

DAL 25 MAGGIO 2004 IN VIGORE LA NUOVA DISCIPLINA DEL FRANCHISING

di Giuseppe Dell'aquila - Capo Ufficio Legislativo Confesercenti Nazionale

Con la **legge** che disciplina l'affiliazione commerciale (**6 maggio 2004, n. 129**), ottiene finalmente piena cittadinanza nell'Ordinamento italiano il **franchising**, forma contrattuale - finora atipica - di origine nordamericana, ma molto in voga nel nostro Paese ormai da alcuni decenni.

La legge è entrata in vigore il 25 maggio scorso (il giorno successivo a quello della sua pubblicazione in G.U.)⁽¹⁾.

Il franchising come contratto tipico

Il contratto di affiliazione commerciale, che di fatto corrisponde al franchising (e non è - come vedremo, questione puramente terminologica, dovendosi applicare allo stesso la disciplina nostrana ma, altresì, quella comunitaria, che al franchising si riferisce) è dunque **ora un «contratto tipico»**, in quanto disciplinato da un apposito «schema regolamentare».

Per contratto tipico, o contratto «nominato», dobbiamo intendere «un modello di operazione economica che si è tradotto in modello normativo, cioè in un modello di contratto previsto e disciplinato dalla legge»⁽²⁾.

In dottrina, come è noto (non è certo questa la sede per discettare di questioni accademiche, ma tuttavia riteniamo necessario un breve cenno alla questione), rimane vivo il dibattito concernente l'argomento «causa del contratto - contratto-tipo». La **causa del contratto** viene comunemente definita come «la funzione economico-sociale» dello stesso, il che

sostanzialmente ci riporta ad una possibile definizione del «**contratto-tipo**», inteso quale forma elaborata dal legislatore per dare una struttura giuridica ad un interesse concreto, riscontrabile in una generalità di casi nella prassi commerciale.

Ma, se per definizione non può esistere un tipo contrattuale illecito, una sostanziale corrispondenza tra tipo e causa potrebbe portarci ad affermare che l'individuazione da parte degli interessati di un particolare contratto tipico - nel nostro caso il franchising - vale a metterle al riparo da possibili illiceità? La risposta è negativa, se si pensa al semplice fatto che dello schema contrattuale le parti possono fare sempre un uso particolare. In sostanza, la «meritevolezza» dello

scopo perseguito dalle parti nella loro autonomia è comunque da valutare, caso per caso.

Se ciò è vero anche per un «contratto tipico», il discorso vale tanto più per «contratti innominati», quale finora il franchising. È nota, infatti, la tendenza da parte degli interpreti, e ancor più dei giudici, a tipizzare o, quando ciò non è possibile, a procedere per analogia con tipi di contratto esistenti.

Ed allora ecco la conclusione: **aver reso «tipico» il contratto di affiliazione commerciale**, regolamentandone alcuni imprescindibili requisiti, non contenuti nella legislazione europea, che si preoccupa esclusivamente degli aspetti inerenti la tutela della concorrenza, e tantomeno in quella italiana, vuol dire **fornire**

Con la legge che disciplina l'affiliazione commerciale, ottiene piena cittadinanza nell'Ordinamento italiano il franchising, forma contrattuale - finora atipica - di origine nordamericana, ma molto in voga in Italia ormai da alcuni decenni.

⁽¹⁾
In G.U. 24 maggio 2004, n. 120.

⁽²⁾
M. Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, Milano.

agli interpreti del diritto precisi parametri di valutazione, senza dover cercare difficili accostamenti a figure contrattuali simili o ai principi generali dell'Ordinamento. E, nel contempo, l'individuazione degli elementi necessari del contratto costituisce uno **strumento maggiormente affidabile**, che fornisce all'affiliato (o franchisee), la parte debole, una sicura tutela.

Diverse definizioni e oggetto del contratto

A dire il vero, franchising ed affiliazione commerciale sono già annoverati dalla nostra legislazione, e contestualmente, in almeno un provvedimento antecedente l'approvazione della legge di cui qui tratta, ossia nel **D.M. 28 maggio 2001, n.295**, con il quale è stato approvato il Regolamento recante criteri e modalità di concessione degli incentivi a favore dell'autoimpiego.

Detto provvedimento intende per franchising «un accordo che comporta la licenza di un insieme di diritti di proprietà immateriale che riguardano in particolare marchi o insegne e *know-how*, per l'uso e la distribuzione di beni o servizi. Oltre alla licenza dei diritti di proprietà immateriale, l'affiliante («*franchisor*») fornisce all'affiliato («*franchisee*»), durante il periodo di vigenza dell'accordo, un'assistenza tecnica o commerciale: licenza e assistenza faranno parte integrante della formula commerciale oggetto del franchising».

In ogni caso, la **dottrina** già prima dell'approvazione del menzionato decreto non aveva disdegnato di fornire una definizione di franchising, ed il Gazzoni⁽³⁾, sistemando il contratto nell'ambito della trattazione della già nota «**concessione di vendita**», lo individua nell'accordo con cui «il produttore concede al distributore il diritto di entrare a far parte della pro-

pria catena distributiva, sfruttando il marchio, il *know-how* (cioè l'insieme delle conoscenze acquisite dal produttore anche dal punto di vista delle tecniche di vendita - c.d. «*marketing*»), una formula

o invenzione commerciale, nonché lo stesso nome o insegna della ditta. Il produttore si obbliga inoltre ad assicurare il rifornimento delle merci e l'assistenza tecnica e di consulenza per l'avvio dell'attività commerciale, ivi compreso l'addestramento del personale. Il franchisee, da parte sua, oltre a versare un corrispettivo, si obbliga a mantenere ogni iniziativa commerciale nell'ambito di direttive tracciate dal franchisor».

Il Regolamento (CEE) del 30 novembre 1988, n. 4087, concernente l'applicazione dell'art. 85 (oggi 81), par.3, del Trattato a categorie di accordi di franchising, da parte sua, definiva franchising «un insieme di diritti di proprietà in-

dustriale 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».

Gli effetti di detto Regolamento si sono esauriti il 31 dicembre 1999. Ad esso è succeduto il **Regolamento (CE) 22 dicembre 1999, n. 2790**, relativo all'applicazione dell'art. 81, par.3, del Trattato a categorie di accordi verticali e pratiche concordate. Il Regolamento n.2790, sul quale torneremo in seguito, non contiene più una definizione di franchising, ma riporta quella di *know-how*, oltre a disciplinare gli aspetti concorrenziali relativi ad accordi verticali contenenti disposizioni relative ai diritti di proprietà immateriale.

Le «Linee direttrici sulle restrizioni verticali» della Commissione europea (2000/C, in GUCE n.291/01), a loro volta,

*Aver reso «tipico»
il contratto
di franchising,
regolamentando
alcuni
imprescindibili
requisiti, vuol dire
fornire
agli interpreti
del diritto precisi
parametri
di valutazione,
senza dover cercare
difficili
accostamenti
a figure
contrattuali simili
o ai principi
generali
dell'Ordinamento.*

(3)

F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli.

definiscono comunque gli accordi di *franchising*, quale chiaro esempio di trasferimento di *know-how* all'acquirente per fini di commercializzazione, come quegli accordi che contengono licenze di diritti di proprietà immateