotti e servizi standardizzati ovunque), ma anche gli aspetti culturali, favorendo un modello di mercato globalizzato che appiattisce le diversità economiche, sociali e culturali di Paesi dalle caratteristiche economiche e sociali anche assai diverse.

La nascita di questo istituto ha permesso ai piccoli e medi imprenditori di realizzare una propria impresa commerciale inserendosi in una rete distributiva già consolidata, correndo così un rischio d'impresa più limitato rispetto a quello cui incorrerebbero utilizzando segni distintivi inediti.

Dall'altra parte, ha permesso ai franchisor di espandere la propria attività ed accedere a nuovi mercati, senza la necessità di sostenere rilevanti investimenti finanziari.

Tipizzato dal legislatore nazionale con la legge 129/2004, con franchising si intende *«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»*.

Nel primo capitolo di questo elaborato verranno affrontate una serie di tematiche: una volta delineato il contesto storico in cui questa figura contrattuale ha trovato la sua origine, vi è l'intento di analizzare e approfondire le più rilevanti figure contrattuali che si inseriscono nella categoria dei contratti d'impresa.

Nella trattazione del contratto di franchising si è ritenuto necessario effettuare una premessa concernente l'analisi della macrocategoria in cui il contratto di franchising si inserisce: quella dei contratti d'impresa.

Nello specifico, verranno analizzate e comparate tra di loro le figure contrattuali, tipizzate o non dal legislatore, che rientrano nella medesima categoria.

Trattasi, in buona sostanza, di una categoria di contratti che tende a regolamentare le varie modalità nelle quali si estrinseca l'organizzazione strutturale del processo distributivo.

Nonostante l'eterogeneità degli elementi che caratterizzano i tipi negoziali che ne fanno parte, tutti questi contratti vengono conclusi nella prassi con lo scopo di disciplinare i rapporti commerciali tra imprenditori che occupino livelli diversi della c.d. *supply chain* o, come nel caso del franchising, che abbiano una diversa forza economica, in attuazione del principio della libertà di iniziativa economica regolato in Costituzione all'articolo 41.

Seguendo l'ordine della trattazione, verrà approfondita la disciplina dei contratti di distribuzione, intesi come quegli accordi che hanno per oggetto la disciplina dell'attività di distribuzione e commercializzazione di un bene o di un servizio sul mercato.

Più precisamente, essi prendono in considerazione una serie di operazioni commerciali dirette a collegare la fase della produzione dei beni con quella concernente la loro collocazione presso l'utente finale, attraverso il coinvolgimento di diverse figure di operatori professionisti specializzati.

Saranno poi oggetto di studio il contratto di rete, intesi come accordi attraverso cui più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato obbligandosi sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese; proseguendo, la concessione di vendita che, pur in assenza di una specifica disciplina normativa, viene individuata come un accordo in base al quale una parte (concessionario) si obbliga ad acquistare i prodotti forniti dall'altro contraente (concedente), impegnandosi a venderli o promuoverne la vendita; da ultimo, il contratto di *licensing* inteso come un accordo attraverso cui il titolare di un'opera creativa e innovativa concede ad un altro soggetto lo sfruttamento economico della sua creazione.

È ormai indiscussa l'appartenenza del contratto di franchising alla categoria dei contratti d'impresa.

Tuttavia, per molto tempo si è ritenuto che il franchising non potesse essere qualificato come un contratto d'impresa e, ancor di più, si dubitava della sua autonomia come tipologia contrattuale autonoma.

Prima della tipizzazione del franchising, per lungo tempo la dottrina lo riconduceva ad altri tipi contrattuali affini al contratto di distribuzione: in particolare, per la sua struttura e la sua funzione il tipo contrattuale considerato più affine era la concessione di vendita.

Come si vedrà, però, le due fattispecie non solo si distinguono per il diverso grado di intensità dell'integrazione verticale – nella concessione, infatti il rivenditore agisca non quale intermediario, ma come acquirente dei beni forniti, che poi rivenderà sul mercato –, ma ancor prima per l'oggetto della prestazione: nel contratto di franchising, infatti, si assiste ad un trasferimento di diritti di proprietà industriale e intellettuale che, invece, non è previsto nel contratto di concessione di vendita.

Passate poi in disamina le fonti nazionali e sovranazionali che disciplinano il contratto di affiliazione commerciale, la trattazione prosegue approfondendo come questo tipo contrattuale possa essere sfruttato non solo per ampliare il proprio brand nel territorio in cui opera il franchisor, ma anche per espandersi efficacemente all'estero.

Le imprese si trovano ad oggi a doversi distinguere sul mercato per capacità d'innovazione, di sviluppo e un'altra serie di fattori non più sul solo mercato nazionale.

I confini che delimitano il mercato cui le imprese che svolgono la stessa attività, infatti, non sono più gli stessi.

Il fattore della globalizzazione impone di considerare “mercato” il più delle volte l'intero pianeta, rendendo il confronto e, quindi, la concorrenza con le imprese operanti negli stessi settori ancora più impegnativa.

Questa apertura ha portato nel settore del franchising all'individuazione di nuovi istituti, tra i quali il master franchising e gli Area Development Agreements.

Il master franchising individua un modello organizzativo attraverso cui il franchisor (master franchisor) concede ad un soggetto avente sede nel paese estero (master franchisee) il diritto di stipulare in esclusiva contratti di sub-franchising in una determinata area geografica, concedendo ai sub-affiliati (sub-franchisee) il diritto di utilizzare il marchio e, più in generale, il *franchise package* del master franchisor.

Giocano poi un ruolo fondamentale nelle strategie di espansione e crescita sia dei franchisor che degli affiliati gli Area Development Agreements, ossia accordi contrattuali tra un franchisor e un franchisee con cui il primo concede al secondo il diritto esclusivo di sviluppare e gestire più unità in franchising all'interno di un determinato territorio geografico.

A seguire, nel secondo capitolo viene più direttamente analizzato il contratto di franchising, analizzando gli elementi – essenziali e secondari – che caratterizzano tale fattispecie negoziale.

Nel panorama giuridico, come illustrato nel capitolo antecedente, vi è una nutrita serie di disposizioni che occorre considerare nell'interpretazione di un contratto di franchising o nella soluzione di una problematica da esso derivante, ma la principale fonte normativa del sistema legislativo nazionale è rappresentata dalla legge 129/2004.

Il continuo evolversi della realtà economica si è tradotto, però, in una sostanziale incapacità del legislatore di tenere il passo.

Questo, peraltro, è quanto è accaduto con la legge in materia di affiliazione commerciale.

Se volessimo riassumere in un breve inciso l'attuale situazione normativa sulla materia, si potrebbe affermare che in Italia esiste una legge sul franchising ma non esiste una disciplina del contratto di franchising.

Nella legge 129/2004 vengono rappresentate chiaramente due esigenze: quella della tipizzazione del contratto di franchising e quella della tutela dell'affiliato, considerato parte debole del rapporto, nella fase delle trattative.

Prima della emanazione della legge in esame il franchising era considerato un contratto "socialmente tipico": era, difatti, divenuto tipico già per la forza precettiva della interpretazione fornita dalla sentenza della Corte di Giustizia sul noto caso *Pronuptia* e poi del Reg. 88/4087/CEE, sia pure con il limite dei *franchising* minori, ossia inidonei a violare la disciplina anticoncorrenziale.

L'esigenza, poi, di tutelare il franchisee nel contratto di franchising ha condotto a una regolamentazione *sui generis* del contratto, optando più che per la disposizione di una disciplina delle parti che formano il contratto, per una normativa della fase che precede la conclusione dello stesso.

Tale *modus operandi* assolve, quindi, ad una specifica funzione: quella di riequilibrare la posizione giuridica delle parti – il franchisor ed il franchisee – che si accingono a concludere un contratto di affiliazione commerciale.

Il legislatore non si è, quindi, affidato al generico obbligo di buona fede delle parti in trattativa richiamato nel Codice civile dall'articolo 1337, ma è intervenuto in maniera incisiva sulla questione, individuando, tra le varie misure di tutela, un elenco analitico di documenti e informazioni da consegnare all'aspirante affiliato entro un tempo adeguato a valutare la bontà dell'affare, la cui violazione incide anche sul piano patologico del rapporto.

Il legislatore, difatti, ha destinato la legge 129/2004 alla (quasi) esclusiva regolamentazione della fase precontrattuale.

Le finalità di protezione del contraente debole che permeano la *ratio legis* e che la fanno apparire come una *disclosure law* (conformemente alle altre esperienze nazionali) hanno assunto un valore preminente nell'impianto normativo a discapito di una compiuta disciplina del rapporto di affiliazione commerciale.

La disamina degli articoli della legge si apre con l'articolo 4 che, insieme all'articolo 6, individua gli obblighi che incombono in capo all'affiliante prima della sottoscrizione del contratto.

Prosegue con quella dell'articolo 8 il quale, invece, prevede un particolare regime di tutela dell'affiliato: riconosce nella comunicazione di false informazioni all'affiliato una causa di annullamento del contratto di affiliazione ex articolo 1439 c.c.

Individuate le norme inerenti alla fase antecedente alla stipula del contratto, l'elaborato prosegue con l'individuazione degli elementi che caratterizzano il contratto di franchising.

L'analisi che l'elaborato propone è strutturata tenendo quale punto di riferimento gli elementi essenziali delineati dall'articolo 1325 del Codice civile: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma.

In tema di conclusione del contratto, l'attività contrattuale delle imprese ha lasciato da tempo alle spalle il modello "classico" rappresentato dall'accordo fra le parti, preferendo contratti formulati mediante moduli standardizzati ovvero formulari.

Ciò ha contribuito in dottrina ad una riformulazione della concezione di contratto, al punto tale da definire questi tipi di "scambi senza accordo" caratterizzati dall'assenza di trattative mediante un *nomen juris* differente, ipotizzando anche il ritorno alla dottrina che distingueva il *contractus* dal *consensus*.

Problemi di tutela del contraente debole del rapporto si pongono anche rispetto alla durata del rapporto di affiliazione: mentre nel corso dell'esecuzione del contratto le parti condividono un interesse convergente nel perseguire gli obiettivi prefissati, garantendo il buon funzionamento e l'efficacia del rapporto contrattuale, al momento dello scioglimento del contratto emergono inevitabilmente interessi confliggenti.

Da una parte, infatti, il franchisor ha interesse a preservare l'immagine della propria rete; dall'altra, invece, il franchisee ripone l'aspettativa di mantenere la propria clientela e, soprattutto, recuperare gli investimenti effettuati per potere accedere alla rete di affiliazione.

Nel terzo capitolo vengono, poi, affrontati una serie di aspetti più complessi legati al contratto in esame, che necessitano di un'analisi più dettagliata.

Riprendendo il concetto di "terzo contratto" come definito nel primo capitolo, viene esaminata la situazione di squilibrio insita nel contratto di franchising.

L'elaborato si focalizza su due tipi di squilibrio: uno squilibrio normativo, con la conseguente applicazione della disciplina civilistica in tema di clausole abusive, ed uno squilibrio economico, il quale trova tutela all'articolo 9 della legge sulla subfornitura e nella legge sulla concorrenza per ciò che riguarda l'ambito delle piattaforme digitali.

Clausole squilibrate vengono predisposte unilateralmente nel contratto dal franchisor a tutela dei propri *assets*, segni distintivi e know-how, dal rischio di condotte illecite, scorrette o anche solo negligenti del franchisee, che possano attentare alla reputazione ed alla uniformità della

c.d. *brand image* della rete di affiliazione sul mercato e, di riflesso, danneggiare l'immagine degli altri affiliati alla medesima rete.

Su questi presupposti, il franchisor potrebbe imporre delle limitazioni anche significative dell'autonomia negoziale del franchisee.

Interviene, invece, sul versante economico l'articolo 9 della legge sulla subfornitura, disciplinando e sanzionando i casi di abuso di dipendenza economica, intesa come 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.

Merita, poi, particolare attenzione la disciplina della pubblicità come delineata dal d.l. 145/2007: la pubblicità ingannevole o quella comparativa che non rispetti le condizioni di liceità fissate dalla legge rappresenta un danno, più che per i consumatori, per i *competitors* che operino in quello stesso mercato.

Peculiare la declinazione della disciplina della pubblicità in tema di franchising: il riferimento qui è non solo alla pubblicità rivolta ai clienti finali o consumatori, destinatari dell'attività svolta dagli affiliati nell'ambito della rete in franchising, ma anche alle comunicazioni e alla promozione diretta alla ricerca di nuovi affiliati e, quindi, indirizzata ai potenziali affiliati, attratti dall'affiliante a aderire alla rete.

Rientra tra gli strumenti a scopi promozionali tipici nei rapporti di affiliazione commerciale il *business plan*, la cui veridicità è tutelata oltre che dalle norme fissate in materia di pubblicità, anche dalla stessa legge sul franchising.

Ancora, viene affrontato il ruolo del contenzioso nel franchising, in particolare l'analisi evidenzia come un ampio contenzioso a carico dell'impresa del franchisor si ponga quale elemento di deterrenza per gli imprenditori che intendano affiliarsi a quella rete.

Per concludere, l'obiettivo perseguito con la trattazione del presente elaborato consiste nella volontà di analizzare con occhio critico un contratto da cui consegue una forte integrazione verticale tra imprese, funzionale all'espansione delle imprese che decidono di ampliare tramite questo strumento la propria rete commerciale, tutelando però la propria posizione nel mercato.

Capitolo I – Il franchising: inquadramento generale

SOMMARIO 1. Il franchising: inquadramento. – 2. Il contesto storico. – 3. I contratti commerciali. – 3.1. Il contratto di distribuzione. – 3.2. Il contratto di rete. – 3.3. La concessione di vendita. – 3.4. Il contratto di licensing. – 4. Il terzo contratto. – 5. Da contratto innominato alla tipizzazione normativa. – 5.1. Normativa comunitaria. – 5.2. Normativa nazionale. – 5.3. Le altre fonti: Il Codice europeo, la legge UNIDROIT e i Codici deontologici nazionali. – 6. Natura giuridica del contratto. – 7. Tipologie di franchising. – 8. Il franchising internazionale. – 8.1. Il master franchising. – 8.2. Are Development Agreements. – 8.3. Area Representative Agreements. – 9. Il corner franchising.

1. Il franchising: inquadramento

L'affiliazione commerciale (franchising)¹ «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».²

È un contratto che può essere utilizzato in ogni settore di attività economica che rientra nello schema dei c.d. contratti commerciali.

¹ Sul contratto di franchising, si veda la definizione fornita dall'art. 1 della legge 6 maggio 2004, n. 129, "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale (franchising)", pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 120 del 24 maggio 2004, secondo cui tale contratto è configurato come un accordo tra due parti giuridicamente ed economicamente indipendenti, finalizzato alla distribuzione di beni o servizi. Per un approfondimento dottrinale, si rimanda a LUMINOSO A., *Il contratto di franchising*, Milano, 2004, p. 15; CONTI A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, 2022, p. 114

² Legge 6 maggio 2004, n. 129, articolo 1 comma 1

2. Il contesto storico

Il franchising ha origini antiche, per conoscerne la storia bisogna innanzitutto risalire alle origini del termine stesso.³

Il termine franchising deriva dal francese “*franchise*”, a sua volta derivante dalla radice franco-renana “*frank*”, ovvero franchigia.⁴

Il primo utilizzo, documentato, della parola franchigia risale al Medioevo quando questo termine indicava un privilegio di libertà ed autonomia concesso a Stati o cittadini da parte di un sovrano⁵.

Il termine franchising ha assunto nel corso degli anni un significato sempre più complesso, potendo prevedere una serie di variabili la cui conseguenza è l'esistenza di diverse tipologie di franchising, andando così a delineare un tipo contrattuale dinamico ed in costante evoluzione. Sistemi simili al franchising, se pur caratterizzati da una diversa denominazione, erano già apparsi all'inizio dell'Ottocento in Europa e USA.

Celebre il c.d. “contratto della birra”, utilizzato per la prima volta dai produttori di birra Olandesi e Scozzesi che desideravano esportare il loro prodotto negli Stati Uniti, mantenendo il loro marchio.

Ciò avvenne concedendo il marchio a dei rivenditori e distributori locali autorizzati.

Il franchising come conosciuto ad oggi nasce però agli inizi del Novecento.

Vi sono a riguardo due teorie discordanti sul territorio di nascita ufficiale di questo sistema, in quanto alcuni lo attribuiscono alla Francia, altri agli Stati Uniti; unico elemento di accordo inerisce il periodo (si stima infatti che il franchising sia nato agli inizi degli anni '30).

Sbarcato in Europa, il franchising si è declinato in termini meno generali, essendosi dovuto confrontare fin da subito con la figura della concessione di vendita ben radicata da tempo.

In quegli anni la qualificazione di un contratto come franchising poteva non risultare affatto agevole in molti casi: non essendo, infatti, la fattispecie ancora regolata dalla legge l'operazione, la sua qualificazione dipendeva in larga misura dalla sensibilità dell'interprete.

Dimostrata la sua flessibilità e redditività, il sistema franchising ha iniziato lentamente a diffondersi anche in altri Paesi europei, spingendosi oltre i confini del territorio francese e di quello statunitense.

Il franchising conosce la sua acme negli anni '50, con la diffusione del concetto di “ristorazione veloce”.

³ GIRBOVAN M., *Storia del Franchising, dalle origini ad oggi* in *Aprireinfranchising.it*

⁴ *Ibidem*

⁵ *Ibidem*

Difatti, la nascita delle prime catene di *fast food* è strettamente legata alla nascita del franchising, consentendo così di può affermare che i due settori si siano alimentati a vicenda.

La nascita delle prime vere reti franchising, come oggi le conosciamo, risale infatti proprio agli anni '50 in America. Ad usare per prime il sistema franchising furono proprio le catene di ristorazione veloce⁶.

I *fast food* americani, grazie al franchising, hanno potuto effettuare una diffusione capillare a livello internazionale, esportando da un lato la ristorazione rapida e dall'altro i vantaggi della formula commerciale utilizzata.

In Italia l'approdo documentato del franchising ci fu solamente negli anni '70 quando l'azienda di distribuzione Gemma d.i., inaugurò a Fiorenzuola d'Arda il primo di 55 punti vendita a conduzione diretta e di una decina di punti vendita affiliati, dando così vita alla prima vera rete franchising italiana⁷.

A quel nucleo basilare che abbiamo visto costituire nei primi anni del '900 l'essenza del franchising si sono così nel tempo aggiunti altri elementi, come quello della necessaria assistenza prestata dal franchisor e la presentazione uniforme dei vari punti vendita, nonché il pagamento di un corrispettivo al franchisor quale contropartita per l'utilizzo di una formula commerciale già sul mercato, che oggi rappresentano elementi indefettibili del contratto di franchising.

Lo scopo di fondo di tale contratto è rimasto inalterato nel corso del tempo: il franchisee ha la possibilità di avviare un'attività d'impresa potendo utilizzare segni distintivi che, normalmente, già godono di una certa notorietà.

Resta fermo che il franchisee, come ogni imprenditore, è soggetto al rischio d'impresa. Tale rischio è però minimizzato a favore di una serie di tutele che l'ordinamento pone a favore del beneficiario: non solo incombe sul franchisor un obbligo di sperimentazione sul mercato della formula commerciale, ma è anche tenuto a fornire una continua assistenza al franchisee.

⁶ *Ristorazione Veloce: significato, storia e franchising* in *Infofranchising.it*

⁷ GIRBOVAN M., *Storia del Franchising, dalle origini ad oggi* in *Aprireinfranchising.it*

3. I contratti commerciali

L'unificazione nel vigente codice del preesistente Codice civile del 1865 e del codice del commercio ha fatto sì che per lungo tempo la prevalente dottrina abbia ritenuto non compatibile con la sopravvenuta disciplina del codice del 1942 una distinzione tra contratti civili e contratti commerciali.

A tale conclusione si perveniva evidenziando l'assenza nel vigente codice di una disciplina differenziata dei contratti commerciali, in conseguenza del manifesto intento del legislatore di attribuire a tutti i contratti una disciplina base uniforme, non influenzata dallo status di imprenditore, di almeno una delle parti, né dalla materia del contratto⁸.

Su tali presupposti argomentativi si è parimenti per lungo tempo sostenuto l'inutilità e l'illegittimità di una considerazione d'insieme dei contratti d'impresa, intesa come categoria nella quale ricomprendere quei contratti non solo connotati dal fatto che una delle parti sia necessariamente un imprenditore, ma soprattutto dalla circostanza che il contratto espleti una funzione strumentale per l'esercizio dell'attività di impresa.

L'impianto normativo del codice ha portato a disconoscere l'utilità e l'ammissibilità di una considerazione unitaria, come categoria, dei contratti d'impresa e la stessa locuzione «contratti commerciali» è stata per decenni espunta dal lessico giuridico anche in funzione meramente descrittiva.

Senonché a partire dai primi anni '90 dello scorso secolo profondi cambiamenti nel sistema hanno concorso a determinare, progressivamente, la crisi della tradizionale figura e disciplina del contratto allontanandolo dal modello codicistico.

La spinta in tal senso parte però circa un decennio prima, negli anni '80, e trova origine soprattutto dall'irrompere delle leggi speciali e dall'incidenza di esse in settori importanti della vita economica.

Nascono, così, vari microsistemi extracodicistici contenenti la disciplina di singoli tipi o classi di contratti rispetto ai quali il codice perde di centralità.

Questo fenomeno legislativo a partire dai primi anni '90, in conseguenza a sempre più frequenti fenomeni di armonizzazione alle direttive comunitarie, non solo assume proporzioni imponenti incidendo in maniera significativa in tutti i settori della vita economica ma, soprattutto, si connota per la finalità di regolazione del mercato delineando assetti di maggiore efficienza ed equità nelle relazioni fra i protagonisti istituzionali di esso, le imprese ed i consumatori, nonché le stesse imprese tra loro.

⁸ MONTICELLI S. (a cura di) – PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, III ed., Torino, 2021

L'inquadramento dogmatico dei contratti commerciali si basa principalmente sulla disciplina espressa dal Codice civile e sulla legislazione speciale che regola le attività commerciali.

Il potere di libera determinazione del contenuto contrattuale delineato all'articolo 1322 c.c., unitamente al potere creativo di contratti non appartenenti ai tipi aventi una disciplina particolare, costituisce il fondamento positivo dell'autonomia negoziale ovvero dell'autonomia privata in ambito contrattuale⁹.

Il nostro ordinamento, infatti, ammette il ricorso a schemi atipici, in attuazione dell'autonomia negoziale, purché siano perseguiti interessi meritevoli di tutela.

Il relativo vaglio deve essere compiuto alla stregua della causa concreta che caratterizza il contratto stipulato dalle parti. Sicché l'interesse perseguito deve rispondere ad alcuna delle cause ammesse dalla coscienza sociale, o non deve contrastare con i principi riconosciuti dall'ordinamento.¹⁰

La categoria dei contratti commerciali comprende una vasta gamma di contratti tipici come il contratto di compravendita, il contratto di trasporto, e il franchising.

A ben vedere, il contratto di franchising è stato tipizzato solamente nel 2004, ma prima di questa legge era già ampiamente invalso nella prassi, ricoprendo un ruolo dominante in ambito commerciale.

Veniva individuato nella categoria dei contratti c.d. socialmente tipici, ossia quei contratti normativamente atipici che emergono e si consolidano nella pratica, fino a ricevere una ampia diffusione.

Il contratto socialmente tipico, in altre parole, non è il contratto atipico "inventato" dalle parti, ma il contratto che corrisponde ad uno schema negoziale già consolidatosi nella pratica.

Questi contratti rispondono ad esigenze di mercato e spesso trovano riconoscimento giurisprudenziale, proprio come è accaduto per il contratto di franchising.

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

⁹ SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, Commentario Cod. Civ. Scialoja Branca, 1992

¹⁰ RESCIGNO P., *Codice Civile*, Milano, 2018

l'utilizzazione del marchio e nel giovare del suo prestigio, ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio¹¹.

La Corte di cassazione aveva individuato in questo schema contrattuale una «*espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall'articolo 1322 e ancor prima dall'articolo 41 Cost., il quale consente e tutela l'aggregazione e l'affiliazione e comunque la collaborazione di imprese. Ne deriva che detto contratto attiene a materia disponibile in quanto espressione della libertà di scelta nello svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale, con la conseguenza che le controversie nascenti dal contratto medesimo, compresa quella relativa alla facoltà di recesso della società affiliata prima del termine finale previsto dal contratto, sono compromettibili in arbitrato rituale*»¹².

Talvolta l'operazione economica conclusa dalle parti presenta elementi di un certo tipo contrattuale ed elementi di un altro tipo contrattuale. In tali ricorrenti ipotesi, più che di contratto atipico si ragiona di contratto misto.

Il contratto misto, poi, se trova larga diffusione nella pratica, può essere qualificato come contratto socialmente tipico e, infine, tipico, qualora il legislatore decida di normarlo.

Il contratto misto è quindi la risultante della combinazione di una pluralità di aspetti della disciplina di diversi contratti tipici, che danno vita ad un'unica operazione negoziale dotata di una sua causa (fusione di tipi che confluiscono in un'unica causa).

I singoli frammenti di disciplina (tipica) perdono la loro individualità, confluendo nel contratto misto, e non possono quindi essere singolarmente valutati.

In ambito internazionale, trovano ancora oggi ampia applicazione in materia i principi dettati dall'*International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) – organizzazione internazionale che persegue quale obiettivo l'armonizzazione del diritto internazionale privato – per la prima volta nel 1994.

La limitazione dell'oggetto ai contratti "commercianti" non vuole in alcun modo far rivivere, come prima affermato, la distinzione tradizionalmente presente in alcuni sistemi giuridici tra soggetti e/o atti giuridici "civili" e "commercianti": non si intende, cioè, far dipendere la applicabilità dei suddetti principi dallo status formale delle parti (se queste siano commercianti) e/o dalla natura dell'atto (se esso sia di natura commerciale).

L'idea è piuttosto quella di escludere dall'ambito di applicazione dei Principi i c.d. contratti con i consumatori, oggi sempre più frequentemente oggetto di normativa speciale, per lo più a

¹¹ Cass. Civ., Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 647

¹² Cass. Civ., Sez. I, 20 giugno 2000, n. 8376

carattere inderogabile, volta alla protezione del consumatore, inteso come il soggetto che stipula il contratto al di fuori dell'espletamento di una propria attività professionale¹³.

È possibile, poi, distinguere i contratti commerciali in base alla funzione economica ad essi comune. Il franchising – avendo riguardo a tale criterio – rientra nella categoria dei contratti strumentali alla circolazione dei beni nel mercato¹⁴.

Nello stesso gruppo è possibile individuare ulteriormente il contratto di distribuzione, il contratto di rete e la concessione di vendita.

3.1. Il contratto di distribuzione

I contratti di distribuzione rappresentano una categoria negoziale non espressamente disciplinata dal Codice civile, il cui rilievo nella prassi commerciale però è indubbio: si tratta di contratti in cui il distributore si impegna a commercializzare e vendere i prodotti del produttore (o fornitore).

Questi contratti possono includere vari tipi, come i contratti di distribuzione esclusiva, nei quali il distributore ha il diritto esclusivo di vendere i prodotti in una certa area geografica; i contratti di distribuzione non esclusiva i quali, a differenza dei primi, possono essere conclusi dal produttore (o fornitore) con più distributori nello stesso territorio.

Dal punto di vista dogmatico, si collocano tra i contratti commerciali, poiché sono stipulati nell'ambito dell'attività imprenditoriale.

La loro regolamentazione si basa sia sulle norme che si ricavano dal Codice civile, sia su leggi speciali (in particolare le norme a tutela dei consumatori), sussistendo quindi una coesistenza tra norme generali e norme specifiche.

La definizione della natura e degli effetti di questi contratti è da attribuire principalmente alla giurisprudenza, non esistendo nel diritto interno uno specifico riferimento ai contratti internazionali. In ambito comunitario, invece, rileva in materia il Regolamento 330/2010, fornendo una cornice per la concorrenza leale nel contesto della distribuzione di beni e servizi all'interno dell'Unione Europea.

Le principali forme in cui può essere organizzata la distribuzione di un bene o di un servizio sono sostanzialmente due.¹⁵

¹³ *Principi UNIDROIT dei Contratti commerciali internazionali (UPICC)*

¹⁴ MONTICELLI S. (a cura di) – PORCELLI G, *I contratti dell'impresa*, op. cit., p. 3

¹⁵ PARDOLESI R., *La distribuzione commerciale e le regole del diritto comunitario: concorrenza comunitaria, regolamenti di esenzione, accordi verticali, importazioni parallele* in *law-economics.net*

Da una parte, il produttore può optare per una forma di integrazione verticale di tipo proprietario e curare direttamente tutta la fase attinente alla distribuzione, avvalendosi di soggetti appartenenti alla propria struttura aziendale e, come tali, veri e propri lavoratori dipendenti: è la c.d. distribuzione diretta.

La distribuzione indiretta si realizza quando il produttore, concentrando ogni sua attenzione sul miglioramento della capacità e dell'efficienza produttiva dell'impresa, rinuncia alla costituzione di una propria organizzazione distributiva e con essa anche ad esercitare un controllo sui vari stadi di commercializzazione della merce¹⁶.

Tale modalità di organizzazione della distribuzione ha il vantaggio di consentire al produttore un controllo assoluto sull'attività dei suoi sottoposti addetti alla fase distributiva.

Laddove, per contro, il produttore non intenda costituire una propria organizzazione distributiva perché, ad esempio, troppo onerosa, l'alternativa più diffusa è quella che consiste nell'avvalersi di una serie di operatori commerciali giuridicamente autonomi, estranei cioè alla struttura imprenditoriale del produttore, legati a quest'ultimo da una serie di accordi e contratti e per effetto dei quali è possibile realizzare una forma di integrazione verticale pattizia.

Si parla, in questo caso, della c.d. distribuzione indiretta. In tale contesto, i rapporti negoziali tra il produttore e i soggetti incaricati della distribuzione formano quelli che, seppur impropriamente, vengono definiti i contratti di distribuzione commerciale¹⁷.

L'esigenza sempre più marcata per il produttore, soprattutto di beni di consumo di massa, di assicurarsi una distribuzione capillare sul mercato dei prodotti al fine di consentirne la maggiore diffusione e l'acquisto, ha visto nel tempo la progressiva marginalizzazione della c.d. distribuzione diretta ed invece il proliferare dei canali di distribuzione c.d. indiretta ove può essere variamente graduato il coinvolgimento e, dunque, il livello di partecipazione del distributore nel processo di commercializzazione del prodotto fino a spingersi ad un grado di cooperazione talmente elevato da poter accreditare nei terzi, e dunque in particolare nei consumatori, l'idea che tra il soggetto distributore ed il produttore non ci siano differenze, trattandosi, dunque di un unico soggetto.

I sistemi di franchising possono essere suddivisi in base a diversi criteri.

Una prima distinzione si basa sul tipo di attività e individua due tipi di franchising: il franchising di servizi e quello di distribuzione.

¹⁶ PARDOLESI R., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979

¹⁷ PARDOLESI R., *La distribuzione commerciale e le regole del diritto comunitario: concorrenza comunitaria, regolamenti di esenzione, accordi verticali, importazioni parallele* in *law-economics.net*

Mentre nel primo caso oggetto della formula commerciale che l'affiliante trasferisce all'affiliato è l'esecuzione del servizio, nel secondo caso, invece, include una serie di informazioni sulle modalità di vendita di un certo bene, volte ad istruire il franchisee.

Circa i rapporti tra le due figure contrattuali, è necessario partire da un inquadramento preliminare dei contratti di distribuzione c.d. in senso stretto, intesi quali accordi che impongono in capo ad una parte l'obbligo di promuovere la rivendita di beni venduti o somministrati dall'altra¹⁸.

Se questa è la definizione di contratto di distribuzione, è importante la distinzione tra le diverse tipologie di franchising esistenti: mentre, infatti, tale regime circolatorio è assente nel franchising di servizi, il franchising di distribuzione – come già lascia intendere la denominazione – muove dallo stesso schema.

3.2. Il contratto di rete

Il confronto tra le due figure contrattuali sorge spontaneo, avendo sia il franchising sia il contratto di rete quale scopo quello di costituire una rete di imprese.

La figura del contratto di rete è stata tipizzata con il d.l. 5/2009, recependo il già attuale fenomeno di cooperazione tra imprese al fine di ampliare la competitività delle imprese stesse sul mercato.

L'articolo 3 comma 4-ter del d.l. 5/2009 definisce il contratto di rete quale accordo con cui *«più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato»* obbligandosi *«sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese»*¹⁹.

Tale definizione individua un tipo contrattuale dallo scopo generico, potendo regolare qualsiasi attività di collaborazione possibile tra imprenditori.

Gli ambiti operativi maggiormente ricorrenti nei programmi di rete riguardano la commercializzazione di un determinato bene o servizio: le imprese, in particolare, perseguono l'obiettivo di aggredire nuovi mercati, specialmente internazionali, o di consolidare canali già aperti, svolgendo attività di promozione commerciale, creazione di marchi collettivi, condivisione di standard di offerta.

¹⁸ PARDOLESI R., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979

¹⁹ Articolo 3, comma 4-ter, d.l. 5/2009

Altre volte i programmi sono finalizzati a svolgere attività di ricerca e sviluppo per creare nuove soluzioni, nuovi prodotti o servizi capaci di accrescere la capacità innovativa delle imprese²⁰.

Con riguardo al parallelismo con il franchising, emergerebbe un'anomalia: il contratto di rete prevede, infatti, che le parti decidano in modo paritario le modalità di attuazione del programma di rete.

Tale schema differisce da quello del franchising, il quale attribuisce al franchisor un rilevante potere decisorio e, più in generale, una situazione di squilibrio tra franchisor e franchisee.

Attualmente il contratto di rete è più inteso quale "categoria contrattuale", piuttosto che quale "tipo contrattuale". Diretta conseguenza di tale asserzione è che un contratto di rete con obiettivi convergenti a quelli propri del franchising sarebbe quindi in grado di assorbire quest'ultimo.

3.3. La concessione di vendita

La concessione di vendita si caratterizza per essere un accordo in base al quale una parte (concessionario) si obbliga ad acquistare i prodotti forniti dall'altro contraente (concedente), impegnandosi a venderli o promuoverne la vendita, riconoscendo al concessionario una posizione privilegiata, venendo riconosciuto quale distributore ufficiale dei prodotti del concedente.

L'opinione ormai dominante sia in dottrina che giurisprudenza sostiene che si tratta un contratto atipico, essendosi superate le tesi della qualificazione come somministrazione, o contratto misto etc.²¹

Tale tipo contrattuale nasce dall'esigenza di innovare le tecniche tradizionali della distribuzione dei prodotti, che si erano rivelate inefficienti.

La combinazione tra il modello di distribuzione diretto e il modello di distribuzione indiretto – di qui la definizione "distribuzione integrata" – porta al progressivo superamento dei tipi negoziali tradizionali (vendita, somministrazione, contratto estimatorio) e all'affermazione di nuove figure contrattuali che accentuano il carattere dell'integrazione commerciale e di cui l'archetipo è pur sempre rinvenuto nella c.d. vendita con esclusiva.

²⁰ CAFAGGI F. – IAMICELI P. – MOSCO G., *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *Contratti*, 2013, p. 799 ss.

²¹ DI LORENZO F., *La natura giuridica del contratto di concessione di vendita in diritto.it*

Volgendo lo sguardo all'analisi dei rapporti tra la concessione di vendita e il contratto di franchising, si può affermare che anche quest'ultimo vada a costituire un processo di integrazione verticale tra le parti contraenti.

Nonostante il franchisee, così come il concessionario, entri nella rete di affiliazione del franchisor, la differenza sostanziale tra le due figure contrattuali si rinviene all'articolo 1 comma 1 della l. 129/2004, nella parte in cui afferma che i due soggetti giuridici coinvolti nel contratto – affiliante ed affiliato – restino «*economicamente e giuridicamente indipendenti*».

In aggiunta, come nel franchising l'affiliario non è titolare di un potere decisorio paragonabile a quello dell'affiliante, così il concessionante nella concessione di vendita conserva poteri di controllo e indirizzo sull'attività di rivendita del concessionario, che si esplicano nell'imporre determinate strategie di mercato, consigliare o imporre i prezzi da praticare.

Al di là delle analogie tra le due figure contrattuali, a statuire la piena autonomia tra le due figure contrattuali è stata la Corte di Giustizia nel caso *Pronuptia de Paris*²², giustificata dall'assenza nella concessione di vendita di elementi tipici del contratto di franchising quali l'uso dell'insegna del concedente e il pagamento di un corrispondente da parte dell'affiliato all'affiliante.

Tale tesi non appare, però, pienamente convincente, nella parte in cui focalizza l'attenzione esclusivamente sulla figura del franchising di servizi.

I punti in comune tra le due figure sono, infatti, molti e tali da precludere la possibilità di tracciare un'esatta linea di discriminazione che, certamente, non può ricondursi al solo fatto che esista anche il franchising di servizi, o ancora che nella concessione di vendita manchi il trasferimento del *know-how*²³.

Le tre figure contrattuali qui descritte si caratterizzano per il diverso grado di integrazione tra produttori-fornitori e rivenditori, che trova la sua massima espressione nel contratto di affiliazione commerciale.

I tre contratti sono qualificabili come contratti bilaterali (tra soggetti economicamente e giuridicamente indipendenti, di norma imprenditori) con prestazioni corrispettive, a titolo oneroso, appartenenti alla famiglia dei contratti di durata: nel contratto di franchising, in

²² CGE, 28/01/1986, causa 161/84. Nel caso di specie, uno dei franchisee della società Pronuptia de Paris GmbH si rifiutava di adempiere all'obbligo di pagare alla concedente compensi arretrati sul suo fatturato degli anni dal 1978 al 1980. La concessionaria, condannata in primo grado al pagamento dei compensi arretrati, interponeva appello dinanzi all'Oberlandesgericht di Francoforte sul Meno deducendo, a sostegno del rifiuto di pagare i suddetti arretrati, che i contratti di cui trattasi erano in contrasto con l'articolo 85, n. 1, del trattato e non fruivano dell'esenzione per categorie contemplata, per gli accordi di distribuzione esclusiva, dal predetto regolamento n. 67/67/CEE della Commissione.

²³ CALLIPARI N., *Il contratto di franchising*, Torino, 2016

particolare, le prestazioni di entrambi i contraenti perdurano nel tempo, garantendo una collaborazione continuativa tra le parti che costituisce l'oggetto principale dell'accordo.

Occorre aggiungere che ulteriore elemento caratterizzante del franchising è l'*intuitus personae*: da un lato, troviamo un imprenditore che fornisce una formula commerciale "unica" e non conosciuta sul mercato che, per la sua notorietà, garantisce agli affilianti una certa fama e, dall'altro, imprenditori che si occupano della rivendita, spesso esclusiva, dopo essere stati personalmente selezionati dall'affiliante per le loro credenziali: ne discende che l'identità dei contraenti non è mai indifferente nella fase di stipulazione ed esecuzione del contratto.

Il termine franchigia – come previamente analizzato – esprime il concetto di libertà, di esenzione da restrizioni, evocando, l'idea che la commercializzazione dei prodotti sia diritto (quasi prerogativa sovrana) del produttore, e che solo per concessione di questi altri può mettere in vendita i suoi prodotti.

Esso, inoltre, tende ad avvicinare alla figura in esame il rapporto concessorio, essendo anche quest'ultimo un contratto (di distribuzione) in forza del quale un'impresa produttrice (concedente) ed una distributrice (concessionaria) si impegnano: la prima a fornire alla seconda determinati beni a condizioni vantaggiose nonché a riconoscergli, in talune ipotesi, un diritto di esclusiva di zona; la seconda, ad acquistare tali prodotti dalla prima al fine di collocarli sul mercato, promuovendone la vendita in nome e per conto proprio.

Tuttavia, come rileva autorevole dottrina, mentre la concessione di vendita opera solo nel campo della distribuzione dei prodotti, il franchising, oltreché in questo settore, viene utilizzato anche in quello della prestazione di servizi e della produzione.

3.4 Il contratto di *licensing*

Il confine tra il contratto di *licensing* e quello di franchising è stato delineato dall'ordinanza Cass. Civ. sez. 3, ord. n. 10420/2019.

La differenza tra il contratto di franchising e quello di licenza risiede in via principale nel supporto che rispettivamente il franchisor e il licenziante forniscono al franchisee e al licenziatario.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia nel caso *Pronuptia de Paris*, il franchisor è tenuto a garantire al franchisee un livello di assistenza continua nell'uso del marchio.

L'assistenza e la consulenza tecnica e commerciale rappresentano, infatti un elemento imprescindibile nel contratto di franchising.

Tale conclusione è avvalorata dall'articolo 3.4, lett. f) che fa obbligo di indicare nel contratto "le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione"²⁴.

A differenza di quanto affermato per il franchising, la concessione di una licenza include tra i diritti e obblighi spettanti alle parti il solo uso di una proprietà intellettuale e non anche una continua assistenza da parte del licenziante.

La sentenza impugnata aveva qualificato l'accordo oggetto di lite quale "contratto di licenza", valorizzando – oltre al *nomen iuris* – la circostanza che le parti «hanno fissato l'oggetto del contratto nello sfruttare il *know how* nel territorio e utilizzare i marchi nel territorio, attività che caratterizzano il negozio di licenza, non prevedendo di disciplinare aspetti che debbono invece caratterizzare il contratto di franchising»²⁵.

In particolare, mancava l'inserimento dell'affiliato in una catena di distribuzione e, ancora, il pagamento da parte dell'affiliato, al momento della sottoscrizione del contratto, del cd. "diritto di ingresso", senza tacere «dell'assenza di elementi aggiuntivi, ma fondamentali propri del contratto di franchising come: l'addestramento, i controlli l'obbligo di acquisto di prodotti destinati alla vendita»²⁶.

4. Il terzo contratto

La disciplina dell'affiliazione commerciale si inserisce in una tendenza di evoluzione giuridica che ha generato nuove categorie e orizzonti interpretativi, specificamente i contratti d'impresa, il terzo contratto e il contratto asimmetrico.

La dottrina civilistica ha riflettuto su negoziazioni asimmetriche per proteggere il contraente debole nei contratti caratterizzati da squilibri di potere contrattuale. Ciò ha portato alla creazione di normative come l'articolo 1469 bis c.c., rubricato "Contratti del consumatore", disciplina ora migrata agli articoli 33 ss. del Codice del consumo; il Decreto Legislativo 231/2002 sui ritardi nei pagamenti commerciali; la Legge 129/2004 sull'affiliazione commerciale, e la Legge 192/1998 in materia di contratti di subfornitura.

Mentre il contratto concluso con il consumatore è ormai ben definito sia in dottrina che in giurisprudenza, i contratti tra imprenditori, in cui uno è in posizione di debolezza, non sono ancora completamente normativizzati.

²⁴ *Quali sono i diritti e gli obblighi del franchisor e del franchisee?* in *Assofranchising*

²⁵ Cass. Civ. Sez. III, 15 aprile 2019, n. 10420

²⁶ MANNA L., *La Cassazione sulla distinzione tra licenza e franchising e sull'autonomia giuridica e patrimoniale del know-how* (Cass. Civ. Sez. 3, ord. n. 10420/2019)

In sostanza, vi sarebbe un primo modello contrattuale regolato nel Codice civile dagli articoli 1321 ss. che individua i contratti conclusi tra due o più parti in condizioni di parità, ed un secondo contratto, quello tra professionista e consumatore, caratterizzato da una asimmetria – economica e/o informativa – di partenza e fondato sostanzialmente su una disciplina di status il cui scopo è quello, attraverso strumenti come le nullità di protezione, di porre rimedio allo squilibrio normativo con una funzione riequilibratrice del regolamento contrattuale.

Il terzo contratto, dal canto suo, ha la caratteristica principale di essere un contratto che presuppone la qualifica soggettiva di imprenditori in capo ad entrambe le parti, nonché la presenza di una situazione di almeno potenziale dipendenza economica dell'una rispetto all'altra²⁷.

Il modello contrattuale delineato dal Codice civile del 1942 ha così perso centralità a causa di trasformazioni che hanno messo in luce la mancanza di parità contrattuale e la presenza di squilibri.

Difatti, di fronte a scambi e relazioni contrattuali che evidenziano una situazione non paritaria e dunque squilibrata in danno di uno dei contraenti, si giustifica un “diritto diseguale”, tecniche di protezione dichiaratamente sbilanciate a favore del contraente debole, volte a ripristinare quella parità di forza contrattuale che risulta compromessa.

Fenomeni di contrattazione “asimmetrica” si registrano per antonomasia negli scambi consumatore-professionista.

Proprio le tecniche di tutela affermatesi in questa tipologia di scambi si ripresentano – con gli opportuni adattamenti – anche nella disciplina dei contratti tra imprese ove una di esse sia in una posizione più debole o, addirittura, economicamente dipendente dall'altra.

Con riguardo a tali schemi contrattuali si tratta, allo stato attuale, di indici normativi ancora limitati, non ancora abbastanza significativi per poter parlare di una ulteriore segmentazione della disciplina del contratto nelle tre categorie di: contratto “tradizionale” (o primo contratto); contratto di consumo (il c.d. secondo contratto); contratto dell'impresa debole (o terzo contratto).

Regole di protezione in funzione correttiva di un contratto squilibrato si rinvengono nella disciplina del contratto di subfornitura, alla l. 192/1998, e nella legge sul franchising, le quali introducono norme a beneficio dell'impresa debole e, contestualmente, sanzionano

²⁷ Su tali categorie cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici* (con postilla sul “terzo contratto”), in *Riv. dir. priv.*, 2007, 12, p. 683 ss.; V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 267 ss.; VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, p. 743 ss.; CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 3, p. 549 ss.; GITTI G. – VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; GIANOLA A., *Terzo contratto*, in *Dig. Civ., Agg.*, IV, Torino, 2009, p. 570 ss.

comportamenti dell'impresa più forte che, abusando di tale forza, si traducono in un uso della propria libertà contrattuale in danno della controparte.

Norma cardine del sistema normativo del contratto di subfornitura è l'articolo 9, in tema di abuso di posizione economica cui la nostra Corte di cassazione ha riconosciuto una portata generale, non limitata al rapporto di subfornitura²⁸.

Nel franchising, invece, l'asimmetria su cui prettamente si sofferma la l. 129/2004 non riguarda tanto lo squilibrio informativo, tipico dei contratti con i consumatori, quanto quello economico. L'impresa debole spesso deve fare investimenti significativi per adempiere agli impegni contrattuali, necessitando quindi di una durata e stabilità del contratto per ammortizzare tali investimenti.

Questo porta a considerare la dipendenza economica come centrale nel terzo contratto, prevenendo abusi da parte dell'impresa più forte.

Nel franchising, prima della stipulazione del contratto, il franchisee potrebbe non essere ancora un imprenditore.

Tuttavia, la stipulazione del contratto costituisce il primo atto dell'attività d'impresa, con il franchisee che ha già compiuto investimenti preparatori.

Questo contratto, definito spesso come un contratto quadro, disciplina i futuri rapporti contrattuali tra le parti, consolidando il franchisee come imprenditore fin dalla sua stipulazione.

In conclusione, la categoria del terzo contratto evidenzia la necessità di proteggere le imprese in posizione di debolezza economica, prevenendo abusi e garantendo una maggiore equità contrattuale.

5. Da contratto innominato alla tipizzazione normativa

5.1. Normativa comunitaria

Fin da subito il contratto di franchising è stato attenzionato per i profili di antitrust coinvolti. Il punto di svolta è stato segnato nel 1986 con il caso *Pronuptia de Paris* di cui *supra* nel quale il giudice comunitario si è occupato di analizzare la legittimità delle clausole contenute nel contratto di franchising rispetto alla previsione contenuta nell'articolo 81 del trattato CE.

²⁸ Cfr. Cap. III., par. 4

Nel caso di specie era sorta una controversia tra *Pronuptia de Paris* – nota produttrice francese di abiti da sposa – nonché l'affiliante, e uno dei suoi affiliati in merito all'obbligo di quest'ultimo di pagare gli arretrati sulle royalties.

Dall'altra parte, l'affiliato sosteneva che il suo contratto fosse contrario all'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE e che quindi non potesse beneficiare dell'esenzione prevista per alcune categorie di accordi di esclusiva.

Come sottolineato dalla Corte in quell'occasione, il sistema di franchising di distribuzione, che consenta al concedente di sfruttare finanziariamente un complesso di metodi commerciali e la rinomanza di un'insegna, non lede di per sé la concorrenza.

La compatibilità dei contratti di franchising in fatto di distribuzione con l'articolo 85, n. 1, del trattato «*non può essere valutata astrattamente, ma va giudicata tenendo conto delle clausole contenute in detti contratti e del contesto economico nel quale essi si inseriscono*»²⁹.

Le clausole dei contratti di franchising di distribuzione che sono indispensabili perché il sistema possa funzionare non costituiscono, quindi, restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 85, n. 1, del trattato.

Ciò vale per le clausole che impediscono che il know-how e l'assistenza forniti dal concedente avvantaggino i concorrenti. Ciò vale, del pari, per le clausole che predispongano il controllo indispensabile per la conservazione dell'identità e della rinomanza della rete, contraddistinta dall'insegna del concedente³⁰.

Il primo paragrafo dell'articolo 81 del trattato CE dichiarava «*incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*»³¹.

Il terzo paragrafo dell'articolo 81 stabiliva, invece, che le disposizioni di cui sopra possono essere dichiarate inapplicabili alle intese che «*contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva*»³².

La Corte ritenne che le clausole contenute nel contratto in esame andassero astrattamente a falsare il gioco della concorrenza ma, per altro verso, tale effetto era bilanciato da effetti pro-competitivi apportati dallo stesso contratto al mercato rilevante.

²⁹ *Pronuptia de Paris* (CGE, 28/01/1986, causa 161/84)

³⁰ *Pronuptia de Paris* (CGE, 28/01/1986, causa 161/84)

³¹ Articolo 85, primo comma TCEE

³² Articolo 81 TFUE

Solo due anni più tardi venne emanato il regolamento n. 4087/1988 (oggi abrogato) sugli accordi di franchising, il quale non andava a disciplinare il contratto in oggetto, ma semplicemente esentava dal divieto di restrizioni verticali della concorrenza alcune clausole tipiche dei contratti di franchising.

Nell'individuare le clausole esenti dalla violazione dell'applicazione della normativa comunitaria in materia di antitrust, l'articolo 1 dello stesso regolamento offriva una definizione di tale tipologia contrattuale.

Così è stabilito che per franchising s'intende, ai soli fini del regolamento in esame «*un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, know-how o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi ad utilizzatori finali*». Ma soprattutto, «*per accordo di franchising si intende 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*»³³.

Il diritto della concorrenza europeo, in particolar modo in riferimento ai contratti d'impresa, ha subito una progressiva modernizzazione.

Il regolamento n. 2790/1999, seguito dalle Linee Guida sulle restrizioni verticali costituisce infatti una pietra miliare dell'*enforcement* comunitario, volto a superare le rigidità di un sistema basato, almeno relativamente agli accordi verticali, su una tendenziale "*per se illegality*" degli accordi ai sensi dell'articolo 81 (ex articolo 85) del Trattato ed una sistematica esenzione dal divieto (ai sensi del §3 dell'articolo 81), ancorata a dettagliati e formalistici regolamenti settoriali.

Nel passato, per definire lo stato dell'arte della disciplina delle intese verticali, si sono utilizzati i termini di "*strait-jacketing*" (o "*strait-jacket-effect*"), con riguardo alle rigidità causate da tale regime rispetto alla prassi contrattuale.

L'evoluzione giurisprudenziale ha reso possibile allargare i confini posti dalla normativa, escludendo dalla *black list* una serie di contratti che, in assenza di tali previsioni, verrebbero dichiarati contrari alle norme comunitarie.

Prima tra queste è la c.d. *de minimis doctrine*.

Il principio *de minimis* trae origine dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), che ha specificato che le leggi dell'UE in materia di concorrenza, in particolare l'articolo 101 (1) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), non sono applicabili quando l'accordo tra imprese non limita sensibilmente la concorrenza.

³³ Articolo 1 Reg. 4087/1988

La Commissione, poi, ha elaborato la Comunicazione *de minimis*, che crea i c.d. *safe harbours* (i porti sicuri) per alcuni accordi tra imprese che rientrano nei criteri di soglia del mercato.

Il criterio della soglia di mercato varia a seconda del rapporto tra le imprese.

Se la quota di mercato aggregata delle imprese che sono concorrenti effettivi o potenziali non supera il 10%, un accordo tra le parti è consentito.

Se la quota di mercato delle imprese che si trovano a livelli diversi della catena di fornitura (specificamente accordo verticale) non supera il 15%, un accordo è consentito.

Infine, se l'effetto cumulativo degli accordi stipulati da diversi fornitori e distributori non supera il 5%, gli accordi sono consentiti.

Tuttavia, gli accordi che costituiscono una restrizione per oggetto non godono dell'approdo sicuro, venendo classificati quali *hardcore restrictions* le quali seppur influiscono in minima percentuale il mercato rilevante in cui operano, sono comunque in grado di falsare il gioco della concorrenza.

5.2. Normativa nazionale

La serie di regolamenti di fonte europea ha fornito esclusivamente un'embrionale definizione e disciplina del contratto.

Con la legge 6 maggio 2004 n. 129 il legislatore italiano ha deciso di disciplinare il contratto di franchising, dopo un lungo iter parlamentare che vede le sue origini nel 1997.

Si tratta di una legge estremamente sintetica, composta di soli nove articoli la maggior parte dei quali diretti a disciplinare la fase della formazione del contratto.

Tale scelta rivela che il legislatore non è stato mosso dalla necessità di fornire una compiuta disciplina del contratto – mancano, infatti, riferimenti a diverse sue fasi, prima tra tutte le modalità di esecuzione del contratto stesso – quanto piuttosto dell'esigenza di tutela delle imprese e, in particolare, di quelle in posizione “debole” da eventuali abusi o frodi “travestiti” da contratti di distribuzione.

In particolare, la scelta di focalizzare la disciplina di tale tipologia contrattuale proprio sulla fase che precede la stipula dello stesso è influenzata dalla convinzione che solo attraverso una puntuale regolamentazione delle informazioni che devono essere trasmesse all'aspirante affiliato sia possibile superare l'asimmetria informativa che naturalmente impronta la fase della negoziazione del franchising – a tutto vantaggio del franchisor – consentendo a quest'ultimo di valutare in maniera equilibrata e consapevole l'opportunità e la convenienza dell'affare propostogli dal potenziale affiliante.

L'articolo 1 offre una definizione del contratto di affiliazione commerciale, la quale mostra una discendenza diretta con quella offerta dalla normativa europea.

Dalla definizione legislativa, ritenuta da più autori incompleta e perfettibile³⁴, sembra pacificamente potersi ritenere che le parti del contratto, affiliante (o *franchisor*) da una parte, e affiliato (o *franchisee*), dall'altra, debbano essere entrambe "imprenditori", posti in una posizione di indipendenza, a prescindere che svolgano o meno attività di impresa in forma societaria ("*due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti*")³⁵.

Autorevole dottrina ha sottolineato l'importanza della "rete", dovendosi desumere, dalla formulazione legislativa, che è necessario che sin dall'inizio vi sia la volontà (e/o il progetto) da parte del *franchisor* di inserire il *franchisee* nella propria rete³⁶.

L'articolo 1, al comma 2 prosegue disponendo che «*il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica*»³⁷.

Si è ritenuto che tale formulazione fosse fuorviante nella misura in cui l'estensione del *franchising* ad "ogni settore di attività economica" avrebbe potuto far credere che anche i professionisti intellettuali potessero avvalersi di tale tipologia contrattuale. L'ipotesi è però smentita dalla stessa legge: sulla base della definizione data al primo comma del medesimo articolo, il *franchising* è un contratto concluso da "soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti" (B2B).

Come sostenuto da autorevole dottrina³⁸, infatti, l'esercizio dell'attività dei liberi professionisti in forma imprenditoriale e, dunque, anche mediante *franchising*, sarebbe preclusa proprio dall'articolo 2238, comma 1, c.c. che stabilisce che le disposizioni in materia di impresa trovano applicazione nei confronti delle professioni intellettuali solo se «*l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa*»³⁹.

Pertanto, soltanto se la professione intellettuale è esercitata nell'ambito di un'altra attività qualificabile, di per sé, come impresa, allora i liberi professionisti potranno essere qualificati come imprenditori e, per quanto qui interessa, potranno stipulare contratti di *franchising*.

L'articolo 1, comma 3, infine, contiene la definizione degli elementi caratterizzanti del contratto di affiliazione commerciale:

³⁴ MAGRI G., *Precetti e sanzioni nella nuova disciplina sull'affiliazione commerciale*, in *Giur. It.*, 2006, XI, p. 1001 ss.

³⁵ PETERS L., *Una legge per il franchising*, in *Dir. Comm. Int.*, 2004, II, 323 ss.

³⁶ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising, Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012. Sul punto, in giurisprudenza, Trib. Novara, 14 luglio 2021, n. 507, il quale "*individua la causa concreta del contratto di franchising nell'inserimento del franchisee in una rete collaudata e radicata sul mercato, che beneficia delle conoscenze tecniche e del marchio franchisor, in un quadro di costante e proficua cooperazione*"

³⁷ Articolo 1, secondo comma l. 129/2004

³⁸ CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, Milano, 2012

³⁹ Articolo 2238 comma 1 cod. civ.

(i) *know-how*, qualificato 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*»;

(ii) diritto di ingresso, individuato come «*una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale*»;

(iii) *royalties*, ossia «*una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche*»;

(iv) beni dell'affiliante, cioè «*i beni prodotti dal franchisor secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal suo nome*»⁴⁰.

Si è visto che la citata L. 129/2004 dedica particolare attenzione alla fase che precede la stipulazione del contratto.

Proprio gli articoli di apertura della legge – dall'articolo 3 ss. – individuano una serie di cautele. In particolare, l'articolo 3 comma 2 impone che l'affiliante abbia sperimentato sul campo la validità del franchising prima di offrirlo ai futuri affiliati; l'articolo 4 impone stringenti obblighi di informazione precontrattuale a carico dell'affiliante; l'articolo 6, stabilisce un generale obbligo lealtà, correttezza e buona fede in fase precontrattuale e un ulteriore obbligo reciproco di fornire le informazioni necessarie e/o utili ai fini della stipulazione del contratto; infine, l'articolo 8 prevede la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto, in caso di false informazioni⁴¹.

Prima di definire gli elementi caratterizzanti il contratto di franchising, la legge 129/2004, dopo aver offerto al primo comma dell'articolo 1 la definizione di contratto di franchising precisa, al comma successivo, che «*il contratto di affiliazione può essere utilizzato in ogni settore di attività economica*»⁴².

Tuttavia, proprio con riguardo a quest'ultima disposizione la dottrina ha affermato che, se scopo dell'operazione oggetto della legge 129 è «*commercializzare determinati beni o servizi*»,

⁴⁰ Articolo 1, terzo comma, l. 129/2004

⁴¹ Cfr. Cap. II, par. 2

⁴² Articolo 1 comma 2, l. 129/2004

dovrebbero rimanere esclusi da tale disciplina tanto il franchising industriale, quanto quello all'ingrosso⁴³.

Il franchising industriale viene escluso per il fatto che esso è sostanzialmente diverso dalle forme tipiche di franchising poiché prescinde dall'inserimento dell'affiliato in una rete di vendita formata dall'affiliante e, in aggiunta, perché tale tipologia di franchising è generalmente inquadrata – in omaggio all'orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia CE nel celebre caso Pronuptia – come una licenza di marchio per la fabbricazione dei prodotti.

La differenza, infatti, tra il franchising industriale e quello, tipico, di distribuzione consiste nel fatto che nella prima ipotesi al franchisee non solo viene concesso di utilizzare l'insegna della casa madre, ma anche i brevetti.

I peculiari connotati dell'accordo, gli aspetti di radicale complessità cui può attingere, nella ricerca di una equilibrata regolamentazione delle reciproche posizioni delle parti attraverso un intreccio osmotico di dati e conoscenze tecnologiche, organizzative e gestionali, danno ragione della sua scarsa diffusione pratica⁴⁴.

Per quanto attiene al franchising all'ingrosso invece, si definisce tale quello in cui i franchisee, pur distribuendo sotto una comune insegna, rivendono ai distributori e non ai consumatori finali.

Viene generalmente escluso dalla portata della norma perché in esso – come anticipato – il franchisee non è un dettagliante, bensì un grossista la cui clientela, quindi, non è rappresentata dai consumatori finali quanto, piuttosto, dai dettaglianti stessi.

L'assunto può essere considerato veritiero con delle riserve: ad esempio, avuto riguardo alle finalità della *disclosure* (e cioè l'azione di mettere a disposizione della parte debole dell'accordo di tutte le informazioni necessarie affinché possa decidere con cognizione di causa), non è dubitabile che anche un franchisee produttore abbia bisogno di tali informative prima di avventurarsi in un'impresa che potrebbe risultare per lui rischiosa.

Non sono mancati, poi, orientamenti di senso opposto: per altra parte della dottrina sarebbe altresì sussumibile nella fattispecie legale dell'affiliazione commerciale anche il franchising all'ingrosso, sul presupposto che la legge in questione non distingue tra commercio al dettaglio e commercio all'ingrosso e che in sé “commercializzazione” non è soltanto quella svolta al dettaglio.

⁴³ NERVI A., *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005, p. 32; FICI A., *Il franchising*, in Sirena (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 73.

⁴⁴ CONTI A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, 2022

Tra queste posizioni tra di loro antitetiche, se ne colloca una intermedia che, con particolare riguardo al franchising industriale afferma l'applicabilità ad esso della legge 129/2004 a seconda che nel nucleo centrale del contratto prevalga o meno l'attività di distribuzione del prodotto rispetto a quella di produzione, tenendo conto che la prima, a differenza della seconda, focalizza l'attenzione proprio sull'attività di commercializzazione.

Da ultimo, richiamando il dettato della norma, dal secondo comma si ricava che il contratto di affiliazione «*può essere utilizzato in ogni settore di attività*»; ancora, il terzo comma, lett. d) consentirebbe di ricomprendere nel concetto di “beni dell'affiliante” non solo quelli prodotti da quest'ultimo direttamente, ma anche quelli fabbricati «*secondo le sue istruzioni*»⁴⁵ da terzi «*e contrassegnati dal suo nome*»⁴⁶.

Da ciò si deduce che si possa ritenere soggetto alla legge in esame il franchising che prevedesse il contestuale espletamento, da parte dell'affiliato, dell'attività di produzione dei beni (secondo le istruzioni dell'affiliante) e di commercializzazione degli stessi (tanto al dettaglio che all'ingrosso).

5.3. Le altre fonti: Il Codice europeo, la legge UNIDROIT e i Codici deontologici nazionali

Nell'ambito delle diverse definizioni aventi ad oggetto il contratto di franchising, che direttamente o indirettamente possono aver avuto un certo grado di influenza sul nostro legislatore in occasione della redazione della legge 129/2004, merita un cenno particolare quella fatta propria dalla Federazione Europea del Franchising (*European Franchising Federation*). Istituita nel 1972 ad opera delle più importanti associazioni di categoria operanti nella CE –tra le quali si annovera l'Assofranchising, dal cui codice deontologico la legge 2004 troverebbe diretta ascendenza.

Questa associazione include tra i propri compiti non solo quello di «*promuovere lo scambio di informazioni e documentazioni tra Federazioni o Associazioni di Franchising Nazionali e il resto del mondo*»⁴⁷ ma anche quello di costituire «*un insieme concreto di regole essenziali per il comportamento corretto da parte di coloro che operano il franchising in Europa*»⁴⁸.

⁴⁵ Articolo 1 comma 3, l. 129/2004

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ Codice deontologico europeo 5 dicembre 2003, parte introduttiva, articolo 2, punto n. 6

⁴⁸ Codice deontologico europeo, parte II, terzo alinea

Dopo un primo codice adottato dalla Federazione nell'anno della sua creazione – direttamente inserito nello Statuto della Federazione stessa – ed uno successivo presentato nel 1981 – elaborato unitamente alla Commissione europea – il Codice deontologico attualmente in vigore risale al 2003.

In esso è dato rinvenire una nozione di franchising che contiene tra gli «*elementi essenziali ed imprescindibili, i diritti concessi all'affiliante; i diritti concessi all'affiliato; i prodotti e/o servizi forniti all'affiliato; le obbligazioni dell'affiliante; le obbligazioni dell'affiliato; i termini di pagamento da parte dell'affiliato; la durata del contratto, che dovrà essere sufficientemente lunga per consentire all'affiliato di ammortizzare i propri investimenti iniziali e un'altra serie di requisiti*»⁴⁹.

6. Natura giuridica del contratto

Alla luce della definizione offerta dalla legge 129/2004 – di chiara derivazione comunitaria, come anticipato – è possibile senz'altro affermare che il franchising è un contratto di impresa, bilaterale, oneroso, a prestazioni corrispettive, non associativo, di durata, caratterizzato dall'*intuitus personae*.

Rientrando nella categoria dei contratti di distribuzione, il negozio in esame si presenta altresì come un contratto avente una causa complessa nella quale coesistono tanto una componente di collaborazione, quanto una di distribuzione.

In primo luogo, dunque, trattasi di un contratto necessariamente di impresa, dal momento che esso «*intercorre tra due imprenditori economicamente e giuridicamente indipendenti*»⁵⁰.

In aggiunta, senza alcun dubbio, il contratto di franchising può pacificamente annoverarsi tra i contratti bilaterali, in quanto stipulato tra due soggetti, il franchisor ed il franchisee.

Infatti, benché l'affiliato si inserisca in una rete, questi ha rapporti diretti solo con l'affiliante e non anche con gli altri affiliati, rispetto ai quali non è collegato con vincoli di tipo contrattuale⁵¹.

Sul requisito dell'onerosità del contratto di franchising, appare chiaro il dettato della legge 129, incentrato sull'elemento della cessione dei diritti di proprietà su beni immateriali verso corrispettivo.

⁴⁹ Codice deontologico europeo, parte II, articolo 5, paragrafo 5.4

⁵⁰ Articolo 1, primo comma, legge 129/2004

⁵¹ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012

Circa lo schema causale dei contratti a prestazioni corrispettive, nel contratto in parola esso si manifesta attraverso il vantaggio che ciascun contraente ricava dalla controprestazione dell'altro.

Attraverso la sua stipulazione, infatti, il franchisor organizza una rete di distribuzione piuttosto ampia senza doverne sopportare i costi, si avvale della collaborazione degli affiliati per promuovere i suoi marchi ed insegne, ingenera la convinzione nei consumatori che trattasi di una rete gestita esclusivamente dal medesimo.

Quanto al franchisee, il vantaggio che questi trae dall'affiliazione commerciale è sostanzialmente riconducibile alla possibilità di sfruttare la reputazione e l'esperienza del franchisor che oltre facilitargli l'accesso al mercato, consente al medesimo di minimizzare il rischio di impresa.

Per converso, al franchising non può invece riconoscersi natura associativa⁵².

Per parte della dottrina, l'impossibilità di configurare in questo senso il negozio in discorso troverebbe giustificazione nell'autonomia soggettiva che le parti mantengono nonché nella mancata creazione di un nuovo organismo quale conseguenza della stipula di esso.

Per altra, invece, tale esclusione troverebbe il proprio fondamento nella diversa finalità che le prestazioni delle parti rivestano nei contratti associativi rispetto a quelli sinallagmatici, tra i quali ultimi rientra l'affiliazione commerciale.

Invero, mentre nei contratti associativi la prestazione di ciascuno dei contraenti è finalizzata al conseguimento di uno scopo comune, nel contratto in parola la prestazione di ciascuna parte è a vantaggio dell'altra.

Il franchising è, inoltre, sia un contratto dal quale discendono prestazioni destinate a ripetersi nel tempo e, quindi, di durata — e ciò «anche se le parti non avessero stabilito alcunché» — sia un contratto caratterizzato dalle qualità personali delle parti; in altre parole, un contratto fondato sull'*intuitus personae*.

Sul punto, come si vedrà in seguito, non è raro l'inserimento nel contratto di clausole che, con riferimento alla figura del franchisee, gli vietino di cedere a terzi il contratto nonché di vendere o affittare a terzi la propria azienda ovvero gli impongano di concedere al franchisor un diritto di prelazione, nel caso in cui questi decida di alienare la propria azienda.

Non solo quelle del franchisee, ma anche le qualità personali del franchisor rivestono una rilevante importanza.

⁵² TOSCANO G., in VILLANACCI G., *I contratti della distribuzione commerciale*, 2010; FAUCEGLIA G., *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1988, vede, invece, nei singoli negozi di cui si compone il franchising — somministrazione, licenza di marchi, trasferimento di *know how*, ecc. — momenti di attuazione di un contratto organizzativo-associativo; salvo poi ricondurre il contratto di franchising nell'ambito dello schema tipico del consorzio con attività interna.

Da tale assunto, la legge riconosce all'affiliato la legittimazione a recedere anticipatamente dal rapporto in caso di cessione dell'azienda da parte dell'affiliante, di messa in liquidazione della stessa ovvero di mutamento della compagine sociale.

Sotto un profilo classificatorio il franchising si colloca all'interno della categoria dei contratti di distribuzione, intesi questi ultimi nella loro accezione più generale, come gamma di accordi che permettono di coordinare la fase della produzione con quella della distribuzione.

7. Tipologie di franchising

Gli elementi di fondo che caratterizzano il franchising possono essere individuati nella concessione di un "privilegio" in favore del franchisee e nella riserva di un potere di "controllo" in capo al franchisor.

In ogni caso, si tratta di un rapporto che si instaura tra due imprenditori autonomi la cui collaborazione è finalizzata alla realizzazione di un'azione integrata sul mercato.

Riportandosi alla decisione della Corte di Giustizia CE nella celebre sentenza *Pronuptia*, è possibile evidenziare tre diverse specie di contratti di franchising: quello di servizi, quello di produzione e quello di distribuzione.

Secondo il giudice comunitario, ricorre il franchising di servizi, quando il «*cessionario offre servizi usando l'insegna, il nome commerciale e talvolta il marchio del concedente, conformandosi alle direttive di questo*»⁵³.

Nel franchising in materia di servizi, il franchisor affida al franchisee la prestazione di un determinato servizio (o di una serie di servizi) riconoscendo a quest'ultimo il diritto di utilizzare i propri segni distintivi nel rispetto delle istruzioni impartitegli dal primo.

In questa figura riveste un ruolo centrale la trasmissione del *know how* elaborato dal franchisor in favore del franchisee, in modo tale da consentire all'affiliato di "replicare" la prestazione ideata, messa a punto e sperimentata dall'affiliante⁵⁴.

Invero, se con riguardo a questa peculiare tipologia di franchising è legittimo sostenere che l'affiliato non è chiamato a vendere alcun prodotto «*se non collateralmente, in funzione dei servizi prestati*»⁵⁵, non è unanimemente condivisa, in dottrina, l'affermazione secondo la quale il franchising di servizi realizza «*un rapporto di collaborazione più stretto tra franchisor e*

⁵³ Paragrafo 13, sentenza *Pronuptia*, Corte di Giustizia CE, 28 gennaio 1986

⁵⁴ DELLI PRISCOLI L., *Franchising e tutela dell'affiliato*, cit., p. 21; CASSANO G., *I contratti di distribuzione. Agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising*, 2006; AMOROSO M. – BONANI G. – COLOMBI F. – FRIGNANI A., *Il franchising*, Milano, 1987, cit. p. 41

⁵⁵ BALDI R. – VENEZIA A., *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, IX ed., Milano, 2020, cit., p. 170

franchisee»⁵⁶.

Il franchisor, di conseguenza, sarà tenuto ad un controllo costante sulla conformità del servizio fornito dal franchisee alle istruzioni impartite, dal momento che, in tale ultima ipotesi, il servizio oggetto del contratto è non solo distribuito ma anche prodotto dal secondo.

Pur ammettendo che nel franchising di servizi, verosimilmente, sarà più complesso e difficoltoso verificare se un certo standard sia stato rispettato, non è da escludere tuttavia che un simile controllo sia necessario anche per le altre forme di franchising.

Procedendo con l'analisi della sentenza, si parla di franchising in materia di produzione, quando *«il concessionario fabbrica direttamente, in base alle indicazioni del concedente, prodotti che vende con il marchio di quest'ultimo»*⁵⁷.

Si discute di franchising di produzione (o industriale) quando il franchisee fabbrica direttamente un certo prodotto sfruttando le conoscenze tecnologiche, i brevetti di fabbricazione nonché i procedimenti organizzativi messi a sua disposizione dal franchisor ed in seguito lo mette in vendita sotto il marchio dello stesso franchisor.

In questo tipo di franchising, dunque, il franchisee si obbliga a produrre un bene nel rispetto delle indicazioni del franchisor, finalizzate essenzialmente a far conseguire al primo un livello qualitativo di produzione identico a quello realizzato dal franchisor, nonché a distribuire i beni dal medesimo fabbricati.

Il franchisor, per contro, si impegna a mettere a disposizione dell'affiliato le materie prime di cui questi necessita per la fabbricazione del bene, gli garantisce un'assistenza tecnica costante, effettuando, eventualmente, anche un'adeguata campagna promozionale.

In ogni caso, trattasi di un franchising non molto diffuso nella prassi, soprattutto in considerazione degli ingenti investimenti richiesti al franchisee per realizzare la struttura industriale necessaria a produrre e distribuire il bene ideato dal franchisor⁵⁸.

Considerazione quest'ultima che rende al contempo evidente la ragione stessa per la quale l'affiliante ricorre a questa peculiare tipologia di franchising: evitare i costi legati alla creazione di un nuovo sito industriale, scaricandoli per intero sulle spalle del franchisee.

⁵⁶ DELLI PRISCOLI L., *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000, p. 21

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ A questo proposito pare fondata la critica mossa da Tripodi in IANNOZZI P. – PANDOLFINI V. – TRIPODI E., *Il manuale del franchising. La disciplina normativa, la giurisprudenza, i modelli contrattuali*, p. 190 in nota 148 a ZUDDAS G., *Somministrazione concessione di vendita franchising*, in *Tratt. Dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2004, cit., p. 295, secondo il quale i vantaggi dell'operazione in discorso sarebbero *«per il franchisee di accedere ad un patrimonio di know how che altrimenti sarebbe irraggiungibile in considerazione delle modeste dimensioni della sua azienda»*. Dal momento che, afferma Tripodi, *«l'industrial franchisee deve avere le stesse identiche potenzialità e strutture di cui dovrebbero dotarsi il franchisor per produrre e distribuire i prodotti oggetto del contratto nel territorio assegnato al franchisee»*.

Infine, può definirsi franchising di distribuzione, quello «nell'ambito del quale il concessionario si limita a vendere determinate merci in un negozio recante l'insegna del concedente»⁵⁹.

Con il franchising di distribuzione, il franchisor affida al franchisee il compito di procedere alla commercializzazione dei beni dai medesimi prodotti trasmettendo, per tale ragione, a quest'ultimo il diritto di utilizzare la propria insegna, il proprio marchio nonché il proprio *know-how* commerciale.

Il tutto avviene in conformità alle istruzioni dettate dallo stesso franchisor.

In questo ambito assume rilievo centrale tanto l'obbligo della fornitura di una quantità minima di beni da rivendere, facente capo al franchisor, quanto quello, gravante sul franchisee, di assicurare ai prodotti una commercializzazione costante ed uniforme⁶⁰.

Non è invece fondamentale che il franchisor sia il produttore del bene da distribuire, ben potendo quest'ultimo costruire la propria offerta commerciale anche utilizzando beni fabbricati da altri imprenditori.

Per contro è invece importante che essi siano poi messi a disposizione – unitamente alla propria formula commerciale – degli affiliati appartenenti alla rete.

Tra le varie tipologie esistenti, è senz'altro questa ad aver avuto la maggiore diffusione, come testimonia la sua presenza nei più svariati settori: dalla moda all'arredamento, dai generi alimentari alla Grande Distribuzione Organizzata (GDO), la quale quest'ultima ha preso piede in una varietà di settori, mostrando la sua versatilità e la sua capacità di adattarsi alle esigenze dei consumatori contemporanei: dalla vendita al dettaglio di alimentari alla distribuzione di elettronica di consumo.

8. Il franchising internazionale

Alla luce di tutto quanto sopra rappresentato, appare chiaro, dunque, che il franchising è una formula distributiva che permette di integrare la filiera e di rendere più efficiente il processo di distribuzione e di vendita.

Nel corso degli anni, l'apertura dei mercati ha fatto sì che i titolari di reti di franchising non limitassero il proprio potere espansivo al territorio nazionale, accogliendo strategie di internazionalizzazione della propria rete.

⁵⁹ *Ibidem*

⁶⁰ VACCÀ C., *Gli accordi di franchising, il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto*, in *Dir. comm. internaz.*, 1990

Il franchising internazionale consente ad un franchisee di utilizzare le procedure, il know-how e il modello di business autorizzati dal franchisor per avviare la propria attività all'estero.

Questa tipologia di accordo ha l'obiettivo aiutare a migliorare la visibilità del brand e produrre entrate extra in un nuovo Paese.

Lo scopo del franchising internazionale è quello di commercializzare i beni e servizi di un'azienda oltre i confini nazionali.

Ha lo scopo di condurre il brand ad una crescita, limitando però ingenti investimenti di capitale, poiché l'affiliato si assume tali costi ed eventuali rischi. In questo modo si crea una rete di punti vendita che ampliano sia il mercato che la clientela.⁶¹

Quando un franchisor decide di espandersi all'estero deve innanzitutto scegliere la modalità che meglio si adatta alle sue esigenze.

A tale fine gli strumenti a disposizione sono quelli del master franchising dell'Area Development Agreement (ADA) e dell'Area Representative Agreement (ARA).

8.1. Il master franchising

Il master franchising è statisticamente il contratto più frequentemente utilizzato per espandere all'estero una rete in franchising.

Attraverso tale contratto, il franchisor (master franchisor) concede ad un soggetto avente sede nel paese estero (master franchisee) il diritto di stipulare contratti di sub-franchising in esclusiva in una determinata area, cioè il diritto di stipulare contratti di franchising con gli affiliati (sub-franchisee), concedendo loro il diritto di utilizzare il marchio e il c.d. *franchise package*.

Il Master Franchisee va quindi a rappresentare il franchisor nel paese estero, intrattenendo rapporti diretti con i vari affiliati.

Il franchisor intrattiene rapporti contrattuali solo con il Master franchisee, e non con i franchisee esteri. Da ciò deriva che, in caso di inadempimento dei contratti di sub-franchising, i sub-franchisee potranno rivalersi solo nei confronti del Master franchisee, il quale sarà a sua volta responsabile nei confronti del franchisor per inadempimento del contratto di Master franchising.

Disciplina nazionale di riferimento dell'istituto è l'articolo 2, legge 129/2004.

Ai sensi dell'articolo 2, le disposizioni concernenti il contratto di franchising, come definito all'articolo 1, si applicano «*anche al contratto di affiliazione commerciale principale con il*

⁶¹ *Franchising all'estero: espandere la rete, prospettive e opportunità in Franchisingcity*

quale un'impresa concede all'altra, giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale allo scopo di stipulare accordi di affiliazione commerciale con terzi»⁶².

La legge, con tale disposizione si riferisce al master franchising come un modello organizzativo cui ricorrono quelle imprese che intendono sviluppare la propria rete in mercati esteri, ovvero in aree nazionali quando non siano attrezzate per (oppure non abbiano intenzione di) procedere direttamente all'individuazione ed alla conseguente instaurazione di rapporti con gli affiliati.

La ragione della stipulazione di un contratto di master franchising risiede nella necessità, per il franchisor, di sviluppare la propria rete commerciale in un ambito territoriale determinato nel quale ritenga più efficace affidare la gestione diretta della rete ad un altro soggetto⁶³.

Questa esigenza può essere dettata, oltre che da ragioni economiche e di marketing (come la distanza dalla casa-madre, vastità del nuovo territorio, non conoscenza del mercato, etc...), anche da ragioni giuridiche (ad esempio una scarsa conoscenza delle norme civili e fiscali, degli usi commerciali, necessità di controllo accentrato dell'utilizzo dei suoi segni distintivi, del suo know-how...).

Ad esso faceva riferimento anche il Regolamento CE 1988/4087 – ormai non più in vigore – all'articolo 1, comma 3, lett. c).

Il Regolamento concerneva nello specifico l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising.

Tale norma asseriva che: per accordo di franchising principale si intende *«un accordo tra due imprese, in base al quale una, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato principale, dietro corrispettivo finanziario diretto od indiretto, il diritto di sfruttare un franchising allo scopo di stipulare accordi di franchising con terzi, gli affiliati»⁶⁴.*

La nozione non trovava d'altra parte accoglimento nel successivo Regolamento CE 1999/2790 né, peraltro, risulta essere presente in quello attualmente in vigore: il Regolamento CE 2010/330, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

Elemento di novità che si ricava dal paragone con il franchising “ordinario” riguarda l'aspetto remunerativo: sia, in passato, il Regolamento CE 1988/4087 che, oggi, la legge nazionale all'articolo 2 prevede che il corrispettivo, che nel contesto del rapporto di franchising ordinario è esclusivamente diretto, nel contratto di master franchising può essere anche indiretto.

⁶² Articolo 2, legge 129/2004

⁶³ ADAMO G., “*Contratto di Master Franchising: cos'è e come funziona*”

⁶⁴ Articolo 85 par. 3, Reg. CE 4087/1988

In sostanza – come sottolineato da autorevole dottrina – la remunerazione spettante all'affiliante per la condivisione della propria formula commerciale potrà provenire, oltre che dall'affiliato principale, anche dai subaffiliati, nella misura di «una quota del diritto di ingresso e delle somme periodiche previste dal contratto di subaffiliazione»⁶⁵.

Alla luce della riferita definizione, i rapporti che vengono in rilievo nell'ambito del master franchising sono sostanzialmente due.

Il primo, intercorrente tra il franchisor ed il master franchisee, è disciplinato dalle norme di diritto internazionale privato laddove, beninteso, le imprese abbiano nazionalità differente.

Il secondo, quello che vede come contraenti il master franchisee ed i suoi franchisees – i quali non hanno, perciò, alcun tipo di rapporto contrattuale con il franchisor originale – si presenterà invece come un franchising nazionale che in quanto tale sarà retto dalle norme dell'ordinamento interno comuni alle parti.

Considerando che i due rapporti sono tra di loro necessariamente coordinati, graverà sul master franchisee tanto il controllo dei subaffiliati, quanto l'esercizio delle azioni civili normalmente spettanti al franchisor.

Per converso, egli risponderà nei confronti del franchisor delle violazioni all'immagine e al prestigio del franchising attuate dai subaffiliati.

Il fondamento di tale legittimazione – attiva nel primo caso e passiva nel secondo – sussistente in capo al master franchisee è da ricercare nel fatto che questi acquisisce, attraverso la licenza concessagli dal franchisor, la titolarità sia dei segni distintivi che del *know-how* tipico.

Dunque, la scelta del master-franchisee riveste per il franchisor un'importanza fondamentale, poiché il successo o l'insuccesso della rete sull'intero territorio concesso in esclusiva dipendono in gran parte da tale soggetto, onde si pone il problema della sua responsabilità.

Una volta delineato come funziona il master franchising, passiamo a considerare i reciproci obblighi del master franchisee e del master franchisor.

Il master franchisor è tenuto a fornire al franchisee la licenza d'uso del proprio marchio, in esclusiva in una specifica area e per un tempo prestabilito definito dal contratto; assistenza per l'apertura dei punti vendita (procedure operative, materiale promozionale ecc.); formazione iniziale; assistenza tecnica e commerciale.

Dall'altra parte, il master franchisee è invece tenuto a: ampliare il franchising tramite le affiliazioni sul territorio, in base alle regole previste nel contratto col franchisor; promuovere il

⁶⁵ BORTOLOTTI F., *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, Padova, 2004, p. 91, a proposito del corrispettivo indiretto, afferma che tale definizione lascia spazio «come sembra ragionevole nel contesto di un contratto sostanzialmente diverso come il master franchising, a soluzioni diversificate»

franchising tramite la pubblicità locale; promuovere i prodotti; fornire assistenza tecnica e commerciale agli affiliati; verificare il rispetto degli obblighi contrattuali da parte degli affiliati. Nel caso in cui il master franchisee non rispetti i suoi doveri, il franchisor può risolvere il contratto, oppure limitare l'esclusiva del suo affiliato.

Al contrario, in caso di inadempimento contrattuale nei confronti degli affiliati, i sub-franchisee potranno rivalersi solo nei confronti del master franchisee, in quanto il franchisor non intrattiene rapporti commerciali con i sub-affiliati.

Con un contratto di master franchising, entrambe le parti possono ottenere diversi benefici sul piano commerciale.

I vantaggi principali del master franchising sono la conoscenza diretta del mercato locale; la maggiore velocità di espansione della rete, soprattutto all'estero; il maggiore margine di risparmio, in quanto si evitano gli ingenti investimenti legati al franchising diretto; la condivisione del rischio tra master franchisee e master franchisor; una maggiore conoscenza del target di riferimento, al fine di modellare le proposte commerciali in base alle preferenze locali.

Non bisogna, però, ignorare una serie di svantaggi che derivano dalla stessa formula: primo fra tutti, la perdita del controllo dei sub-franchisee da parte del franchisor, in quanto vengono gestiti direttamente dal master franchisee.

Possibili conseguenze negative possono poi ricadere sull'immagine del brand in caso di errata gestione da parte del franchisee.

A livello economico, il franchisor percepirà minori guadagni rispetto al franchising diretto, dal momento che il franchisor non percepisce le *royalties* dei sub-franchisee, le quali spettano al master franchisee.

Uno dei primi parametri da valutare e, quindi, una delle prime cautele di cui tener conto nella scelta di tale modello contrattuale è la legge applicabile al contratto.

Il raggiungimento di un certo grado di certezza nell'esecutività di un master franchising internazionale dipenderà in larga misura dal fatto che le parti abbiano scelto la legge da applicare ai loro rapporti e dall'accordo sull'approccio da adottare nella risoluzione di eventuali controversie che possono sorgere tra le parti.

Nel caso in cui le parti del contratto non abbiano provveduto ad individuare, esplicitamente o implicitamente, la legge ad esso applicabile, soccorrono al riguardo i principi indicati nel primo paragrafo dell'articolo 4 del Regolamento 2008/593 (Roma I).

Tra essi rileva, in special modo, il criterio di collegamento indicato alla lett. e) in forza del quale «il contratto di affiliazione (franchising) è disciplinato dalla legge del Paese nel quale l'affiliato ha la residenza abituale» (articolo 4, paragrafo primo, lett. e), Regolamento Roma I) ovvero,

trattandosi di società, del luogo in cui «si trova la loro amministrazione centrale» (articolo 19, paragrafo primo, Regolamento Roma 1).

Peraltro, anche tale criterio per quanto preciso può essere disatteso ed in suo luogo essere utilizzato quello contenuto nel secondo paragrafo dell'articolo 4, secondo il quale «il contratto è disciplinato dalla legge del Paese nel quale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto ha la residenza abituale».

Considerando l'ultimo assunto, bisogna precisare che nel franchising la prestazione caratteristica è quella posta in essere dal franchisee⁶⁶.

Sempre che le parti non abbiano provveduto ad individuare esse stesse – in omaggio al criterio della scelta – tale legge e la determinazione di quest'ultima non sia possibile attraverso l'applicazione dei criteri indicati nei primi paragrafi dell'articolo in commento.

Per quanto concerne, invece, il problema dell'identificazione del giudice competente a decidere su una controversia avente ad oggetto un contratto di franchising internazionale – e cioè un contratto che presenti un elemento di estraneità rispetto al nostro ordinamento – esso viene risolto attraverso l'applicazione dei principi contenuti nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e in quella di Roma del 1980, delle disposizioni contenute nel Regolamento CE 2001/44 (c.d. Bruxelles 1), nel già esaminato Regolamento 2008, n. 593 (c.d. Roma 1) ed in quello 2012, n. 1215 (c.d. Bruxelles 1 bis), nonché delle regole fatte proprie dalla richiamata legge 218/1995. Alla luce delle considerazioni svolte in ordine sia al Regolamento Bruxelles 1-bis, sia alla legge 1995/218, possiamo dunque ritenere sussistente la competenza di un giudice italiano, relativamente ad un contratto di master franchising che presenti elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento, quando il convenuto (sia esso il franchisor, il master franchisee o un subaffiliato) abbia in Italia la propria sede, la propria amministrazione centrale ovvero il centro della propria attività principale (articolo 63 Regolamento Bruxelles 1-bis articolo 25 legge 1995/218).

Detta competenza ricorre, inoltre, anche quando una delle parti del rapporto abbia in Italia «un rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma dell'articolo 77 del Codice di procedura civile»⁶⁷.

La giurisdizione italiana sussiste altresì nelle ipotesi — richiamate dalla stessa legge 1995/218 (all'articolo 3, secondo comma) — che fanno riferimento ai criteri di collegamento speciali o

⁶⁶ BALDI R. – VENEZIA A. *op. cit.*, p. 725. Di diverso avviso TONOLO S., *La legge applicabile ai nuovi contratti: i casi del factoring e del franchising internazionale*, in *Contr. Impr. Europa*, 2003, pp. 572-573 per cui la prestazione caratteristica, nell'ambito del contratto di franchising internazionale, non sarebbe invece concretamente individuabile

⁶⁷ Articolo 3, primo comma, l. 218/1995

facoltativi stabiliti dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 e quindi, per tutta una serie di successivi rinvii, al Regolamento 1215/2012.

In forza di quest'ultimo regolamento, dunque, il giudice italiano è competente a conoscere della controversia avente ad oggetto un contratto di master franchising quando sia ubicato in Italia «il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio» (si tratta del c.d. *forum solutionis*)⁶⁸.

Fatta salva in ogni caso l'ipotesi in cui sia stata prevista una “diversa convenzione” tra le parti⁶⁹. Una volta individuata la legge processuale e sostanziale applicabile al contratto di master franchising, è opportuno considerare un'ulteriore variante, che si sostanzia quando il franchisor abbia provveduto a depositare a proprio nome, nel Paese nel quale intende espandersi, i propri marchi e segni distintivi.

In tale ipotesi, lo scenario giuridico sarà ovviamente differente: la relazione contrattuale si instaura direttamente tra il franchisor ed i subaffiliati, mentre il rapporto corrente tra il master franchisee e l'affiliante è unicamente rivolto a far assumere al primo un obbligo di intermediazione, corrispondente alla ricerca e alla successiva selezione dei vari affiliati.

8.2. Area Development Agreements

Nel settore del franchising, gli Area Development Agreements (di seguito anche solo “ADA”) giocano un ruolo fondamentale nelle strategie di espansione e crescita sia dei franchisor che degli affiliati.

Un ADA è un accordo contrattuale che concede a un franchisee il diritto di aprire e gestire più unità all'interno di un'area geografica specifica per un periodo definito.

Un ADA, noto anche come “accordo di sviluppo multi-unità”, è un accordo contrattuale tra un franchisor e un franchisee con cui si concede a quest'ultimo il diritto esclusivo di sviluppare e gestire più unità in franchising all'interno di un determinato territorio geografico.

L'accordo delinea i termini, le condizioni e gli obblighi per lo sviluppo e la gestione delle unità in franchising, compreso il numero di unità da sviluppare sviluppo e le considerazioni a carattere finanziario.

L'ADA stabilisce un programma di sviluppo che delinea la gestione delle unità in franchising all'interno del territorio designato.

⁶⁸ Articolo 7, n. 1 Regolamento Bruxelles I-bis

⁶⁹ Articolo 25, Regolamento Bruxelles I-bis

Il territorio geografico all'interno del quale l'affiliato deve operare può essere definito in base a fattori demografici, al potenziale di mercato o, ancora, ai confini geografici. Il programma di sviluppo, invece, può includere scadenze specifiche per la selezione del sito, la costruzione e l'apertura di ciascuna unità, nonché tappe fondamentali per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo.

Inoltre, specifica il numero di unità in franchising che l'affiliato è obbligato a sviluppare e gestire nel territorio designato.

L'impegno per le unità può essere espresso come un numero minimo di unità da sviluppare nel corso della durata dell'accordo, con la previsione di unità aggiuntive in base alle prestazioni e alla domanda del mercato.

L'ADA delinea le considerazioni finanziarie relative allo sviluppo delle unità in franchising, comprese le spese iniziali di franchising, le royalties, le spese pubblicitarie e altre spese da pagare all'affiliante.

L'accordo può anche specificare incentivi finanziari o sconti al raggiungimento di obiettivi di sviluppo o tappe fondamentali e può includere standard di prestazione e parametri di riferimento che l'affiliato è tenuto a rispettare.

Gli standard di prestazione possono riguardare – a titolo esemplificativo – gli obiettivi di vendita e le metriche di soddisfazione dei clienti.

Per quanto attiene al rinnovo e alla risoluzione del contratto, l'ADA può prevedere che le clausole di rinnovo possono essere subordinate al raggiungimento da parte dell'affiliato di obiettivi di sviluppo o di standard di prestazione, mentre le clausole di risoluzione possono operare quale conseguenza dell'inadempimento o della non conformità agli obblighi contrattuali.

Da tale accordo derivano una serie di vantaggi: esso concede all'affiliato i diritti esclusivi di sviluppare e gestire unità in franchising all'interno di un territorio designato, fornendo un vantaggio competitivo e una protezione del mercato contro potenziali sconfinamenti da parte di altri affiliati o concorrenti.

L'ADA consente, poi, agli affiliati di espandere la propria attività e di sfruttare le economie di scala sviluppando più unità in un'area geografica definita.

Ciò consente un uso efficiente delle risorse, operazioni semplificate e una maggiore penetrazione del mercato.

Lo sviluppo di più unità all'interno di un territorio contiguo consente agli affiliati di snellire le operazioni, ottimizzare la logistica della catena di fornitura e sfruttare la gestione centralizzata e i servizi di supporto, con conseguente maggiore efficienza ed economicità.

Spesso, sono gli stessi franchisor a fornire supporto e assistenza, integrando programmi di formazione e, in aggiunta, supporto completo nelle vendite, per facilitare il successo dello sviluppo e della gestione di più unità all'interno del territorio designato.

D'altra parte, i franchisor devono tenere a mente una serie di considerazioni: innanzitutto, devono necessariamente condurre un'accurata valutazione del mercato per identificare i territori adatti allo sviluppo e valutare il potenziale del mercato in cui andrebbe ad operare.

Possono, poi, stabilire criteri di selezione per gli sviluppatori dell'area, che considerino la stabilità finanziaria, l'esperienza operativa e l'impegno nei confronti degli standard del marchio. Anche sull'affiliato, come sappiamo, scaturiscono dall'accordo una serie di obblighi e, da ciò, anch'esso è tenuto a valutare una serie di questioni.

Prima fra tutte, gli affiliati devono valutare le proprie risorse e capacità finanziarie per soddisfare gli obblighi di sviluppo e gli impegni finanziari delineati nell'ADA.

Devono, poi, valutare la loro capacità operativa e l'infrastruttura per gestire efficacemente più unità e garantire la conformità agli standard del marchio e ai parametri di prestazione.

In conclusione, gli accordi di sviluppo dell'area sono un accordo strategico e reciprocamente vantaggioso che consente ai franchisor, da una parte, di espandere l'impronta del proprio marchio e, dall'altra, ai franchisee di sfruttare le opportunità di crescita all'interno di un territorio designato.

Delineando i diritti, gli obblighi e le considerazioni per entrambe le parti, l'ADA facilita il successo dello sviluppo e della gestione di più unità in franchising, garantendo al contempo la conformità ai requisiti legali e normativi.

8.3. Area Representative Agreements

Gli accordi di rappresentanza di zona hanno ad oggetto la designazione di un "promotore di zona" per un determinato territorio.

Il Rappresentante di zona è incaricato dal franchisor di una serie di compiti per lo sviluppo del franchising, quali il reclutamento e selezione di candidati franchisee in una specifica area; negoziazione con potenziali affiliati; lo svolgimento di una serie di servizi a favore degli affiliati quali: l'individuazione dell'ubicazione del punto vendita; la formazione; l'assistenza nella fase di avviamento; le ispezioni e i controlli; la pubblicità; la consulenza di marketing.

Si tratta, quindi, di soggetti ai quali vengono delegate le funzioni di promozione del format e la selezione dei franchisee, nonché la successiva gestione della rete e dei servizi correlati, come assistenza e formazione.

In poche parole, il rappresentante di zona è una persona incaricata delle vendite e dell'assistenza sul campo per conto dell'affiliante, che partecipa a una parte delle royalties raccolte dagli affiliati nel territorio del rappresentante di zona.

Agisce, a seconda dei compiti affidatigli, come intermediario (*broker*) dell'affiliante o come fornitore di servizi. In ogni caso, il Rappresentante di zona agisce sempre per conto dell'affiliante, che è direttamente responsabile dei rapporti contrattuali con gli affiliati.

Tuttavia, nei rapporti quotidiani con gli affiliati, il Rappresentante di zona è spesso percepito da questi ultimi come il “vero” franchisor, dato il rapporto piuttosto stretto che si instaura tra questi soggetti.

Il Rappresentante di zona riceve una remunerazione per l'attività svolta, spesso sotto forma di quota del ricavato derivante dalla *entrance fee* e delle royalties pagate dagli affiliati.

Il ricorso a un Rappresentante di Area consente al franchisor di mantenere un elevato grado di controllo diretto sugli affiliati e di ampliare più rapidamente la rete di franchising, data l'esperienza e le capacità dell'Area Developer nel processo di selezione.

D'altra parte, in questo modo il franchisor mantiene tutte le responsabilità contrattuali legate al rapporto con gli affiliati.

Il fattore chiave di differenziazione tra un rappresentante di zona e il master franchising è che il master franchising concede all'affiliato il diritto di diventare il franchisor in un'area in cui è autorizzato a offrire sub-franchising.

L'Accordo di Rappresentanza di Area è proprio questo, un “rappresentante” dell'affiliante che agisce localmente per conto dell'affiliante e che partecipa alle commissioni riscosse.

9. Il corner franchising

L'articolo 2, al secondo comma, legge 129/2004 precisa che le disposizioni della legge sono applicabili anche al «contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato allo svolgimento dell'attività commerciale di cui al comma 1 dell'articolo 1».

Con tale indicazione ci si riferisce al corner franchising (o franchising parziale), figura ricorrente con una certa frequenza all'interno di locali caratterizzati da superfici piuttosto ampie, nell'ambito dei quali viene svolta l'attività di distribuzione di beni o di erogazione di servizi da parte della grande distribuzione organizzata.

La peculiarità di questa fattispecie risiede nella circostanza che l'affiliato riproduce nel proprio spazio commerciale “angoli” che ripetono, sia pure in misura ridotta, le caratteristiche attrattive dei punti di vendita “normali” della catena del franchisor.

Si parla, perciò, di “un negozio nel negozio”⁷⁰.

Merita sottolineare che a differenza di quanto evidenziato a proposito del master franchising, il Regolamento CE 1988/4087 ha ommesso di occuparsi di questa particolare tipologia di affiliazione commerciale.

Benché non possa fondatamente dubitarsi che il corner franchising sarebbe comunque rientrato nel tipo legislativo del franchising anche a prescindere dall'espresso richiamo contenuto della disposizione normativa in esame – di qui la critica ad essa rivolta circa la sua superfluità – alcune differenze tra i due schemi di affiliazione commerciale sono tuttavia riscontrabili.

In primo luogo, sembra possa parlarsi di un vero e proprio rovesciamento delle ragioni che determinano il ricorso a tale istituto da parte dell'affiliato: sfruttare il richiamo che il bene oggetto del contratto può sviluppare nei confronti della propria clientela, al fine di incrementarla, in conseguenza di un ampliamento del suo assortimento, nel corner franchising; inserirsi in una struttura organizzativa di successo traendo vantaggio dallo sfruttamento della formula commerciale e del know how del franchisor, nell'affiliazione commerciale.

In altre parole, in questa fattispecie non è tanto l'affiliato a beneficiare della notorietà del franchisor, quanto piuttosto quest'ultimo «*a sfruttare l'avviamento commerciale dell'affiliato, inserendosi in una struttura distributiva collaudata e consolidata*».

Secondariamente, è da rilevare che l'affiliato di un franchising parziale non assumerà mai l'obbligo di non trattare altri beni, in concorrenza con quelli oggetto del contratto, negli spazi residui del centro commerciale dal medesimo gestito.

Per questa ragione nella figura negoziale in esame non ricorrerà mai l'esclusiva che, invece, caratterizza di norma il rapporto di franchising.

In aggiunta, in questo contesto il franchisee non sarà tenuto ad abbandonare definitivamente la propria principale attività commerciale.

Parte autorevole della dottrina, per giustificare l'affermazione secondo la quale il rapporto in esame ha delle peculiarità rispetto al contratto di franchising ordinario, ha posto la propria attenzione su due ulteriori elementi: il *know how* e la durata del rapporto.

Quanto a quest'ultimo, al fine di sostenere che essa può essere “più breve” rispetto a quella che normalmente viene convenuta per il franchising; in ordine al *know how*, invece, con lo scopo

⁷⁰ CAGNASSO O. – COTTINO G., Trattato di diritto commerciale: Contratti Commerciali, Padova, 2009

di osservare che nel franchising parziale esso «è riferito, principalmente, alle modalità di presentazione del prodotto e, in definitiva, di “immagine»⁷¹.

⁷¹ IANNOZZI P. – PANDOLFINI V. – TRIPODI E., *Il manuale del franchising. La disciplina normativa, la giurisprudenza, i modelli contrattuali*, Milano, 2005

Capitolo II – Struttura e requisiti del contratto di franchising

SOMMARIO: 1. Definizione. – 2. Fase pre-contrattuale. – 2.1. Articolo 3: l’obbligo di sperimentazione. – 2.2. Articolo 4: l’obbligo di rivelare informazioni attinenti alla propria sfera di attività. – 2.3. Articolo 5: gli obblighi dell’affiliato. – 2.4. Articolo 6: gli obblighi di comportamento. – 2.5. Regime sanzionatorio in caso di violazione degli obblighi precontrattuali. – 3. Gli elementi che caratterizzano il contratto di franchising. – 3.1. L’accordo delle parti. – 3.2. La causa del contratto. – 3.3. L’oggetto del contratto. – 3.3.1. Il know-how. – 3.3.2. Il corrispettivo. – 3.3.3. La clausola di esclusiva. – 3.4. La forma del contratto. – 4. La durata del contratto. – 5. La brand identity.

1. Definizione

Il franchising è un contratto la cui disciplina esula dalle norme del Codice civile. In questa sede, per mettere in luce le peculiarità di tale fenomeno, il contratto verrà analizzato in prima istanza seguendo l’ordine concettuale posto dalla legge 129/2004 per dare centralità alla fase pre-contrattuale, che precede, quindi, la conclusione dell’accordo⁷².

A seguire, il combinato disposto degli articoli 1321 e 1325 c.c. costituiranno il punto di partenza per volgere lo sguardo all’analisi dello stesso fenomeno, sotto il punto di vista degli elementi che caratterizzano tale tipo di contratto.

2. La fase pre-contrattuale

Prima di analizzare gli elementi che caratterizzano tale tipo contrattuale, bisogna soffermarsi sulla fase che precede la conclusione del contratto di franchising.

Tale passaggio è necessitato dalla particolare attenzione che la l. 129/2004 dedica a tale questione.

⁷² Sul punto si vedano CALLIPARI N., *Il contratto di franchising*, Torino, 2016; BERTAZZONI C., *Il contratto di franchising – la fase precontrattuale*, in *Riv. Società Contratti Bilancio Revisione*, 2020, 12, p. 29 ss.; BORTOLOTTI F., *Il contratto di franchising. La nuova legge sull’affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*; ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023; FRIGNANI A., *Franchising, la nuova legge*, Torino, 2004. In giurisprudenza, si vedano Trib. Novara, 14 luglio 2021, n. 507; Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2018, n.11256, sull’indifetibilità del know-how nel contratto di franchising

2.1. Articolo 3: l'obbligo di sperimentazione

Il primo obbligo precontrattuale (quasi un prerequisito) imposto all'affiliante, in ordine temporale, è la sperimentazione in concreto dell'operazione che intende proporre agli affiliati. Tale obbligo è contenuto al comma 3 dell'articolo 3 l. 129/2004, seguendo la norma – l'articolo 2 – che impone la forma scritta *ad substantiam* del contratto.

Esso prevede che per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale, l'affiliante debba necessariamente aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale prima di offrirla ai futuri affiliati.

Una simile previsione era già contenuta nel Codice deontologico dell'Associazione Italiana del Franchising all'articolo 2 secondo cui: «*prima di proporre il proprio franchising a potenziali affiliati, l'affiliante dovesse averlo sperimentato sul mercato con successo, per almeno un anno e con almeno un'unità pilota*»⁷³.

La l. 129/2004, invece, tace su una serie di requisiti imposti dalla legge al contratto di franchising: sulla durata della sperimentazione e sull'elemento del “successo” della sperimentazione stessa. La definizione di formula commerciale è rinvenibile nella giurisprudenza che la descrive come «*l'insieme, variamente composto, 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*»⁷⁴.

Tale definizione riecheggia quella di franchising del già citato Regolamento CEE 4087/1988, concernente l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising⁷⁵.

In merito alle modalità con cui la sperimentazione della formula commerciale deve essere condotta, bisogna in primo luogo specificare che la sperimentazione deve essere concreta, ossia «*effettivamente eseguita nel mercato di riferimento e per un tempo sufficiente a provare la formula commerciale, in modo che possa produrre un risultato*»⁷⁶ (in linea di principio, si ritiene che un anno sia un periodo sufficiente al fine di tale valutazione).

In secondo luogo, la sperimentazione deve produrre un risultato positivo, consentendo un adeguato profitto a tutti i soggetti coinvolti nel sistema.

⁷³ Articolo 2 Codice Deontologico Associazione Italiana Franchising

⁷⁴ Trib. Napoli, Sez. II, 5 febbraio 2024, n. 1389

⁷⁵ BERTAZZONI C., *Il contratto di franchising – la fase precontrattuale in Riv. Società Contratti Bilancio Revisione*, 2020, 12, p. 29 ss.

⁷⁶ *Ibidem*

Anche se nella prescrizione legislativa manca la locuzione “con successo”, contenuta invece nel Codice deontologico dell’Associazione Italiana del Franchising, si ritiene che, se la sperimentazione non produce un risultato positivo per i potenziali affiliati, non può nemmeno fondare la conclusione di un contratto valido⁷⁷.

In terzo luogo, poiché la formula commerciale deve essere positiva, la relativa sperimentazione deve essere condotta con modalità e tempi tali da poter verificare che tale profitto sia in concreto ottenibile sul lungo periodo.

Infine, affinché la sperimentazione sia fattiva, è necessario che funzioni in modo autonomo dal punto di vista economico e contabile.

Lo scopo ultimo della sperimentazione, quindi, è di verificare la sussistenza di risultati positivi raggiunti grazie all’efficacia della formula commerciale, attraverso l’uniformità dell’immagine, dei prodotti e dei servizi, nonché l’utilizzazione delle medesime attrezzature, dei medesimi criteri di formazione del personale e dei medesimi accordi di fornitura ecc.

Perciò, i presupposti per avviare una fase di sperimentazione consistono, innanzi tutto, nella titolarità del diritto all’uso esclusivo dei segni distintivi registrati e del know-how. In altri termini, si deve essere titolari di una “formula commerciale”.

L’aspirante franchisor può effettuare tale sperimentazione direttamente, ovvero avvalendosi di terzi, appositamente contrattualizzati.

Nel primo caso, quello della sperimentazione diretta, l’imprenditore apre una o più unità pilota, gestite direttamente, che opereranno sotto l’insegna e con il marchio che egli avrà avuto cura preliminarmente di depositare/registrare, per collaudare al loro interno la tipologia di prodotti e servizi prescelti, il loro posizionamento sul mercato, le tecniche di vendita e di marketing, gli arredi e le attrezzature del punto vendita, il layout ed il *visual merchandising*, le strategie di comunicazione.

In altre parole, l’aspirante franchisor deve sperimentare la validità ed efficacia della formula commerciale che ha ideato, deve testare e mettere a punto il proprio know-how, perché possa essere replicabile da parte di terzi soggetti, se e quando verrà costituita la rete in franchising. Qualora l’imprenditore decida di avvalersi di terzi a cui affidare la sperimentazione della propria formula commerciale sul mercato, dovrà disciplinare il rapporto attraverso un apposito contratto. Il rapporto contrattuale che disciplina la sperimentazione con un terzo – il cui oggetto non sarà il franchising, bensì la sperimentazione della formula che l’affiliante vuole lanciare sul mercato – è denominato contratto di pre-franchising o di “*pilotage*”.

⁷⁷ *Ibidem*

Lo scopo del contratto di *pilotage*, in concreto, è di verificare la bontà della formula commerciale attraverso la rilevazione e l'analisi di dati economici e finanziari, di gradimento del mercato, di impatto sulla concorrenza, di logistica (fabbisogno e magazzino), di prezzi, di gestione delle risorse umane e via discorrendo, anche al fine di modulare l'offerta stessa, modificando i prodotti venduti o adattando i servizi offerti.

Nel *pilotage* l'ideatore e lo sperimentatore possono partecipare congiuntamente alla sperimentazione della formula e, in caso di successo, possono eventualmente concordare di dividere i diritti di utilizzazione.

È il caso in cui lo sperimentatore ha un apporto determinante nella definizione stessa della formula commerciale.

Se, diversamente, il futuro affiliante ha già sviluppato una formula, può affidarne interamente la sperimentazione a un aspirante affiliato perché sia quest'ultimo a testarne la validità commerciale. In questo caso, però, l'affiliante deve essere in grado di fornire anche la formazione iniziale, assistenza tecnica, commerciale, di progettazione e di allestimento.

A seconda dell'intensità della partecipazione del "pilota" alla sperimentazione, viene modulato anche il corrispettivo.

Per contro, il contratto di *pilotage* prevede sempre specifici obblighi di riservatezza e spesso di non concorrenza post contrattuale, fermo restando che la durata della sperimentazione, di norma, non supera i 12 mesi.

In caso di violazione dell'articolo 3 comma 2 della L. 129/2004, – ossia se l'affiliante non esegue la sperimentazione della formula commerciale prima dell'avvio della propria rete di franchising – la legge non prevede alcun tipo di sanzione.

Sul punto, però, è intervenuta la giurisprudenza, chiarendo che la concessione della sperimentata formula commerciale all'affiliato è elemento essenziale qualificante il contratto di franchising, nell'ottica dell'inserimento dell'impresa dello stesso affiliato in una articolata rete territoriale riferibile all'affiliante e composta da una pluralità di altri affiliati, con lo scopo di commercializzare determinati beni o servizi⁷⁸.

Se ne deduce, quindi, che la mancanza di sperimentazione, invocata da un franchisee in giudizio, può determinare la nullità del contratto di franchising per responsabilità del franchisor. Secondo altra tesi, invece, il rimedio a disposizione del franchisee che abbia subito danni per aver aderito ad una rete, in cui sia mancata la sperimentazione, è quello risarcitorio.

⁷⁸ Trib. Bergamo, Sez. IV Civile, 18 luglio 2019, n. 1730

2.2. Articolo 4: l'obbligo di rivelare informazioni attinenti alla propria sfera di attività

L'obbligo di rivelare informazioni attinenti alla propria attività costituisce l'aspetto più rilevante della disciplina del franchising.

La sua fonte di ispirazione è chiaramente di derivazione anglosassone, con specifico riferimento al c.d. *duties of disclosure*.

Nel sistema inglese di Common law, sempre sul tema della responsabilità precontrattuale, i *duties of disclosure* rappresentano i doveri di reciproca informazione precontrattuale che le parti realizzano in vista della conclusione del contratto.

L'importanza dell'informazione precontrattuale nell'ambito del contratto di affiliazione commerciale ha origine da molteplici cause.

In primo luogo, il franchising è un'operazione complessa, in relazione agli oneri economici, alla durata e alle obbligazioni che ne scaturiscono.

Pertanto, è essenziale che il potenziale franchisee, prima di essere contrattualmente vincolato, possa conoscere nel modo più approfondito possibile gli elementi economici, finanziari e legali dell'accordo che si accinge a concludere.

In secondo luogo, al momento dell'instaurazione del rapporto, le parti si trovano necessariamente in una situazione di disparità informativa: da un lato, l'affiliante è dotato di competenze approfondite del proprio "business" e del mercato in cui esso si colloca, mentre, dall'altro lato, il potenziale affiliato, per dimensione e/o inesperienza, può trovarsi in difficoltà nel valutare in modo adeguato i termini dell'affare.

Infine, la debolezza dell'aspirante affiliato, e la conseguente necessità di una specifica informazione precontrattuale, viene evidenziata dall'esigenza di elevata standardizzazione del franchising.

È il caso, per esempio, dell'affiliante che deve governare una rete distributiva ramificata, la cui necessità di uniformità di prezzi e qualità dei prodotti, di struttura e gestione della rete distributiva, si riflette inevitabilmente sulla rigidità degli schemi contrattuali.

In altri termini, l'affiliante utilizza condizioni generali di contratto che l'aspirante affiliato può solo accettare o rifiutare, senza avere una reale possibilità di discutere le singole clausole.

Ne consegue che la preventiva "*disclosure*" è funzionale a premettere al potenziale affiliato una adeguata riflessione sull'operazione e opera con una funzione riequilibratrice delle posizioni delle parti. Sulla base di questi principi, la legge 129/2004 impone all'affiliante di mettere in atto una serie di iniziative e di informare adeguatamente l'aspirante affiliato prima della conclusione del contratto, pena l'invalidità del contratto stesso, al fine di garantire la massima

trasparenza per consentire una valutazione consapevole e senza distorte rappresentazioni della formula commerciale.

In particolare, l'obbligo di *disclosure* – già contenuto nei Codici Deontologici di categoria – è specificamente regolato all'articolo 4 della L. 129/2004, a norma del quale almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere e alcune informazioni essenziali, da allegarsi al contratto, quali, a titolo esemplificativo: i principali dati societari relativi all'affiliante (ragione, capitale sociale e, su richiesta, copia del bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività); una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; 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.

La finalità di tutela della parte “debole” perseguita dal legislatore appare evidente: l'aspirante affiliato deve poter acquisire tutti gli elementi utili e necessari a valutare, nel modo più completo possibile, il contenuto dell'intera formula commerciale, anche confrontandola con altre formule, disponendo di un lasso temporale sufficiente (è il c.d. *cooling off period*).

Il legislatore, quindi, non si è affidato al generico obbligo di buone fede delle parti in trattativa ex articolo 1337 c.c. – che viene richiamato dal successivo articolo 6 della L. 129/2004 –, né ha previsto una serie di passaggi gradualmente obbligati prima della nascita del vincolo negoziale (come la consegna di un prospetto informativo, cui segue la sottoscrizione del contratto), ma ha tratteggiato, nel solco delle c.d. *disclosure laws* di tradizione anglosassone già citate, un elenco analitico di documenti e informazioni da consegnare all'aspirante affiliato entro un tempo adeguato per valutare la bontà dell'affare.

Come già chiarito, la *ratio* di tale tutela “rafforzata” trova giustificazione nella posizione impari delle parti che si accingono a concludere l'accordo.

La violazione della norma in esame può condurre all'annullamento del contratto, poiché si ritiene che il consenso dell'affiliato, privo delle informazioni previste dalla legge, sia viziato dal dolo dell'affiliante.

Tale asserzione si pone in contrasto con l'orientamento, ampiamente invalso nella prassi ed inaugurato dalle sentenze Rordorf, per cui la violazione delle regole di comportamento non comporta un'invalidità – nel caso di specie la nullità – del contratto, operando l'articolo 1418.1 c.c. per la sola violazione delle regole c.d. di validità.

A conferma della contiguità tra violazione del dovere di buona fede e delle sue implicazioni in tema di obblighi di trasparenza e informazione, l'articolo 8 della l. 129/2004, rubricato "Annullamento del contratto", stabilisce che: «*se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 c.c. nonché il risarcimento del danno, se dovuto*»⁷⁹.

Si evince che la condotta del contraente forte che fornisca informazioni false o si dimostri reticente nel fornirle, legittimi il contraente debole a richiedere l'annullamento quando questa condotta influisca in modo determinante sul consenso di quest'ultimo che, se fosse stato a conoscenza della realtà dei fatti, non avrebbe concluso quel contratto. La condotta, state il dettato normativo dell'articolo 8, rientra nel novero di quelle condotte che determinano il c.d. dolo determinante.

Per la definizione di dolo determinante il rimando è all'articolo 1349 c.c.: il primo comma dispone che «*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*»⁸⁰.

Il dolo quale vizio del consenso è qualsiasi forma di raggirio che altera la volontà contrattuale della vittima⁸¹.

L'articolo 1439 disciplina la figura del dolo vizio (c.d. *causam dans*), che ricorre quando il raggirio è determinante del consenso perché induce il soggetto a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato.

Dal dolo vizio si distingue l'ipotesi del dolo incidente (c.d. *incidens*), considerata dall'articolo 1440, sussistente quando il raggirio non determina il consenso, ma incide sul contenuto del contratto, che in assenza del dolo sarebbe stato concluso a condizioni diverse.

In tema di franchising rileva non solo il contenuto dell'informazione, ma ancor prima la modalità con la quale l'affiliante destina la documentazione inerente al contratto all'affiliato.

In particolare, non è sufficiente a provare l'effettiva consegna delle informazioni la mera sottoscrizione della clausola contrattuale preconstituita e prestampata contenuta nel contratto di franchising, recante la conferma dell'avvenuta ricezione da parte dell'affiliato della documentazione prevista dalla norma.

Per contro, è indispensabile l'allegazione e la prova del contenuto e delle modalità di messa a disposizione all'affiliato di detta documentazione a pena di annullamento del contratto di franchising⁸².

⁷⁹ Articolo 8, l. 129/2004

⁸⁰ Articolo 1439 c.c.

⁸¹ BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 663

⁸² Trib. Trento, 30 maggio 2014, n. 629 secondo cui, in materia di *franchising*, non costituisce circostanza idonea a provare l'avvenuta consegna, dall'affiliante all'aspirante affiliato, della documentazione dettagliatamente

Anche il conseguente risarcimento del danno dovrà essere oggetto di accertamento preciso, come si deduce dall'ultima parte della disposizione.

In altri termini, come giustamente sottolineato dalla dottrina⁸³, l'eventuale risarcimento del danno potrà considerarsi ipotizzabile solo nell'ambito dei principi generali regolanti la materia e non come una sorta di sanzione comunque irrogabile qualora si riscontri la presenza di false informazioni.

Tale interpretazione consente di evitare di attribuire al soggetto titolare del diritto di annullamento un potere eccessivo, così scongiurandone un utilizzo strumentale.

Differenti rispetto alle informazioni false sono per contro le informazioni che una delle parti ometta di fornire all'altra.

In questa ipotesi non potrà invocarsi l'art. 8 della l. 129/2004, ma piuttosto l'art. 6, sotto il profilo della violazione degli obblighi di lealtà, correttezza e buona fede nella fase precontrattuale.

Con il Decreto del Ministero delle Attività Produttive 2 settembre 2005, n. 204, il quadro legislativo riferentesi alla disclosure nel franchising può ritenersi veramente completato.

Tale provvedimento, in effetti, individua – esercitando il potere previsto dall'articolo 4, secondo comma, legge 129/2004 – le informazioni da fornire al potenziale franchisee laddove il franchisor «*prima della sottoscrizione del contratto di affiliazione, abbia operato esclusivamente all'estero*»⁸⁴.

Bisogna precisare che gli obblighi informativi precontrattuali previsti dal d.m. 2 settembre 2005 n. 204 si applicano solo se, sulla base delle norme di diritto internazionale privato, il contratto di affiliazione commerciale è regolato dalla legge italiana. In questo caso, oltre alla copia del contratto da sottoscrivere, alle informazioni societarie, ai marchi e alla descrizione della formula commerciale, l'affiliante estero deve fornire all'aspirante affiliato una serie di documenti – assimilabile a quelli regolati dalla l. 129/2004 – che offrano un quadro completo della situazione giuridica, economica e finanziaria in cui, allo stato dei fatti, si trova il franchisor.

indicata nell'articolo 4 della l. 129/2004, la sottoscrizione della clausola contrattuale preconstituita e prestampata contenuta nel negozio, recante la conferma della ricezione della documentazione predetta da parte dell'affiliante. L'adempimento di un obbligo informativo in un settore negoziale ad alto contenuto tecnico, invero, non può mai essere dimostrato mediante la sottoscrizione di dichiarazioni generiche, unilateralmente predeterminate e predisposte in via generale, essendo necessaria l'allegazione e la prova del contenuto e delle concrete modalità di messa a disposizione dell'affiliato della documentazione citata, derivandone in mancanza l'annullamento del negozio.

⁸³ VENEZIA A., *La fase precontrattuale nella nuova legge sul franchising (l. 129/2004)*, in *Riv. Agenti & rappresentanti di commercio*, n. 4/2004, p. 25 ss.

⁸⁴ Articolo 1, comma primo, d.m. 204/2005

A richiesta dell'aspirante affiliato, le informazioni concernenti il contratto e i relativi allegati devono essere forniti in italiano.

Merita un approfondimento ulteriore la questione della riservatezza nell'ambito della fase precontrattuale.

L'articolo 4 della L. 129/2004 dispone, poi, che in caso di «*obiettive e specifiche esigenze di riservatezza*»⁸⁵, da riportarsi nel contratto, l'affiliante possa omettere alcune delle informazioni obbligatorie.

In altri termini, sembra che l'affiliante possa liberamente non fornire o nemmeno menzionare le informazioni elencate dalla norma in parola, qualora sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza.

La previsione ricalca l'articolo 5 del “Codice deontologico della Associazione Italiana Franchising” ma, per come formulata, rischia in realtà di frustrare le ragioni dell'affiliato: l'affiliante potrebbe, infatti, facilmente sottrarsi agli obblighi informativi semplicemente invocando la riservatezza delle informazioni e limitandosi a menzionare nel contratto vaghe esigenze di riservatezza.

In verità, nella prassi, gli accordi di franchising – e in generale tutti le operazioni caratterizzate da una formazione progressiva degli accordi contrattuali – soprattutto nella fase precedente la conclusione del contratto, prevedono la stipula di accordi di riservatezza (c.d. Non-Disclosure Agreements) che, da una parte, tutelano il franchisor, ponendo un obbligo di riservatezza in capo al franchisee e, dall'altra, tutelano il franchisee da eventuali abusi di questo diritto. L'inciso dell'articolo 4 della L. 129/2004 circa la possibilità di rifugiarsi dietro lo schermo della riservatezza per omettere informazioni rilevanti, quindi, viene agevolmente sorpassato dagli accordi di riservatezza che, nella prassi, rappresentano l'iniziale contratto che le parti concludono ancor prima di scambiarsi qualsiasi informazione⁸⁶.

⁸⁵ Articolo 4, l. 129/2004

⁸⁶ BERTAZZONI C., *Il contratto di franchising – la fase precontrattuale*, in *Riv. Società Contratti Bilancio Revisione*, 2020, 12, p. 29 ss.

2.3. Articolo 5: obblighi dell'affiliato

Tra i vari obblighi che la legge 129/2004 fa gravare sul franchisee, quelli previsti dall'articolo 5 sono da considerarsi inusuali rispetto a quello che potrebbe attendersi in questa fase contrattuale.

Le informazioni disciplinate, la cui comunicazione al franchisee è imposta al franchisor, attengono prettamente alla fase esecutiva del rapporto negoziale nonché a quella successiva alla cessazione dello stesso.

Trattasi, in particolare, di obbligazioni aventi carattere negativo giacché impongono all'affiliato ora il divieto di trasferire la propria sede durante la vigenza del contratto, ora l'impegno di non rivelare, sia in corso di rapporto, che dopo il suo scioglimento le conoscenze tecniche e commerciali acquisite con l'esercizio dell'attività oggetto del rapporto.

L'articolo 5 consta di due commi: il primo si occupa del c.d. obbligo di localizzazione (o *location clause*); il secondo, invece, disciplina il c.d. obbligo di riservatezza.

Come risulta dalla lettera della norma, l'affiliato «*non può trasferire la sede, qualora sia indicata nel contratto, senza il preventivo consenso dell'affiliante, se non per causa di forza maggiore*»⁸⁷.

Per sede deve intendersi il luogo in cui l'affiliato commercializza i prodotti dell'affiliante ovvero eroga i servizi oggetto dell'attività.

È quindi identificato nel c.d. punto di vendita, e non certo nel luogo in cui la società ha la propria sede legale, posto che in tal caso la previsione in parola risulterebbe completamente priva di significato, oltre a consentire un'ingiustificata ingerenza, da parte dell'affiliante, nella vita societaria dell'affiliato.

La *location clause* è un tipico obbligo negativo (di origine anglosassone) la cui liceità a livello comunitario è stata prima affermata con il Regolamento CE 4087/1988, in materia di applicazione dell'articolo 85 paragrafo 3 del trattato a categorie di accordi di franchising, che esentava l'obbligo imposto all'affiliato sia «*di sfruttare il franchising solo operando dalla sede oggetto del contratto*»⁸⁸ sia di «*non trasferire, senza il consenso dell'affiliante, la sede specificata nel contratto*»⁸⁹ e successivamente confermata con il Regolamento CE 330/2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101 paragrafo 3 del TFUE a categorie di accordi e pratiche concordate, attualmente in vigore. In quest'ultimo essa non solo non è annoverata tra

⁸⁷ Articolo 5, comma primo, l. 129/2004

⁸⁸ Articolo 2, lett. c) Reg. CE 4087/1988

⁸⁹ Articolo 3, secondo par., lett. i), reg. CE. 4087/1988

le *hardcore restrictions* ma è, anzi, specificamente ammessa nel caso di un sistema di distribuzione selettiva operante nel commercio al dettaglio⁹⁰.

La norma in commento, poi, ricollega all'indicazione della sede nel contratto, il divieto di operare un suo trasferimento senza il preventivo consenso dell'affiliante.

La ragione di ciò risiede, in primo luogo, nell'ovvia considerazione che ove tale elemento sia stato stabilito pattiziamente, le parti non potranno non essere vincolate al suo rispetto. Secondariamente, se fosse consentito ai singoli franchisee di poter trasferire liberamente il proprio punto di vendita, l'affiliante non riuscirebbe a controllare e gestire la diffusione sul territorio della propria catena di franchising, venendo meno lo stesso concetto di "rete".

Come è dato desumere dal testo della norma, unica eccezione alla regola dell'intrasferibilità della "sede" si ha quando ricorra una "causa di forza maggiore".

In realtà tale specificazione appare superflua: che qualunque obbligazione contrattuale venga meno – ed il debitore sia perciò sempre liberato – quando l'adempimento della prestazione sia divenuta impossibile, in conseguenza del verificarsi di un evento imprevedibile ed indipendente dalla volontà dei contraenti, è un principio consolidato nel nostro ordinamento⁹¹.

Al secondo comma, oltre all'obbligazione di non trasferire la propria sede, la legge 129/2004 impone all'affiliato un ulteriore obbligo di *non facere*: quello di mantenere il segreto sulle conoscenze tecniche e commerciali dal medesimo acquisite in occasione e a causa dell'ingresso nella rete.

Più precisamente, il secondo comma dell'articolo 5 fa assumere al franchisee l'impegno «*ad osservare e a far 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*»⁹².

La *ratio* sottostante a tale disposizione è chiara: nel momento in cui il legislatore pone a carico dell'affiliante un obbligo (positivo) di *disclosure* non poteva non prevedere, a carico questa volta dell'affiliato, un corrispondente obbligo (negativo) di riservatezza finalizzato ad evitare la divulgazione del segreto d'impresa.

La disposizione in parola si limita a regolamentare l'aspetto della divulgazione del segreto d'impresa, mentre non si occupa affatto, a differenza dei Regolamenti CE, dei profili relativi allo sfruttamento di quest'ultimo da parte dell'affiliato in attività ora collaterali a quella oggetto dell'affiliazione, ora poste in essere in un momento successivo allo scioglimento del rapporto. Per tale ragione l'eventuale violazione di quest'ultimo divieto, non trovando la propria

⁹⁰ Articolo 4, lett. c) Reg. CE 330/2010

⁹¹ A titolo esemplificativo, l'articolo 1256 c.c. (in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione), anche gli artt. 1492, terzo comma (in materia di effetti della garanzia)

⁹² Articolo 5 l. 129/2004

disciplina nell'articolo 5, secondo comma, legge 129/2004, potrà essere considerata illecita se e nei termini in cui sia vietata in sede contrattuale, perché così previsto convenzionalmente dalle parti.

Sotto il profilo oggettivo, l'impegno in questione si estende «*al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale*»⁹³.

La norma non offre una definizione di tale espressione ma probabilmente, si è voluto riferirsi, in maniera generica, a tutta l'attività oggetto del contratto, senza particolari distinzioni, ricomprendendo sotto la vigenza di tale obbligo anche elementi che, pur esulando dal *know-how* in senso stretto come definito dall'articolo 1, legge 129/2004, fanno comunque parte della sfera di imprenditorialità dell'affiliante.

Il provvedimento non specifica, poi, la durata di tale obbligo dopo la cessazione del rapporto. Facendo proprie le indicazioni ricavabili dalla normativa comunitaria, si ritiene che il divieto *de quo* continuerà ad esplicare i propri effetti «*sino a quando l'oggetto delle informazioni non sia caduto in pubblico dominio ovvero sia il know how, sia divenuto noto o di facile accesso*»⁹⁴

2.4. Articolo 6: obblighi di comportamento

L'articolo 6, legge 129/2004 testimonia della volontà del legislatore di disciplinare la fase precontrattuale del contratto di franchising prendendo in esame non solo gli obblighi di carattere informativo, analiticamente previsti dall'articolo 4, ma anche quelli di natura comportamentale. Questo impone alle parti specifici obblighi in tutta la fase precontrattuale.

In particolare, l'affiliante e l'affiliato «*devono reciprocamente tenere, in qualsiasi momento, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede*» e ciascuno deve fornire all'altro, in modo tempestivo, esatto e completo, «*ogni dato e informazione necessaria o utile ai fini della stipulazione del contratto, nel rispetto di eventuali obblighi di riservatezza*»⁹⁵.

La norma riassume i doveri che incombono sulle parti nella fase precedente la stipula del contratto di franchising. In verità, i principi di lealtà e correttezza, menzionati dall'articolo 6 della L. 129/2004 riecheggiano il noto principio di buona fede in senso oggettivo al quale le parti devono attenersi durante lo svolgimento delle trattative ex articolo 1337 c.c., la cui violazione comporta in capo al soggetto non adempiente un regime di responsabilità.

⁹³ Articolo 5, comma 2, l. 129/2004

⁹⁴ Articolo 5, lett. b), Regolamento CE 4087/1988

⁹⁵ Articolo 6, l. 129/2004

La giurisprudenza ha per lungo tempo oscillato sull'inquadramento dogmatico della responsabilità che derivi dalla violazione dell'articolo 1337 c.c.: ora extracontrattuale, ora precontrattuale.

Orientamenti più risalenti indicavano quale condotta tutelata dall'articolo in esame esclusivamente quella della rottura ingiustificata delle trattative, facendo risalire dalla norma un tipo di responsabilità extracontrattuale.

È ormai pacifica – in dottrina e in giurisprudenza – una lettura dell'articolo 1337 c.c. che, nell'ambito della responsabilità precontrattuale, valorizza in tutte le sue implicazioni il richiamo alla clausola generale di buona fede, intesa in senso oggettivo e con richiamo, dunque, alla lealtà e alla correttezza delle contrattazioni⁹⁶.

La Cassazione ha, infatti, chiarito che *«la regola posta dall'articolo 1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso, e implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto»*⁹⁷.

Nell'ambito del franchising, il combinato disposto della norma codicistica e dell'articolo 6 della L. 129/2004 consente di ampliare il perimetro della mera buona fede oggettiva, nel senso che le parti di un contratto di affiliazione commerciale, nella fase precontrattuale, devono rispettare anche gli obblighi di informazione e di riservatezza⁹⁸.

Quanto al primo obbligo, si possono individuare una serie di comportamenti illeciti rilevanti nella fase precontrattuale del franchising, quali la mancata informazione circa eventuali cause di invalidità o di inefficacia del contratto, richiamando l'articolo 1338 c.c. (nel caso del franchising, per esempio nascondere di non avere eseguito la sperimentazione).

Ancora, in combinato disposto con l'articolo 6, l'ampliamento dell'ambito applicativo dell'articolo 1337 alla stregua del canone di buona fede fa venire in rilievo ogni comportamento scorretto che non tenga in considerazione gli interessi della parte lesa.

Per il tramite della clausola di buona fede, dunque, vige in capo alle parti un obbligo di trasparenza ed informazione che va ben oltre l'ambito applicativo della norma all'articolo 1338 c.c.

Probabilmente, con l'introduzione dell'articolo 6 nella legge sul franchising, il legislatore ha voluto introdurre una norma che garantisca una tutela piena e completa dal punto di vista

⁹⁶ ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023

⁹⁷ Cass. civile, Sez. I, 23 marzo 2016, n. 5762

⁹⁸ *Ex multis*: Cass. 7768/2007, nonché Cass. 5610/1980

informativo all'aspirante affiliato, andando a "coprire" tutte quelle ipotesi non espressamente previste dall'articolo 4, primo comma: mentre le informazioni di cui a quest'ultima previsione hanno per oggetto dati reputati dal legislatore astrattamente importanti rispetto a qualsiasi trattativa diretta alla stipulazione di un contratto di franchising, quelle di cui all'articolo 6, primo comma, possono in concreto divenire rilevanti ai richiamati fini stipulativi solo in forza di una valutazione soggettiva operata dall'aspirante affiliato in ragione, verosimilmente, della singolarità del caso concreto.

Quindi, i dati e le informazioni cui si riferisce la norma in parola sono necessariamente diversi e ulteriori rispetto alle informazioni previste dall'articolo 4 che l'affiliato è obbligato a consegnare.

Infatti, tali dati si riferiscono, potenzialmente, a qualsiasi elemento che l'aspirante affiliato ritenga anche solo utile, ai fini della conclusione del contratto, secondo la propria valutazione personale.

L'aspirante affiliato, quindi, può semplicemente chiedere, senza vincoli di forma, qualsiasi dato o informazione, senza nemmeno dover motivare la domanda, essendo del tutto generico il riferimento alla conclusione del contratto⁹⁹.

Se questa interpretazione è corretta, si potrà fondatamente affermare sia che la lista di cui all'articolo 4, primo comma, non riveste carattere esaustivo dal momento che non esaurisce il dovere di informazione prenegoziale gravante sull'affiliante, sia che le informazioni di cui all'articolo 6, primo comma hanno natura supplementare giacché vanno ad integrare quelle di cui all'articolo 4, primo comma.

L'obbligo di riservatezza durante la fase precontrattuale, invece, rileva sia quale dovere di non divulgare notizie attinenti alla sfera patrimoniale o personale dell'altra parte, sia quale dovere di non utilizzare a proprio vantaggio, dopo la conclusione infruttuosa delle trattative, le informazioni apprese.

Nell'ambito dell'affiliazione commerciale, l'obbligo di riservatezza rileva soprattutto in relazione alla proprietà intellettuale e al know-how cui l'aspirante affiliato ha accesso durante la fase precontrattuale, avendo riguardo agli obblighi di *disclosure* previsti all'articolo 4 della L. 129/2004.

Tale obbligo, ancorché tratteggiato dalla legislazione, viene di norma disciplinato espressamente nei già richiamati accordi di riservatezza, che formano parte sostanziale della fase precontrattuale del franchising.

⁹⁹ BERTAZZONI C., *Il contratto di franchising – la fase precontrattuale*, in *Riv. Società Contratti Bilancio Revisione*, 2020, 12, p. 29 ss.

Infine, l'articolo 6 della l. 129/2004 impone alle parti di scambiarsi le informazioni necessarie, utili o anche solo opportune, ai fini della conclusione del contratto di franchising, ma è modulato in modo diverso per affiliante e aspirante affiliato.

In particolare, l'affiliante è obbligato a 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, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi»¹⁰⁰.

Inoltre, l'affiliante «deve motivare l'eventuale mancata comunicazione dei dati e delle informazioni richiesti dall'aspirante affiliato»¹⁰¹.

Ampiamente discusso è stato il significato dell'avverbio “tempestivamente” in questo contesto. Sotto un profilo temporale, l'avverbio tempestivamente – usato anche in relazione al dovere informativo incombente sull'aspirante affiliato – si presta ad interpretazioni che potrebbero essere fonte di incertezze applicative quando non, addirittura, di controversie giudiziarie. Tuttavia, sia le une che le altre potrebbero essere evitate quando la parte interessata a ricevere l'informazione abbia l'accortezza di predeterminare anche i tempi entro i quali desidera che le venga fornita una risposta.

In difetto di ciò, la tempestività dell'informazione va rapportata, in prima battuta, al momento nel quale essa viene richiesta.

Non bisogna però dimenticare che il legislatore colloca l'obbligo in questione nella fase dello svolgimento delle trattative, le quali sono, per loro natura, finalizzate alla stipula del contratto. Dunque, in ultima analisi, le informazioni fornite dall'affiliante potranno essere qualificate come tempestive quando consentiranno all'aspirante affiliato di valutare i dati richiesti con la necessaria accuratezza in modo da poter giungere consapevolmente alla stipulazione del contratto.

Si può concludere la questione asserendo che esse saranno tanto più tempestive quanto più saranno fornite in “tempo utile” rispetto alla chiusura della fase prenegoziale.

Sono sottratte alla curiosità dell'aspirante affiliato, purché in modo adeguatamente motivato, solo le informazioni «oggettivamente riservate o tali da violare i diritti dei terzi»¹⁰².

A differenza dell'affiliante, invece, l'aspirante affiliato 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»¹⁰³.

¹⁰⁰ Articolo 6, comma 1, l.129/2004

¹⁰¹ Articolo 6, comma 2, l. 129/2004

¹⁰² Articolo 6, comma 1, l. 129/2004

¹⁰³ Articolo 6, comma 3, l. 129/2004

In sostanza, l'obbligo informativo dell'aspirante affiliato è del tutto indipendente da una richiesta e da una valutazione dell'affiliante circa l'utilità o opportunità dell'informazione, mentre l'obbligo informativo dell'affiliante è subordinato alla valutazione di utilità e alla richiesta dell'aspirante affiliato.

Inoltre, sempre al terzo comma, al primo periodo – riservato all'obbligo informativo dell'aspirante affiliato –, il legislatore non ha previsto il riferimento né alla oggettiva riservatezza delle informazioni, né all'eventuale violazione di diritti dei terzi.

Ci si chiede, quindi, se l'aspirante affiliato possa sottrarsi alla richiesta di informazioni da parte dell'affiliante o se, per contro, debba rivelare ogni informazione necessaria o opportuna, senza potersi rifiutare per motivi di riservatezza o diritti di privacy di terzi.

Quella che a prima vista può sembrare una lacuna legislativa, in realtà ha una *ratio* ben precisa. Per chiarire quello che sembra uno squilibrio a favore dell'affiliante, è necessario ricordare che la legge non impone all'aspirante affiliato alcun obbligo di *disclosure*.

Ne consegue che per l'affiliante non è affatto facile reperire informazioni necessarie o utili ulteriori rispetto a quelle riferite a specifiche esigenze dell'aspirante affiliato.

Pertanto, su questo ultimo incombe l'obbligo di fornire tutte le informazioni di cui potrebbe avere bisogno l'affiliante.

In particolare, l'affiliante ha un interesse specifico ad assumere informazioni sull'aspirante affiliato, per esempio, sulla affidabilità, sulla solvibilità, sulla capacità giuridica, sulla reputazione e, in generale, su tutti gli elementi che, *mutatis mutandis*, possono permettere all'affiliante una adeguata valutazione sul suo futuro affiliato.

Restando sul tema dell'obbligo informativo, l'obbligo di motivazione consente all'aspirante affiliato di accertare l'effettiva esistenza delle ragioni dell'omessa informazione.

Nel silenzio della norma, però, deve ritenersi che la motivazione al diniego delle informazioni richieste, debba essere data, anche solo prudenzialmente, per iscritto, ma non necessariamente nel testo del contratto, come invece previsto per le informazioni di cui all'articolo 4 della L. 129/2004.

Per ciò che attiene l'ambito di applicazione della norma, mentre parte della dottrina ritiene che tali obblighi debbano osservarsi in tutte le fasi dell'affiliazione commerciale, giacché la norma in parola ne impone il rispetto «*in qualsiasi momento*», altra – ed è quella prevalente – ne limita l'applicabilità alla sola fase precontrattuale¹⁰⁴.

¹⁰⁴ FRIGNANI A., *Franchising, la nuova legge*, Torino, 2004, cit., p. 114

2.5. Regime sanzionatorio in caso di violazione degli obblighi precontrattuali

Il mancato, inesatto o incompleto assolvimento da parte del franchisor agli obblighi informativi pre-contrattuali previsti dall'articolo 4 della L. n. 129/2004 espone il franchisor a conseguenze giuridiche pregiudizievoli, che possono essere anche gravi. In primo luogo, qualora il franchisor abbia fornito al franchisee informazioni false, inesatte o incomplete, l'articolo 8 della L. n. 129/2008 prevede che quest'ultimo possa chiedere l'annullamento del contratto, nonché il risarcimento del danno, se dovuto.

A differenza delle norme in precedenza esaminate, tutte dirette a disciplinare gli obblighi precontrattuali, questa è l'unica a prendere in esame il profilo sanzionatorio conseguente alla violazione.

Tuttavia, tra i vari illeciti che potrebbero essere compiuti dalle parti durante il corso delle trattative, essa ha riguardo alla sola patologia delle false informazioni.

Evidentemente, con tale disposizione il legislatore ha inteso sottolineare una volta di più non solo l'importanza che i doveri di *disclosure* rivestono nell'ambito del regolamento del contratto di franchising, ma anche la necessità che il loro adempimento avvenga nel rispetto tanto del principio di trasparenza, quanto del dovere di buona fede.

L'ipotesi in cui una parte fornisca false informazioni rimanda alla disciplina del dolo negoziale, disciplinata dal Codice civile agli articoli 1439 e 1440.

Pertanto, in applicazione di tali norme, il contratto di franchising può essere annullato – su istanza del franchisee – solo se le false informazioni fornite dal franchisor sono state determinanti del consenso del franchisee, cioè sono state di tale importanza (per il franchisee) che, se tale falsità non vi fosse stata, questi non avrebbe sottoscritto il contratto. In tal caso, oltre all'annullamento del contratto, il franchisee avrà diritto al risarcimento del danno, in applicazione dell'articolo 1440 che disciplina il dolo c.d. determinante.

L'affiliato potrebbe inoltre chiedere l'annullamento del contratto e il risarcimento del danno dimostrando che le false o inesatte informazioni ricevute dal franchisor lo hanno indotto in errore su alcuni elementi essenziali del contratto stesso.

In tal caso dovrà dimostrare che l'errore in cui è incorso era essenziale e riconoscibile dal franchisor.

Qualora invece i raggiri (intesi come false informazioni) non siano stati di importanza tale da determinare la decisione del franchisee di concludere il contratto, ma abbiano solo inciso sui termini dello stesso – nel senso che il franchisee avrebbe comunque concluso il contratto se gli fossero state fornite le “vere” informazioni, ma a condizioni diverse –, il franchisee non potrà

chiedere l'annullamento del contratto ma avrà comunque diritto ad ottenere il risarcimento del danno, configurandosi quello che l'articolo 1439 definisce come dolo c.d. incidente.

La norma non disciplina, però, l'ipotesi di reticenza, situazione che si prospetta quando il franchisor non abbia fornito "false informazioni", ma abbia ommesso di fornire alcune informazioni al franchisee.

In ogni caso, anche qualora le informazioni previste dalla legge non siano state fornite il franchisee potrà chiedere l'annullamento del contratto per errore – ove riconoscibile ed essenziale – o per dolo omissivo ex articolo 1439 c.c. sempre che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, l'affiliato dimostri che il comportamento reticente dell'affiliante sia stato da questi preordinato, al fine di trarlo in inganno rilevando, in questi termini, l'elemento soggettivo.

Deve inoltre ritenersi che tale reticenza possa assumere rilevanza in quanto contrari alla buona fede precontrattuale, ai sensi degli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., e quindi esporre il franchisor a responsabilità precontrattuale nei confronti del franchisee. Sotto diverso profilo, qualora il franchisor abbia fornito al franchisee informazioni false, inesatte o incomplete circa l'affiliazione potrebbe andare incontro a sanzioni per pubblicità ingannevole: in tale ipotesi, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dispone dell'autorità di irrogare al franchisor, d'ufficio o su segnalazione del franchisee, una sanzione pecuniaria.

La disciplina della pubblicità era in origine incorporata nel Codice del consumo, volta a tutelare i consumatori dalla condotta ingannevole delle imprese, volta ad indurre in errore il consumatore.

La Commissione europea ha però ritenuto che il danno al consumatore in tema di pubblicità fosse solo indiretto, venendo principalmente violata la libera concorrenza tra le imprese nello stesso mercato. Tali provvedimenti hanno comportato non soltanto l'irrogazione alle imprese titolari di reti in franchising di sanzioni pecuniarie talvolta particolarmente onerose, ma anche e soprattutto ricadute negative sul piano dell'immagine.

3. Gli elementi che caratterizzano il contratto di franchising

Come emerge dalla trattazione elaborata in precedenza, la legge 129/2004 poco o nulla dice sul contratto e sul rapporto contrattuale nel franchising.

Le finalità di protezione del contraente debole che permeano la *ratio legis* e che la fanno apparire come una *disclosure law* (conformemente alle altre esperienze nazionali) hanno

assunto un valore preminente nell'impianto normativo a discapito di una compiuta disciplina del rapporto di affiliazione commerciale.

Come emerge dalla definizione contenuta nell'articolo 1, primo comma, legge 129/2004, l'affiliazione commerciale è un contratto che intercorre tra due soggetti giuridicamente ed economicamente indipendenti, attraverso il quale una parte concede all'altra, dietro corrispettivo, la disponibilità di un insieme di diritti di proprietà industriale ed intellettuale – unitamente a forme di assistenza tecnica e commerciale – inserendo l'affiliato in un “sistema” costituito da più affiliati, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.

La norma in tal modo individua la struttura tipica del contratto di franchising, basandola su taluni, determinati requisiti di carattere sia soggettivo, che oggettivo.

Per quanto concerne il profilo soggettivo, viene in rilievo la previsione dell'indipendenza economica e giuridica delle parti contraenti. In ordine ai requisiti oggettivi della fattispecie, occorre invece aver riguardo alla messa a disposizione dell'affiliato del patrimonio di beni.

Da queste premesse, per ricollocare tale fenomeno dal punto di vista contrattuale in una posizione di centralità, risulta utile analizzare tale tipo contrattuale partendo dalla stessa nozione di contratto fornita dall'articolo 1321 c.c. e nell'indicazione dei suoi elementi essenziali offerti dall'articolo 1325.

L'articolo 1325 c.c. asserisce che i requisiti del contratto sono: l'accordo delle parti, regolato dall'articolo 1326 c.c.; la causa, regolata all'articolo 1343 c.c.; l'oggetto, regolato all'articolo 1346 c.c.; la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.

3.1. L'accordo delle parti

Secondo la definizione offerta dall'articolo 1321 c.c., il contratto è *«l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale»*.

Il primo elemento che caratterizza il contratto come fenomeno sociale è, naturalmente, l'accordo delle parti, il loro reciproco consenso in ordine al programma contrattuale.

Il principale schema di perfezionamento del contratto, e quindi di formazione dell'accordo, è quello rappresentato dallo scambio di proposta e accettazione, ove la prima dovrà essere completa – cioè comprensiva di tutti gli elementi essenziali del contratto – e la seconda conforme e tempestiva.

La proposta costituisce l'atto di iniziativa con il quale una delle parti prospetta all'altra un certo regolamento del conflitto di interessi¹⁰⁵.

Per la sua stessa funzione pratica essa ha carattere recettizio¹⁰⁶.

La dottrina prevalente specifica, inoltre, che la proposta deve necessariamente essere rivolta ad una persona determinata: quando non emerga un destinatario, l'atto deve essere qualificato come invito a trattare¹⁰⁷.

Secondo una larga corrente la proposta sarebbe, inoltre, caratterizzata dalla manifestazione dell'intento di impegnarsi¹⁰⁸.

Ma, secondo più recenti indirizzi, al fine di accertare la sussistenza della volontà di impegnarsi, occorre aver riguardo alla idoneità, oggettivamente riconoscibile, della proposta a realizzare, con l'accettazione dell'altra parte, la conclusione del contratto: la valutazione deve, dunque, essere compiuta alla stregua di parametri oggettivi e tenendo conto dell'affidamento dell'altra parte¹⁰⁹.

La giurisprudenza, dal canto suo, conformemente all'opinione tradizionale, reputa che una dichiarazione si possa qualificare come proposta contrattuale solo quando manifesti una univoca volontà di impegnarsi e non solo una disponibilità od un auspicio¹¹⁰; tuttavia, soggiunge che la fattispecie dichiarativa non si esaurisce nella manifestazione della volontà contrattuale, ma è integrata dalla volontà del dichiarante di dirigere l'espressione della propria volontà, idonea ad essere assunta come contratto, verso l'oblato¹¹¹.

Secondo la dottrina dominante la proposta, per poter assolvere alla sua stessa funzione, deve possedere tutti gli elementi essenziali del contratto che mira a concludere¹¹².

Il carattere della completezza troverebbe emersione testuale nell' articolo 1336 c.c., cui sarebbe lecito riferirsi stante la identità d'indole tra offerta al pubblico e proposta¹¹³.

Parte della dottrina precisa che la completezza concerne soltanto gli elementi essenziali sostenendo che il contratto può reputarsi già costituito soltanto se fa difetto la disciplina di elementi meramente accidentali¹¹⁴.

¹⁰⁵ SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso, Santoro Passarelli*, Milano, 1980, p. 91

¹⁰⁶ GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 42

¹⁰⁷ BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, Milano, 1984, p. 219

¹⁰⁸ MESSINEO F., *Contratto (dir. priv.)*, ed. IX, Milano, 1961, p. 851

¹⁰⁹ SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1321-1352*, Bologna-Roma, 1970, p. 90

¹¹⁰ Cass. civ., 15 dicembre 1982, n. 6922

¹¹¹ Cass. civ., Sez. II, 05/08/1987, n. 6741

¹¹² OSTI G., *Contratto*, in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1959, 515; *contra*, BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 101

¹¹³ VITUCCI P., *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 220

¹¹⁴ TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, p. 105

Parte della dottrina¹¹⁵ distingue tra le ipotesi in cui la incompletezza dell'accordo si riduce alla mancata previsione dei punti che non richiedono una specifica disciplina o possono essere regolati alla stregua dei normali mezzi di integrazione del contenuto contrattuale (usi, norme suppletive, ecc.); e l'ipotesi contraria, in cui manca, e non può altrimenti realizzarsi, la disciplina di elementi che, secondo l'apprezzamento dei contraenti, debbono comunque averne una; nel qual caso il contratto deve ritenersi inesistente.

In ogni caso, la completezza dell'offerta rivolta all'altra parte configura una vera e propria proposta e non una generica manifestazione di disponibilità a trattare.

Il principio, in base al quale il sorgere del vincolo contrattuale postula che l'accordo delle parti sia raggiunto su tutte le clausole che concorrono a formarlo, trova, peraltro, attenuazione con riguardo al contratto preliminare, al cui perfezionarsi è sufficiente l'accordo sugli elementi essenziali, potendo le parti rimettere al contratto definitivo la regolamentazione degli elementi accessori.

Può, peraltro, aversi il caso in cui il proponente devolve alla controparte la determinazione di qualche elemento: si ha così una sorta di "completezza virtuale".

Secondo una risalente corrente di pensiero, la proposta può ritenersi completa allorché l'elemento non espressamente enunciato dal proponente sia, tuttavia, dallo stesso voluto e determinato mediante remissione all'altra parte¹¹⁶.

Si tratta, in buona sostanza, di un'ipotesi di determinazione *per relationem*, del contenuto contrattuale, in cui la fonte è costituita dalla volontà dell'accettante.

Proprio per tale ragione, tale integrazione può ammettersi esclusivamente quando risultino rigorosamente fissati i limiti in cui è ammessa ad operare la volontà dell'oblato.

Qualora manchi la fissazione di tali limiti, si deve ritenere che manchi una vera e propria proposta¹¹⁷.

Peraltro, giova rilevare che secondo una opinione¹¹⁸ la formazione dell'accordo e la determinazione del contenuto del contratto operano su due piani distinti.

La prima, costituisce il criterio risolutivo del "se" "dove" e "quando" del contratto.

La seconda, attiene al diverso e ulteriore profilo della validità dell'accordo.

Tale dottrina distingue, infatti, l'aspetto della formazione del contratto da quello, successivo, di verifica della determinazione del suo oggetto.

Il contratto si perfeziona, quando l'accordo sia raggiunto su tutti i punti presi in considerazione e discussi dalle parti e sia (necessariamente) sorretto dalla volontà di concludere il contratto

¹¹⁵ SCOGNAMIGLIO R., *Contratti*, 92

¹¹⁶ CARRARA G., *Contributo allo studio della formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 5

¹¹⁷ SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti*, 89

¹¹⁸ FERRI G. B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *RDCo*, 1969, p. 201

senza alcuna distinzione tra elementi essenziali ed elementi accessori posto che tale distinzione ha senso fare solo quando il contratto è già concluso¹¹⁹.

Da tali premesse consegue che, in assenza di accordo in ordine ai punti affidati ad una successiva intesa, non può ritenersi perfezionato il contratto.

Difatti *«un problema di validità o meno non si pone neppure, proprio per la mancata formazione del contratto. Questo significa che non è possibile utilizzare in queste ipotesi i criteri eventualmente forniti dalla norma suppletiva»*¹²⁰.

La proposta deve rivestire la forma che la legge prescrive per il contratto che s'intende concludere¹²¹.

L'accettazione deve esprimere totale ed incondizionata adesione alla proposta: sono caratteri dell'accettazione la conformità alla proposta, la tempestività, la recettività.

Qualora si abbia adesione delle parti a due testi, costituenti proposta e accettazione, non collimanti tra loro, perché non riconducibili ad obiettiva unità di significato, non sono applicabili le norme sull'errore, dovendosi invece affermare che il contratto non è venuto a giuridica esistenza¹²².

Si è specificato che la conformità si può realizzare solo quando il documento riepilogativo di tutte le condizioni del contratto viene sottoscritto o comunque accettato dall'altra parte.

Da ciò deriva che il contratto può ritenersi concluso solo se si realizza la piena congruenza, anche nelle clausole accessorie, tra proposta ed accettazione: ciò che non si realizza comunque se le modifiche richieste abbiano carattere secondario¹²³.

Il rifiuto dell'accettazione da parte dell'oblato, pure attraverso la formulazione di una controproposta, libera il proponente dal vincolo costituito dalla sua originaria proposta, anche in difetto di una sua formale revoca, salvo che non si dimostri la perdurante volontà di tenere ferma la proposta, pure dopo il rifiuto¹²⁴.

Secondo alcuni¹²⁵, infatti, l'oblato, anche dopo aver fatto la controproposta può accettare l'originaria proposta, se non è scaduto il termine.

Passando al requisito della recettività delle dichiarazioni che concorrono alla formazione del contratto e, in particolare, dell'accettazione della proposta, per essere soddisfatto non basta che questa sia conosciuta dal destinatario, ma occorre che essa sia indirizzata dal mittente alla

¹¹⁹ FERRI G. B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *RDCo*, 1964, II, p. 206

¹²⁰ *Ibidem*

¹²¹ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 794

¹²² Cass. civ., Sez. III, 22 marzo 1993, n. 3378

¹²³ Cass. civ., Sez. II, 24 ottobre 2003, n. 16016

¹²⁴ Cass. civ., 19 novembre 1983, n. 6891

¹²⁵ CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XXI, 2, Milano, 1987, 771, nt. 182

controparte con modalità tali da rivelare la volontà non solo di portare a conoscenza degli interessati il proprio intento, ma anche di realizzare gli effetti che essa è destinata a produrre nei confronti di questi ultimi.

Tuttavia, la Corte ha statuito che il contratto debba ritenersi ugualmente concluso quando, pur non essendo stata l'accettazione indirizzata al proponente, questi ne abbia comunque avuto conoscenza¹²⁶.

Non occorre che il mittente provi la ricezione dell'accettazione: è sufficiente che egli dimostri l'avvenuto recapito.

Nei contratti che richiedono la forma scritta *ad substantiam*, la conclusione tra persone lontane postula che alla proposta in forma scritta segua l'accettazione anche essa in forma scritta.

Non è necessaria la contestualità tra i due scritti. È sufficiente che la volontà consti, anche solo per implicito, da un atto scritto.

Alla mancata sottoscrizione dell'atto sopperisce, ai fini della validità del contratto, la produzione in giudizio della proposta da parte del soggetto che non abbia manifestato per iscritto il proprio consenso.

Qualora il proponente richieda che l'accettazione pervenga in una determinata forma, la proposta eventualmente giunta in forma diversa deve ritenersi inefficace¹²⁷.

Secondo la dottrina, fuori dai casi di forme *ad substantiam*, l'accettazione può essere anche tacita: si ha accettazione tacita quando il destinatario della proposta assume un contegno che, secondo criteri di concludenza e univocità, può ritenersi soltanto compatibile con il suo intento di accettare l'offerta.

Costituisce compito del giudice di merito individuare e valorizzare elementi da cui desumere una manifestazione tacita.

Così, costituisce accettazione tacita la comunicazione della data di consegna; la riattivazione dell'impianto e il collaudo, seguita alla proposta di riattivazione.

Il silenzio, in sé e per sé, non costituisce mai manifestazione negoziale, potendo acquistare il significato di un fatto concludente o manifestazione negoziale tacita solo in relazione alle circostanze in cui viene osservato o che lo accompagnano.

La dottrina parla, in questo caso, di silenzio circostanziato.

Il silenzio vale come dichiarazione quando, instaurato un certo rapporto tra le parti, il comune modo di agire o la buona fede impongono alla parte l'onere o il dovere di parlare.

¹²⁶ Cass. civ., Sez. II, 09/12/2014, n. 25923

¹²⁷ BIANCA C.M.; *contra*: GENOVESE A., *Le formalità della accettazione stabilite dal proponente*, in *RDC*, 1966, I, p. 365, secondo il quale l'accettazione formalmente difettosa equivale a nuova proposta

L'accordo si perfeziona, comunque e nonostante il silenzio, quando la legge o gli usi (negoziali o di commercio) attribuiscono valore di consenso all'inerzia del soggetto.

Lo schema delineato dall'articolo 1326 risulta, però, ormai troppo farraginoso, potendo le parti prevedere convenzionalmente un sistema diverso per ritenere tra esse il contratto concluso. Nell'esercizio della loro autonomia privata, tuttavia, le parti, pur essendo libere di decidere se ed a quali condizioni concludere il contratto, sono comunque vincolate al rispetto di alcuni fondamentali canoni di comportamento.

È alle norme contenute negli articoli 1337 e 1338 del Codice civile che si deve avere riguardo sotto questo profilo, avendo a mente l'obbligo di ciascuna parte di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nell'attività di formazione del contratto, nonché di comunicare l'una all'altra le eventuali cause di invalidità del contratto stesso.

La violazione del dovere precontrattuale di buona fede è tradizionalmente ravvisata dalla giurisprudenza nell'ipotesi del recesso senza giusta causa da trattative che siano giunte ad uno stadio tale da generare nell'altro contraente un legittimo affidamento circa la conclusione del contratto.

In particolare, l'affidamento in ordine alla conclusione del contratto è ragionevole e giustificato quando sussistano elementi oggettivi che facciano ritenere serie le trattative, per capacità delle parti, durata e stato della contrattazione e per la considerazione degli elementi essenziali del contratto da concludere, mentre il recesso è privo di giusta causa quando non sia determinato dalla modifica dell'altrui proposta negoziale o avvenga in malafede o sia comunque privo di ragionevole giustificazione¹²⁸.

Per contro, non è ritenuta legittimamente configurabile un'ipotesi di responsabilità precontrattuale tutte le volte in cui la rottura delle trattative e la mancata conclusione del contratto siano state in anticipo programmate, e costituiscano, pertanto, l'esercizio di una facoltà legittima da parte del recedente¹²⁹.

Nella dottrina la responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative è ammessa in termini ampi, ma alcuni autori¹³⁰, sottolineando che il principio è piuttosto quello della libertà dei contraenti di recedere dalle trattative, ritengono che di regola non debba rendersi palese un giustificato motivo di recesso, essendo sufficiente tenere costantemente informato l'altro contraente circa le possibilità di addivenire alla conclusione del contratto. Secondo una parte della dottrina¹³¹ la responsabilità per recesso ingiustificato, pur sempre

¹²⁸ Cass. civ., Sez. III, 10/08/2002, n. 12147

¹²⁹ Cass. civ., Sez. III, 05/08/2004, n. 15040

¹³⁰ BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 35; BESSONE M., *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza*, in RTDPC, 1972, 974

¹³¹ BIANCA C. M., *op. cit.*, p. 168

configurata come ipotesi di responsabilità precontrattuale, non si fonda sulla violazione del dovere di buona fede di cui all'art. 1337, bensì sull'aver colposamente o dolosamente indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto.

La revoca della proposta costituisce, in generale, esercizio di un potere attribuito al proponente dalla legge e liberamente esercitabile: in tal caso il proponente è tenuto, ai sensi del primo comma dell'art. 1328, solo a corrispondere un indennizzo all'accettante che abbia intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca. La responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 non si ricollega, quindi, alla semplice revoca della proposta, bensì ad una revoca che, per le particolari motivazioni o circostanze in cui ha luogo, debba ritenersi contraria all'obbligo di buona fede; tale è ritenuta, ad esempio, la revoca senza giustificato motivo¹³².

La descrizione della dinamica tipica che muove dalla fase precontrattuale per condurre al perfezionamento del contratto consente di cogliere in modo immediato le peculiarità che sotto questo aspetto caratterizzano la legge 129/2004 in materia di affiliazione commerciale. La disciplina speciale, in effetti, se poco o nulla dice in merito al rapporto contrattuale una volta instaurato, per converso, incide notevolmente sia sugli obblighi di informazione precontrattuale sia sul procedimento di formazione del contratto. In particolare, si assiste alla previsione di molteplici obblighi c.d. di *disclosure* a carico dell'affiliante, al fine di consentire al potenziale affiliato di disporre di quante più informazioni possibili per valutare la convenienza del contratto e la credibilità dell'affiliante, obblighi che, in un certo qual modo, si possono ritenere specificazioni del dovere di buona fede inteso quale dovere di informazione.

D'altra parte, la disposizione di cui all'articolo 4 comma 1, in virtù della quale tra la consegna della copia completa del contratto al potenziale affiliato e l'effettiva sottoscrizione debbano trascorrere almeno trenta giorni, lascia intravedere un'alterazione del normale iter di formazione del contratto, anche a scapito della libertà negoziale delle parti.

In questo si può osservare una vera e propria procedimentalizzazione della formazione dell'accordo, che passa attraverso alcuni snodi fondamentali che saranno meglio descritti nei prossimi paragrafi.

Su un piano diverso, e a prescindere dalle previsioni specificamente contenute nella legge 129/2004, nella normalità dei casi il contratto di affiliazione commerciale viene predisposto unilateralmente dall'affiliante e non è, salvo talvolta alcuni specifici aspetti, il frutto di una trattativa individuale.

¹³² BIGLIAZZI GERI L., Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato, Milano, 1967, p. 258

Nell'ambito del contratto di franchising, parti in senso sostanziale di quest'ultimo sono sicuramente l'affiliante e l'affiliato; quel che, invece, può risultare talvolta problematico è invece stabilire chi siano, o chi possano essere, l'affiliante e l'affiliato.

Questo dubbio interpretativo trova la propria fonte, dall'equivoca espressione contenuta nell'articolo 1 della legge 129/2004 che, nel fornire una definizione dell'affiliazione commerciale, esordisce affermando che quest'ultima è «*il contratto, comunque denominato, tra due soggetti giuridici*»¹³³.

Il generico riferimento ai soggetti ha posto il dubbio se la legge abbia o no inteso subordinare la possibilità stessa di stipulare il contratto di franchising alla condizione che affiliante e affiliato siano entrambi persone fisiche¹³⁴.

È evidente che una configurazione di questo genere, escludendo la possibilità che affiliante e affiliato possano essere, per converso, persone giuridiche, risulterebbe assolutamente irrazionale e lontana dalla realtà. In conclusione, è ben possibile affermare che la locuzione “soggetti giuridici” ricomprenda l'affiliante e l'affiliato, i quali possono indifferentemente assumere la veste di persone fisiche o giuridiche.

Ciò premesso, la definizione normativa offre ulteriori problematiche riconducibili alla precisazione, contenuta nello stesso articolo 1, per cui l'affiliante e l'affiliato debba essere soggetti giuridici «*economicamente e giuridicamente indipendenti*»¹³⁵.

Un ulteriore aspetto non disciplinato dalla legge in materia attiene al c.d. *business plan* che rappresenta oggi un terreno sul quale si instaurano numerose controversie.

Il *business plan* rappresenta uno strumento di progettazione, analisi, previsione che risulta il punto di partenza indispensabile per ogni nuova attività imprenditoriale, ma anche per i business in espansione, riqualificazione o che intendono espandersi mediante la creazione di un network in franchising.

Il *business plan* permette infatti di delineare in maniera chiara l'idea di business, la struttura dell'attività e le modalità di gestione, definendo anche strategie, punti di forza ed eventuali criticità da affrontare.

Era previsto originariamente nei progetti di legge che hanno condotto all'approvazione della normativa oggi in vigore ed era definito come «*un'ipotesi di bilancio previsionale fondata, se possibile, su esperienza di affiliati in posizione analoga*»¹³⁶ e si aveva cura di precisare che «*tale ipotesi non costituisce in alcun modo garanzia o promessa di risultato, ferme restando le*

¹³³ Articolo 1, l. 129/2004

¹³⁴ DE NOVA G. – LEO C. – VENEZIA A., *Il franchising*, Milano, 2004, cit., 761

¹³⁵ Articolo 1, l. 129/2004

¹³⁶ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising, Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012

tutele civili e penali per l'affiliato quando l'ipotesi stessa risulti elaborata con dolo o colpa grave»¹³⁷. Tale previsione è scomparsa nel testo definitivo della legge in considerazione e non esiste nell'ordinamento una previsione circa l'obbligatorietà del business plan.

Uno dei motivi principali e, quindi, uno degli elementi a favore di tale mancata previsione si riscontra nel fatto che le previsioni di cui si discute appartengono alla categoria delle c.d. "osservazioni non verificabili", con la conseguenza che la mancanza di criteri oggettivi, anche solo per valutare la credibilità delle prospettazioni, renderebbe la materia estremamente vaga e incerta.

Pur non essendo previsto l'obbligo di redazione del business plan non si può *a priori* escluderne l'utilità, quanto meno in taluni casi, soprattutto quando per gli investimenti necessari vengano richiesti affidamenti di un certo ammontare agli istituti di credito.

L'attenzione a questo punto si deve spostare necessariamente ai criteri da seguire nell'eventuale creazione di un documento che abbia in qualche modo la funzione di prevedere l'andamento ed i risultati della futura attività.

Sotto questo aspetto, il tema si connette strettamente a quello della responsabilità precontrattuale e, altresì, a quello dell'annullabilità del contratto di cui al prossimo paragrafo. Il *business plan*, infatti, se da un lato si configura come leva commerciale a favore del franchisor, dall'altro lato, rappresenta una prospettazione precontrattuale suscettibile di creare degli affidamenti.

Alla luce di quanto considerato, è certamente da condividere l'opinione di chi ha sostenuto che la redazione del business plan rappresenti un'attività pericolosa per il franchisor e che, se quest'ultimo voglia a tutti i costi cimentarsi, sarebbe consigliabile per lui ispirarsi a grande prudenza e buona fede¹³⁸.

In sostanza, ciò si deve tradurre non solo nella generica affermazione per la quale la previsione non rappresenta in alcun modo garanzia o promessa di risultato, ma anche in una puntuale contestualizzazione dei dati forniti.

Si consideri, peraltro, che, allorché la previsione di redditività venga utilizzata a scopo pubblicitario dal franchisor per ottenere nuove affiliazioni, va tenuto conto anche del ruolo svolto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e delle decisioni che essa emana in tema di pubblicità ingannevole.

Non va dimenticato, a questo proposito, che la decisione dell'Autorità in ordine all'ingannevolezza del messaggio pubblicitario interferisce addirittura con l'accertamento

¹³⁷ FRIGNANI A., *op. cit.*

¹³⁸ FRIGNANI A., *op. cit.*

giurisdizionale della responsabilità precontrattuale, poiché può far presumere l'adeguatezza del contegno dell'affiliante ad indurre in errore l'affiliato¹³⁹.

Premesso che la redazione del business plan non rappresenta un atto obbligatorio per l'affiliante, rimane da chiedersi che cosa accada qualora l'affiliato presenti una specifica richiesta in tal senso, anche alla luce del disposto dell'articolo 6 della legge 129 secondo cui sussiste l'obbligo di fornire tempestivamente al potenziale affiliato le ulteriori informazioni che lui stesso ritenga utili o necessarie.

In tale situazione non sembra ravvisabile la possibilità di rifiuto per l'affiliante né sotto il profilo della tutela della privacy di terzi né sotto quello della riservatezza aziendale cui fa riferimento l'ultima parte della citata disposizione.

Non va, tuttavia, dimenticato che la norma impone alle parti di comportarsi con lealtà e correttezza e che sarebbe contrario alla ratio ed allo spirito della previsione imporre all'affiliante la redazione di un documento che non contiene informazioni oggettivamente verificabili o che egli potrebbe non essere in grado di stilare.

Per questo si ritiene che a fronte della richiesta di un business plan da parte dell'aspirante affiliato sia legittimo il rifiuto dell'affiliante motivato con l'affermazione di non essere in grado di redigerlo.

Per converso, sembra contrario a buona fede il rifiuto di collaborare con l'aspirante affiliato nell'elaborazione delle previsioni.

Il business plan rientra nell'ambito della pubblicità, rientrando in questa nozione «*qualsiasi messaggio, diffuso con qualunque mezzo e modalità, che sia finalizzato a promuovere una determinata attività imprenditoriale*»¹⁴⁰ – cioè, in questo caso, l'adesione ad una rete in franchising.

Sebbene dal punto di vista giuridico, non sorga automaticamente una responsabilità in capo al franchisor nei confronti del franchisee qualora quest'ultimo non consegua effettivamente i profitti che erano stati previsti nel business plan – dato che il franchisee è considerato un imprenditore autonomo che sopporta per intero i rischi d'impresa, spesso legati a situazioni oggettive di mercato o a capacità soggettive del franchisee stesso – la mancata realizzazione delle previsioni di un business plan può porre il franchisor in una situazione di rischio.

¹³⁹ GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*

¹⁴⁰ Articolo 2, comma 1, D.lgs. n. 145/2007

3.2. La causa del contratto

L'articolo 1322 c.c., andando a sancire il principio dell'autonomia contrattuale, dispone che *«le parti possono anche concludere contratti che non appartengano a tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»*¹⁴¹.

Nel silenzio della legge, la nozione veniva interpretata avendo riguardo alla Relazione al codice, che sul tema sottolineava: *«non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto, ma è la funzione economico- sociale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione, pertanto, che deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dall'art 1322, secondo comma, rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica»*¹⁴².

L'autonomia privata ex articolo 1322 c.c. sembrava così poter trovare riconoscimento e tutela giuridica solo ove espressa in contratti che, per la funzione economico-sociale cui sono rivolti, fossero ritenuti “socialmente apprezzabili”.

Questa concezione non si è ovviamente sottratta a profonde critiche: se la causa esprime la generale ed astratta funzione-economico sociale propria di quel contratto – scevra da ogni elemento di concretezza riferito al singolo – dovrà ammettersi che ogni volta che il legislatore regoli un tipo contrattuale, questa funzione sia stata preventivamente approvata dal legislatore stesso, facendo così apparire inutili disposizioni quali l'articolo 1343 c.c., in tema di illiceità della causa.

Sul punto è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite, le quali hanno chiarito che l'illiceità della causa sia concepibile anche quando le parti adottino uno schema negoziale tipico, perseguendo però uno scopo contrario ai principi giuridici dell'ordinamento¹⁴³.

Una più matura riflessione sul concetto di causa, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ha preso le distanze dagli orientamenti che si erano fatti strada fino a quel momento, abbracciando la tesi che il concetto di causa non possa prescindere dalla considerazione del concreto assetto di interessi “obiettivati” dalle parti.

¹⁴¹ Articolo 1322, comma 2, c.c.

¹⁴² Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile del 1942, par. 613

¹⁴³ Cass., Sez. Un., 11 gennaio 1973, n. 63

Con riguardo alla causa del contratto, bisogna ritenere che l'attenzione dell'ordinamento, piuttosto che alla ragione giustificatrice in una dimensione statica, deve rivolgersi al risultato cui tende l'atto di autonomia privata posto in essere, in una visione di prospettiva dinamica¹⁴⁴. Il contratto di franchising è un contratto caratterizzato da una causa complessa, risultante dal cumulo delle varie operazioni previste nell'ambito della cooperazione tra le parti, quali la compravendita; la cessione dei diritti; la cessione di licenza, marchi e brevetti; la trasmissione del know how; la somministrazione di beni o servizi; l'assistenza tecnica e commerciale; la cessione di altri diritti. In particolare, 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 immissione 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, invece, nella 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, senza che ciò possa portare alla identificazione del franchisor con il franchisee, i quali, sebbene legati contrattualmente, restando indipendenti ed autonomi sia dal punto di vista giuridico che dal punto di vista economico¹⁴⁵.

Autorevole dottrina, poi, *individua la causa concreta del contratto di franchising «nell'inserimento del franchisee in una rete collaudata e radicata sul mercato, che beneficia delle conoscenze tecniche e del marchio franchisor, in un quadro di costante e proficua cooperazione»*¹⁴⁶.

La tipizzazione del contratto di franchising ad opera della legge 129/2004 ha cambiato totalmente il modo di analizzare il profilo causale dello stesso.

Se, infatti, prima del 2004 – quando era un contratto atipico, seppur socialmente tipico –, soggiaceva alla duplice indagine sotto l'aspetto della meritevolezza degli interessi (articolo 1322 c.c.) e della liceità della causa (articolo 1343 c.c.), ora, a tipizzazione avvenuta, residua la sola verifica del rispetto dell'articolo 1343 c.c., giacché la meritevolezza degli interessi per i contratti tipici viene valutata *a priori* dal legislatore in sede di tipizzazione.

Tenuto conto degli elementi normativi del contratto di franchising nell'ottica della causa c.d. in concreto, si potrebbe individuare la ragione pratica dell'affare nell'intenzione di dar luogo ad una *«particolare forma di aggregazione imprenditoriale di tipo reticolare»*¹⁴⁷, giacché il franchising consiste in una *«tecnica commerciale mediante la quale un'impresa principale*

¹⁴⁴ ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023

¹⁴⁵ Trib. Piacenza, Sez. I, 28 ottobre 2022, n.534

¹⁴⁶ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising, Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012. Sul punto, in giurisprudenza, Trib. Novara, 14 luglio 2021, n. 507

¹⁴⁷ FRIGNANI A., *Il franchising*, Torino, 1990

promuove e realizza una rete di imprese satelliti, autonome come entità giuridiche ma collegate contrattualmente all'impresa promotrice, al fine di demandare loro la produzione o la vendita dei propri prodotti o servizi, con un'organizzazione decentrata e capillare cui tutte le imprese aggregate partecipano con iniziativa, gestione e rischio autonomi e indipendenti»¹⁴⁸.

È una sorta di “cooperazione istituzionalizzata” composta di varie fasi, ciascuna demandata ad un diverso imprenditore¹⁴⁹.

Così, nel franchising di distribuzione l'affiliante produce, mentre l'affiliato commercializza, attraverso la sua formula commerciale, i beni da lui forniti.

Diversamente, nel franchising di produzione e in quello di servizi, l'affiliato produce e commercializza beni o servizi seguendo le direttive di cui si compone la formula commerciale messa a sua disposizione.

Si è precisato che, pur essendo indubbio che nel franchising persista un'aggregazione di rete, questa riguarda non solo l'affiliante e l'affiliato, essendo necessario che coinvolga almeno un altro affiliato.

Più in generale, le reti di franchising presentano alcune peculiarità: sono formali; sono asimmetriche, in quanto uniformate e coordinate da un'impresa (franchisor) cui il contratto riconosce particolari poteri nei confronti dei franchisees; sono contrattuali, poiché dirette da una serie di contratti collegati tra di loro; hanno una struttura che si potrebbe definire “a raggiera”; la realtà delle operazioni commerciali, poi, dimostra che, a seconda dei casi, possono svolgere soltanto una funzione di coordinamento delle attività delle imprese affiliate oppure anche un'autonoma funzione imprenditoriale.

3.3. L'oggetto del contratto

Tra i requisiti essenziali del contratto menzionati dall'articolo 1325 c.c. compare anche l'oggetto il quale, a norma dell'articolo 1346 c.c. deve essere «*possibile, lecito, determinato o almeno determinabile*»¹⁵⁰.

Come per la causa, la prima questione da affrontare ha carattere preliminare ed attiene all'accezione che si intende attribuire al termine, mancando anche in questo caso una definizione nel Codice civile.

¹⁴⁸ FRIGNANI A., *Il franchising, op. cit*

¹⁴⁹ GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*

¹⁵⁰ Articolo 1346 c.c.

Più in particolare, cogliendo le suggestioni dottrinali che lamentano una certa disomogeneità nel linguaggio del Codice civile, il tema centrale è quello della distinzione tra oggetto e contenuto del contratto.

Talvolta, infatti, la legge fa riferimento al contenuto e, talaltra, appunto all'oggetto.

In linea di principio e da un punto di vista teorico, una distinzione sembrerebbe possibile. Secondo autorevole dottrina, mentre il contenuto del contratto sarebbe rappresentato dal regolamento contrattuale, ovvero dall'insieme delle clausole volute dalle parti o inserite nel contratto in forza della legge, degli usi e dell'equità, l'oggetto si identificherebbe con la cosa o con il diritto che il contratto trasferisce o con la prestazione che una parte si obbliga ad eseguire in favore dell'altra¹⁵¹.

Tuttavia, il codice fa un uso difforme dell'espressione "oggetto" in altre disposizioni, in modo particolare nell'articolo 1376 c.c.: nell'inciso «*nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata*»¹⁵² il termine è impiegato per descrivere non tanto la prestazione, quanto piuttosto l'effetto reale del contratto, in considerazione del fondamentale principio consensualistico.

La tesi prevalente in dottrina propone, invece, una perfetta sovrapposizione tra oggetto e contenuto del contratto.

Così, l'oggetto viene definito come «*il contenuto sostanziale" del contratto, ossia quello che le parti stabiliscono in ordine al loro rapporto*»¹⁵³.

Nell'ambito del contratto di franchising, soccorre in aiuto la disposizione all'articolo 3 della l. 129/2004, rubricata "Forma e contenuto del contratto".

Dopo aver stabilito che il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, nel successivo quarto comma l'articolo prevede che il contratto debba inoltre espressamente indicare una serie di elementi, tra i quali: «*l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività; le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato; la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato*»¹⁵⁴.

L'elemento centrale di questa tipologia contrattuale risiede nella concessione della disponibilità della formula commerciale.

La norma non utilizza l'espressione "formula commerciale", ma ricorre ad una terminologia decisamente meno contratta, parlando di «*un insieme di diritti di proprietà industriale o*

¹⁵¹ GALGANO F., *Trattato di diritto civile*

¹⁵² Articolo 1376 c.c.

¹⁵³ CAPOZZI G., *Il contratto in generale*, Milano, 2002

¹⁵⁴ Articolo 3, comma quarto, l. 129/2004

intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale»¹⁵⁵.

Di questo insieme l'affiliante deve concederne all'affiliato la disponibilità: ciò implica che nel contratto di affiliazione commerciale non si attua alcun trasferimento nella titolarità di quei diritti, ma che, più limitatamente, si attribuisce all'affiliato il diritto di farne uso (fa eccezione il master franchising¹⁵⁶).

La parola “insieme” evoca di per sé una pluralità di elementi, con la conseguenza che non si potrà avere franchising ogni qual volta venga attribuito il diritto di utilizzare solo un diritto di proprietà industriale o intellettuale. In queste ipotesi – come abbiamo avuto modo di constatare comparando i due istituti – potremmo parlare piuttosto di una licenza di marchio o di un accordo di sfruttamento della tecnologia.

3.3.1. Il know-how

Un discorso del tutto particolare merita il know-how che, pur essendo uno degli elementi che costituiscono la formula commerciale, assume nel fenomeno dell'affiliazione una valenza ed un rilievo tale da meritare un approfondimento autonomo.

Ai sensi dell'articolo 1, terzo comma, lett. a) della legge 129/2004 il *know-how* viene 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*»¹⁵⁷.

Per know-how si intende, quindi, il “saper come”: come fare a commercializzare i beni o i servizi oggetto dell'attività in franchising¹⁵⁸.

Si tratta, dunque, delle acquisizioni sul “come” produrre o scambiare, potendosi avere riguardo a ritrovati brevettabili (come le invenzioni e i modelli di utilità), o non brevettabili e comunque caratterizzati dall'essere usati per l'esercizio dell'impresa in modo esclusivo e segreto. Requisiti necessari per qualificare un contratto che abbia ad oggetto una formula commerciale come un contratto di franchising sono l'esclusività e la segretezza.

A tal proposito, la Corte di Cassazione ha rilevato che «*qualora il metodo adottato da un imprenditore, per realizzare determinati prodotti o applicazioni in favore dei clienti, manchi di esclusività e di segretezza, il contratto di cessione di tale metodo resta privo di un oggetto economicamente apprezzabile, ove non si esaurisca nella mera enunciazione astratta delle cognizioni del cedente, non anche nel diverso caso in cui preveda un'assistenza del cessionario*

¹⁵⁵ Articolo 1, comma 1, l. 129/2004

¹⁵⁶ Cfr. Cap. I, par. 8.1

¹⁵⁷ Articolo 1, comma 3, lett. a), l. 129/2004

¹⁵⁸ GALGANO F., Trattato cit., III, 552

per la sicura e facile attuazione concreta di dette cognizioni mediante l'utilizzazione dell'esperienza del cedente stesso, stante la rilevanza patrimoniale di siffatto importo»¹⁵⁹.

Di conseguenza, le esperienze e le conoscenze che siano di dominio pubblico non possono essere qualificate come know-how.

Questione ampiamente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza riguardava la validità del contratto di franchising e, ancor prima, la qualificazione di un contratto quale franchising in mancanza dell'elemento del know-how.

La dottrina maggioritaria ha ritenuto che un contratto che non preveda la messa a disposizione del franchisee di un know-how che abbia le indicate caratteristiche non possa qualificarsi come franchising¹⁶⁰.

Nello stesso senso era orientata anche la giurisprudenza formatasi antecedentemente alla legge 129/2004 la quale, in proposito, aveva affermato come *«a dispetto del nomen iuris dato dalle parti, non può qualificarsi franchising il contratto nel quale non sia previsto alcun trasferimento di know-how»¹⁶¹.*

Quella successiva alla novella pare, invece, aver mutato convincimento nel momento in cui ha sostenuto che *«nel contratto di franchising 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»¹⁶².*

A questa iniziale presa di posizione, fatta propria da un giudice del merito, è seguita quella espressa dalla Suprema Corte la quale ha affermato che *«il requisito del know how, ai fini della stipula del contratto di franchising, non costituisce elemento indefettibile del tipo»¹⁶³.*

Del resto, conclude il giudice di legittimità, tale teoria *«fondamentalmente basata su una ricognizione dell'id quod plerumque accidit, avuto riguardo al modo in cui il franchising si è affermato nella prassi commerciale (nel senso, cioè, che di norma il contratto in discorso prevede la trasmissione del know how), nonché sulla definizione contenuta nell'oramai abrogato Reg. CE 4087/1988, che attribuiva invece al know how vero e proprio carattere strutturale del negozio»¹⁶⁴ non sembra considerare adeguatamente «lo sviluppo diacronico dell'istituto, specie a seguito della sua tipizzazione ad opera della ripetuta l. n. 129 del 2004, dalla cui definizione non può ovviamente prescindere»¹⁶⁵.*

¹⁵⁹ Cass. civ., 28 giugno 1985, n. 3881,

¹⁶⁰ IANNOZZI P. – PANDOLFINI V. – TRIPODI E., *op. cit*

¹⁶¹ Trib. Firenze, 30 maggio 1986 in FRIGNANI A., *Il franchising*, Torino, 1990, p. 388

¹⁶² Trib. Trento, 14 maggio 2012, n. 472

¹⁶³ Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2018, n.11256

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*

A differenza di quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, gli Ermellini sono giunti alla conclusione secondo cui il know-how non è un elemento essenziale del contratto di franchising. E che, pertanto, può sussistere anche se non è previsto dal contratto.

Nel caso di specie, il Tribunale di primo grado aveva accolto la domanda dell'affiliato, dichiarando nullo il contratto di "affiliazione collaborazione" in virtù della indeterminatezza dell'oggetto di cui all'articolo 1 del contratto, inerente al know-how che la società aveva preso l'impegno di trasferire.

In base alla lettera dell'articolo 1 comma 1 della già citata legge, il contratto di affiliazione commerciale non deve riguardare cumulativamente e tassativamente tutti gli aspetti regolati dalla norma.

Pertanto, può configurarsi un contratto di franchising privo della clausola concernente la trasmissione del know-how dal franchisor al franchisee.

Sulla medesima lunghezza d'onda, parte della dottrina affermava che *«pur trattandosi di un aspetto ricorrente, nel senso che in molti casi la forza del sistema sta proprio nel know how commerciale messo a disposizione dei franchisees, esistono anche contratti in cui esso manca (o è puramente apparente), nei quali ciò che dà valore al franchising (e rende tale contratto interessante per il franchisee) è la forza dell'immagine (ed in particolare del marchio, o marchi) che caratterizza la rete»*¹⁶⁶.

La Suprema Corte ha poi proseguito il discorso esprimendosi sul contenuto della clausola che la legge richiede ai fini, questa volta, della validità del contratto.

Il grado di specificità con il quale i requisiti del "know how", enucleati dall'articolo 1, comma 3, lett. a, della l. n. 129 del 2004, devono essere indicati nella relativa clausola di un contratto di "franchising" deve essere rapportato alle caratteristiche della fattispecie concreta, in particolare alla complessità strutturale della rete commerciale dell'affiliante e all'attività imprenditoriale esercitata in concreto dall'affiliato, di modo che, quanto meno articolate esse si presentino, tanto meno analitica potrà essere la descrizione del "know how" contenuta nel testo contrattuale.

L'articolo 3, comma 4 della legge sull'affiliazione commerciale richiede che il contratto debba espressamente indicare *«la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato, le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato e le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione»*¹⁶⁷.

¹⁶⁶ BORTOLOTTI F., *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, p.57

¹⁶⁷ Articolo 3, comma 4, lett. d) ss., l.129/2004

Dalla lettura di questa norma – in combinato disposto con la definizione di affiliazione commerciale offerta dalla legge all'articolo 1 – ha condotto, però, la dottrina prevalente – in contrasto con la giurisprudenza – a ritenere pacifica la qualificazione quale elemento essenziale del contratto di franchising il know-how.

Volendo analizzare il percorso evolutivo compiuto dalla dottrina per giungere a tale ragionamento, bisognerà procedere con un'interpretazione letterale dell'articolo 3, comma 4, della legge 129/2004: laddove il legislatore non avesse voluto ritenere essenziale un elemento del contratto, lo avrebbe espressamente previsto come "eventuale".

In secondo luogo, sarebbe illogico riconoscere come valido un contratto con cui l'affiliato assume un insieme di obblighi a fronte del pagamento di una somma di denaro senza acquisire, poi, il corrispondente diritto-dovere di utilizzare i segni distintivi e il know-how dell'affiliante, elementi che conferiscono un senso pratico al contratto.

L'importanza del know-how per il contratto di franchising consiglia indubbiamente di dar conto della tutela che l'ordinamento appresta in favore del detentore delle informazioni riservate, nel caso di specie l'affiliante.

L'articolo 99 del Codice della proprietà industriale dispone che *«ferma la disciplina della concorrenza sleale, il legittimo detentore delle informazioni e delle esperienze aziendali di cui all'articolo 98, ha il diritto di vietare ai terzi, salvo proprio consenso, di acquisire, rivelare a terzi od utilizzare, in modo abusivo, tali informazioni ed esperienze, salvo il caso in cui esse siano state conseguite in modo indipendente dal terzo»*¹⁶⁸.

Ma la tutela del franchisor nel diritto industriale non si limita alla protezione della segretezza del marchio.

La norma fa evidentemente rinvio alle azioni che il Codice civile detta in materia di concorrenza sleale, poiché è evidente che non solo la divulgazione, ma anche l'uso abusivo del know-how si traduce in un illecito concorrenziale, in particolare in un atto *«non conforme ai principi della correttezza professionale»*¹⁶⁹ ai sensi dell'articolo 2598, n. 3) c.c.

Il marchio svolge, come è noto, una funzione importantissima ai fini della promozione di prodotti e servizi di un'impresa.

Tutto ciò è particolarmente vero nel franchising.

All'interno della formula commerciale di una rete in franchising (il cd. *franchise package*) il marchio – che viene concesso in uso a tutti i franchisee – è l'elemento che qualifica l'immagine uniforme del franchisor, e costituisce quindi uno degli aspetti essenziali per determinare il successo della rete stessa.

¹⁶⁸ Articolo 99 c.p.i.

¹⁶⁹ Articolo 2598, n. 3) c.c.

Il franchisor potrà, così, esercitare l'azione inibitoria, che impedisce la continuazione in futuro della condotta illecita del franchisee, e l'azione di rimozione, tendente alla distruzione delle cose in cui la concorrenza sleale si è estrinsecata.

Stabilisce l'articolo 2599 c.c. che *«la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché vengano eliminati gli effetti»*¹⁷⁰.

Il concorrente sleale potrà, poi, essere condannato al risarcimento del danno, senza che il danneggiato (il franchisor) debba provare la colpa del danneggiante, che è presunta ai sensi dell'articolo 2600 c.c.

In caso di condanna al risarcimento del danno su ordine del giudice, la sentenza può essere pubblicata sui giornali come mezzo diretto a contribuire alla riparazione del danno.

In linea col disposto codicistico, l'articolo 5 della legge 129/2004 prevede un espresso obbligo di riservatezza a carico del franchisee, obbligo che perdura anche dopo lo scioglimento del contratto.

La legge, infatti, come accade anche nel Codice civile e in quello della Proprietà industriale, si preoccupa di tutelare il franchisor non solo dai franchisee, ma anche dagli ex franchisee. Nonostante si tratti di un obbligo già previsto dalla legge come elemento naturale del contratto, nella prassi è frequente l'introduzione nel contratto di franchising di clausole che prevedano delle limitazioni anche post contrattuali a carico del franchisee.

Questo, naturalmente, anche in vista del risultato pratico che questa cautela può contribuire a realizzare: la previsione di una clausola contrattuale *ad hoc* trasforma la natura dell'illecito da aquiliano a contrattuale, con tutti i noti vantaggi sul piano dell'inversione dell'onere della prova e della prescrizione del relativo diritto. Il know-how, si è visto, rientra pienamente nel concetto di formula commerciale ma non beneficia necessariamente della tutela brevettuale.

Per quanto riguarda la protezione giuridica del know-how nel corso della durata del franchising, è evidente che la sua divulgazione da parte dell'affiliato a terzi può determinare un grave danno al franchisor, anche, e forse soprattutto, in ragione del fatto che si tratta di conoscenze non brevettate (e spesso non brevettabili).

Per ovviare a tale inconveniente, la legge – sempre l'articolo 5 – prevede espressamente che *«l'affiliato si impegna ad osservare e a far 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»*¹⁷¹.

Dopo la cessazione del contratto, il comportamento delle parti deve essere disciplinato con un atto di autonomia privata mediante patti di non concorrenza, divieti di nuove affiliazioni o di

¹⁷⁰ Articolo 2599 c.c.

¹⁷¹ Articolo 5, secondo comma, l. 129/2004

costituzione di reti in franchising concorrenti o, ancora, prevedendo il divieto di utilizzazione del know-how acquisito.

Le considerazioni svolte in punto di concorrenza, si noti, assumono un rilievo del tutto particolare per affrontare la tematica dell'essenzialità o meno del know-how nei contratti di affiliazione commerciale, se non altro perché, come è già stato ricordato, le prime regolamentazioni di questa figura contrattuale si devono alla giurisprudenza ed alla legislazione europea in materia di concorrenza.

Con il patto di non concorrenza, il franchisee si impegna a non svolgere attività in concorrenza con quella esercitata dal franchisor per un determinato periodo di tempo.

La funzione principale di tale clausola è quella di tutelare la reputazione e l'identità comune della rete, nonché di impedire che il know-how e l'assistenza fornita dal franchisor possano avvantaggiare i concorrenti.

Analogamente all'esclusiva, anche il patto di non concorrenza non è considerato un elemento essenziale del contratto di franchising; pertanto, non è automaticamente incluso nel contratto.

Il patto di non concorrenza può trovare applicazione sia quando il contratto sia ancora vigente tra le parti, sia con riferimento ad un periodo successivo al suo scioglimento.

In questa ultima ipotesi verrà qualificato quale patto di non concorrenza post-contrattuale. Questa tipologia di patto impedisce al franchisee, una volta terminato il contratto, di gestire autonomamente la propria impresa nello stesso settore commerciale e nella medesima area geografica in cui operava durante il rapporto di franchising.

Ciò consente di evitare che l'ex affiliato sottragga alla rete la clientela del franchisor o sfrutti le competenze e le conoscenze acquisite nell'ambito della rete di franchising a proprio vantaggio.

In aggiunta, tale clausola funge spesso da deterrente nei confronti del franchisee per evitare una risoluzione anticipata del contratto.

È importante sottolineare che per la validità del patto di non concorrenza non è richiesto il pagamento di un corrispettivo a favore del franchisee.

Tuttavia, ciò non esclude che, nel contesto complessivo del contratto di franchising, si possa tener conto di tale patto, ad esempio in relazione all'esclusiva o alle royalties dovute dal franchisee.

Al fine della validità del patto, è necessaria la specifica sottoscrizione da parte dell'affiliato, in conformità agli articoli 1341 e 1342 del Codice civile, trattandosi di una clausola vessatoria inserita nelle condizioni generali di contratto predisposte dal franchisor.

Gli elementi che caratterizzano il patto di non concorrenza sono enunciati nel Codice civile, precisamente dall'articolo 2596, nella parte in cui prevede che *«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»¹⁷².

In merito all'ultimo inciso inerente alla durata del patto, secondo la giurisprudenza prevalente l'articolo 2596 del Codice civile non si applica agli accordi tra soggetti che operano a diversi livelli della linea concorrenziale (c.d. accordi verticali), come appunto accade nel franchising. Di conseguenza, un patto di non concorrenza inserito in un contratto di franchising non è soggetto ai limiti previsti dall'articolo 2596 del Codice civile.

Tuttavia, poiché il patto di non concorrenza produce l'effetto di comprimere la libertà di iniziativa economica dei contraenti, esso soggiace ai principi previsti dalle norme antitrust, qualora generino effetti significativi sul mercato italiano.

In particolare, il Regolamento CE n. 330/2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

Per ciò che attiene ai patti di non concorrenza post-contrattuali, il Regolamento comunitario stabilisce che essi devono essere *«necessari per la protezione del know-how del franchisor; devono riferirsi a beni o servizi in concorrenza con quelli oggetto del contratto di franchising; devono essere limitati ai locali in cui il franchisee ha operato durante la vigenza del contratto; non possono avere una durata superiore a un anno dopo la cessazione del contratto»¹⁷³.*

In caso di inadempimento del patto di non concorrenza post-contrattuale da parte del franchisee, il franchisor ha la possibilità di tutelare i propri interessi avviando un ricorso d'urgenza ai sensi dell'articolo 700 del Codice di procedura civile, mediante il quale può ottenere dall'Autorità Giudiziaria un provvedimento inibitorio che ingiunga l'ex affiliato a cessare l'attività concorrenziale esercitata. Il franchisor può comunque richiedere il risarcimento dei danni subiti a causa dell'attività concorrenziale svolta dall'ex franchisee. L'individuazione dell'ammontare di tale risarcimento può risultare notevolmente facilitata dall'inserimento nel contratto di una specifica clausola che preveda una penale a carico del franchisee in caso di violazione dell'obbligo di non concorrenza.

Le clausole penali nell'ambito del contratto di franchising sono clausole che sanzionano specifiche violazioni e/o ritardi imputabili al franchisee, con la previsione di penali.

Si pensi alla penale prevista in un contratto di franchising a carico del franchisee che violi il divieto di introdurre nell'assortimento del punto vendita affiliato, prodotti a marchio diverso, ovvero servizi non rientranti tra quelli contrattuali o comunque autorizzati dal franchisor. Ebbene, il franchisor può in qualità di deterrente rafforzare il divieto posto a carico del

¹⁷² Articolo 2596 c.c.

¹⁷³ Articolo 5, Reg. CE 330/2010

franchisee, prevedendo una sanzione economica a suo carico – una penale appunto – di importo predeterminato, al verificarsi di ciascuna eventuale violazione.

Il contratto di franchising può altresì prevedere l'applicazione di una penale a carico del franchisee che si sottragga, senza giustificato motivo, direttamente o non faccia partecipare i propri dipendenti, ai corsi di formazione organizzati dal franchisor, posto che la formazione degli affiliati riveste rilevanza strategica per il successo della rete in franchising.

Ulteriore esempio di penale è quella posta a carico del franchisee, per ciascun giorno di ritardo nell'avvio dell'attività del punto vendita affiliato, avvio pianificato contrattualmente entro una certa scadenza, salvo che il ritardo sia causato da forza maggiore.

Queste clausole possono essere collegate anche a violazioni poste in essere in un momento successivo alla cessazione del contratto di franchising: possono, ad esempio, rendere più gravosa la violazione del patto di non concorrenza post-contrattuale, predeterminando nel contratto il quantum della somma di denaro dovuta al franchisor dall'ex franchisee.

La previsione della penale ha, quindi, una funzione rafforzativa delle obbligazioni a cui accede; opera altresì da dissuasore contro comportamenti scorretti e lesivi dell'immagine e della reputazione del franchisor, da parte del franchisee.

Al verificarsi della violazione contestata, il franchisor potrà quindi rivolgersi al franchisee ed esigere il pagamento del dovuto, senza dover provare l'effettivo pregiudizio economico subito.

Qualora poi il franchisor si sia riservato nel contratto la possibilità di richiedere il risarcimento dell'eventuale maggior danno, egli potrà ricorrere al giudice, dovendo provare l'esistenza del maggior danno subito a causa dell'inadempimento del franchisee.

Tuttavia, il franchisee potrebbe sottrarsi al pagamento della penale richiestagli, ogniqualvolta egli ritenesse che la penale contrattualmente prevista, sia eccessiva.

Il Codice civile riconosce all'articolo 1384 il diritto di richiedere la riduzione della penale «*se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento*»¹⁷⁴.

Il franchisee, che contesti nel *quantum* la penale richiestagli dal franchisor, potrà quindi rivolgersi al giudice, al quale la legge riconosce il potere di ridurre equamente l'ammontare della penale, ove dovesse ritenere iniqua quella contrattualmente prevista.

Per limitare tale rischio, può essere utile inserire nella clausola una dichiarazione con la quale le parti riconoscono espressamente come congruo, equo e coerente l'ammontare della somma prevista a titolo di penale rispetto all'interesse dalla stessa tutelato.

¹⁷⁴ Articolo 1384 c.c.

La previsione di una penale peraltro non esclude che - in caso di reiterazione di comportamenti vietati (ad esempio, nel caso di commercializzazione di beni e servizi non autorizzati) e/o di omissione di condotte imposte al franchisee (come nel caso di inadempimento dell'obbligo formativo) -, il franchisor possa invocare altresì la risoluzione del contratto, per inadempimento del franchisee, azionando la clausola risolutiva espressa, ove prevista nel contratto di franchising.

La presenza di queste clausole determina uno squilibrio delle prestazioni poste a carico delle parti a favore del franchising.

Siffatto squilibrio, però, è giustificato dall'esigenza del franchisor di tutelare l'integrità ed uniformità della propria immagine e reputazione commerciale, i propri *assets*, contro comportamenti inadempienti, illeciti o negligenti del franchisee, a beneficio proprio e degli affiliati alla propria rete, che hanno investito risorse e professionalità nei rispettivi punti vendita affiliati e che rischierebbero di essere danneggiati da comportamenti scorretti anche di un solo franchisee¹⁷⁵.

3.3.2. Il corrispettivo

Il contratto di franchising è un contratto essenzialmente oneroso, essendo il corrispettivo dovuto dall'affiliato un elemento imprescindibile del tipo: l'articolo 1 della legge sull'affiliazione, infatti, prescrive che il franchisor concede la formula commerciale al franchisee «*verso corrispettivo*».

La concessione della disponibilità della formula commerciale, della somministrazione di un know-how e di servizi di assistenza tecnica e commerciale non rimane, quindi, priva di una contropartita in favore dell'affiliante.

Tale corrispettivo costituisce sostanzialmente la remunerazione versata dall'affiliato a fronte della concessione del c.d. *franchise package*: la concessione della disponibilità della formula commerciale, della somministrazione di un know-how e di servizi di assistenza tecnica e commerciale e dei vantaggi di cui l'affiliato usufruisce per il fatto di far parte di una rete in franchising quali l'esclusiva, la promozione pubblicitaria, la possibilità di vendere determinati prodotti.

Quanto all'essenzialità del corrispettivo non pare possano sussistere dubbi: come lo prevede l'articolo 1 in tema di franchising c.d. diretto, così allo stesso modo l'articolo 2 della stessa legge dispone con riferimento al c.d. master franchising.

¹⁷⁵ *Ibidem*

La prima questione sulla quale è necessario soffermarsi nello sviluppare il tema del corrispettivo del contratto di franchising riguarda le tipologie di corrispettivo ipotizzate dalla legge 129/2004.

Già nelle definizioni poste dall'articolo 1, come anticipato in precedenza, dopo la menzione del know-how, il legislatore ha richiamato espressamente due concetti: il diritto di ingresso e le royalties.

Il "diritto di ingresso" consiste, a mente della lettera b), in «una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale»¹⁷⁶.

Il diritto d'ingresso, comunemente definito anche "*entrance fee*" caratterizza in effetti molte forme di franchising e rappresenta, in definitiva, una somma di denaro che l'affiliato versa per essere accettato nella rete¹⁷⁷.

Si tratta di un importo di cui può essere richiesto il versamento anche *una tantum* all'inizio del rapporto, e che trova la sua giustificazione nell'avviamento di cui viene ad usufruire l'affiliato entrando nella rete e nelle spese sostenute dal franchisor per la sperimentazione della formula, la gestione della rete e la ricerca di nuovi affiliati.

Non sempre il pagamento della *entry fee* viene richiesto dal franchisor: nel franchising di distribuzione di beni, ad esempio, ciò generalmente non accade, dato che viene assorbita nel prezzo di cessione di beni.

Le *royalties* sono definite dall'articolo 1, 3° comma, lett. c) della l. 129/2004 come «una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche»¹⁷⁸.

Si tratta di un importo, da corrispondersi periodicamente, che costituisce il corrispettivo a fronte della concessione da parte del franchisor del c.d. *franchise package*.

Le royalties possono essere calcolate con due diverse modalità: in misura fissa, secondo una determinata cadenza temporale; in percentuale, generalmente calcolata sul fatturato sviluppato dal *franchisee* nel corso della sua attività.

Tali modalità spesso si intersecano tra di loro, dando luogo a varie combinazioni.

È così possibile, ad esempio, che venga previsto il pagamento da parte del franchisee di una *royalty* fissa mensile e, al contempo, di una *royalty* in percentuale sul giro d'affari del franchisee, che verrà conguagliata qualora sia superiore con la prima al termine dell'anno.

¹⁷⁶ Articolo 1, comma 3, lett. b), l. 129/2004

¹⁷⁷ BORTOLOTTI F., *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee, 2004*

¹⁷⁸ Articolo 1, comma 3, lett. c.), l. 129/2004

Sono altresì frequenti previsioni contrattuali in base alle quali, fermo restando un criterio di calcolo delle *royalties* su base percentuale, l'affiliato è comunque obbligato a versare un importo minimo di *royalties* all'affiliante, su base annua, indipendentemente dall'effettivo giro d'affari sviluppato o a sviluppare un determinato fatturato minimo, sul quale sono calcolate le *royalties*.

Ciò accade ad esempio nel franchising di servizi, nel quale l'affiliato non acquista beni dall'affiliante e, di conseguenza, non potranno pattuirsi *royalties* proporzionali agli incassi realizzati.

La previsione di una *royalty* minima o di un fatturato minimo è funzionale al raggiungimento di tre diversi obiettivi: assicurare al franchisor un rendimento minimo garantito; far sì che tutti gli affiliati perseguano uno standard di rendimento minimo – e quindi omogeneo – dal punto di vista economico, evitando diseguaglianze che potrebbero squilibrare la rete nel suo complesso; infine, evitare il rischio di condotte opportunistiche da parte degli affiliati, i quali potrebbero altrimenti – cioè con *royalties* fisse – essere indotti a ridurre il proprio giro d'affari (impiegando le proprie risorse in altro modo, magari in attività concorrenziali).

È, d'altra parte, possibile incentivare ulteriormente l'affiliato a sviluppare il proprio giro d'affari riconoscendo a quest'ultimo una sorta di premio – consistente a sua volta in determinati vantaggi o privilegi, strumentali allo sviluppo della sua attività commerciale – ancorato al raggiungimento di una determinata soglia di fatturato.

L'obbligo di pagamento delle *royalties*, specialmente quando queste sono calcolate sul fatturato, rende opportuno prevedere nel contratto di franchising un obbligo di rendicontazione da parte dell'affiliato circa l'andamento delle vendite, e la possibilità dell'affiliante di monitorare l'attività e ispezionare la contabilità dell'affiliato, anche attraverso appositi *audit*. Gli *audit* del franchising svolgono un ruolo cruciale nel garantire il successo e la conformità delle attività in franchising.

Il franchisor può ricorrervi anche – e soprattutto – quando voglia eseguire un'analisi finanziaria approfondita inerente alla revisione dei rendiconti finanziari, delle dichiarazioni dei redditi, degli estratti conto bancari e di altri documenti rilevanti dell'affiliato per valutarne le prestazioni finanziarie, la conformità e il rischio¹⁷⁹.

Frequente nei contratti di franchising è altresì la previsione in base alla quale, qualora in esito all'*audit* del franchisor dovessero emergere differenze più o meno notevoli rispetto a quanto dichiarato dall'affiliato, – fermo restando l'obbligo di corrispondere la differenza sulle *royalties*

¹⁷⁹ *Audit del franchising come condurre e superare un audit del franchising in Fastercapital*

all'affiliante (nonché di risarcirgli i costi sostenuti per effettuare l'audit) – quest'ultimo si riserva la facoltà di recedere o di risolvere il contratto.

Se consideriamo la lettera b) dell'articolo 3, comma 4, possiamo osservare che tra gli elementi che il contratto deve espressamente indicare sono previste «*le modalità di calcolo e di pagamento delle royalties*»¹⁸⁰.

Tale previsione dimostra che l'indicazione della corresponsione delle royalties è un elemento essenziale del contratto di franchising¹⁸¹.

Un problema a questo riguardo effettivamente si pone: quello di far collimare una situazione di fatto, invalsa nella prassi, con la realtà giuridica appena descritta. Nella prassi, infatti, i contratti di franchising di distribuzione di prodotti non prevedono quasi mai un corrispettivo in questi termini.

Nella stragrande maggioranza dei casi, infatti, oltre alla previsione di una *fee* d'ingresso, l'affiliante trae il proprio guadagno dalla vendita al franchisee dei prodotti che lo stesso dovrà poi distribuire, solitamente in una situazione nella quale l'affiliato ha un obbligo di acquistare esclusivamente dal franchisor¹⁸².

Si è posto pertanto il problema se in questi casi si possa parlare di franchising; in altri termini, se sia rispettato l'elemento essenziale del corrispettivo.

Appare pertanto corretto in linea di principio scorporare dal prezzo dei beni una parte di esso da destinare a corrispettivo dei servizi tipici dell'affiliazione commerciale.

A questo modo di vedere le cose si è tuttavia opposto che una situazione di tal genere potrebbe creare incertezze in ordine all'accertamento dell'esistenza di un corrispettivo indiretto.

Dal punto di vista dell'interpretazione storica, è emblematico in tal senso il fatto che la locuzione «*corrispettivo finanziario, diretto o indiretto*»¹⁸³ contenuta originariamente nell'abrogato regolamento comunitario del 1988, non sia stata ripresa dal legislatore nazionale che parla semplicemente di corrispettivo.

Per concludere, come ritenuto dalla dottrina prevalente, la norma si limita a imporre alle parti di regolamentare nel contratto le *royalties* – qualora esse siano effettivamente previste – ma non impedisce alle parti di prevedere altre forme di corrispettivo dall'affiliato all'affiliante, diverse dalle *royalties*.

Del resto, la prassi conosce numerosi esempi di franchising nei quali, a fronte della trasmissione del *franchise package*, l'affiliato non corrisponde *royalties* vere e proprie, bensì canoni

¹⁸⁰ Articolo 3, quarto comma, l. 129/2004

¹⁸¹ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising*, Torino, 1990

¹⁸² *Ibidem*

¹⁸³ Articolo 1, terzo comma, lett. b), Reg. CE 4087/1988

periodici per l'assistenza, la consulenza e la formazione, svincolati dal volume d'affari ed in generale dalle vendite.

È inoltre frequente, soprattutto nei contratti di *franchising* di distribuzione di beni, la previsione in base alla quale l'affiliato non versa all'affiliante corrispettivi specifici, ma si obbliga all'acquisto dall'affiliante di un quantitativo minimo di prodotti, ad un prezzo prestabilito, nel quale è incorporata la remunerazione dell'affiliante.

In questo caso, l'affiliante viene remunerato attraverso il sovrapprezzo dei prodotti forniti all'affiliato: si parlerà di royalty c.d. indiretta o occulta.

Tale forma di corrispettivo indiretto (non basato su *royalties*) incentiva generalmente il franchisee a massimizzare le vendite e a generare maggiori utili, il che produce effetti positivi anche sul fatturato del franchisor.

Quest'ultimo è naturalmente spinto a concentrare le proprie risorse sulla produzione/distribuzione dei beni (che costituisce l'unica fonte del suo reddito), piuttosto che nello sviluppo della formula commerciale e della rete in sé per sé considerate.

Il franchisor può, naturalmente, determinare liberamente – e quindi imporre all'affiliato – i prezzi di acquisto dei propri beni o servizi.

Frequentemente il franchisor si riserva espressamente la possibilità di variare unilateralmente (di solito in aumento) i prezzi dei beni ceduti al franchisee, nel corso del contratto.

Tale previsione è legittima – ancorché vessatoria per l'affiliato, e quindi come tale bisognevole di essere espressamente accettata da quest'ultimo, ai sensi degli articoli 1341 e 1342 c.c. – purché il franchisor non ne abusi, ad esempio aumentando i prezzi improvvisamente o ingiustificatamente o, ancora, senza alcun preavviso.

Il franchisor non può invece, in linea generale, obbligare i franchisee a praticare un determinato prezzo minimo dei beni al pubblico, nemmeno in via indiretta, ad esempio garantendo sconti o rimborsi di costi promozionali a condizione che venga osservato un determinato livello di prezzo, né un prezzo fisso.

Ciò è vietato dalla normativa antitrust, sia nazionale che comunitaria.

L'esigenza da parte del franchisor che gli affiliati aderenti alla rete praticino prezzi uniformi, o almeno non al di sotto di un certo limite – esigenza giustificata dalla necessità di mantenere il controllo sulla strategia commerciale, evitando che la diversità dei prezzi praticati dagli affiliati possa nuocere alla reputazione della rete e del marchio – può essere soddisfatta attribuendo al franchisor il diritto di indicare agli affiliati un parametro di

riferimento per la determinazione del prezzo di vendita al pubblico, o di suggerire tale prezzo in modo non vincolante per gli affiliati¹⁸⁴.

Tuttavia, il Regolamento n. 330/2010 CE sugli accordi verticali, entrato in vigore il 1° giugno 2010, consente al franchisor di imporre ai franchisee un determinato prezzo di rivendita al pubblico solo in due casi: quando il franchisor intenda introdurre un nuovo prodotto sul mercato (è la c.d. eccezione del nuovo entrante) o quando organizza una campagna promozionale di breve durata (fino a sei settimane).

3.3.3. Clausola di esclusiva

Specificamente disciplinata nel contratto di agenzia all'articolo 1743 c.c. e in quello di somministrazione agli articoli 1567 e 1568 c.c., la clausola di esclusiva territoriale accede frequentemente a tutti i contratti di distribuzione commerciale.

Nel contratto di franchising, per effetto di tale clausola, il franchisor si obbliga a non concludere con terzi diversi dal franchisee contratti aventi oggetto determinate prestazioni inerenti al contratto di franchising, all'interno di una determinata zona delineata nel contratto e per un certo tempo, di solito coincidente con la durata del contratto.

In generale, lo scopo primario del patto di esclusiva è quello di assicurare al franchisee una fetta sicura di mercato: in tal modo, infatti, l'affiliato ha la possibilità di disporre di una sorta di zona "protetta", entro la quale non deve subire la concorrenza di altri affiliati in franchising appartenenti alla stessa rete.

In questo senso, l'esclusiva rappresenta un notevole incentivo a contrarre per l'affiliato, in quanto gli permette di non subire la concorrenza (c.d. *intra-brand*) di altri affiliati o dello stesso affiliante in un certo territorio o per determinati canali di vendita, offrendogli maggiori garanzie nel recupero dei costi di investimento che l'adesione al contratto di franchising comporta. D'altra parte, concedendo una zona di esclusiva agli affiliati, il franchisor riesce ad evitare che i franchisee appartenenti alla propria rete competano tra di loro in una stessa zona, il che potrebbe nuocere al corretto svolgimento dell'attività all'interno della rete e, conseguentemente, danneggiare il brand.

Ad essa è dedicato l'articolo 3, quarto comma, lett. c), legge 129/2004 il quale sottolinea testualmente il carattere meramente eventuale di questa clausola «*sia in relazione agli altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante*»¹⁸⁵.

¹⁸⁴ *Ibidem*

¹⁸⁵ Articolo 3, quarto comma, lett. c), l.129/2004

Dalla disposizione in esame emerge con chiarezza che l'esclusiva territoriale non possa qualificarsi né come un elemento essenziale, né come un elemento naturale del contratto di franchising, benché possa senz'altro considerarsi come un "elemento caratterizzante" di tale accordo.

Prima ancora dell'entrata in vigore della novella del 2004 autorevole dottrina aveva già sottolineato l'impossibilità di far assurgere la clausola in questione al rango di elemento necessario: l'inserimento automatico di clausole in un rapporto contrattuale, in difetto di un conforme accordo, può trovare il proprio fondamento giuridico unicamente in norme dispositive.

In senso conforme, invero, si era espressa la stessa giurisprudenza, che anche in una pronuncia relativamente recente aveva confermato come la clausola di esclusiva (reciproca) non potesse essere fatta rientrare tra i *naturalia negotii* del contratto di franchising dovendo risultare, ai fini della sua operatività, da una specifica pattuizione.

Pertanto, in assenza di una espressa pattuizione di esclusiva, il franchisee non può vantare alcun diritto in tal senso, e non sussiste alcuna responsabilità contrattuale in capo al franchisor, qualora quest'ultimo nomini altri affiliati nella stessa zona territoriale in cui opera il franchisee. Risulta, quindi, corretto affermare che ove le parti non abbiano concordato alcunché in proposito, il franchisee non possa godere di alcuna protezione territoriale né contro la concorrenza degli altri franchisee (concorrenza orizzontale), né contro quella posta in essere dallo stesso franchisor (concorrenza verticale).

Ciò peraltro non significa che, anche in assenza di esclusiva in favore dell'affiliato, il franchisor sia pienamente libero di organizzare la propria rete di distribuzione, a scapito degli interessi dell'affiliato.

Infatti, come è stato anche recentemente affermato dalla giurisprudenza, qualora il franchisor, in assenza di una clausola di esclusiva territoriale, adotti una politica di vendita "spregiudicata" che prevede l'apertura di un punto vendita di un altro affiliato a poca distanza da quello di un affiliato preesistente, compromettendo così gli interessi di quest'ultimo, si rende responsabile per violazione dei doveri di correttezza e buona fede contrattuale, ai sensi dell'articolo 1375 c.c.

In altri termini, pur in mancanza di una esclusiva territoriale in favore degli affiliati, il franchisor è tenuto a preservarne gli interessi, organizzando la propria rete in modo tale da non creare concorrenza sleale tra gli affiliati.

Per contro l'affiliato, difettando tale clausola, potrà non solo stipulare contratti di franchising con imprenditori concorrenti del franchisor, ma anche distribuire prodotti concorrenti rispetto a quelli contrattuali.

Il contratto di affiliazione commerciale, infatti, non costituisce negozio di mero scambio, che vede il pagamento di royalties come contropartita allo sfruttamento di una certa formula ed immagine commerciale.

La sua natura, al contrario è fortemente caratterizzata dalla collaborazione.

Si tratta, cioè di una tipologia in cui l'affiliante, per il tramite delle filiali, ottiene una maggior penetrazione territoriale per la vendita dei suoi prodotti o servizi, a fronte dell'ottenimento di una formula commerciale collaudata da parte dell'affiliato: entrambi, perciò, mirano ad instaurare un rapporto collaborativo di durata volto a generare reciproci profitti. Un siffatto rapporto, ancor più rispetto ad un contratto di mero scambio, deve essere improntato alla buona fede ex art 1175 c.c. e 1375 c.c., nel momento genetico, ma ancor più in quello funzionale, che implica l'obbligo dell'affiliante a predisporre una rete commerciale equilibrata sul territorio al fine di garantire, da un lato, nel proprio interesse, una più efficace penetrazione dello stesso, dall'altro, nell'interesse di controparte, onde evitare una concorrenza intestina tra affiliati¹⁸⁶.

In ogni caso, ove la clausola sia concretamente inserita nel sinallagma contrattuale, dovrà necessariamente rivestire la forma scritta richiesta dal primo comma dell'articolo 3, legge 129/2004 sotto pena di nullità della stessa. Individuata la natura giuridica della clausola di esclusiva, pare altresì utile indicare le esigenze economiche che, di solito, spingono le parti ad addivenire alla sua inclusione nel contratto di franchising: dal punto di vista del franchisor incentiva la volontà del franchisee di entrare a far parte della rete affiliativa e di investire nello sviluppo del proprio giro di affari; dal punto di vista del franchisee, invece, assicurare al medesimo la possibilità sia di recuperare gli investimenti effettuati per entrare nella rete, sia di tutelare l'aspettativa di realizzare i guadagni che questi si aspettava di perseguire con la stipulazione del contratto.

In ultimo, quanto all'efficacia di tale clausola l'opinione prevalente è orientata nel senso di ritenere che essa non sia normalmente opponibile ai terzi, in applicazione del principio di relatività dei contratti di cui all'articolo 1372 c.c.

Al contrario, se terzi decidessero di vendere tali prodotti direttamente al franchisee dopo averli acquistati attraverso i c.d. "canali paralleli", realizzerebbero degli atti illeciti in quanto violativi dell'articolo 2598, n. 3, c.c.

La disciplina di tale fenomeno ha subito nel corso degli anni una modifica giustificata dall'evoluzione del mondo informatico.

In particolar modo, il settore del franchising, così come ogni altro settore del commercio, ha sviluppato e sfruttato da tempo le potenzialità dell'e-commerce che, in misura sempre

¹⁸⁶ Trib. Milano, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 425

crescente, si è aggiunto come nuovo canale di vendita, ai canali storici della distribuzione rappresentati dalla rete dei punti vendita fisici presenti sul territorio, sia quelli diretti del franchisor che quelli dei franchisee affiliati.

Le evidenti peculiarità che regolano questo strumento, e in particolare la caratteristica di essere raggiungibile dai potenziali clienti da qualsiasi luogo geografico nel quale possano disporre di una connessione internet, hanno comportato la necessità di ripensare, adattandoli alla novità tecnologica, l'interpretazione e applicazione di norme e principi che regolano questo particolare modello di distribuzione commerciale e, specificatamente, i rapporti tra franchisor e franchisee e tra i diversi franchisee tra di loro.

È pacifico che il diritto del franchisee “esclusivista”, di essere quindi il solo a poter distribuire i prodotti o i servizi del brand nella zona a lui assegnata in esclusiva, non pone particolari problemi interpretativi nel “mondo fisico”.

Per contro, lo stesso diritto risulta non privo di punti critici nella sua concreta applicazione quando, all'interno della rete in franchising, il franchisor e anche i singoli franchisee svolgono la loro attività commerciale sfruttando lo strumento dell'e-commerce.

I franchisee possono, quindi, subire la “concorrenza” delle vendite che il franchisor effettui attraverso il proprio e-store istituzionale, raggiungibile “universalmente” e potenzialmente assai più insidioso degli eventuali siti web degli altri franchisee in quanto, si presume, meglio indicizzato nei motori di ricerca.

Dovendo presumere che ogni vendita elettronica diretta tra franchisor e i clienti residenti nelle zone assegnate ai franchisee “sottragga” una potenziale transazione a quest'ultimo, occorre domandarsi se, a protezione della marginalità di guadagno dei franchisee, esiste un limite all'espansione del commercio digitale del franchisor e, in caso affermativo, come vada individuato¹⁸⁷.

Alcuni principi utili possono trarsi dalla sentenza n. 425/2019 del Tribunale di Milano. Il Tribunale di Milano in quella sede ha chiarito che, anche in assenza di clausole di esclusiva territoriale, incombe sempre sul franchisor il dovere di organizzare la sua rete di vendita – sia di punti vendita in franchising sia di punti vendita diretti – avendo cura di «*non esporre i propri franchisee a una concorrenza non sostenibile e tale da arrecare loro un pregiudizio economico, ad esempio attraverso una densità eccessiva di canali distributivi in una stessa area*»¹⁸⁸.

Questo dovere deriva dalla necessaria applicazione del principio della esecuzione del contratto secondo buona fede dettato dall'articolo 1375 c.c., che ha la funzione – indipendentemente dal

¹⁸⁷ PAGLIARETTA E., *Franchising ed e-commerce: quali regole per franchisor e franchisee* in *Dirittovivo*

¹⁸⁸ Trib. Milano, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 425

contenuto delle obbligazioni contrattuali – di impedire condotte che, pur non violando specifici impegni contrattuali, siano comunque scorrette, sleali e tali da danneggiare l'altro contraente, in particolare compromettendo il vantaggio competitivo derivante al franchisee dall'ingresso nella rete in franchising per il quale lo stesso paga un corrispettivo.

Va chiarito che un franchisor non può vietare *tout-court* a un suo franchisee, neppure facendogli sottoscrivere una apposita clausola contrattuale, il diritto di commercializzare i prodotti o servizi, oltre che nel punto vendita fisico, anche attraverso un proprio sito web.

Sul punto è intervenuto il Regolamento n. 330/2010 della Commissione Europea, che detta la disciplina applicabili agli accordi e alle pratiche concordate tra imprese potenzialmente idonei a restringere la concorrenza.

Tenendo conto degli effetti benefici per i consumatori della concorrenza tra imprese, il legislatore europeo vede con sfavore le restrizioni alle vendite, tra le quali rientra anche un eventuale accordo tra franchisor e franchisee che precluda a quest'ultimo l'utilizzo del canale di vendita digitale.

Il Regolamento opera a questo proposito una fondamentale distinzione tra vendite attive – oggetto di possibili restrizioni – e vendite passive – non passibili di restrizioni – che trova applicazione anche nella dimensione digitale. Sono dunque vietati gli accordi che restringano le vendite passive, intese come le vendite nelle quali il prodotto viene semplicemente offerto sul sito – inteso come una sorta di vetrina virtuale – senza che il venditore attui una qualche ulteriore azione attiva finalizzata a sollecitare i consumatori all'acquisto sullo stesso sito: tale sarebbe, ad esempio, la pubblicazione su siti o pagine di terzi di banner promozionali con link ipertestuali per far atterrare i potenziali clienti sul sito di e-commerce del venditore¹⁸⁹.

Applicando questa regola, il franchisor può vietare ai franchisee solo le vendite online attive rivolte specificamente e intenzionalmente a sollecitare gruppi di clienti che si trovano nelle zone concesse in esclusiva ad altri franchisee: come sarebbe, ad esempio, l'inserzione, da parte di un franchisee, di un banner su un giornale locale di una città ubicata in una zona diversa da quella assegnatagli e concessa in esclusiva a un altro franchisee¹⁹⁰. Un franchisee che gode di un'esclusiva territoriale non potrà quindi contestare nulla al franchisor che abbia concluso, per un'altra zona, un contratto con un altro franchisee, il quale operi anche online, concludendo esclusivamente vendite passive.

In tal modo viene assicurata una concorrenza leale tra tutti i franchisee che operano distribuiti sul mercato.

¹⁸⁹ PAGLIARETTA E., *Franchising ed e-commerce: quali regole per franchisor e franchisee* in *Dirittovivo*

¹⁹⁰ *Ibidem*

Restando sul tema del rapporto verticale tra i diversi franchisee che rispondono al medesimo franchisor, occorre domandarsi come un franchisee al quale sia stato concesso un diritto di esclusiva territoriale possa tutelarsi qualora un altro franchisee realizzi vendite attive online, rivolte a sollecitare il mercato dei potenziali clienti della zona assegnata al primo.

Tra i vari franchisee non c'è infatti nessun legame contrattuale: quello il cui diritto di esclusiva venga leso dalle vendite attive poste in essere nella sua zona da un altro franchisee potrà, però, agire nei confronti di quest'ultimo contestandogli, ai sensi dell'articolo 2598 c.c., la concorrenza sleale e chiedendo al giudice di ordinargli la cessazione della condotta a lui pregiudizievole e, se vi sono i presupposti, condannandolo al risarcimento dei danni patiti.

Resta da capire se il franchisor, in quanto "titolare" della rete, possa essere chiamato anche lui a rispondere per una sorta di omessa vigilanza sul rispetto, da parte del franchisee "invasore", del diritto di esclusiva assicurato contrattualmente ad altri franchisee¹⁹¹.

Si ritiene che, almeno nel caso in cui il franchisee danneggiato denunci al franchisor l'interferenza dell'attività di un altro franchisee nella zona a lui riservata in esclusiva, il franchisor sarà tenuto, in ossequio dovere di eseguire il contratto secondo buona fede, a utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione per costringere il franchisee "invasore" a cessare la sua condotta illecita. La mancata attivazione del franchisor potrebbe quindi costituire un inadempimento colpevole agli obblighi derivanti dal contratto sottoscritto con il franchisee esclusivista danneggiato dalla attività illecita di un altro franchisee, legittimando il franchisee alla risoluzione del contratto e al risarcimento del danno subito.

3.4. La forma del contratto

In generale, si ritiene che il nostro ordinamento si ispiri in tema di contratti al principio di libertà delle forme: qualsiasi modalità espressiva – anche mediante comportamenti concludenti – sarà idonea alla formazione di un valido vincolo contrattuale.

La forma diviene, però, requisito essenziale del contratto «*quando è prescritta dalla legge sotto pena di nullità*»¹⁹².

Da ciò deriva che solo in via eccezionale e in vista del perseguimento di particolari finalità legate alla natura ed all'oggetto del contratto è richiesta l'adozione della forma scritta, pena l'invalidità del contratto.

¹⁹¹ *Ibidem*

¹⁹² Articolo 1325, n. 4) c.c.

In realtà, tale regola appare oggi in parte smentita, registrandosi un ricorso sempre più frequente a prescrizioni di forma, seppure non sempre a pena di nullità¹⁹³.

Tra le previsioni di maggiore rilevanza introdotte dalla legge 129/2004 un ruolo di primario rilievo deve essere attribuito proprio a quella in materia di forma del contratto di franchising. Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, infatti, «*il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità*»¹⁹⁴.

È particolarmente significativa, in primo luogo, la stessa collocazione sistematica della disposizione: rubricata “Forma e contenuto del contratto”, essa è posta immediatamente dopo la definizione dell'affiliazione commerciale (articolo 1) e l'indicazione dell'ambito di applicabilità della legge (articolo 2)¹⁹⁵.

La circostanza assume una chiara rilevanza sotto il profilo dell'interpretazione della volontà del legislatore e dell'individuazione delle finalità perseguite.

Prima ancora di indicare il contenuto del contratto e di precisare i doveri precontrattuali che incombono sulle parti, infatti, la legge esalta il valore della certezza giuridica ed impone una prescrizione formale.

La previsione della forma scritta *ad substantiam* è sicuramente in linea con l'importanza che assume l'operazione economica regolata dal contratto e svolge, pertanto, anche la funzione di richiamare l'attenzione dei contraenti sul negozio stesso.

In particolare, la Suprema Corte ha in più occasioni messo in luce la necessità della forma scritta – in deroga al principio della libertà delle forme ex articolo 1325 c.c., comma 1, n. 4, e articolo 1350 c.c., comma 1, n. 13 – che trova fondamento, come portato in rilievo anche in dottrina, «*nell'esigenza di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto, in funzione della circolazione dei diritti*»¹⁹⁶.

È l'espressione “neoformalismo” a prestarsi ad individuare la tendenza, soprattutto di derivazione europea, ad un uso più diffuso dei vincoli di forma del contratto.

Nell'affiliazione commerciale e, dunque, nel caso di contratti tra impresa forte ed impresa debole, proprio questa impostazione della Suprema Corte giustifica la scelta del legislatore – prima europeo e, poi, nazionale, – di optare per un vincolo di forma *ad substantiam*.

In questo caso, così come avviene nei contratti professionisti-consumatori, più che la sicurezza della circolazione dei diritti, tende a garantire la trasparenza contrattuale, con l'obiettivo di tutelare chi, ad esempio, aderisce ad un contratto negoziato o, ancora, imposto da un partner più forte.

¹⁹³ ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023

¹⁹⁴ Articolo 3, comma 1, lett. c), l. 129/2004

¹⁹⁵ CALLIPARI N., *Il contratto di franchising*, Torino, 2016

¹⁹⁶ Cass. Civ. 20051/2013

L'onere formale viene esteso dalla legge anche ai contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge che, ai sensi dell'articolo 9, «*devono essere formalizzati per iscritto*»¹⁹⁷ entro un anno dall'entrata in vigore della norma citata.

Merita però sottolineare che il legislatore non commina alcuna sanzione per l'ipotesi in cui le parti non si adeguino ai sopravvenuti oneri formali.

Nondimeno, il contesto giuridico ed economico nel quale sono maturate le esigenze che stanno alla base della legge 129/2004 offre spunti di riflessione ed analisi che trascendono le tradizionali funzioni della forma. La forma scritta così opera con una funzione riequilibratrice, compensando il dislivello in tema di forza economica tra le due parti.

Trattando del requisito della forma del contratto di franchising, in particolare, questa situazione di asimmetria si declina in modo ambivalente, spostando l'attenzione anche sulla capacità informativa dell'onere formale.

La forma diviene, in sostanza, non soltanto un elemento del contratto ai sensi dell'articolo 1325 c.c. ma anche un veicolo efficace di informazioni con funzione di richiamo dell'attenzione del contraente più debole, al fine di consentire una decisione ponderata da parte di quest'ultimo.

La conclusione trova conferme di carattere storico e sistematico.

Prima dell'intervento normativo del 2004, infatti, si riteneva che il franchising fosse un fenomeno rischioso per l'aspirante affiliato, disponendo quest'ultimo di pochi strumenti per verificare se la rete cui stava per affiliarsi poteva esser considerata seria e affidabile ovvero se vi era il rischio di incorrere in episodi di c.d. vendite di fumo, sotto le mentite spoglie del franchising¹⁹⁸.

La stabilizzazione del requisito della forma scritta ha indubbiamente il merito di porre un primo argine a fenomeni di questa natura.

Il vincolo di forma apporta al franchisee nella conclusione di un contratto di affiliazione commerciale è altresì individuato all'articolo 4 della legge 129/2004.

Questa prevede, infatti, che «*almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere*».

Con un contratto scritto in suo possesso l'aspirante franchisee avrà, così, la possibilità non solo di valutarne attentamente le clausole, ma anche di conoscere più nel dettaglio la realtà imprenditoriale del franchisor.

Non va dimenticato, a questo riguardo, che la legge impone di consegnare anche gli ulteriori documenti allegati, i quali, pertanto, ne formano parte integrante.

¹⁹⁷ Articolo 9, secondo comma, l. 129/2004

¹⁹⁸ CALLIPARI N., *Il contratto di franchising*, Torino, 2016

Dal tenore letterale delle disposizioni della legge 129, non sembra possibile desumere con sicurezza alcun elemento in favore della tesi per cui «*tutti i documenti che compongono l'assetto economico-giuridico dei rapporti tra le parti siano per iscritto e nessuno sia affidato all'oralità*»¹⁹⁹, con la conseguenza che solo gli elementi essenziali del contratto sarebbero soggetti all'onere formale.

Il requisito della forma, in altri termini, sarebbe necessario unicamente per quegli elementi che identificano già in astratto il tipo contrattuale e lo qualificano sotto il profilo della causa in concreto, quali le obbligazioni delle parti (per il franchisor: la formula commerciale e l'inserimento del franchisee nel sistema di franchising; per il franchisee: il pagamento del corrispettivo, la commercializzazione degli appositi beni e servizi previsti dal contratto nonché l'impiego della formula commerciale)²⁰⁰.

4. La durata del contratto

In aggiunta agli elementi indicati quali necessari dalla disciplina civilistica in materia contrattuale, occorre soffermarsi sulla peculiare normativa nell'ambito dell'affiliazione commerciale della durata del contratto.

L'articolo 3, terzo comma, della l. 129/2004 così dispone: «*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*»²⁰¹.

La previsione attribuisce rilevanza anche nel contratto di franchising al profilo della durata, come generalmente avviene per tutti i contratti di distribuzione, in cui, a fronte di investimenti indispensabili per l'esecuzione del contratto, è necessario garantire una durata minima che coincida con il periodo necessario al loro ammortamento²⁰².

L'esigenza è propria dei contratti asimmetrici, in cui la quasi totalità degli investimenti più onerosi è sopportata da una sola delle parti: nel caso contrario, infatti, una disposizione del genere sarebbe priva di rilievo, giacché l'interesse di entrambe le parti che avessero sostenuto uguali ed ingenti investimenti, sarebbe parimenti quello di garantire una durata minima del contratto tale da poterli ammortizzare.

¹⁹⁹ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising*, Torino, 1990

²⁰⁰ *Ibidem*

²⁰¹ Articolo 3, comma 3, l. 129/2004

²⁰² CALLIPARI N., *Il contratto di franchising*, Torino, 2016

Pertanto, la previsione di cui all'articolo 3, terzo comma, l. 129/2004 trasforma il requisito della durata, normalmente rimesso all'autonomia contrattuale delle parti, in elemento "necessariamente conformato" e disciplinato dall'ordinamento, poiché funzionale alla tutela della parte contrattualmente debole.

Considerando che il contratto di franchising è un contratto i cui effetti non si esauriscono in un'unica operazione di scambio, ma sono destinati a protrarsi nel tempo attraverso l'esecuzione di una serie di prestazioni autonome ancorché connesse e, soprattutto, che il franchisee si impegna a sostenere notevoli investimenti per entrare a far parte del sistema di distribuzione del franchisor, non sorprende che il legislatore abbia sottratto all'autonomia privata la disciplina concernente la sua durata, dettandola esso stesso.

Ciò al fine di assicurare un minimo di stabilità al rapporto, necessaria a salvaguardare la legittima aspettativa dell'affiliato alla prosecuzione dello stesso e a consentire al medesimo il recupero degli investimenti effettuati, dal momento che quest'ultimi, in caso di prematura interruzione del contratto opportunisticamente decisa dal franchisor, non sarebbero riconvertibili al di fuori del sistema di affiliazione, dovendo così l'affiliato sopportare un grave pregiudizio²⁰³.

Da qui, l'avvertita esigenza di fissare «una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni»²⁰⁴.

D'altronde, come è possibile osservare nella prassi, mentre nella fase di esecuzione del contratto gli interessi delle parti sono interdipendenti – il successo dell'affiliato nello svolgimento dell'attività in franchising è, in genere, subordinato al successo riscontrato nel mercato dalla formula commerciale ideata dal franchisor –, nella fase di *termination* del rapporto i contraenti divengono, invece, portatori di interessi tra di loro contrapposti.

A fronte dell'esigenza dell'affiliato di vedersi garantire una certa durata del contratto – vuoi per recuperare i costi dell'investimento, vuoi per conseguire i vantaggi economici connessi all'appartenenza di una rete di affiliazione commerciale – si pone quella, contraria, dell'affiliante che può, invece, trarre vantaggio da un rapporto avente breve durata.

I motivi possono essere i più vari: il franchisor e potrebbe incassare nuove entrate a titolo di *entrance fee* dalla stipulazione di un nuovo contratto; potrebbe rinegoziare il contenuto del contratto cessato (ad esempio, escludendo la clausola di esclusiva, di modo da affiliare ulteriori franchisees nella stessa area).

²⁰³ CALLIPARI N., Il contratto di franchising, Torino, 2016

²⁰⁴ Articolo 3, terzo comma, l. 129/2004

Preso atto di questa situazione, il legislatore ha individuato un punto di equo contemperamento tra tali contrastanti interessi ponendo in stretta correlazione la durata minima del contratto con il periodo necessario all'affiliato per ammortizzare gli investimenti effettuati.

Ricalcando in tal modo l'obbligo di durata contenuto sia nel Codice Deontologico Europeo del franchising, il cui articolo 5 al quarto paragrafo stabilisce che «*gli elementi essenziali ed imprescindibili che il contratto deve contenere sono... la durata del contratto, che dovrà essere sufficientemente lunga per consentire all'affiliato di ammortizzare i propri investimenti iniziali specifici di affiliazione*»²⁰⁵, sia nel Codice Deontologico A.I.F., rispetto al cui articolo 7, invero, sono ben poche le differenze riscontrabili con la disposizione in parola.

Occorre a questo punto verificare che cosa accada quando il contratto preveda una durata inferiore a tre anni o comunque al tempo necessario al recupero degli investimenti fatti dal franchisee.

Si tratta, in definitiva, di stabilire quale sia la natura della norma in discussione.

Parte della dottrina la considera norma imperativa, posta nell'interesse del franchisee, la cui violazione comporterebbe una nullità parziale ex articolo 1419 c.c. secondo comma, e la conseguente sostituzione automatica ex articolo 1339 c.c. della clausola di durata con la disposizione prevista dalla legge²⁰⁶.

Il termine di tre anni introdotto con l'inserzione automatica della clausola, poi, potrebbe essere aumentato in conseguenza della determinazione giudiziale del periodo necessario all'ammortamento degli investimenti.

Da tale evenienza, poi, potrebbe derivare l'assoggettamento del franchisor a responsabilità contrattuale per gli eventuali danni provocati a causa del mancato rispetto del termine suddetto²⁰⁷.

Si tratterebbe, pertanto, di una norma conformativa di contenuto determinabile *per relationem* rispetto all'accertamento e alla determinazione che il giudice farà circa il periodo necessario all'ammortamento degli investimenti iniziali (in caso di tempo superiore a tre anni)²⁰⁸.

Di contrario avviso, invece, è chi propende per l'impossibilità di ricorrere alla tecnica di inserzione automatica di clausole ex articolo 1339 c.c., in quanto mancherebbe la norma sostitutiva, essendo necessario ricorrere all'equità integrativa ex articolo 1374 c.c.²⁰⁹.

²⁰⁵ Codice Deontologico Europeo, articolo 5, par. 4

²⁰⁶ DE NOVA G. – LEO C. – VENEZIA A., *Il franchising*, Milano, 2004

²⁰⁷ *Ibidem*

²⁰⁸ CALLIPARI N., *Il contratto di franchising*, Torino, 2016

²⁰⁹ DE NOVA G. – LEO C. – VENEZIA A., *Il franchising*, Milano, 2004

Secondo altri autori, invece, sarebbe da escludere la possibilità da parte del giudice di accertare il maggior termine per il recupero degli investimenti effettuati dal franchisee, perché ciò eccederebbe i limiti dei poteri concessi all'autorità giudiziaria.

Perciò, il contratto invalido nella sola parte inerente alla durata dovrebbe considerarsi come concluso a tempo indeterminato, con conseguente impossibilità di recedere prima del periodo di ammortamento degli investimenti iniziali.

Si è detto anche che la regola sul termine minimo di durata per il recupero degli investimenti specifici è posta nell'interesse del franchisee: si tratterebbe, quindi, di una norma imperativa solo unilateralmente, in quanto la parte nel cui interesse è posta – in questo caso, il franchisee – potrebbe derogarvi mediante rinuncia al termine, la quale deve essere desunta in maniera inequivocabile dal contenuto del contratto.

Altra questione controversa riguarda l'interpretazione dell'articolo 3, comma 4, lett. g), nella parte in cui stabilisce il contratto deve espressamente indicare: «*le condizioni di rinnovo (...) del contratto stesso*»²¹⁰.

La previsione mira a stimolare le parti a specificare nel contratto punti che fondano la vita stessa del rapporto obbligatorio.

Tuttavia, il riferimento alle condizioni di rinnovo potrebbe portare ad escludere l'ammissibilità di contratti di franchising a tempo indeterminato.

La norma va però letta nella sua interezza: il comma 3, infatti, ammette inequivocabilmente i contratti a tempo determinando e ciò è possibile dedurlo dall'inciso «*Qualora il contratto sia a tempo determinato*»²¹¹.

Va in ogni caso rilevato che l'articolo 3 comma 4 della l. 129/2004 non può essere considerato la fonte di un diritto soggettivo al rinnovo, con la conseguenza che nessuna situazione di abuso di dipendenza economica potrà configurarsi se, alla scadenza del termine di durata, non vi sia la volontà di rinnovare il contratto.

L'ordinamento, infatti, entrerebbe in contraddizione con se stesso, se, da un lato, ammettesse la possibilità di un contratto a tempo determinato e, dall'altro, considerasse patologico il mancato rinnovo.

Questo, ovviamente, non significa che non possa mai configurarsi un'ipotesi di abuso di dipendenza economica nei confronti del franchisee, ma sembra difficile che questa fattispecie si possa concretizzare alla scadenza del termine contratto: se, infatti, la prescrizione in materia di durata minima è stata rispettata, questo significherebbe che il franchisee, avendo

²¹⁰ Articolo 3, comma quattro, lett. g), l. 129/2004

²¹¹ Articolo 3, terzo comma, l. 129/2004

ammortizzato nel frattempo gli investimenti, non potrebbe per definizione trovarsi in una situazione di dipendenza economica.

Stante la lettera dell'articolo 3, terzo comma, il contratto di franchising oltre che a termine può essere stipulato anche *sine die*.

Ad una diversa conclusione porterebbe invece la lettura del successivo comma dello stesso articolo, che imponendo alle parti di indicare nel contratto «*le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione*»²¹² dello stesso, sembrerebbe dare per scontato che il contratto debba essere a termine.

Ma, come anticipato, tale conclusione si scontra irrimediabilmente con il dato testuale in precedenza richiamato, ragione per la quale non sussiste alcun spazio per il suo accoglimento. Tuttavia, se è certa la possibilità di concludere un contratto di franchising a tempo indeterminato, è parimenti certo che il legislatore non abbia offerto per tale rapporto una disciplina espressa, determinando così un vuoto normativo.

La ragione è probabilmente da ricercarsi nella minore frequenza, nella pratica, dei contratti di franchising *sine die*, risultando, perciò, come un'ipotesi marginale.

In ogni caso è indubbio che la sua assenza abbia posto un non trascurabile problema interpretativo: se, cioè, la norma in parola possa applicarsi oltre che ai contratti a tempo determinato, anche a quelli a tempo indeterminato.

Posto che in caso di risposta negativa, la garanzia della durata del contratto che l'affiliante deve prestare in favore dell'affiliato – per consentire al medesimo l'ammortamento degli investimenti effettuati per accedere alla rete di affiliazione – prevista per i primi contratti (quelli a tempo determinato), non potrebbe estendersi ai secondi (quelli a tempo indeterminato).

Da ciò deriva che in relazione a questi ultimi l'affiliante potrebbe liberarsi dal vincolo contrattuale in qualunque momento, anche nei primi tre anni di vita del rapporto, vanificando così lo scopo della norma.

La facoltà di sciogliersi da un contratto *sine die* anche in mancanza di una conforme pattuizione al riguardo può considerarsi perfettamente legittima nel nostro ordinamento, in forza del principio generale che valuta con sfavore la perpetuità dei vincoli obbligatori²¹³.

²¹² Articolo 3, quarto comma, l. 129/2004

²¹³ Cassazione civile sez. lav., 19 agosto 2004, n.16269, secondo la quale «*la recondibilità ad nutum dai rapporti di durata a tempo indeterminato è principio generale del nostro ordinamento, rispondente all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio, di talché l'istituto del recesso unilaterale ad nutum si configura come causa estintiva ordinaria, alternativa rispetto al recesso per giusta causa ed alla risoluzione per inadempimento per qualsiasi rapporto a tempo indeterminato*».

Dal momento che il contratto di franchising rientra nella categoria dei rapporti di durata, ciascun contraente ha, per tale ragione, la possibilità di far venir meno il vincolo contrattuale per effetto di una mera manifestazione unilaterale di volontà.

Il discorso diventa più delicato se si prendono in considerazione le modalità di esercizio di questo diritto, sotto il profilo del rispetto, da parte del recedente, di un congruo termine di preavviso da assegnare alla controparte.

Con riferimento alla fattispecie in esame, in effetti, è sempre stata avvertita, dagli interpreti, la necessità di porre dei limiti alla possibilità del franchisor di recedervi, per non consentire a questi di trasformare la fase della *termination* da legittima scelta imprenditoriale in un atto di vessazione attuato ai danni del franchisee.

Tuttavia, la riferita assenza, sul punto, di una espressa disciplina legislativa, non ha certo favorito lo sviluppo di un convincimento univoco in dottrina.

Infatti, secondo una parte autorevole (ma minoritaria) di essa, avuto riguardo alla formulazione della norma all'articolo 3 terzo comma «*qualora il contratto sia a tempo determinato*», non potrebbero esserci dubbi sul fatto che il requisito della durata minima non si applica nel caso in cui le parti abbiano optato per un contratto a tempo indeterminato.

Dal momento che in tale eventualità il franchisor potrà senz'altro recedere dal contratto una volta rispettato il preavviso convenzionalmente pattuito, mentre il franchisee, ove ritenga quest'ultimo troppo breve per poter recuperare gli investimenti effettuati non avrà altra strada che avvalersi di norme di carattere generale quali quelle sull'abuso di dipendenza economica o sulla buona fede, di cui all'articolo 1375 c.c.²¹⁴.

Di diverso avviso altra (e decisamente prevalente) dottrina, per la quale la disposizione in commento enuncia un principio generale suscettibile di operare anche laddove le parti abbiano stipulato un contratto di franchising a tempo indeterminato²¹⁵.

Tale assunto rende possibile affermare la sussistenza di un generico obbligo a carico del franchisor di concedere, in caso di esercizio del diritto di recesso, un termine di preavviso pari a quello necessario a permettere al franchisee l'ammortamento degli investimenti effettuati.

Più dubbio è se per individuare questo termine si debba avvalersi in ogni caso dei criteri indicati all'articolo 3, terzo comma, legge 129/2004.

A conclusione delle considerazioni esposte, alcuni interpreti propongono di applicare ai contratti a tempo indeterminato, *mutatis mutandis*, l'integrale disciplina dettata per quelli a tempo determinato in quanto, in caso contrario, il vincolo della durata minima sarebbe facilmente eludibile in pregiudizio dell'affiliato.

²¹⁴ BORTOLOTTI F., *Il franchising* op. cit.

²¹⁵ IANNOZZI P. – PANDOLFINI V. – TRIPODI E., *op. cit.*

Altri, più correttamente, precisano che l'estensione analogica di disciplina non significhi prevedere per i rapporti *sine die* un preavviso di pari durata a quella disposta per contratti a tempo determinato ma, piuttosto, di far valere anche per questi ultimi il principio generale di cui la norma è espressione, con il fine ultimo di arrivare a “paralizzare” l'efficacia del recesso dell'affiliante fino a quando l'affiliato non sia riuscito ad ammortizzare le spese iniziali per l'accesso alla rete.

Come aveva già affermato la Suprema Corte – per poi riaffermarlo in una recente pronuncia²¹⁶ – l'esercizio del potere contrattuale di recesso riconosciuto dall'autonomia privata deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quello della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza (alla luce dei quali devono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale) -, al fine di evitarsi che l'esercizio del relativo diritto soggettivo possa sconfinare nell'abuso e nell'arbitrio.

Ne deriva dunque la possibilità del controllo da parte del giudice, in particolare in ipotesi di provata disparità di forze tra i contraenti, di valutazione della condotta delle parti. In particolare il giudice, controlla se l'esercizio della facoltà riconosciuta all'autonomia contrattuale abbia operato in chiave elusiva dei principi espressione dei canoni generali della buona fede, della lealtà e della correttezza²¹⁷.

Seguendo questa interpretazione pare possibile affermare che, mentre nel contratto a tempo determinato è attraverso un giudizio *ex ante* che può individuarsi il periodo necessario ad ammortizzare i costi sostenuti dal franchisee, in quello a tempo indeterminato, invece, la determinazione di un congruo termine di preavviso andrà a costituire l'oggetto di una valutazione *ex post*.

Il suo accertamento deve, infatti, necessariamente avvenire caso per caso, avuto riguardo ad una serie di criteri: alla durata del rapporto; all'ammontare degli investimenti; in ultimo, all'utilizzabilità degli stessi in un'altra rete affiliativa.

Sulla questione è intervenuta la giurisprudenza attraverso una pronuncia del Tribunale di Firenze²¹⁸ che, chiamato a decidere circa la legittimità di un recesso immediato da un contratto di franchising a tempo indeterminato – accogliendo un ricorso d'urgenza presentato dall'affiliato ex articolo 700 c.p.c. – ha ordinato all'affiliante di proseguire nel rapporto sino alla conclusione di un congruo periodo di preavviso.

Al Tribunale fiorentino, in particolare, il franchisee aveva chiesto di accertare il rispetto, da parte del franchisor, degli obblighi discendenti dal contratto, primo tra i quali quello di

²¹⁶ Cass. civile, Sez. III, 02 maggio 2024, n. 11737

²¹⁷ Cass. civile, Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106

²¹⁸ Trib. Firenze, ord., 4 aprile 2017

consentire al ricorrente l'accesso al centro sportivo che l'affiliato utilizzava per allenare i propri clienti verso il corrispettivo di una royalty annuale.

Questo perché, dopo più di dieci anni di regolare esecuzione del contratto, al ricorrente era stato contestato un comportamento scorretto – essersi fatto promotore della protesta, presso la collettività degli affiliati commerciali, per un aumento della royalty annuale – idoneo, per il franchisor, a compromettere il rapporto di fiducia tra i contraenti e a giustificare, prima, la sospensione del franchisee dall'esercizio dell'attività per un periodo pari a quindici giorni e, da ultimo, il recesso dell'affiliante medesimo per fatto imputabile al personal trainer.

Ciò che rileva in questo caso è che il diritto di recesso *de quo* veniva esercitato dal franchisor non in conseguenza di un inadempimento del franchisee – che, laddove sussistente avrebbe dato causa, semmai, alla risoluzione del contratto per inadempimento – ma, piuttosto, in forza di una clausola contrattuale che riconosceva ai contraenti la possibilità di recedere “in qualunque momento”, stante l'assenza di qualunque previsione circa la durata del rapporto di affiliazione commerciale.

A questo riguardo il giudice, preso atto che *«la facoltà di recesso non è inserita nello schema negoziale tipizzato dalla legge 129/2004»*, evidenziava come il suo esercizio dovesse essere preceduto *«da un congruo preavviso all'altro contraente, nella prospettiva di tutela della sfera giuridica di quest'ultimo e dell'equo contemperamento dei contrapposti interessi delle parti»*²¹⁹.

Con specifico riferimento al tema del preavviso, poi, il Tribunale osservava *«che la sua determinazione implica un apprezzamento complessivo... da compiere caso per caso, ponendo a confronto schemi negoziali limitrofi a quello in esame»*²²⁰.

Nella fattispecie concreta, quindi, la scelta del franchisor di cessare *ex abrupto* il rapporto contrattuale assumeva *«una obiettiva valenza ritorsiva»* e rappresentava una violazione degli *«obblighi di buona fede e correttezza che costituiscono un autonomo dovere giuridico, espressione del principio di solidarietà, la cui costituzionalizzazione è oramai pacifica»*.

In effetti, precisava il giudice *«se fosse consentito ad una parte di porre fine al rapporto, da un momento all'altro, con una sua manifestazione di volontà unilaterale ed insindacabile, si realizzerebbe... un'inammissibile trasformazione del recesso ad nutum in un recesso ad libitum»*²²¹.

Il recesso non è, però, l'unica modalità di scioglimento del contratto prima della sua naturale scadenza.

²¹⁹ *Ibidem*

²²⁰ *Ibidem*

²²¹ *Ibidem*

Come in ogni contratto, anche nel franchising, qualora una delle parti si renda inadempiente, l'altra parte ha diritto di risolvere il contratto, ai sensi degli articoli 1453 ss. del Codice civile. La risoluzione del contratto è individuata come lo strumento che l'ordinamento giuridico mette a disposizione della parte adempiente, per porre termine anticipatamente ad un contratto qualora l'altra parte si sia sottratta colpevolmente all'adempimento degli obblighi contrattualmente assunti.

La risoluzione del contratto, pur in presenza di inadempienze di una delle parti, non avviene mai automaticamente, ma presuppone sempre l'iniziativa dell'altra parte non inadempiente.

È quindi possibile che quest'ultima, anche se l'altra parte si è resa inadempiente, decida di non chiedere o attivare la risoluzione del contratto, il quale pertanto in tal caso proseguirà regolarmente.

A titolo esemplificativo, può accadere che il franchisor, pur essendo il franchisee inadempiente ad una o più delle proprie obbligazioni contrattuali, decida di non risolvere il contratto perché ritiene che le inadempienze siano di scarsa rilevanza o occasionali, o comunque perché non dimostra interesse a sciogliere il rapporto contrattuale con il franchisee.

Non sempre, infatti, la risoluzione del contratto, in presenza di inadempimenti del franchisee, si rivela la soluzione più vantaggiosa per il franchisor, dal punto di vista commerciale ed economico (si pensi al danno all'immagine che la rete può subire in seguito alla chiusura di un punto vendita o, ancora, alla perdita alla quale il franchisor va incontro per il fatto di non poter più disporre dell'accesso al mercato nel territorio in cui operava il franchisee il cui contratto è stato risolto).

La risoluzione del contratto è nella prassi relegata alle ipotesi di inadempimenti di gravità tale da impedire la prosecuzione del rapporto, potendo per esempio le parti prevedere convenzionalmente l'applicazione di penali, la riduzione o la perdita di esclusiva nei casi di violazioni di più lieve entità.

In particolare, come accade per tutti i contratti di durata, il contratto di franchising può essere risolto solo qualora ricorra un inadempimento tale da menomare la fiducia circa la regolarità degli adempimenti futuri delle parti.

In questo senso, lo sporadico inadempimento da parte del franchisee delle obbligazioni pecuniarie relative, ad esempio, al pagamento delle royalties, o delle partite di merce o, ancora, delle obbligazioni di fare e non fare relative, ad esempio, all'osservanza delle prescrizioni del manuale operativo fornito dal franchisor sul medesimo gravanti, difficilmente può condurre ad una declaratoria di risoluzione del contratto, se non all'esito di un esame, caso per caso, dell'importanza dell'inadempimento stesso, in rapporto alla eventuale perdita di immagine dell'intera rete, e/o di fiducia da parte del franchisor.

Ad esempio, si tratta certamente di un inadempimento grave da parte del franchisee – con conseguente diritto del franchisor alla risoluzione del contratto – il caso in cui il franchisee interrompa per un lungo periodo di tempo l'attività commerciale, fatti salvi i casi in cui ricorrano cause di forza maggiore (come accaduto con la pandemia Covid-19), o utilizzi i segni distintivi del franchisor al di fuori dei limiti e modalità stabiliti nel contratto, o non corrisponda al franchisor la entry fee, le royalties o i prezzi di acquisto dei prodotti.

La risoluzione del contratto può avvenire con due modalità: in via giudiziale e in via stragiudiziale. Ai sensi degli articoli 1453 ss. del Codice civile, la parte che si assume danneggiata dall'altrui inadempimento, si rivolge al giudice per chiedergli di accertare con sentenza la responsabilità dell'altra parte e conseguentemente di risolvere il contratto e di condannare la parte inadempiente al risarcimento dei danni.

Occorre infine sottolineare che, secondo le regole in tema di onere della prova, se una parte afferma l'inadempienza dell'altra, sarà quest'ultima a dover dimostrare di essere stata adempiente.

Per eliminare l'incertezza circa la possibilità di risolvere il contratto per inadempimento, è diffusa la prassi di prevedere nel contratto di franchising una clausola risolutiva espressa, disciplinata nel Codice civile all'articolo 1456 c.c., con la quale le parti predeterminano nel contratto di franchising quali specifiche violazioni contrattuali siano suscettibili di provocare la risoluzione del contratto, sottraendo pertanto al giudice la discrezionalità nello stabilire l'importanza dell'inadempimento.

In tal caso, al verificarsi di un inadempimento previsto nella clausola risolutiva, la parte non inadempiente deve esclusivamente comunicare mediante una dichiarazione scritta in cui di volersi avvalere della clausola e conseguentemente di ritenere risolto il contratto, per fatto e colpa dell'altra parte.

Nel momento in cui tale dichiarazione perviene all'altra parte, il contratto si risolve di diritto, senza necessità della pronuncia del giudice.

Affinché la clausola risolutiva espressa sia valida, è necessario che essa espressamente indichi le obbligazioni contrattuali dalla cui violazione può discendere la risoluzione del contratto. Viceversa, una clausola formulata in termini generici, che preveda che un qualsiasi inadempimento contrattuale autorizzi la parte adempiente ad invocare la risoluzione del contratto, non produrrebbe alcun effetto.

Gli inadempimenti che fanno scattare la clausola risolutiva espressa nei contratti di franchising sono generalmente relativi ad obblighi del franchisee, relativi ad esempio al mancato acquisto dei minimi di prodotti o mancata realizzazione del fatturato minimo; al mancato o ritardato pagamento della merce nei termini contrattualmente stabiliti; alla violazione dell'esclusiva o

del patto di concorrenza; alle violazioni attinenti ai segni distintivi e ai diritti di proprietà industriale del franchisor; ancora, alla divulgazione di informazioni riservate.

Pertanto, generalmente è solo il franchisor ad essere legittimato ad invocare tale clausola, per risolvere il contratto ai sensi dell'articolo 1456 c.c.

5. La brand identity

Il contratto di franchising è un contratto a prestazioni corrispettive, in cui agli obblighi di una parte fanno da contrappunto i diritti dell'altra e viceversa.

L'equilibrio tra diritti ed obblighi reciproci è fondamentale per garantire nel tempo il mutuo soddisfacimento e pertanto la tenuta della relazione contrattuale.

Se, infatti, da una parte il franchisor si obbliga a concedere al franchisee, per l'intera durata del contratto, l'utilizzo dei propri segni distintivi e del proprio know how, dall'altra il franchisee ha obbligo di utilizzare i segni distintivi del franchisor in conformità alle prescrizioni del contratto e del manuale operativo e l'obbligo di conformare la propria attività in franchising al modello operativo adottato dal franchisor.

Il rispetto di tali obblighi trova ragione nel diritto del franchisor di mantenere la c.d. brand identity che contraddistingue il marchio.

La brand identity si riferisce all'insieme degli elementi visivi e concettuali che un'azienda utilizza per essere riconoscibile e distinta sul mercato.

La brand identity è fondamentale per costruire e mantenere la reputazione del marchio, assicurando che il pubblico abbia un'idea coerente e positiva dell'azienda.

Per il franchisor, la brand identity rappresenta un asset strategico cruciale: essa non solo differenzia l'azienda dai concorrenti, ma genera anche fiducia e lealtà tra i consumatori.

La forza di un marchio si costruisce e si mantiene attraverso un'esperienza uniforme e prevedibile per i clienti.

Qualsiasi variazione significativa nella brand identity può confondere i consumatori, minare la reputazione del marchio e ridurre la sua capacità di attrarre e trattenere clienti.

Il franchisee ha l'obbligo contrattuale di rispettare la brand identity stabilita dal franchisor.

Questo implica l'aderenza rigorosa alle linee guida fornite dal franchisor in diversi ambiti: il franchisee deve seguire i processi operativi standardizzati, che possono includere la preparazione dei prodotti, la gestione del servizio clienti o, ancora, l'interazione con i fornitori.

Questi standard sono essenziali per garantire una qualità uniforme su tutti i punti vendita del franchising.

Dal punto di vista comunicativo, il franchisee deve rispettare le linee guida di comunicazione per garantire che il messaggio trasmesso sia coerente con i valori del marchio e con l'immagine che il franchisor desidera proiettare.

Capitolo III – Aspetti complementari e questioni aperte del contratto di franchising

SOMMARIO: 1. Posizione asimmetrica delle parti contrattuali. – 2. Abuso di dipendenza economica. – 3. Franchising e pubblicità. – 3.1. Il business plan quale strumento pubblicitario. – 3.2. Il ruolo dell'AGCM e il procedimento per pubblicità ingannevole. – 4. La disciplina delle clausole vessatorie nel contratto di franchising. – 5. Il contenzioso nel franchising.

1. Posizione asimmetrica delle parti contrattuali

Il contratto di franchising rientra nella categoria dei terzi contratti, qualificabili come quei contratti in cui le parti – benché entrambi imprenditori – si trovino in una situazione patrimoniale diversa²²².

In particolare, una delle due parti – nel caso in esame, il franchisor – dispone di una forza economica ben maggiore rispetto a quella della controparte – qui, il franchisee.

Una particolare fattore critico di rischio del franchisee è rappresentato dagli investimenti che è chiamato a sostenere per l'esercizio dell'attività in una rete in franchising.

Qualora infatti il franchisee – ed è ciò che maggiormente avviene nella prassi – sia tenuto ad effettuare, quale condizione per il suo ingresso in una determinata rete e/o di permanenza nella stessa, investimenti economici specifici – cioè attinenti specificamente all'attività che dovrà essere svolta come affiliato in quella data rete in franchising –, verrebbe a trovarsi inevitabilmente in una situazione di tendenziale soggezione, che potrebbe sfociare in vera e propria dipendenza verso il *franchisor*, favorendo possibili comportamenti opportunistici di quest'ultimo.

I costi che il franchisee è tenuto a sostenere ai fini dell'ingresso nella rete del franchisor risultano difficilmente riconvertibili per l'esercizio di altre attività (sia in proprio che in altre reti), una volta terminato il rapporto con il franchisor (sono i c.d. *sunk costs*), essendo questi

²²² Sull'abuso di dipendenza economica, si veda NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli 2004; COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino 2004; DELLI PRISCOLI L., *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in Riv. dir. impr. 2003, 3, p. 549 ss., che effettua una disamina generale delle varie posizioni dottrinali.

Sulla disciplina della pubblicità, FRIGNANI A., CARRARO W., D'AMICO C. (a cura di), *La comunicazione pubblicitaria d'impresa (Manuale giuridico teorico e pratico)*, Milano, 2009; FRIGNANI A., *Il contratto di franchising, Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012.

In tema di clausole vessatorie, ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 85 ss.; BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir., Ann.*, 2011, p. 370 ss.

associati unicamente a quella determinata attività svolta all'interno della rete, oppure riferiti ad attività che non possono più essere attuate alla cessazione del contratto in virtù di un patto di non concorrenza post-contrattuale, che impedisca all'affiliato di esercitare la stessa attività o attività analoga per un certo periodo dopo la cessazione del contratto stesso.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ad una piattaforma progettata per amministrare e gestire la rete in modo efficiente che l'affiliato debba acquistare o comunque utilizzare in licenza onerosa, sfruttabile esclusivamente per quella determinata rete.

Si tratta, quindi, di costi che l'affiliato non avrebbe sostenuto qualora avesse condotto la propria attività commerciale in maniera autonoma o, comunque, sui quali avrebbe avuto libertà di scelta.

La legge n. 129/2004 ha affrontato la tematica degli investimenti richiesti all'affiliato per operare all'interno della rete di franchising sotto due distinti profili.

La norma di riferimento è l'articolo 3, in particolare il terzo e il quarto comma.

L'articolo 3, comma 3 della l. 129/2004 dispone che: *«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»*²²³.

Il legislatore in questa disposizione fa dipendere dall'ammortamento degli investimenti affrontati dal franchisee la durata minima del contratto, individuata in tre anni dalla conclusione del contratto.

La norma introduce pertanto un *recovery period*, tale da assicurare una durata minima al rapporto, in modo da riequilibrare la disparità di potere contrattuale che può manifestarsi nella fase successiva alla stipulazione del contratto di *franchising*.

In particolare, l'obiettivo della previsione è quello di scongiurare il pericolo che il *franchisee*, avendo effettuato degli investimenti iniziali imposti dal franchisor che, oltre che ingenti, possono risultare anche difficilmente recuperabili o spendibili in un altro contesto commerciale, si trovi in una situazione di dipendenza economica rispetto al *franchisor*.

Quest'ultimo, minacciando di risolvere anticipatamente il contratto mediante l'esercizio del diritto di recesso o di non procedere al suo rinnovo, potrebbe altrimenti esercitare una pressione tale da imporre al franchisee condizioni contrattuali particolarmente gravose, ma comunque accettabili rispetto all'eventualità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati.

²²³ Articolo 3, comma 3, l. 129/2004

Sotto un diverso profilo, il quarto comma prevede alla lett. a) che il contratto debba espressamente indicare: «*l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività*»²²⁴.

La disposizione prevede, quindi, tra gli obblighi informativi in capo al franchisor che precedono la sottoscrizione del contratto, quello inerente alle spese di ingresso che sarà tenuto a sostenere per entrare a far parte della rete del franchisor.

In questo modo il futuro franchisee disporrà di tutte le informazioni necessarie volte a formare la sua piena consapevolezza sull'operazione che si accinge a concludere.

La norma richiamata rientra tra le informazioni che il franchisor è obbligato a comunicare all'aspirante franchisee nei trenta giorni che precedono la sottoscrizione del contratto, così come previsto dall'articolo 4 della l. 129/2004.

La legge attribuisce, così, al franchisor uno *spatium deliberandi* – il cosiddetto *cooling-off period* – nel quale potrà effettuare una adeguata valutazione.

In tale periodo, il franchisor potrà, a titolo esemplificativo, confrontare l'investimento richiesto con quello proposto da altre reti concorrenti, considerare l'eventuale necessità di ricorrere a finanziamenti, e svolgere ulteriori analisi strategiche.

La mancata o inesatta informazione circa gli investimenti richiesti, omettendo alcune voci o sottostimandone l'ammontare in sede di *disclosure* precontrattuale, comporta responsabilità del franchisor: ai sensi dell'articolo 8 della l. 129/2004, la comunicazione al franchisee di informazioni false, inesatte o incomplete, legittima il franchisee alla richiesta di annullamento del contratto e, se dovuto, di risarcimento del danno.

È opportuno sottolineare che il legislatore ha inteso riferirsi non agli investimenti e alle spese in generale necessari o opportuni affinché l'attività del franchisee possa essere avviata, bensì agli specifici investimenti che quest'ultimo sia obbligato contrattualmente ad effettuare, su richiesta del franchisor, per conformarsi al modello operativo caratterizzante il sistema di affiliazione.

In altri termini, la norma impone di specificare nel contratto – e dunque di indicare all'aspirante affiliato prima che venga sottoscritto il contratto stesso – i costi relativi ai soli beni o servizi forniti dal franchisor e di cui quest'ultimo richieda obbligatoriamente all'affiliato l'acquisto e l'utilizzo.

D'altra parte, il franchisor non è generalmente in grado di individuare e determinare il costo degli investimenti decisi ed effettuati autonomamente dai franchisee, i quali possono variare in relazione alle condizioni soggettive e alle scelte discrezionali di questi ultimi: rientrano in tale

²²⁴ Articolo 3, comma quarto, lett. a), l. 129/2004

ambito, ad esempio, l'acquisto o all'affitto di immobili, l'acquisto di licenze che in ogni caso l'affiliato avrebbe dovuto ottenere per svolgere una determinata attività, le spese del personale che in ogni caso l'affiliato avrebbe affrontato²²⁵.

Nonostante si tratti di voci di costo non specifiche o comunque di spese che possano ricadere anche interamente nella sfera decisionale dell'affiliato, ciò non implica che il franchisor vada esente da responsabilità quando le riporti in modo erroneo.

In altri termini, anche nell'ipotesi di errori relativi a costi "non specifici" – come quelli relativi al personale, all'affitto dei locali o all'approvvigionamento di materie prime – il franchisor potrebbe essere chiamato a risponderne qualora tali indicazioni si rivelino fuorvianti per l'aspirante affiliato.

Lo squilibrio tra le parti non si manifesta esclusivamente sotto il profilo economico, ma si estende anche alla dimensione informativa.

In particolare, il franchisor si presenta come un soggetto dotato di competenze specialistiche, conoscenze approfondite del mercato e del settore di riferimento, nonché di esperienze maturate attraverso la gestione della rete di franchising.

Tali elementi conferiscono al franchisor una posizione di significativo vantaggio rispetto al franchisee, il quale, soprattutto nelle fasi iniziali del rapporto, può essere privo delle medesime conoscenze e competenze, trovandosi spesso alla sua prima esperienza imprenditoriale o in un settore specifico.

Sul punto, interviene la l. 129/2004 la quale, al fine di ridurre tale squilibrio informativo, impone una serie di obblighi di trasparenza e informazione a carico del franchisor, tali da garantire che il franchisee possa adottare una scelta consapevole.

2. Abuso di dipendenza economica

Il divieto di abuso di dipendenza economica è regolato dall'articolo 9 della legge 192/1998, che disciplina la subfornitura nelle attività produttive.

Il primo comma dell'articolo 9 fornisce una definizione di tale concetto, prevedendo che «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

²²⁵ *Ibidem*

economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti»²²⁶.

Il terzo comma, poi, dispone che *«il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo»²²⁷.*

Nell'applicazione della norma è necessario effettuare una duplice indagine: *«in primo luogo, con riguardo alla sussistenza della situazione di dipendenza economica, indagare non se sussista una situazione di mero squilibrio o "asimmetria" di diritti e di obblighi, ma se lo squilibrio sia "eccessivo" e se l'altro contraente fosse realmente privo di alternative economiche sul mercato; in secondo luogo, indagare sulla condotta arbitraria contraria a buona fede, ovvero sull'intenzionalità di una vessazione perpetrata sull'altra impresa, in vista del perseguimento di fini esulanti dalla lecita iniziativa commerciale retta da un apprezzabile interesse economico dell'impresa dominante, in quanto volta, al contrario, essenzialmente a cagionare il pregiudizio Non ogni situazione di dipendenza economica può dirsi vietata, ma unicamente quella che sia abusivamente sfruttata dalla parte dominante, al fine di trarne vantaggi ulteriori rispetto a quelli derivanti dal legittimo esercizio della propria autonomia negoziale»²²⁸.*

L'orientamento prevalente, esplicitato ora dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione ritiene l'abuso di dipendenza economica una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura²²⁹.

Già prima che vi fosse un orientamento giurisprudenziale in merito, ampia dottrina aveva vagliato la possibilità di applicazione del predetto principio in linea generale e dunque anche al di fuori di ipotesi tipiche di subfornitura²³⁰.

La divisata normativa, in particolare, secondo la dottrina che si è occupata della materia, costituirebbe disciplina *«a vocazione allargata, siccome destinata a trovare applicazione anche al di fuori del ristretto ambito dei rapporti di subfornitura, estendendosi ad ogni tipo di relazione tra imprese»²³¹.*

²²⁶ Articolo 9, primo comma, l. 192/1998

²²⁷ Articolo 9, terzo comma, l. 192/1998

²²⁸ Cass. civile, Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184

²²⁹ Cass. civile, Sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24906

²³⁰ NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli 2004; COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino 2004; DELLI PRISCOLI L., *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in Riv. dir. impr. 2003, 3, p. 549 ss., che effettua una disamina generale delle varie posizioni dottrinali

²³¹ BERTI C. – GRAZZINI B., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003, p. 182 ss.

In giurisprudenza, pure riportata dagli AA. appena citati, cfr. Trib. Bari, 6 maggio 2002, in *Corr. Giur.*, 2002, 8, p. 1063 ss., con nota di Bastianon, per il quale – riportano sempre gli AA. citati – *«L'art. 9 ha un campo di applicazione notevolmente più ampio rispetto a quello delimitato dall'art. 1, comprendendo ogni realtà imprenditoriale in grado di condizionare in maniera incisiva il rapporto con altra impresa (cliente o fornitrice)».*

Dunque, pur rientrando formalmente nella disciplina della c.d. “subfornitura”, le disposizioni in materia di abuso di dipendenza economica si applicano in generale alle relazioni verticali tra imprese quali, ad esempio, fornitura, distribuzione e *franchising*.

In tale contesto va censita la posizione rivestita dal franchisor nei confronti del franchisee.

Nulla quaestio quando il primo impronti i rapporti con il secondo a criteri non del tutto rispondenti a trasparenza e buona fede, situazione espressamente sanzionata dall’articolo 6 della l. 6 maggio 2004, n. 129²³².

Un problema di tutela del franchisee in tema di possibili situazioni squilibranti a suo sfavore si pone, invece, in una fase che succede quella di conclusione del contratto: la fase di esecuzione del rapporto di affiliazione.

L’articolo 6 della l. 6 maggio 2004, n. 129, infatti, costituisce disciplina eminentemente dedicata al momento (in)formativo del contratto ai c.d. difetti genetici del sinallagma, tali da comportarne la declaratoria di nullità o l’annullamento; nessuna normativa specifica, invece, risulta esserci in relazione ai difetti c.d. funzionali del sinallagma negoziale, intesi come i difetti in grado di determinarne la risoluzione, e, in particolare, la risoluzione per inadempimento contrattuale²³³.

In tale contesto, ed in difetto di una previsione specifica sul punto, allora, un ruolo assai importante potrebbe essere svolto proprio dalla disciplina in materia di abuso di dipendenza economica, con la quale, per dirla con la dottrina, «*viene introdotta una regola di comportamento che limita la libertà delle imprese forti nei confronti di quelle più deboli, esclusivamente in quanto si rivolga a svantaggio di soggetti in posizione di dipendenza economica (o, detta in altri termini, di debolezza contrattuale)*»²³⁴.

Stante la disciplina della legge 192/1998 occorrerà, in primo luogo che venga dimostrata l’esistenza di una situazione di dipendenza economica, e dunque che risulti, nei rapporti tra due imprese, una posizione di una di esse in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi, da valutarsi anche in relazione alla reale possibilità per il soggetto sfavorito di reperire sul mercato valide alternative²³⁵.

²³² ADAMO G., *Contratto di franchising, abuso di dipendenza economica, “abuso del diritto” e tutela del contraente ‘debole* in *Diritto.it*, 2005

²³³ GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2023, 446 e ss.; BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000

²³⁴ BERTI C. – GRAZZINI B., *op. cit.*, p. 188

²³⁵ Trib. Bari (ord.) 8 aprile 2005, in *Danno e resp.*2005, p. 983 alla luce delle caratteristiche del franchisee (con gestione di più punti vendita e diversificazione delle attività) ha escluso (in motivazione) la sussistenza del requisito della dipendenza economica. La medesima pronuncia ha altresì escluso che debba considerarsi vessatoria, e come tale soggetta all’obbligo di specifica sottoscrizione ex art. 1341 c.c., la clausola con la quale viene attribuita a entrambi i contraenti la facoltà di recesso unilaterale dal contratto di franchising a tempo indeterminato, ancorché predisposta dal franchisor.

In realtà, in numerosi casi sottoposti all'esame dei giudici in materia, questi ultimi non solo hanno escluso la configurabilità di un abuso da parte del franchisor a danno del franchisee, ma hanno altresì negato la sussistenza di una condizione di dipendenza economica.

La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti²³⁶.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) si è pronunciata sul tema del rapporto tra contratto di affiliazione commerciale e abuso di dipendenza economica nell'ambito di un procedimento che ha coinvolto una delle principali catene mondiali di ristoranti *fast food*. Con il Provvedimento n. 30199 del 14 giugno 2022, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) è stata chiamata a pronunciarsi sul tema dell'abuso di dipendenza economica nel contratto di franchising, nell'ambito di un procedimento che ha visto coinvolto McDonald's, una delle principali catene mondiali di ristoranti *fast food* gestita prevalentemente mediante rapporti di affiliazione.

I segnalanti – i *franchisee* – hanno lamentato un insieme di condotte asseritamente abusive da parte del concedente/affiliante – i *franchisor* – adottate nei confronti dei propri affiliati sia prima della stipula del contratto, che durante ed al termine del rapporto negoziale, consistenti nell'imposizione di un sistema complesso e integrato di canoni, *royalties*, oneri finanziari e di investimento, politiche di vendita e molteplici obblighi di comportamento estremamente gravosi e non strettamente necessari connessi alla concessione dell'affiliazione o dell'affitto del ramo d'azienda²³⁷.

In particolare, nel provvedimento di avvio istruttoria deliberato dall'Autorità, sono state contestate, come possibile abuso di dipendenza economica, una serie di condotte poste in essere dal *franchisor* atte ad imporre un insieme di condizioni ed obblighi idonei a condizionare indebitamente l'attività imprenditoriale ed a comprimere in modo ingiustificato i margini di redditività degli affiliati²³⁸.

Le condotte prese in considerazione ai fini della qualificazione e configurazione della fattispecie, comunque indicate in modo esemplificativo e non esaustivo, sono state raggruppate in quattro grandi categorie:

- i) le condotte adottate prima della stipula del contratto;
- ii) le clausole inserite nei contratti di affitto di ramo di azienda e/o franchising;
- iii) le condotte adottate durante il rapporto negoziale e

²³⁶ ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023

²³⁷ Provvedimento del 14 giugno 2022, n. 30199, caso A546

²³⁸ Provvedimento del 14 giugno 2022, n. 30199, caso A546

iv) le ulteriori condotte adottate al termine del rapporto negoziale²³⁹.

Per ciò che riguarda la prima categoria – ossia le condotte adottate prima della stipula del contratto – la gestione della fase precontrattuale da parte del *franchisor* è apparsa idonea a porre i futuri affiliati, già al momento della stipula del contratto, in una condizione di assenza di potere negoziale e di alternative di scelta.

Rispetto a ciò, hanno rilevato, in primo luogo, l'obbligo imposto all'aspirante affiliato di effettuare, interamente a proprio carico, un periodo di formazione presso i ristoranti del Gruppo McDonald's.

La formazione nel contratto di franchising rappresenta una delle modalità di trasmissione del know-how dell'affiliante.

Attraverso di essa, infatti, vengono trasferite agli affiliati tutte quelle conoscenze pratiche che non possono essere descritte e formalizzate nel manuale operativo, e che possono essere dunque apprese solo attraverso il contatto diretto con il formatore.

La formazione viene erogata agli affiliati essenzialmente all'inizio del contratto di franchising e deve essere garantita dal franchisor durante l'intera durata del contratto, di pari passo con gli aggiornamenti che, più o meno inevitabilmente, la formula commerciale subisce nel tempo.

La formazione impartita dal franchisor ai franchisee costituisce generalmente un preciso obbligo contrattuale per il franchisor, la cui sanzione può comportare, oltre all'irrogazione di sanzioni da parte dell'AGCM, anche l'annullamento del contratto sotto il profilo dell'inesistenza o della carenza del know-how ovvero la risoluzione del contratto per inadempimento a carico del franchisor, da cui derivano un obbligo in capo a quest'ultimo di risarcire il danno a favore del franchisee.

In aggiunta, nel caso di specie, durante tale periodo di training, il Gruppo McDonald's non aveva fornito alcuna informazione inerente alla gestione economico-finanziaria dei ristoranti e sulla loro redditività media, oltre che sui termini dell'eventuale futura proposta negoziale e sull'ubicazione del ristorante eventualmente assegnato²⁴⁰.

Rimanendo sul tema degli obblighi informativi, così come regolati dalla legge 129/2004, gli imprenditori lamentavano l'impossibilità di prendere visione del contratto prima della data di stipula dello stesso.

La legge all'articolo 4, primo comma, impone all'affiliato la consegna all'affiliante almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto di affiliazione della copia completa del

²³⁹ *Ibidem*

²⁴⁰ Provvedimento del 14 giugno 2022, n. 30199, caso A546

contratto da sottoscrivere, corredata da una serie di allegati individuati dalla legge a scopi informativi²⁴¹.

La seconda categoria cui fa riferimento il provvedimento è quella che comprende le clausole inserite nei contratti di affitto di ramo d'azienda e/o franchising, ritenute, nel loro insieme, particolarmente gravose per gli affiliati, sia sotto il profilo dell'onerosità economica che sotto quello dell'idoneità a comprimerne i margini di autonomia imprenditoriale.

Con riguardo al primo profilo, sono stati considerati, *ex multis*, l'obbligo di farsi carico, nel corso del rapporto contrattuale, di tutte le spese per le dotazioni, i macchinari e gli arredi dei locali oltre che di ogni spesa di sostituzione e manutenzione, ordinaria e straordinaria, delle apparecchiature e dei locali commerciali e, infine, per le attività di formazione del gestore di volta in volta indicate dal *franchisor*.

Con riguardo al secondo, invece, sono state rilevate all'attenzione dell'Autorità, in particolare, le clausole contrattuali relative all'obbligo di rispetto di tutte le politiche, pratiche e tecniche aziendali imposte dal *franchisor* – tra le quali l'obbligo di rispetto della politica di prezzo del *franchisor* – e l'obbligo di rispetto dei termini e delle condizioni delle promozioni di volta in volta proposte.

Per quanto concerne poi le condotte adottate durante il rapporto negoziale, sono risultati di rilievo sia l'obbligo dell'affiliato di conformarsi alle decisioni assunte in materia di prezzi di vendita sia l'obbligo di utilizzare esclusivamente i fornitori indicati dal *franchisor*, non solo con riferimento alle attrezzature ed alle materie prime, ma anche a tutti gli altri prodotti necessari all'esercizio dell'attività di ristorazione.

Il mancato allineamento ai prezzi e a tutte le indicazioni fornite dal *franchisor* in termini di politiche di vendita, gestione operativa e parametri finanziari avrebbe comportato, secondo i segnalanti, la “non espandibilità” dell'affiliato, cioè l'impossibilità di essere considerato idoneo ad acquisire in gestione altri ristoranti.

Infine, tra le condotte potenzialmente abusive adottate al termine del rapporto negoziale, è stata presa in considerazione l'impossibilità di “riconvertire” l'arredamento e le attrezzature dei ristoranti, strutturati esclusivamente secondo le esigenze e le scelte del *franchisor*, a favore di altre affiliazioni commerciali, rendendone soltanto possibile il riacquisto da parte del concedente a prezzi irrisori²⁴².

Nell'ambito del procedimento istruttorio, il *franchisor* ha presentato un set di impegni finalizzati a risolvere le criticità evidenziate dall'Autorità, considerati da quest'ultima

²⁴¹ Articolo 4, comma 1, l. 129/2004

²⁴² Provvedimento del 14 giugno 2022, n. 30199, caso A546

«complessivamente idonei a rimuovere le preoccupazioni legate ai profili di abuso di dipendenza economica ipotizzati nel procedimento di avvio»²⁴³.

La legge concorrenza 2021 ha introdotto una serie di novità in materia di abuso di dipendenza economica per le piattaforme digitali.

Tra le novità introdotte dalla recente legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (L. 118/2022) sono di particolare rilievo proprio le integrazioni all'art. 9 della l. 192/1998 in materia di abuso di dipendenza economica.

La prima e più rilevante novità introdotta dalla legge “concorrenza” è una presunzione relativa di dipendenza economica, prevista *«nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati»²⁴⁴.*

L'onere di provare l'assenza di dipendenza economica è quindi posto in capo ai gestori delle piattaforme digitali.

Si assiste, così, ad un'inversione dell'onere della prova rispetto al regime precedente, il quale poneva in capo al contraente che lamentasse una dipendenza economica l'onere di provarne la sussistenza.

A tutte le piattaforme che, invece, non soddisfino i requisiti della norma continua ad applicarsi il regime precedente, finendo per risultare in un trattamento differenziato.

L'introduzione di una presunzione di questo tipo da parte dell'Italia rappresenta un caso unico nel panorama legislativo europeo.

Altri paesi, come la Germania, che hanno esteso esplicitamente la disciplina dell'abuso di dipendenza economica alle piattaforme digitali, non hanno adottato il modello della presunzione²⁴⁵.

La norma non fornisce una definizione specifica del concetto di "piattaforma digitale".

Ai fini dell'applicazione della stessa, rileva il “ruolo determinante” della piattaforma digitale nel raggiungere utenti finali o fornitori, concetto tuttavia ampio che potrebbe prestarsi a molteplici interpretazioni.

A livello europeo, l'aumento della dipendenza economica e il crescente squilibrio contrattuale tra piattaforme online e utenti commerciali hanno rappresentato i presupposti per l'adozione del Regolamento UE 1150/2019 (Regolamento P2B), che stabilisce una serie di obblighi in capo alle piattaforme online volti a tutelare la posizione debole degli utenti commerciali.

²⁴³ *Ibidem*

²⁴⁴ Articolo 9, primo comma, l. 192/1998

²⁴⁵ LUSARDI G., *Piattaforme digitali e abuso di dipendenza economica: le novità della legge concorrenza*

Quale ulteriore elemento di novità, le novella legislativa introduce un elenco esemplificativo di pratiche abusive che potrebbero essere realizzate dalle piattaforme digitali:

«fornire informazioni o dati insufficienti in merito all’ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell’attività svolta, ovvero nell’adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l’utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l’applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere»²⁴⁶.

In ultimo, la legge “concorrenza” prevede la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa per le azioni civili riguardanti l’abuso di dipendenza economica, risolvendo un’incertezza interpretativa già sottoposta in passato al vaglio della Corte di Cassazione.

Nei casi in questione²⁴⁷, la Cassazione aveva concluso che per le domande risarcitorie relative ad ipotesi di abuso di dipendenza economica non sussistesse la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, in quanto ritenute di natura puramente contrattuale ed estranee al concetto di abuso di posizione dominante.

In altre parole, l’abuso di dipendenza economica si concretizza nella introduzione di un controllo equitativo sul contenuto contrattuale mediante il criterio dell’eccessivo squilibrio dei diritti e degli obblighi che richiama alla mente quello, fondato sul concetto di “significativo squilibrio”, sanzionato nel rapporto contrattuale tra professionista e consumatore secondo gli articoli 1469-bis ss. c.c.²⁴⁸.

Il tutto con la assai rilevante differenza che mentre nel caso delle clausole abusive la tutela si limita quasi sempre a garantire l’effettivo svolgimento dell’autonomia contrattuale anche attraverso l’obbligo di trasparenza, nell’ipotesi dell’abuso di dipendenza economica la protezione appare più estesa, essendo vietato ogni comportamento che consista in una oggettiva manifestazione di approfittamento, a nulla rilevando che l’eventuale clausola per mezzo della quale sia consumato l’abuso sia stata oggetto di trattativa o sia chiara.

In altri termini, la menzionata disciplina, e la sua generalizzata (così come già rilevato, travalicante l’ambito di originario inserimento) applicabilità a tutti i rapporti continuativi o periodici tra imprese, potrebbe risultare utile al fine di sanzionare contegni in assenza della stessa censurabili, quando non espressamente stigmatizzati dal regolamento contrattuale o da norme giuridiche ben individuate, unicamente con riferimento alla violazione dei doveri di buona fede e correttezza in sede di esecuzione del contratto.

²⁴⁶ LUSARDI G., *Abuso di dipendenza economica da parte delle piattaforme digitali* in *Dirittoaldigitale.com*, 2022

²⁴⁷ Cass. ord. n. 22747/2017 e Cass. ord. 22584/2015, in *DeJure*

²⁴⁸ LUSARDI G., *Piattaforme digitali e abuso di dipendenza economica: le novità della legge concorrenza*

Vi è, infatti, il rischio che taluni contegni non espressamente sanzionati sul piano del regolamento contrattuale, e tuttavia censurabili, possano non trovare adeguata risposta e sanzione mediante l'applicazione (seppure da chi scrive assai auspicata) della c.d. clausola generale di buona fede, e che quest'ultima, in un (assai) limitato ordine di ipotesi, resi priva di operatività.

Se è vero, infatti, che l'orientamento maggioritario e prevalente, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, suole riconoscere a tale clausola generale autonoma valenza, e conseguente idoneità a generare autonome obbligazioni di comportamento, deve rilevarsi la (seppure criticabile) sussistenza di un recente orientamento della S.C., per la quale, tra l'altro, *«la violazione dei criteri di correttezza e buona fede, ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma – come nell'ipotesi di concorrenza sleale ex art. 2598, co. 3, c.c. – costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. Pertanto, un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto da una norma giuridica»*²⁴⁹.

Anche la dottrina più accorta ha avuto modo di rilevare, sotto tale profilo, che *«la recente legge sulla subfornitura segna un passo nella direzione del controllo sul potere contrattuale dell'imprenditore scaturente dalla sua posizione economicamente autoritaria. Il prevedibile proseguimento verso una generalizzata tutela del contraente debole ha la sua essenziale premessa nel principio, già codificato, che vieta l'abuso del professionista in danno del consumatore. La tendenza è verso una 'giustizia del mercato in cui siano vietati gli abusi di posizioni di dominio contrattuale anche nei rapporti tra imprenditori»*²⁵⁰.

Sembrerebbe, in particolare, che sia proprio questa legge – la legge in materia di subforniture industriali – a rappresentare un “sintomo” di tale nuova tendenza normativa, volta a sanzionare contegni ‘scorretti’, quantomeno sotto il profilo della valutazione alla stregua della clausola generale di buona fede, nei confronti del contraente, di volta in volta ‘debole’.

Di tale emergente tendenza costituiscono espressione, a titolo esemplificativo ma non esaustivo, la disciplina in materia di clausole “vessatorie” ed “abusiva”, ex artt. 1469-bis e ss. c.c., ovvero la stessa disciplina in materia di franchising.

Valga osservare che gli stessi lavori preparatori della L. 6 maggio 2004, n. 129 affermavano espressamente come la *ratio* della presente proposta di Legge è proprio quella di prevenire

²⁴⁹ Così, in particolare, Cass., 13 maggio 2004, n. 9141, per la quale, in buona sostanza ed in sintesi, i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. non creano obbligazioni autonome, ma rilevano solo per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti

²⁵⁰ BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 396 e ss.; ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1996; ADEZATI G.– ALPA G., *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1999

comportamenti scorretti di una parte in danno dell'altra, e favorire, nello stesso tempo, quella collaborazione solidale che è la condizione fondamentale per il successo e la vantaggiosità del franchising.

Per tale ragione, si ritiene necessario, nel rispetto – come già ricordato – della autonomia negoziale delle parti come individuata dall'articolo 1322 c.c., fissare dei vincoli minimi al contenuto del contratto a garanzia dell'affiliato inteso quale contraente debole del rapporto.

3. Franchising e pubblicità

La pubblicità costituisce, infatti, il primo contatto che il franchisor ha, rispettivamente, con gli aspiranti franchisee e i clienti.

Risulta così essenziale che la liceità di qualunque messaggio pubblicitario sia scrupolosamente valutata sotto il profilo della correttezza, completezza e veridicità.

Dal punto di vista giuridico, costituisce pubblicità *«qualsiasi messaggio, diffuso con qualunque mezzo e modalità, che sia finalizzato a promuovere una determinata attività imprenditoriale»*²⁵¹.

Il tema della pubblicità è stato oggetto di diversi provvedimenti europei volti a introdurre, nelle varie legislazioni nazionali, disposizioni a carattere generale, volte a reprimere ogni forma di pubblicità che, in modo indiretto o diretto, risulti essere fonte di errore per il pubblico dei consumatori in ordine ai prodotti e ai servizi offerti dalle imprese²⁵².

La disciplina della pubblicità ha subito una serie di modifiche nel tempo.

Il legislatore, su impulso della direttiva comunitaria 2005/29/CE, ha disciplinato le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra imprese e, soprattutto, nei rapporti tra imprese e consumatori.

Le disposizioni ai d.lgs. 145/2007 e 146/2007 hanno rispettivamente introdotto una tutela per i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali – ormai espunta dal Codice del consumo – e una tutela per i consumatori dalle pratiche commerciali scorrette agli articoli 18 ss. del Codice del consumo.

La pubblicità ingannevole, però, oltre che danno diretto ai professionisti che operino nello stesso mercato, costituisce un danno – anche se solo riflesso – per i consumatori: la pubblicità ingannevole rientra, infatti, tra quelle pratiche commerciali scorrette disciplinate all'articolo 18 Cod. cons. che possono contenere informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto

²⁵¹ Articolo 2, primo comma, d.lgs. 145/2007

²⁵² GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette*, 2010

corrette, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inducono o sono idonee ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso²⁵³. Come ogni altra attività d'impresa, anche il franchising deve essere “comunicato”²⁵⁴ e promosso all'esterno.

Possiamo distinguerne due tipologie in funzione del destinatario cui la comunicazione è diretta: da un lato, la comunicazione e la promozione diretta alla ricerca di nuovi affiliati e, quindi, indirizzata ai potenziali affiliati, attratti dall'affiliante ad aderire alla rete; dall'altro lato, quella rivolta ai clienti finali o consumatori, destinatari dell'attività svolta dagli affiliati nell'ambito della rete in franchising.

Mentre della prima forma pubblicitaria è responsabile esclusivamente l'affiliante perché determinata soltanto da quest'ultimo, la seconda potrà essere imputata anche all'affiliato se di sua iniziativa (anche se posta in essere dietro coordinamento e direzione del franchising)²⁵⁵.

Nelle prime fasi di vita della rete di franchising, la comunicazione di impresa rappresenta un canale importante di diffusione di informazioni inerenti alle caratteristiche principali della formula commerciale che connotano la rete e delle “opportunità” che egli offre agli aspiranti franchisee²⁵⁶.

L'operazione che il franchisor pone in essere è c.d. di *targeting*: l'affiliante propone un annuncio di selezione preventiva, nel quale invita gli imprenditori che rispettino una serie di requisiti individuati nell'annuncio a manifestare il proprio interesse all'ingresso nella rete di affiliazione.

Le norme applicabili a tale fattispecie saranno quelle contenute nel d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145 ed i criteri da utilizzare per determinarne l'idoneità ad ingannare quelli del suo articolo 3.

La pubblicità attraverso la quale le imprese, invece, si presentano ai consumatori deve rispettare la formula commerciale che caratterizza quell'impresa, ponendosi l'esigenza di uniformità della rete in franchising e di tutela dell'immagine della rete stessa.

Come ogni attività pubblicitaria, anche quella svolta nell'ambito dell'affiliazione commerciale è soggetta ad una complessa normativa, prettamente di origine comunitaria, finalizzata ad assicurare il buon funzionamento concorrenza tra le imprese che operino nello stesso mercato.

²⁵³ Articolo 18, primo comma Cod. consumo

²⁵⁴ FRIGNANI A., CARRARO W., D'AMICO C. (a cura di), *La comunicazione pubblicitaria d'impresa (Manuale giuridico teorico e pratico)*, Milano, 2009

²⁵⁵ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising, Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012

²⁵⁶ *Ibidem*

In questo secondo caso le norme applicabili saranno quelle disposte dagli articoli 18 ss. del Codice del consumo.

Dal punto di vista contenutistico, la pubblicità dei prodotti o servizi distribuiti in franchising non si differenzia da quella di qualsiasi altro prodotto o servizio.

Essa è sottoposta a tutte le norme applicabili ad ogni messaggio pubblicitario, tra le quali il divieto di concorrenza sleale, disposto dall'articolo 2598 c.c., ma soprattutto essa è passibile di controllo amministrativo ad opera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), un tempo in applicazione del d.lgs. 74/1992, che vietava la pubblicità ingannevole (oltre ad essere soggetta, se diffusa da un utente pubblicitario o da un mezzo aderente al sistema autodisciplinare, alle norme del Codice dell'Autodisciplina Pubblicitaria), ora in applicazione degli articoli 27 ss. del Codice del Consumo²⁵⁷.

Questa Autorità è stata più volte chiamata ad esaminare casi in cui i franchisor venivano accusati di aver divulgato messaggi pubblicitari contrari alla legge.

I provvedimenti che ha il potere di adottare in questo ambito possono – e così accade nella prassi – portare non soltanto all'irrogazione alle imprese titolari di reti in franchising di sanzioni pecuniarie – sanzioni che possono raggiungere importi considerevoli –, ma soprattutto ricadute negative sul piano dell'immagine complessiva della rete all'esterno.

Di qui l'importanza – spesso purtroppo sottovalutata o addirittura ignorata – per i franchisor di prestare molta attenzione a tutti messaggi pubblicitari che vedono come destinatari i potenziali affiliati.

Il Codice del consumo e il d.lgs. 145/2007 condividono una concezione estremamente estesa di pubblicità, la quale prescinde dal mezzo attraverso il quale il messaggio pubblicitario viene diffuso, purché lo stesso sia finalizzato a promuovere una determinata attività imprenditoriale. Avendo riguardo alla l. 129/2004, rientrano nell'ambito della pubblicità ingannevole non solo i messaggi pubblicitari in senso stretto quali gli *slogan* e i *banners*, ma anche i *business plans* e i prospetti informativi così come disciplinati dalla legge sull'affiliazione commerciale, qualora sia prevalente l'aspetto pubblicitario su quello informativo, sotto il profilo dell'impatto comunicativo per il destinatario.

Le indicazioni ed i dati contenuti in tali messaggi – soprattutto nei *business plans* – hanno spesso costituito oggetto di provvedimenti sanzionatori dell'AGCM.

L'articolo 1, comma secondo, del d. lgs. 145/2007 prevede che «*la pubblicità deve essere palese, veritiera e corretta*»²⁵⁸.

²⁵⁷ FRIGNANI A., *Il contratto di franchising, Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012

²⁵⁸ Articolo 1, secondo comma, d.lgs. 145/2007

Tali caratteristiche devono essere presenti nel messaggio pubblicitario fin dal primo contatto con il destinatario, esauendo la propria funzione nell'indurre il destinatario a rivolgersi al professionista.

La comunicazione d'impresa deve essere quindi chiara e completa fin dall'inizio, indipendentemente dal fatto che il destinatario possa apprendere ulteriori elementi successivamente, tramite rinvio ad altre fonti informative.

Tuttavia, ciò non implica necessariamente che la comunicazione delle informazioni precontrattuali sia sufficiente a sanare l'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario, salvo che il professionista dimostri di non esserne direttamente responsabile.

Se, dunque, sono stati indicati in un volantino o, ancora, in una brochure ovvero tramite un business plan dei dati inesatti sulla rete in franchising, l'ingannevolezza del messaggio non può trovare successivo rimedio, fornendo all'affiliato chiarimenti ed informazioni correttive.

L'art. 2, lett. b), del d. lgs. n. 145/2007 vieta la pubblicità ingannevole, definita 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»*²⁵⁹.

È quindi ingannevole il messaggio pubblicitario che, in qualunque modo, indipendentemente dall'*animus* dell'imprenditore che veicola il messaggio e dal modo in cui il messaggio viene presentato, sia idoneo a indurre in errore i destinatari e, conseguentemente, a pregiudicare il comportamento economico, anche solo potenzialmente.

L'articolo 3 individua, poi, una serie di elementi utili ai fini della valutazione del carattere ingannevole di un messaggio pubblicitario.

Dispone che bisogna avere riguardo: *«a) alle caratteristiche dei beni o dei servizi, quali la loro disponibilità, natura, esecuzione, composizione, metodo e data di fabbricazione o della prestazione, idoneità allo scopo, usi, quantità, descrizione, origine geografica o commerciale, risultati che si possono ottenere con il loro uso, risultati e caratteristiche fondamentali di prove o controlli effettuati sui beni o sui servizi); b) al prezzo o al modo in cui questo è calcolato ed alle condizioni alle quali i beni o i servizi sono forniti; c) alla categoria, alle qualifiche e ai diritti dell'operatore pubblicitario, quali l'identità, patrimonio, capacità, diritti di proprietà intellettuale e industriale, ogni altro diritto su beni immateriali relativi all'impresa ed i premi o riconoscimenti»*²⁶⁰.

²⁵⁹ Articolo 2, lett. b), d. lgs. n. 145/2007

²⁶⁰ Articolo 3, d.lgs. 145/2007

Accanto alla pubblicità ingannevole, considerata in ogni caso illecita, l'articolo 4 del d.lgs. 145/2007 fissa delle condizioni il cui rispetto qualificano come lecita la pubblicità comparativa. Si definisce comparazione pubblicitaria – o pubblicità comparativa – «*la comunicazione d'impresa nella quale l'azienda o il prodotto o servizio pubblicizzati vengono messi a confronto con altre aziende o con i prodotti o servizi offerti sul mercato da altre imprese*»²⁶¹.

La pubblicità comparativa è diretta quando il riferimento al concorrente è immediato e, pertanto, costituisce la forma più forte di comparazione pubblicitaria; è indiretta, invece, non è nominato e il collegamento con questo non è altrimenti individuabile.

Tale forma di comparazione si sostanzia tendenzialmente in richiami generici agli attori economici del mercato di riferimento²⁶².

Mentre la pubblicità ingannevole è sempre considerata illecita, per la pubblicità comparativa la legge individua delle condizioni di liceità.

Ai sensi del comma 1 dell'articolo 4 del D. lgs. 147/2007, la pubblicità comparativa è lecita quando:

*«a) non è ingannevole ai sensi del presente decreto legislativo o degli articoli 21, 22 e 23 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante «Codice del consumo»; b) confronta beni o servizi che soddisfano gli stessi bisogni o si propongono gli stessi obiettivi; c) confronta oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi; d) non ingenera confusione sul mercato tra i professionisti o tra l'operatore pubblicitario ed un concorrente o tra i marchi, le denominazioni commerciali, altri segni distintivi, i beni o i servizi dell'operatore pubblicitario e quelli di un concorrente; e) non causa discredito o denigrazione di marchi, denominazioni commerciali, altri segni distintivi, beni, servizi, attività o posizione di un concorrente; f) per i prodotti recanti denominazione di origine, si riferisce in ogni caso a prodotti aventi la stessa denominazione; g) non trae indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, alla denominazione commerciale ovvero ad altro segno distintivo di un concorrente o alle denominazioni di origine di prodotti concorrenti; h) non presenta un bene o un servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati»*²⁶³.

La liceità della pubblicità – ingannevole ovvero comparativa – deve essere valutata tenendo conto del destinatario cui la comunicazione è rivolta.

²⁶¹ FUSI M. – TESTA P. – COTTAFVI P., *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, 2000, 5.b.

²⁶² BIANCHI L.R. – PLACCHI A. – AJELLI A. – BOCCHI C. – FURLAN F. – LORO PIANA M. – DE RUGERIIIS F. – BASSANELLI I. – BROZZETTI F. – DE CRISTOFARO G. (A CURA DI), *Diritto della pubblicità, tutele e contenzioso*, 2020

²⁶³ Articolo 4, primo comma, d. lgs. 145/2007

Nel franchising, quando il messaggio è diretto ai potenziali affiliati, occorre considerare che si tratti di soggetti che dimostrano interesse nell'intraprendere una determinata attività che può anche comportare costi particolarmente ingenti: da ciò deriva che il messaggio rivolto a questi ultimi deve essere tale da consentirgli di scegliere consapevolmente se aderire o meno alla rete di affiliazione.

La tendenza ad allargare il perimetro della tutela di quei soggetti considerati deboli, oltre la ormai "classica" figura del consumatore, ha portato la dottrina a parlare apertamente del problema del confine della tutela del contraente debole²⁶⁴.

A ben vedere la categoria del contraente debole non ha una vera e propria valenza normativa, ma rappresenta unicamente la sintesi descrittiva dei diversi destinatari di differenti statuti che hanno quale comune denominatore la presunzione di uno «*squilibrio a carico di determinate parti in determinate negoziazioni*»²⁶⁵.

Sul punto il legislatore ha iniziato ad estendere a nuovi soggetti segmenti di disciplina consumeristica²⁶⁶.

Il riferimento va proprio all'articolo 18 cod. cons. in tema di pratiche commerciali scorrette che, con la modifica apportata dalla l. 27/2012, ha ricompreso tra i soggetti tutelati anche le microimprese.

L'articolo 5 del d. lgs. 145/2007 prevede altresì che «*la pubblicità deve essere sempre chiaramente riconoscibile come tale*» e che «*la pubblicità a mezzo di stampa deve essere distinguibile dalle altre forme di comunicazione al pubblico, con modalità grafiche di evidente percezione*»²⁶⁷.

Ai destinatari del messaggio pubblicitario deve dunque essere consentito di «*riconoscere la natura promozionale e non indipendente dello stesso, in modo che venga attivata una sufficiente reazione critica e soglia di attenzione*».

²⁶⁴ ROPPO V., Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria del potere contrattuale: genesi e sviluppi di un paradigma, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 85 ss.

²⁶⁵ PERLINGIERI P., *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 746 ss.

²⁶⁶ TRUBIANI F., *I soggetti del commercio elettronico*, in *Saggi di diritto dei consumi*, 2021, p. 16 ss.

²⁶⁷ Articolo 5, comma 1, d. lgs. 145/2007

3.1. Il business plan quale strumento pubblicitario

Il business plan è uno strumento che permette di delineare l'idea di business, la struttura dell'attività e le modalità di gestione della stessa, definendone anche strategie, punti di forza ed eventuali criticità da affrontare.

La legge 129/2004 non prevede, tra gli obblighi precontrattuali del franchisor, la redazione di un business plan.

Da ciò deriva che esso può essere formulato in modo vario, con un grado di dettaglio più o meno approfondito e con un riferimento più o meno specifico al mercato effettivo in cui l'affiliato andrà a operare.

Non è infrequente che si verifichi, nel corso del rapporto di franchising, uno scostamento più o meno rilevante tra i dati indicati nel business plan e i profitti effettivamente raggiunti dal franchisee²⁶⁸.

In questi casi, il franchisee potrebbe avere interesse a far valere l'affidamento che aveva riposto sulla situazione della rete di affiliazione che il franchisor gli aveva presentato prima della stipula del contratto.

Il business plan, in qualità di strumento con finalità promozionali, è soggetto alle valutazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Qualora il business plan contenga affermazioni non veritiere o la cui veridicità non sia oggettivamente dimostrabile, in merito ai possibili profitti derivanti dall'affiliazione commerciale, esso potrebbe essere qualificato come pubblicità ingannevole.

Di conseguenza, il franchisor potrebbe incorrere in sanzioni pecuniarie di rilevante entità irrogate dall'AGCM, potendo questo ingenerare negli aspiranti franchisee delle false aspettative: il franchisor non potrebbe prospettare come certi nel business plan risultati economici certi che non tengano conto di eventuali variabili.

È opportuno, quindi, che il franchisor rediga un business plan che sia il più possibile conforme alla specifica realtà imprenditoriale nella quale opererà il franchisee; contenga dati e previsioni prudenziali; si basi su criteri oggettivi e dimostrabili a posteriori; in aggiunta, contenga specifici *warnings* circa la mancanza di vincolatività dei dati ivi contenuti nonché circa il fatto che lo stesso contiene mere previsioni e non di promesse di risultato, il cui esito potrà dipendere da circostanze non controllabili dallo stesso franchisor e/o attinenti al franchisee.

²⁶⁸ *Ibidem*

3.2. Il ruolo dell'AGCM e il procedimento per pubblicità ingannevole

L'organo incaricato al controllo sulla corretta applicazione della disciplina inerente alla pubblicità tra imprese e alle pratiche commerciali scorrette ai danni dei consumatori è l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato (AGCM), istituita dalla l. 287/1990.

Accanto al potere di vigilanza e di regolazione del mercato, si pone il potere sanzionatorio dell'Autorità, la quale ha la capacità di adottare provvedimenti e irrogare sanzioni alle imprese. L'AGCM è intervenuta in più occasioni con provvedimenti volti a definire le implicazioni derivanti dall'applicazione del contratto di franchising.

Tra questi bisogna senz'altro citare il caso DIF&CO (2014).

L'Autorità aveva sanzionato il franchisor per aver, mediante dichiarazioni pubblicitarie, invitato le imprese ad affiliarsi al franchising denominato "*The Original Poster Company*", promettendo "guadagni costanti e continuativi" fino a 1800 euro al mese.

La condotta è stata segnalata da alcuni ex affiliati, i quali hanno portato all'attenzione dell'Autorità l'ingannevolezza di tali spot.

L'affiliazione in questione, infatti, non solo non comportava i guadagni promessi, bensì gli affiliati erano tenuti a pagare la merce da mettere solo successivamente in conto vendita.

Per mantenere un adeguato assortimento, infatti, gli affiliati dovevano con una certa frequenza" rifornirsi della merce, anche quando ancora non avesse incassato dai dettaglianti il prezzo pattuito della merce ceduta in conto vendita.

Da ciò deriva che il rischio d'impresa gravava esclusivamente sugli affiliati, mentre l'affiato traeva il proprio guadagno dagli acquisti della merce effettuati dagli affiliati.

In generale, se l'AGCM accerta l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario, può adottare – alternativamente o cumulativamente – diverse soluzioni: più innanzitutto vietare la diffusione del messaggio; può obbligare l'operatore a rendere pubblica la decisione dell'AGCM a sue spese a mezzo stampa, oppure attraverso la radio o la televisione, o eventualmente attraverso la diffusione di un'apposita dichiarazione di rettifica; può, ancora, condannare l'operatore a una sanzione amministrativa pecuniaria, che, tenuto conto della gravità e della durata della violazione, può variare dai 5.000,00 a 500.000,00 euro.

Il mancato rispetto dei provvedimenti dell'AGCM implica la comminazione di una ulteriore sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000,00 a 150.000,00 euro e, nel caso di reiterata violazione, può disporre la sospensione dell'attività di impresa fino a trenta giorni.

La quantificazione della sanzione pecuniaria avviene sulla base dei criteri di cui all'articolo 11 della legge n. 689/1981, il quale dispone che: «*nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e*

nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche»²⁶⁹.

Fungono da criteri aggiuntivi l'entità del pregiudizio arrecato ai destinatari, come può essere nel franchising l'esborso economico richiesto per aderire alla rete in franchising; la durata della violazione; la modalità di diffusione che, se diffuso a mezzo internet, è suscettibile di raggiungere un ampio numero di destinatari, con conseguente maggiore gravità della sanzione; la tipologia dei destinatari che, in questo caso, possono essere tanto i consumatori finali quanto gli affiliati, equiparabili – soprattutto se si tratti di piccoli imprenditori – ai consumatori.

Le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM, però, non rappresentano l'unico rischio cui può andare incontro il franchisor in tema di pubblicità ingannevole e comparativa che non rispetti le condizioni di liceità fissate dalla legge.

Accanto al danno economico diretto rappresentato dalla sanzione pecuniaria o dal divieto di diffusione del messaggio pubblicitario vi è infatti un rilevante danno economico indiretto, dato dal discredito commerciale e dal danno d'immagine derivante dalla pubblicazione della decisione e dalle notizie sui media.

Questa seconda tipologia di danno può risultare molto più gravosa della prima per il franchisor, andando a danneggiare l'immagine della rete in franchising, ostacolandone lo sviluppo e provocando ripercussioni interne che ne possono metterne a repentaglio perfino l'esistenza sul mercato.

4. La disciplina delle clausole vessatorie nel contratto di franchising

Accade spesso che nei contratti di affiliazione commerciale trovi applicazione la disciplina – quella del Codice civile e quella del Codice del consumo – sulle clausole vessatorie.

Si definiscono vessatorie quelle clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi delle parti di un contratto, a svantaggio di una parte – quella che aderisce al contratto, ossia il franchisee – ed a vantaggio della parte che quel contratto ha predisposto, il franchisor²⁷⁰.

La disciplina applicabile al caso concreto è quella dettata dal Codice civile, anche se non mancano casi in cui le norme dettate al Codice del consumo possano tutelare il franchisee, piccolo imprenditore.

²⁶⁹ Articolo 11, l. 689/1981

²⁷⁰ RESCIGNO P., *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 1986; ROPPO E., *Contratti standard. Autonomia e controlli delle attività negoziali d'impresa*, Milano, 1975

Le clausole vessatorie vengono introdotte nel contratto dal franchisor per tutelare i suoi *assets*, segni distintivi e know-how, dal rischio di condotte illecite, scorrette o anche solo negligenti del franchisee, che possano attentare alla reputazione ed alla uniformità della c.d. *brand image* della rete di affiliazione sul mercato e, di riflesso, danneggiare l'immagine degli altri affiliati alla medesima rete.

Si tratta di clausole contenute nelle condizioni generali del contratto, destinate a regolare un numero indefinito di rapporti contrattuali.

Esse ricorrono anche nei contratti conclusi attraverso moduli e formulari: la loro peculiarità risiede nel fatto che, lungi dall'essere il frutto di trattativa tra le parti, sono predisposte unilateralmente da una parte (il franchisor o affiliante) ed imposte all'altra (il franchisee o affiliato).

Il principio della libertà contrattuale ha assunto oggi un ruolo diverso e più limitato, quanto meno nei casi dei contratti conclusi con contraenti "deboli", spesso basati su proposte c.d. *take it or leave it*.²⁷¹

Anche il contratto di franchising spesso rientra in quei contratti in cui il franchisee, qualora decida di sottoscrivere il contratto, non può che accettare le clausole contenute nello stesso *tout court*.

La norma di riferimento nel Codice civile è l'articolo 1341 c.c., rubricato "Condizioni generali del contratto".

L'articolo 1341 detta, in relazione al contenuto delle condizioni generali, due diversi requisiti di efficacia.

Al primo comma prevede che: «*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*»²⁷².

La norma individua il generale requisito di efficacia della conoscenza.

Il secondo comma, invece, dispone che: «*In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria*»²⁷³.

²⁷¹ FARNSWORTH E.A., *Comparative Contract Law*, in JIPITEC, 2019, p. 106 ss.

²⁷² Articolo 1341, primo comma, c.c.

²⁷³ Articolo 1341, secondo comma, c.c.

Mentre il primo comma assurge a requisito generale quello della conoscenza della clausola, il secondo richiede per le clausole ivi indicate la specifica approvazione per iscritto del soggetto svantaggiato dalla clausola.

Si distinguono nell'elenco posto dall'articolo 1341 clausole che apportano vantaggi a chi le predispone – tra queste, le limitazioni di responsabilità – e quelle che, invece, gravano l'aderente di oneri aggiuntivi o, ancora, ne limitano l'operato – il franchisor potrebbe, ad esempio, predisporre una clausola di esclusiva con la quale impedisce al franchisee di contrarre con terzi che operino nel medesimo mercato del franchisor.

La tutela formale che la disciplina del Codice civile dispone ha lo scopo di richiamare l'attenzione del contraente sugli effetti che la clausola produce e, quindi, di renderlo consapevole dell'onerosità delle obbligazioni contrattuali che sta assumendo.

Le clausole squilibrate si atteggiavano in maniera diversa quando queste siano inserite nei contratti conclusi dai professionisti con i consumatori.

La disciplina di tutela del consumatore posta dagli artt. 33 e ss. del d.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del consumo) prescinde dal tipo contrattuale prescelto dalle parti e dalla natura della prestazione oggetto del contratto, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, che di contratto singolarmente predisposto.

Infatti, detta disciplina è volta a garantire il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso che si concretizza nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicitare la propria autonomia contrattuale, con la conseguenza che la vessatorietà della clausola può ben attenersi anche al rapporto contrattuale che sia stato singolarmente ed individualmente negoziato per lo specifico affare, risultando, quindi, categoria diversa dall'onerosità ex articolo 1341, comma 2 c.c., con cui concorre unicamente nell'ipotesi, per l'appunto, di contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti²⁷⁴.

Nelle due ipotesi analizzate – quella ex articolo 1341 c.c. e quella ex articolo 33 Codice del consumo – il controllo operabile dal giudice sul contenuto delle clausole è differente.

Il controllo che il giudice è tenuto ad operare secondo lo schema delineato dal Codice civile ha ad oggetto dapprima una verifica inerente alla riconducibilità della clausola oggetto d'esame all'interno dell'elenco di cui al secondo comma dell'articolo.

²⁷⁴ Cass. civ., Sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802

Ove tale verifica dia esito positivo, il giudice procederà ad accertare se tale clausola sia stata specificatamente sottoscritta dalla parte che subisce lo squilibrio.

In caso tale sottoscrizione manchi, dovrà essere dichiarata l'inefficacia della clausola.

Pertanto, il controllo che il giudice è tenuto a compiere ex articolo 1341 c.c. è di tipo formale. Nell'ipotesi all'articolo 33 cod. cons., invece, il giudice è tenuto a compiere una verifica nel merito delle scelte operate dalle parti onde rinvenire la presenza di quelle circostanze che il legislatore individua come indicative della vessatorietà delle clausole oggetto del giudizio²⁷⁵.

La conseguenza dell'accertata vessatorietà della clausola comporterà, in questo caso, una diversa conseguenza: il rimedio individuato dall'articolo 36 cod. cons. è quello della nullità c.d. di protezione.

Volendo sussumere il contratto di affiliazione commerciale nello schema dell'articolo 1341 ovvero in quello delineato dal Codice del consumo, avendo riguardo alle parti che concludono il contratto – imprenditori – la disciplina che parrebbe applicabile e, quindi, l'accertamento che eventualmente il giudice sarebbe chiamato a compiere sarebbe quello predisposto dal Codice civile.

È importante partire dalla definizione che il Codice del consumo dà di consumatore nelle Disposizioni Generali.

L'articolo 3 dispone che si intende per consumatore «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*»²⁷⁶.

La precisa dizione "persona fisica" non si presta, difatti, ad un'interpretazione estensiva della norma medesima per cui solo le persone fisiche possono beneficiare della tutela apprestata in favore del consumatore dal Codice del consumo²⁷⁷.

Ciononostante, è opportuno analizzare la possibilità di estendere la tutela anche agli enti e alle persone giuridiche in ragione della situazione di debolezza in cui possono trovarsi laddove compiano una contrattazione con un professionista, senza tralasciare che per costoro il dover perseguire uno scopo sociale previsto dallo statuto richiede di per sé che l'attività sia svolta in modo professionale.

La tendenza ad allargare il perimetro della tutela di quei soggetti considerati deboli, oltre la ormai "classica" figura del consumatore, ha indotto la dottrina a parlare apertamente del

²⁷⁵ LANDINI S., *Pratiche commerciali scorrette e clausole abusive nei contratti di assicurazione* in *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2021, p. 210 ss.

²⁷⁶ Articolo 3, primo comma, Codice del consumo

²⁷⁷ BARELA V., *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in *Comparazione e Diritto civile*, 2017, p. 1 ss.

problema del confine della tutela del contraente debole²⁷⁸, indagando se tale tutela possa estendersi ad altre figure che condividerebbero il medesimo tratto di "debolezza" contrattuale.

A ben vedere, la categoria del contraente debole non ha una vera e propria valenza normativa, ma rappresenta la sintesi descrittiva dei diversi destinatari di differenti statuti che hanno quale comune denominatore la presunzione di uno squilibrio a carico di determinate parti in determinate negoziazioni²⁷⁹.

La condizione di debolezza di un soggetto non può essere oggetto di una presunzione assoluta fondata sulla qualificazione soggettiva, ma la sua variabilità e mutevolezza dovrebbe spingere a spostare l'asse del sistema verso una presunzione relativa, informata al criterio di ragionevolezza sancito dall'articolo 3 della Costituzione²⁸⁰.

Lo stesso legislatore ha mostrato un'apertura sul punto, estendendo a nuovi soggetti la disciplina consumeristica²⁸¹.

Discussa dalla dottrina è stata un ipotetico ampliamento dell'ambito applicativo soggettivo della disciplina consumeristica al franchisee, in particolare a quell'aspirante affiliato che non possa essere considerato propriamente imprenditore.

Nella fase che precede la conclusione del contratto tra franchisor e franchisee, l'affiliazione alla rete del franchisor potrebbe rappresentare il primo momento in cui il franchisee eserciterebbe un'attività economica diretta alla produzione o allo scambio di beni o servizi²⁸².

Le norme della legge 129/2004 – in particolare quelle inerenti alla fase precontrattuale – già esprimono un'esigenza di protezione della posizione contrattuale del franchisee²⁸³.

Pertanto, nella fase precontrattuale il futuro franchisee è soltanto un potenziale imprenditore "debole", essendo un soggetto intenzionato ad intraprendere un'attività imprenditoriale ma non ancora un imprenditore vero e proprio.

Ne consegue il dubbio relativo all'individuazione della qualifica soggettiva del franchisee, in particolare se questo debba essere considerato un consumatore o un professionista.

La soluzione al quesito dovrebbe dipendere da come si intende l'espressione "*per finalità estranee all'attività professionale eventualmente svolta*" all'articolo 3 cod. cons.: seppur i soggetti in questione vogliano stipulare il contratto proprio per intraprendere un'attività

²⁷⁸ ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 85 ss.; BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir., Ann.*, 2011, p. 370 ss.

²⁷⁹ PERLINGIERI P., *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 746 ss.

²⁸⁰ MEZZASOMA L., *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 319

²⁸¹ Cfr. *supra*, par. 3

²⁸² Articolo 2082 c.c.

²⁸³ CUFFARO V., *Nuovi profili della contrattazione tra imprese*, in V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005

professionale – risultando così la finalità per la quale agiscono legata ad un'attività di questo tipo – il dato letterale fa riferimento ad una condizione di attualità.

Ciò porterebbe a considerare tali soggetti quali consumatori, venendo così tutelati anche dalle disposizioni dettate in materia di consumatori²⁸⁴.

Va rilevato, tuttavia, che tale lettura della disposizione viene disattesa da un consolidato orientamento, secondo il quale deve essere considerata attività imprenditoriale anche quella meramente preparatoria allo svolgimento della stessa: di conseguenza, si deve escludere la possibilità di ricorrere sia in via diretta che in via analogica alla disciplina a tutela dei consumatori²⁸⁵.

Il contratto di franchising viene predisposto unilateralmente dal franchisor, il quale provvede almeno nei trenta giorni che precedono la sottoscrizione del contratto a fornire una copia completa dello stesso all'aspirante affiliato, in ottemperanza agli obblighi di informativa precontrattuale che la legge n. 129/2004 pone a carico del franchisor.

L'adozione di un contratto per adesione mira a regolamentare, in modo tendenzialmente uniforme, i rapporti del franchisor con i propri franchisee.

È legittimo domandarsi se i contratti di franchising rientrano nella categoria di quei contratti seriali il cui contenuto è esclusivamente predisposto da una parte, mentre l'altra si limita a sottoscrivere, recependone il contenuto, senza possibilità di incidere sulle pattuizioni contrattuali.

La risposta non può essere univoca.

Certo è che non possa essere escluso *ab origine* che vi siano degli spazi di negoziazione tra le parti e che, soprattutto quando la rete non abbia una posizione stabile sul mercato, il franchisor non possa pretendere delle condizioni eccessivamente onerose a carico del franchisee, tenuto conto degli eventuali rischi di insuccesso della rete, soprattutto in relazione ad una rete che non sia perfettamente strutturata.

Può ritenersi che tanto più una rete è strutturata, tanto più i contratti saranno standardizzati ed i margini di negoziazione delle clausole contrattuali si assottiglieranno per il franchisee.

Ciò ovviamente non esclude che vi possano essere degli spazi di negoziazione tra le parti e che, soprattutto agli esordi della rete sul mercato, le condizioni di affiliazione, siano meno onerose per il franchisee, posto che, in una fase iniziale, i rischi di eventuale insuccesso della rete, sono maggiori rispetto a quelli in cui può eventualmente incorrere una rete già perfettamente strutturata.

²⁸⁴ PERLINGIERI P., *Conclusioni*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006

²⁸⁵ Corte Giust. CE, 3 luglio 1997, causa C-269/95

In ogni caso, a prescindere dalle dimensioni della rete, nei contratti di franchising, il franchisor tende ad inserire clausole che siano dirette a tutelare il proprio *know how*, i propri segni distintivi, la propria immagine, al fine di garantire l'uniformità della rete all'interno, avendo riguardo al caso in cui il franchisor abbia più punti vendita sul territorio gestiti da affiliati differenti, e all'esterno della stessa, facendo sì che il consumatore non possa cadere in errore nella scelta di un certo prodotto o servizio.

Ciò si traduce in limitazioni anche significative dell'autonomia negoziale del franchisee, che si giustificano in ragione della difesa di legittimi interessi della società franchisor a veder tutelata la propria immagine e quella della rete nel suo complesso.

Rientra in questa categoria la clausola che ponga un patto di non concorrenza – in costanza di contratto e post-contrattuale – che limiti la libertà contrattuale del franchisee, il quale non potrà svolgere per un certo lasso temporale attività in concorrenza con quella del franchisor.

La *ratio* – e, quindi, la sua validità nel rispetto delle norme di legge – del patto in esame è individuata, da una parte, nella salvaguardia della reputazione e dell'identità comune della rete di affiliazione e, dall'altra, nella tutela del consumatore, impedendo che si crei confusione tra beni e servizi prodotti dal franchisor e quelli prodotti dai concorrenti.

È invece certamente vessatoria la clausola che preveda un divieto per il franchisee di spostare altrove il proprio punto vendita, sia pur all'interno della medesima area territoriale.

Si tratta della c.d. *location clause*, che fa salvi i casi di forza maggiore, al cui verificarsi il franchisor può acconsentire allo spostamento del punto vendita affiliato in altra sede, soggetta anch'essa alla previa approvazione del franchisor stesso.

Anche questo divieto risponde ad una ragione ben precisa: quella del franchisor di decidere le location ritenute più strategiche, in relazione al proprio modello di business e di sviluppo.

Possono essere tacciate di vessatorietà anche quelle clausole contenute in un contratto di franchising che limitano la facoltà del franchisee di sollevare eccezioni, se non dopo aver adempiuto ai propri obblighi contrattuali.

Rientra in questa categoria la clausola nota come clausola “*solve et repete*”, letteralmente “paga e poi richiedi”.

Inserita in un contratto di franchising, tale clausola è volta ad evitare che il franchisee giustifichi il mancato adempimento di una prestazione cui è contrattualmente obbligato o il ritardo nell'adempiarla – ad esempio, il pagamento delle royalties – con il preteso inadempimento del franchisor.

Sono considerate vessatorie, inoltre, quelle clausole che, frequentemente inserite nei contratti di franchising, prevedono la tacita proroga o rinnovo automatico del contratto alla sua scadenza,

sempre che non intervenga disdetta scritta entro un termine dato, prima della scadenza contrattuale.

Si tratta di una disposizione potenzialmente limitativa dell'autonomia contrattuale del franchisee, in quanto protrae nel tempo il vincolo contrattuale, in assenza di tempestiva disdetta. Se, da una parte, un contratto di affiliazione commerciale "a lunga scadenza" fa sì che il franchisor può contare su una stabilità operativa, con una rete di affiliati impegnati a lungo termine, evitando frequenti sostituzioni e costi di rinegoziazione, il franchisee rischia di essere "intrappolato" nella rete.

Per questo motivo il secondo comma dell'articolo 1351 c.c. impone la duplice sottoscrizione del franchisee ai fini della validità della anzidetta clausola.

Rientrano nel novero delle clausole vessatorie inserite nei contratti di franchising, anche le clausole in cui il franchisor prevede la competenza esclusiva di un determinato tribunale, di norma quello del luogo in cui il franchisor stesso ha la propria sede legale.

Lo stesso dicasi per le clausole compromissorie, che demandano la soluzione delle eventuali controversie che possono insorgere tra franchisor e franchisee, alla competenza di un arbitro unico o di un collegio arbitrale, in luogo della competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria. La scelta della clausola compromissoria comporta dei vantaggi non indifferenti all'affiliato, alla cui immagine certamente non giova la pubblicità relativa alle controversie con gli affiliati.

Ulteriore esempio di clausola vessatoria è rappresentato dalla clausola contrattuale che prevede il divieto di cessione del contratto di franchising dal franchisee a terzi, senza che vi sia stato il previo consenso da parte del franchisor.

Questa limitazione dell'autonomia contrattuale del franchisee – la legge non prevede una disposizione speculare a favore del franchisee –, trova la sua giustificazione nella natura del contratto di affiliazione commerciale: il rapporto tra franchisor e franchisee è un rapporto fiduciario, nel quale le qualità imprenditoriali, l'affidabilità professionale e la capacità finanziaria del franchisee rappresentano requisiti essenziali ai fini della scelta per il franchisor degli imprenditori da includere nella propria rete.

Per quest'ultimo non è affatto indifferente che a rivestire il ruolo di franchisee sia un soggetto piuttosto che un altro.

Di qui discende la necessità di subordinare al previo consenso scritto del franchisor, la cessione del contratto di franchising dal franchisee a terzi.

L'elemento fiduciario, il c.d. "*intuitus personae*" rileva anche in un'altra clausola, che frequentemente ricorre nei contratti di franchising, ovvero quella che sancisce il divieto per il franchisee, di mutare la propria compagine sociale, senza la preventiva approvazione del franchisor.

Spesso, a beneficio del franchisor, sono regolati nei contratti di affiliazione commerciale il diritto di prelazione e il diritto di opzione e le clausole che li disciplinano richiedono anch'esse, in quanto vessatorie, una duplice sottoscrizione da parte del franchisee.

Si parla, rispettivamente, del diritto riconosciuto al franchisor di essere preferito, a parità di condizioni economiche, rispetto a terzi, se e quando il franchisee deciderà di vendere la propria azienda e del diritto che il franchisor di riserva – da esercitare secondo tempistiche contrattualmente previste e a condizioni prestabilite – di acquistare l'azienda del franchisee.

Si può ritenere che nei contratti di franchising sia frequente registrare un certo "squilibrio" nelle obbligazioni poste a carico delle parti, franchisor e franchisee.

Questo squilibrio, che impone obblighi e limitazioni al franchisee, ad alcuni dei quali ho fatto cenno in precedenza, è in larga parte funzionale a salvaguardare il valore del c.d. *franchise package* e, in ultima istanza, a tutelare l'interesse della rete di affiliati nella sua interezza.

5. Il contenzioso nel franchising

In una moderna economia di mercato, nella quale si attestano sempre più modelli di gestione improntati alla autonomia negoziale, l'utilizzo di strumenti flessibili, poco costosi e rapidi di soluzione dei conflitti, si traduce in una maggiore effettività ed efficienza di governo dell'impresa.

La disposizione di cui all'articolo 7 della legge n. 129/2004 si colloca proprio in quel movimento legislativo che negli ultimi anni si sta attestando, che vede riconosciuti ambiti sempre più ampi affidati alle ADR nel settore civile e commerciale²⁸⁶.

Il legislatore sembra aver considerato quello dei rapporti contrattuali tra imprese quale segmento privilegiato in cui sviluppare forme alternative di risoluzione delle controversie.

Inoltre, la diffusione di questi strumenti, attraverso soluzioni rapide, in grado di conservare i reciproci interessi economici, possono essere misurate anche in termini di competitività.

L'adozione di tecniche di soddisfazione dei conflitti nonché il coinvolgimento di altri operatori economici sono pieno interesse per l'operatore, messo in tal modo in condizione di far riflettere sulla concorrenza la sua maggior efficienza²⁸⁷.

Per la verità, la *ratio* della disciplina non sembra riconducibile solo a queste condivisibili considerazioni, quanto piuttosto all'intento di deflazionare il contenzioso civile.

²⁸⁶ FRIGNANI A., *Franchising, La nuova legge*, Torino, 2004, p. 118 s.

²⁸⁷ GENTILI A., *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 680 ss.

Trattasi, quest'ultimo, di un obiettivo che si pone pienamente in linea con gli interventi normativi degli ultimi anni, volti ad un generale recupero di efficienza del sistema di amministrazione della giustizia statale.

Muovendo da questa constatazione, il legislatore inserisce sempre più frequentemente indicazioni relative all'reperibilità di procedure alternative, con l'intento di ridurre gli elementi di criticità del sistema giudiziario e favorire forme alternative para o stragiudiziali per la risoluzione delle controversie.

Nonostante questa premessa critica non ci si può nascondere che una scelta di politica del diritto che spinge il legislatore ad inserire la conciliazione in settori civili e commerciali non è incolore, ma è un primo importante passo verso la diffusione di questi strumenti tra gli operatori economici.

A confermare questa tesi sta la circostanza che l'art. 7 della legge sul franchising, nel richiamare la disciplina della conciliazione nella riforma del diritto societario, non si limita a prevedere l'esperibilità (peraltro facoltativa) del tentativo di conciliazione, ma detta una serie di indicazioni, garanzie e di incentivi che riconoscono a questo strumento un valore preciso e una sicura dignità giuridica.

Il numero di decisioni emesse da un giudice togato che si registrano è irrilevante se si considera l'alta conflittualità che spesso caratterizza le reti di affiliazione commerciale.

Le ragioni che possono individuarsi sono essenzialmente due: la prima, è che le parti tendono a risolvere i conflitti principalmente in via bonaria, mediante transazione; secondariamente, spesso i contratti di affiliazione commerciale contengono una clausola compromissoria, mediante la quale le parti devolvono le questioni ad arbitri.

Al di là delle inadempienze contrattuali ricollegabili a cause riscontrabili in quasi tutti i contratti – soprattutto quelli commerciali, categoria in cui rientra anche il contratto di franchising –, il contenzioso nell'ambito del contratto di franchising presenta delle peculiarità, derivanti prettamente dal peculiare rapporto tra franchisor e franchisee che connota il contratto e, più in generale, dalle peculiari caratteristiche del contratto.

Come si evince dall'articolo 1 della legge 129/2004, il franchisor e il franchisee sono «*due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti*»²⁸⁸.

In realtà, il franchisee, pur essendo giuridicamente un imprenditore autonomo, non è libero di assumere decisioni come lo è normalmente un imprenditore commerciale.

²⁸⁸ Articolo 1, comma 1, l. 129/2004

Ciò è dovuto dal controllo che, per legge, il franchisor esercita sulla sua attività, limitandone fortemente la sua libertà di azione attraverso una serie di clausole contrattuali, quasi sempre inserite nei moduli contrattuali adottati dai franchisor.

Si pensi – a titolo esemplificativo – alle clausole che impongono all'affiliato di effettuare una determinata pubblicità e/o sostenere determinati investimenti pubblicitari ovvero alle clausole che prevedano un diritto di prelazione in capo al franchisor nei casi di cessione dell'attività.

Come si è visto, queste clausole – a determinate condizioni di legge – sono perfettamente legittime, stante la ratio di preservare l'uniformità della rete e l'immagine della stessa.

Al contempo, tuttavia, le stesse sono quelle che con maggiori probabilità rappresentano fonte di contenzioso.

Ancora, accade che il contenzioso riguardi non già la fase di esecuzione del contratto, bensì la c.d. *termination* del contratto: basti pensare al contenzioso che potrebbe derivare dall'apposizione di una clausola di non concorrenza post-contrattuale o, ancora, in materia di diritto di recesso.

Numerosi sono i motivi che incentivano le parti ad evitare il contenzioso con gli affiliati: considerata anzitutto la ormai insostenibile durata dei procedimenti giudiziari in Italia, il contenzioso potrebbe rappresentare per il franchisor un possibile danno all'immagine della rete di franchising e, conseguentemente, il disincentivo per future affiliazioni.

L'articolo 4, al comma 1, lett. f) individua tra le informazioni che il franchisor è tenuto a comunicare all'aspirante franchisee prima della sottoscrizione del contratto «*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*»²⁸⁹.

Appare dunque chiaro alla luce di quanto precede un provvedimento negativo potrebbe costituire una grossa remora ad affiliarsi da parte dei potenziali affiliati.

Passando in rassegna le principali cause di contenzioso nel franchising, appaiono maggiormente frequenti le dispute aventi ad oggetto il mancato adempimento degli obblighi previsti dal contratto.

Volgendo lo sguardo all'affiliato, l'inadempimento più frequente guarda al corrispettivo dovuto al franchisor per l'utilizzo della formula commerciale: il pagamento delle royalties.

²⁸⁹ Articolo 4, comma 1, lett. f), l. 129/2004

Questo tipo di conflitto può essere prevenuto – soprattutto quando l’attività in franchising sia in sede di avvio – prevedendo – anche in relazione alla *entrance fee* versata dal franchisor per entrare nella rete – nella fase iniziale del rapporto royalties e/o margini di prezzo ridotti.

Dal punto di vista del franchisor, invece, le inadempienze contrattuali maggiormente connesse al franchisor riguardano la mancata o inesatta erogazione all’affiliato di servizi contrattualmente previsti, quali la formazione (iniziale o continuativa); la violazione dell’esclusiva territoriale.

In questi casi, il conflitto può essere evitato ad esempio mediante la previsione da contratto di servizi che il franchisor possa effettivamente erogare, che siano dettagliatamente descritti nel contratto²⁹⁰.

Ancora, l’inottemperanza degli obblighi che devono essere adempiuti prima che venga sottoscritto il contratto di affiliazione commerciale contemplati dalla l. 129/2009 sono fonte di responsabilità e possibile fonte di contenzioso.

In sintesi, in base all’art. 4 della l. n. 129/2004, il franchisor ha l’obbligo, almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto, di fornire all’aspirante affiliato oltre alla copia completa del contratto di franchising una serie di informazioni dettagliate tra le quali «una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l’attività oggetto dell’affiliazione commerciale»²⁹¹; «una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell’affiliante»²⁹² e ogni ulteriore dato o informazione che l’aspirante affiliato ritenga necessaria e utile.

Il franchisor «deve motivare all’aspirante affiliato l’eventuale mancata comunicazione delle informazioni e dei dati dallo stesso richiesti»²⁹³, potendo esimersi dal fornire tali informazioni solo qualora sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che devono essere individuate nel contratto (ad esempio con riferimento al know-how).

Anche in questo caso, l’unico modo attraverso cui l’affiliante ha interesse ad evitare il contenzioso è quello di fornire all’affiliato informazioni serie e veritiere, fornendo tempestivamente all’aspirante affiliato «ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi»²⁹⁴, tenendo un comportamento ispirato a lealtà e buona fede.

²⁹⁰ *Ibidem*

²⁹¹ Articolo 4, comma 1, lett. c), l. 129/2004

²⁹² Articolo 4, comma 1, lett. d), l. 129/2004

²⁹³ Articolo 6, comma 2, l. 129/2004

²⁹⁴ Articolo 6, comma 1, l. 129/2004

È da ritenere quale più consistente fonte di conflittualità nel contratto di franchising il mancato raggiungimento della redditività che l'affiliato si attendeva, spesso proprio perché così prospettato dall'affiliante prima della sottoscrizione del contratto.

In linea generale, il franchisee è considerato giuridicamente un imprenditore autonomo, che sopporta per intero i rischi d'impresa, spesso legati a situazioni oggettive di mercato o a capacità soggettive del franchisee stesso.

Da ciò deriva che la mancanza di redditività dell'attività del franchisee non può, in linea di massima, essere imputata al franchisor e giammai costituire fonte di responsabilità per quest'ultimo.

Tale principio vale anche qualora il franchisor consegna all'aspirante affiliato un *business plan*: il franchisor non assume alcun obbligo di risultato nella conclusione di un contratto di affiliazione con il franchisee e non risulta così responsabile verso quest'ultimo qualora non consegua effettivamente i dati o le previsioni di fatturato che erano state indicate in quel supporto.

La responsabilità in cui può incorrere il franchisor in questa ipotesi è inerente al tipo di informazioni fornite al franchisee: possono costituire fonte di responsabilità quei dati o informazioni che si rivelino inesatti, incompleti o addirittura falsi.

Qui ad essere tutelata è la buona fede e il legittimo affidamento che il franchisee pone nel corso delle trattative: sono quelle informazioni che spesso spingono il franchisee ad entrare in una rete di franchising.

Nell'ipotesi in cui le informazioni comunicate siano false, «*l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del Codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto*»²⁹⁵.

Qualora, quindi, il franchisor dimostri di essere stato vittima di artifici e raggiri – la comunicazione di informazioni false – ai sensi dell'articolo 1439 c.c. che lo abbiano portato alla conclusione di un contratto che in assenza di quelle informazioni non avrebbe concluso – integrando così un'ipotesi di dolo c.d. determinante –, potrà richiedere l'annullamento del contratto.

In aggiunta, si è visto come il business plan rappresenti uno strumento pubblicitario e, in quanto tale, soggetto alle valutazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM). Come in tutte le relazioni economiche di lunga durata, mentre nella fase di esecuzione del contratto di franchising gli interessi delle parti tendono ad essere sostanzialmente coincidenti, nella fase di *termination* del rapporto essi tendono a divergere nettamente: mentre il franchisor

²⁹⁵ Articolo 8, l. 129/2004

ha generalmente l'interesse ad ottenere il massimo risultato in termini economici e ad evitare situazioni di sfruttamento del marchio/know-how da parte dell'ex affiliato; il franchisee ha interesse a limitare i danni economici e a mantenere una certa libertà di azione sul mercato. Spesso i contratti di franchising prevedono una clausola che consenta al franchisor di recedere *ad nutum* dal contratto, a condizione che venga dato un congruo preavviso all'affiliante e che questi abbia ammortizzato gli investimenti compiuti in funzione dell'affiliazione alla rete.

Al contrario, invece, non accade generalmente che le parti attribuiscono il diritto di recesso *ad nutum* anche all'affiliato, generalmente giustificato dalle esigenze di protezione del know how del franchisor.

Altra fattispecie ipotizzabile si verifica nel caso in cui il contratto giunga a scadenza naturale e che non sia previsto un rinnovo automatico – o che comunque sia previsto a determinate condizioni – e l'affiliato intenda proseguire il rapporto, ad esempio per non perdere gli investimenti, spesso anche ingenti, effettuati.

Il contenzioso in questi casi potrebbe innescare dal consenso “condizionato” del franchisor, il quale potrebbe apporre condizioni diverse e decisamente più penalizzanti quale contraltare dell'adesione al rinnovo del contratto.

Come nelle precedenti ipotesi menzionate, anche qui il miglior rimedio per prevenire il conflitto tra le parti è la trasparenza, che potrebbe sostanziarsi nella regolamentazione già in fase di trattative delle condizioni di fine rapporto, cercando di contemperare gli interessi delle parti, stabilendo, ad esempio che l'affiliato possa recedere solo a partire da un certo anno di durata del contratto, che debba dare un congruo preavviso in relazione alla durata residua del contratto²⁹⁶.

Sia nel corso della vigenza del rapporto, sia successivamente alla sua cessazione possono porsi questioni inerenti agli obblighi di concorrenza previsti in capo al franchisor.

Accade con maggiore frequenza che la violazione di tali obblighi si collochi nel momento successivo allo scioglimento del contratto.

Onde evitare che l'esercizio di un'attività simile a quella che il franchisee esercitava nella rete prima dello scioglimento del contratto ingeneri confusione sul mercato, è frequente l'inserimento all'interno dei contratti di affiliazione commerciale di patti di non concorrenza post-contrattuale, che obbligano l'affiliato a non esercitare attività identiche o simili a quelle svolte quando era parte della rete, sia direttamente che indirettamente, per un certo periodo dopo lo scioglimento del contratto.

²⁹⁶ *Ibidem*

Onde evitare che la questione ingeneri contenzioso – o comunque per risolverlo in maniera efficace – e che l'affiliato non venga ingiustamente privato della possibilità di esercitare l'attività che svolgeva in precedenza quando era parte della rete di franchising, il Regolamento 330/2010 detta una serie di condizioni di liceità del patto di non concorrenza post-contrattuale. L'articolo 5 par. 1 lett. b) prevede la legittimità del patto di non concorrenza post-contrattuale quando:

- «a) tale obbligo si riferisca a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali;*
- b) sia limitato ai locali e terreni da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale;*
- c) sia indispensabile per proteggere il «know-how» trasferito dal fornitore all'acquirente – non sarà così, ad esempio, nei casi di franchising di distribuzione –;*
- d) la durata di quest'obbligo di non-concorrenza sia limitata ad un periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo»²⁹⁷.*

Se il patto di non concorrenza post-contrattuale è valido, strumento che può essere utilmente azionato in via cautelare è quello fornito dal Codice di Procedura civile ai sensi dell'articolo 700, che consente di ottenere una inibitoria nei confronti dell'ex affiliato, impedendogli di esercitare o continuare ad esercitare l'attività in concorrenza. Infine, potrebbero prevedere per l'affiliato una “via d'uscita” alternativa per il franchisee: potrebbero, ad esempio, fissare un importo a titolo di penale che lo stesso sarebbe tenuto a corrispondere al franchisor per divincolarsi dal patto e, quindi, svolgere un'attività concorrenziale.

Restando sul tema della confondibilità in cui possono cadere gli utenti che accedono ad un determinato mercato, un'ipotesi che si verifica anche con particolare frequenza è quella in cui il franchisee non si limiti a svolgere un'attività in concorrenza con il franchisor, ma utilizzi un marchio simile a quello del franchisor.

Ciò che emerge da questa analisi è che la chiave per prevenire contenziosi con i franchisee è quello della configurazione di un contratto di franchising che sia innanzitutto valido, ossia conforme alle normative applicabili (prima fra tutte, la L. 129/2004); efficace, nel senso di contenere clausole che abbiano un oggetto effettivamente realizzabile; equilibrato, limitando la predisposizione nel contratto di clausole ingiustificatamente vessatorie.

È opportuno evidenziare, sotto quest'ultimo profilo, che le clausole restrittive della concorrenza dell'affiliato sono in linea generale valide, purché rispettino i requisiti imposti dalla legge (per le regole sostanziali, il regolamento 330/2010; per le prescrizioni formali, l'articolo 1341 c.c.), ma non possono comprimere eccessivamente l'autonomia imprenditoriale dell'affiliato. Questa, infatti, devono essere strettamente funzionali a garantire l'uniformità della rete e a

²⁹⁷ Articolo 5, par. 1, lett. b), Regolamento 330/2010

tutelare l'immagine e il know how del franchisor, al fine di evitare l'esercizio di un abuso di dipendenza economica dell'affiliante ai danni degli affiliati.

Considerazioni conclusive

A conclusione di questo percorso espositivo è opportuno effettuare delle brevi considerazioni e riflessioni logiche che hanno ispirato e condotto l'intero lavoro di ricerca.

Innanzitutto, com'è emerso dalla lettura del primo capitolo della presente tesi, il legislatore negli ultimi anni si è sempre più interessato alle nuove esigenze e pratiche riguardanti le interrelazioni tra imprese che svolgono la loro attività all'interno della filiera produttivo-distributiva, nel rispetto del principio di libertà di iniziativa economica previsto all'articolo 41 della Costituzione.

Nonostante l'eterogeneità delle figure negoziali rientranti nella categoria dei contratti d'impresa, nella loro regolamentazione il legislatore perseguiva uno scopo unitario: la tutela dell'interesse economico alla base dell'attività d'impresa e al perseguimento di qualsivoglia strategia imprenditoriale volta al consolidamento del vantaggio competitivo all'interno del mercato di riferimento, a patto che questi non alterino il libero gioco della concorrenza nel mercato e – questo aspetto rileva soprattutto nell'affiliazione commerciale – non individuino quali bersagli per la crescita del proprio potere di mercato imprese dotate di minore potere economico.

Nonostante le critiche che siano emerse da una più attenta analisi della legge e che possano sollevarsi, la sua introduzione ha garantito agli aspiranti affiliati una serie di diritti ed obblighi giuridici in capo al franchisor tali da, almeno astrattamente, bilanciare il rapporto tra queste due figure.

Come è emerso dallo studio delle singole norme che formano la legge, essa interviene in misura limitata sul contenuto del contratto in sé.

Se, infatti, come si prospettava nelle considerazioni introduttive, una delle esigenze che ha condotto all'emanazione della legge in esame era quella di tipizzare il fenomeno solo socialmente tipico del franchising, si può ritenere che questo obiettivo non sia stato pienamente raggiunto dal legislatore.

Mancando una fonte *ad hoc* che si occupi di individuare gli elementi che formano il contratto di franchising, è risultata doverosa un'analisi del contratto in esame rispetto ai principi fissati dal Codice civile in materia di contratti.

Per quanto il legislatore abbia attribuito una grande rilevanza alla fase che precede la conclusione del contratto – quella precontrattuale – non necessariamente quest'ultima può avere quale esito quello della conclusione del contratto.

Questa impostazione risulta a primo impatto particolarmente vantaggiosa, poiché consente di garantire una maggiore tutela al contraente debole, spesso il franchisee, il quale potrebbe non essere pienamente consapevole delle implicazioni del contratto che sta per sottoscrivere.

Difatti, come si è avuto modo di sottolineare, tra gli aspetti centrali della normativa spicca l'obbligo di *disclosure* precontrattuale, che impone al franchisor di fornire all'aspirante franchisee una serie di informazioni inerenti alla rete commerciale prima che questo concluda il contratto.

Questo requisito assolve al duplice scopo di proteggere il franchisee dalla conclusione di contratti di cui non abbia piena consapevolezza, contribuendo ad una piena comprensione delle dinamiche contrattuali.

L'elaborato, nell'analisi degli obblighi di *disclosure* imposti al franchisor, arriva alla conclusione per cui la previsione di questi obblighi non garantisce automaticamente una tutela piena al franchisee, poiché non vi è certezza che tali obblighi siano effettivamente rispettati dal franchisor.

Una delle carenze della legge 129/2004 è proprio quella dell'assenza di rimedi che intervengano non già in via preventiva, ma quando il vizio si sia già verificato.

Non è sicuramente sufficiente la tutela di cui all'articolo 8, che individua una causa di annullamento del contratto nella comunicazione di informazioni false all'aspirante affiliato, a prescindere dalla presenza o meno dei "raggiri" ed indipendentemente dal grado di rilevanza – ai fini della formazione del consenso – di tale informazione.

Le forme di tutela per i franchisee non sono, quindi, ancora sufficienti ad assicurare loro protezione da esiti sfavorevoli del rapporto contrattuale.

L'approccio normativo ispirato ai principi di trasparenza e buona fede contrattuale impone in capo al franchisor l'onere di predisporre contratti che siano chiari e comprensibili, tali da tutelare non solo il franchisee inteso quale parte debole del rapporto, ma anche la sua immagine sul mercato e quella complessiva della propria rete commerciale, permettendo di tutelare entrambe le parti anche da impreviste controversie legali.

Proprio quest'ultimo tema è affrontato al terzo capitolo di questo lavoro: in ambito commerciale, numerosi sono i motivi che incentivano le parti ad evitare il contenzioso con gli affiliati.

Considerata anzitutto la attuale durata dei procedimenti giudiziari in Italia, il contenzioso potrebbe rappresentare per il franchisor un possibile danno all'immagine della rete di franchising ma anche un disincentivo per future affiliazioni.

L'articolo 4, al comma 1, lett. f) individua, infatti, tra le informazioni che il franchisor è tenuto a comunicare all'aspirante franchisee prima della sottoscrizione del contratto «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».

Così la necessità di un contratto chiaro e completo si declina nella necessità di porre all'interno del contratto clausole che non accentuino lo squilibrio che di per sé caratterizza la relazione tra l'affiliante e gli affiliati alla rete del franchisor.

Pertanto, eventuali clausole abusive inserite nel contratto concluso tra le parti sono dichiarate nulle.

Ricorre emblematicamente nei regolamenti negoziali del *franchising* la unilateralità delle disposizioni contrattuali: l'esame dei testi più diffusi consente di rilevare che la disciplina pattizia si è sviluppata enfatizzando gli obblighi del *franchisee* e le cause di risoluzione del rapporto per fatti a questo imputabili, quali l'omissione del pagamento di canoni, o *royalty*, il discredito recato all'immagine del *franchisor*, la violazione dei vincoli di esclusiva, mentre poco o nulla può trovarsi in relazione ai comportamenti del *franchisor*, sovente connotati da spiccata vessatorietà.

È importante però sottolineare come spesso il franchisor sia indotto a porre nel contratto clausole che tutelino i propri *assets*, segni distintivi e know-how, dal rischio di condotte illecite, scorrette o anche solo negligenti del franchisee, che possano attentare alla reputazione ed alla uniformità della c.d. *brand image* della rete di affiliazione sul mercato e, di riflesso, danneggiare l'immagine degli altri affiliati alla medesima rete.

L'affiliante, mediante la predisposizione delle condizioni generali di contratto, soddisfa il proprio interesse a diffondere la conoscenza della propria insegna presso il pubblico.

Da ciò deriva che l'affiliato non ha una mera facoltà di fare uso delle licenze che gli vengano trasferite a seguito della conclusione del contratto di affiliazione, ma dallo stesso contratto deriva un obbligo in capo all'affiliato di farne utilizzo, perché è solo mediante questo uso che si concretizza una completa immedesimazione dell'impresa del *franchisee*, fulcro economico di questo contratto.

Non tutte le clausole squilibrate sono, però, nulle: clausole come la *location clause* – dispone che l'affiliato possa modificare il proprio punto vendita solo quando abbia il previo consenso del franchisor – o, ancora, l'apposizione di un divieto di cessione del contratto di franchising dal franchisee a terzi, senza che vi sia stato il previo consenso da parte del franchisor, sono volte a tutelare l'affidamento che il franchisor pone nella cessione del proprio know-how secondo l'*intuitus personae* che orienta la scelta del franchisor verso quel franchisee.

Dallo squilibrio di diritti ed obblighi va distinto lo squilibrio economico, oggetto di una tutela *ad hoc* nella legge sulla subfornitura.

Sulla questione inerente all'applicabilità della disciplina a tutela dell'abuso di una posizione di dipendenza economica di un'impresa all'interno di un determinato mercato, la giurisprudenza ha avuto in più occasioni modo di figurare che la presenza di clausole inique all'interno di un contratto di affiliazione non è di per sé indice di una posizione dominante del franchisor sugli affiliati.

Poiché delle due parti il franchisor si trova normalmente in posizione di maggior forza, si pone il problema di tutelare il contraente che viene considerato debole, vale a dire il franchisee.

A questo proposito, è stato osservato da più autori che *«nei conflitti fra imprenditori di diverse dimensioni, la mistica del contraente più debole non fa né buona giustizia né buona politica del diritto per quanto attiene non solo l'interesse della categoria, ma anche quello dei consumatori»*.

Questa considerazione implica che l'esigenza di una tutela adeguata alle parti deboli dei contratti non può portare a importanti penalizzazioni della controparte o, ancora, soffocare l'autonomia contrattuale delle parti.

Rileva ancora come una disparità di potere contrattuale non faccia presumere la sussistenza di distorsioni nel processo negoziale: in tema di durata del rapporto contrattuale, per quanto la cessazione del rapporto di affiliazione possa comportare problemi per il franchisee – soprattutto per la conservazione della clientela e per il recupero degli investimenti effettuati per l'ingresso nella rete – non è prospettabile una tutela del franchisee che imponga una stabilizzazione del rapporto.

La tutela apprestata dall'ordinamento ai franchisee è, infatti, funzionale alla tutela del libero gioco della concorrenza: la stabilizzazione dei rapporti di affiliazione, d'altra parte, impedirebbe l'ingresso nei mercati di nuovi *competitors* e, conseguentemente, ridurrebbe la possibilità per il consumatore di avere più alternative nello stesso mercato.

L'esigenza di tutela del franchisee è sicuramente giustificata avverso comportamenti iniqui del *franchisor* il quale, in presenza di un *trend* positivo, può cercare di modificare a suo favore alcune clausole contrattuali oppure, addirittura, di rilevare l'azienda del franchisee; di fronte a frangenti negativi, invece, di scaricare ogni responsabilità sul franchisee, non rinnovando il contratto oppure invocando motivi di risoluzione anticipata dello stesso.

L'esigenza di tutela di franchisor da una lesione della propria reputazione commerciale può derivare anche dalla condotta del franchisee che ponga in essere comportamenti atti a ripercuotersi negativamente su di essa e tali altresì da legittimare il ricorso alla risoluzione del contratto per inadempimento.

È necessario, infatti, che questo eserciti la propria attività professionale in linea con gli standard della rete di affiliazione e con l'immagine del franchisor.

L'unicità del marchio che contraddistingue i singoli esercizi appartenenti ad una medesima catena e l'uniformazione dei servizi ivi prestati, inducono il consumatore a ritenere di trovarsi sempre di fronte alla medesima organizzazione commerciale, anche nei casi in cui questa si limiti in realtà, a fornire (oltre ai segni distintivi ed agli eventuali prodotti), le conoscenze tecniche, gestionali ed organizzative richieste dalla natura dell'attività esercitata ed adottate dai distributori.

Al giorno d'oggi il franchising continua a rappresentare una delle strategie più efficaci per diffondere un brand, sia a livello nazionale che internazionale.

L'evoluzione di questo fenomeno è confermata anche dai dati che l'associazione Assofranchising annualmente riporta: il franchising in Italia è in forte crescita, con un giro d'affari di quasi 34 miliardi di euro (+ 9,9% rispetto al 2022), pari all'1,8% del PIL.

Guardando al futuro, il franchising si trova di fronte a una sfida cruciale: bilanciare le opportunità offerte dall'innovazione con le crescenti complessità normative.

Da un lato, l'adozione di tecnologie avanzate come l'intelligenza artificiale promette di trasformare radicalmente i modelli operativi, migliorando l'efficienza e personalizzando le esperienze dei clienti.

Dall'altro lato, l'evoluzione normativa richiede una costante adattabilità da parte delle imprese, con l'obiettivo di garantire trasparenza e tutela sia per i franchisor che per i franchisee.

In questo scenario, il settore dovrà trovare un equilibrio tra progresso tecnologico e conformità legale per rimanere competitivo e sostenibile.

Il franchising, dunque, si conferma un modello di business in costante evoluzione, capace di unire imprenditorialità e innovazione, pur mantenendo un occhio vigile sulle esigenze di *compliance* legale e leale concorrenza.

La competizione su scala globale e i rapidi progressi nella tecnologia hanno creato incredibili opportunità per le aziende e in questa nuova economia ad emergere sono proprio le forme di organizzazione a rete, tra le quali una posizione di rilievo è assunta dal franchising, sia per il crescente successo che incontra in tutti i mercati, sia per i vantaggi che esso comporta. Attraverso il modello del franchising si realizza una convergenza tra le grandi imprese, interessate a consolidare la propria presenza sul mercato, e le piccole imprese, che trovano in questa formula una strategia per affrontare le sfide di mercati sempre più competitivi.

Per queste ultime, il franchising rappresenta una soluzione per accedere a risorse, know-how e strutture di supporto messe a disposizione dal franchisor, consentendo loro di sopravvivere e crescere attraverso forme di collaborazione e di condivisione di servizi comuni.

Il contratto di franchising si inserisce proprio nella categoria di quegli accordi – gli accordi c.d. *non equity* – il cui scopo è quello di favorire la promozione e diffusione dei prodotti dell'impresa produttrice.

Ciò avviene mediante forme di collaborazione interorganizzativa attraverso cui viene offerta la possibilità ai piccoli sistemi coinvolti – i franchisee – di sfruttare i vantaggi delle grandi organizzazioni: la possibilità di beneficiare dell'efficienza e della stabilità della formula commerciale sviluppata dal franchisor e di forme di assistenza volte a garantire la coerenza del sistema distributivo interamente gestite da quest'ultimo.

Il franchising si conferma, così, un valido ed innovativo modello di crescita sia a livello nazionale che internazionale.

In un'economia che tende sempre più all'internazionalizzazione e ad una realtà globalizzante, il franchising rappresenta uno strumento originale attraverso il quale le imprese possono guadagnare sempre più fette di mercato cui non avrebbero normalmente accesso – o per l'esistenza di barriere all'ingresso o per l'area geografica in cui operano – e i piccoli imprenditori investire in attività certe e redditizie, rappresenta dunque un valido modello commerciale per entrambe le parti coinvolte.

Tuttavia, come evidenziato nel corso dell'analisi, il successo di questa formula dipende anche dall'equilibrio tra le parti contrattuali e dal rispetto degli obblighi precontrattuali previsti dalla legge, il cui scopo principale è garantire trasparenza e tutela, soprattutto nei confronti del franchisee.

Sebbene il franchising rappresenti una soluzione efficace per favorire la crescita e l'espansione dei marchi, è essenziale che il legislatore e le istituzioni giuridiche continuino a monitorare e perfezionare la normativa, così da rispondere alle evoluzioni economiche e sociali.

Giuridicamente in Italia, il contratto di affiliazione commerciale continua a rappresentare un sistema dai confini non dettagliatamente definiti: una forte elasticità della disciplina se da una parte rappresenta un punto di forza, lasciando alle parti piena autonomia nella regolamentazione del rapporto che intercorre tra loro, dall'altra se consideriamo il caso concreto potrebbe ledere non solo il brand cui il franchisee accede mediante il contratto, ma ancor prima le parti che si accingono a concludere il contratto.

Ciò, però, sarà possibile soprattutto tramite un approccio combinato tra Stati, il quale potrebbe garantire una tutela uniforme frutto delle esperienze dei vari operatori del settore – in Europa e non solo –, tale da rafforzare la fiducia e la collaborazione tra franchisor e franchisee, in linea con le tradizioni normative di Stati diversi e con le loro esperienze e, soprattutto, con le esigenze di un mercato in continua evoluzione.

In aggiunta, dall'adozione di norme comuni a più Stati discenderebbe il venir meno della necessità di un costante intervento correttivo e successivo del legislatore interno chiamato ad agire ogniqualvolta il principio di supremazia della volontà delle parti non sia di per sé sufficiente ad arginare le lacune normative dell'ordinamento nazionale.

Bibliografia

- ADEZATI G.– ALPA G., *Commentario breve al Codice civile*, Padova, 1999
- ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2023
- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1996
- AMOROSO M. – BONANI G. – COLOMBI F. – FRIGNANI A., *Il franchising*, Milano, 1987, cit. p. 41
- BALDI R. – VENEZIA A., *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*, Milano, 2020, cit., p. 170
- BARELA V., *Nuove fisionomie di consumatori e professionisti. Un'ipotesi applicativa: network marketing*, in *Comparazione e Diritto civile*, 2017, p. 1 ss.
- BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 35
- BENEDETTI A.M., *Contratto asimmetrico*, in *Enc. Dir., Ann.*, 2011, p. 370 ss.
- BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 101
- BERTAZZONI C., *Il contratto di franchising – la fase precontrattuale*, in *Riv. Società Contratti Bilancio Revisione*, 2020, 12, p. 29 ss.
- BERTI C. – GRAZZINI B., *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2003
- BESSONE M., *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza*, in *RTDPC*, 1972, p. 974

BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, Milano, 1984, p. 219

BIANCA C.M., *Diritto civile, Il contratto*, 3, Milano, 2000

BIANCHI L.R. – PLACCHI A. – AJELLI A. – BOCCHI C. – FURLAN F. – LORO PIANA M. – DE RUGERIIIS F. – BASSANELLI I. – BROZZETTI F. – DE CRISTOFARO G. (A CURA DI), *Diritto della pubblicità, tutele e contenzioso*, 2020

BIGLIAZZI GERI L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 258

BORTOLOTTI F., *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, Padova, 2004, p. 91

BORTOLOTTI F., *op. cit.*, p.57

CAFAGGI F. – IAMICELI P. – MOSCO G., *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *Contratti*, 2013, p. 799 ss.

CAGNASSO O. – COTTINO G., *Trattato di diritto commerciale: Contratti Commerciali*, Padova, 2009

CALLIPARI N., *Il contratto di franchising*, Torino, 2016

CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 3, p. 549 ss.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, Milano, 2012

CAPOZZI G., *Il contratto in generale*, Milano, 2002

- CARRARA G., *Contributo allo studio della formazione dei contratti*, Milano, 1915, p. 5
- CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. Cicu, Messineo*, XXI, 2, Milano, 1987, 771, nt. 182
- CASSANO G., *I contratti di distribuzione. Agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising*, 2006
- COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino 2004
- CONTI A., *Contratti di distribuzione commerciale e normativa antitrust*, 2022
- CUFFARO V., *Nuovi profili della contrattazione tra imprese*, in V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005
- D'ANDREA S., *Il franchising: squilibrio contrattuale e interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Riv. Giur. Italiana*, 2018, 11
- DE NOVA G. – LEO C. – VENEZIA A., *Il franchising*, Milano, 2004
- DE NOVA G. – LEO C. – VENEZIA A., *op. cit.*, p. 761
- DELLI PRISCOLI L., *Abuso di dipendenza economica e contratti di distribuzione*, in *Riv. dir. impr.*, 2003, 3, p. 549 ss.
- DELLI PRISCOLI L., *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000, p. 21
- FARNSWORTH E.A., *Comparative Contract Law*, in *JIPITEC*, 2019, p. 106 ss.
- FAUCEGLIA G., *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1988

FERRI G. B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *RDCo*, 1969, p. 201

FERRI G. B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale "per relationem"*, in *RDCo*, 1964, II, p. 206

FICI A., *Il franchising*, in Sirena (a cura di), *I contratti di collaborazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 73

FRIGNANI A., CARRARO W., D'AMICO C. (a cura di), *La comunicazione pubblicitaria d'impresa (Manuale giuridico teorico e pratico)*, Milano, 2009

FRIGNANI A., *Franchising, La nuova legge*, Torino, 2004, p. 118 ss.

FRIGNANI A., *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2012

FRIGNANI A., *Il franchising*, Torino, 1990

FUSI M. – TESTA P. – COTTAFANI P., *Le nuove regole per la pubblicità comparativa*, Milano, 2000

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 2023, p. 446 ss.

GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, III, 2014

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003

GENOVESE A., *Le formalità della accettazione stabilite dal proponente*, in *RDC*, 1966, I, p. 365

GENTILI A., *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 680 ss.

GIAMPICCOLO G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 42

GIANOLA A., *Terzo contratto*, in *Dig. Civ., Agg.*, IV, Torino, 2009, p. 570 ss..

GITTI G. – VILLA G. (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008

GUERINONI E., *Le pratiche commerciali scorrette*, 2010

IANNOZZI P. – PANDOLFINI V. – TRIPODI E., *Il manuale del franchising. La disciplina normativa, la giurisprudenza, i modelli contrattuali*, Milano, 2005

LANDINI S., *Pratiche commerciali scorrette e clausole abusive nei contratti di assicurazione* in *Saggi di diritto dei consumi*, Torino, 2021, p. 210 ss.

MAGRI G., *Precetti e sanzioni nella nuova disciplina sull'affiliazione commerciale*, in *Giur. It.*, 2006, XI, p. 1001 ss.

MESSINEO F., *Contratto (dir. priv.)*, ed. IX, Milano, 1961, p. 851

MEZZASOMA L., *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 319

MONTICELLI S. (a cura di) – PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, Torino, 2021

NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004

NERVI A., *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005, p. 32

OSTI G., *Contratto*, in *NN.D.I.*, IV, Torino, 1959, 515

PARDOLESI R., *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979

PERLINGIERI P., *Conclusioni*, in SIRENA P. (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006

PERLINGIERI P., *La tutela del "contraente debole" nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 746 ss.

PETERS L., *Una legge per il franchising*, in *Dir. Comm. Int.*, 2004, II, 323 ss.

RESCIGNO P., *Codice Civile*, Milano, 2018

RESCIGNO P., *Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 1986

ROPPO E., *Contratti standard. Autonomia e controlli delle attività negoziali d'impresa*, Milano, 1975

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 85 ss.

ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 12, p. 683 ss.

ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 267 ss.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso, Santoro Passarelli*, Milano, 1980, p. 91

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1321-1352*, Bologna-Roma, 1970, p. 90

TAMBURRINO G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1991, p. 105

TONOLO S., *La legge applicabile ai nuovi contratti: i casi del factoring e del franchising internazionale*, in *Contr. Impr. Europa*, 2003, pp. 572-573

TOSCANO G., in VILLANACCI G., *I contratti della distribuzione commerciale*, 2010

TRUBIANI F., *I soggetti del commercio elettronico*, in *Saggi di diritto dei consumi*, 2021, p. 16 ss.

VACCÀ C., *Franchising, una disciplina in cerca di identità*, in *Contratto e Impresa*, 2004, p. 884

VACCÀ C., *Gli accordi di franchising, il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto*, in *Dir. comm. internaz.*, 1990

VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, p. 743 ss.

VITUCCI P., *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 220

ZANELLI E., *Il franchising*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova*, Genova, 1977

ZUDDAS G., *Somministrazione concessione di vendita franchising* in *Tratt. Dir. Comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2004

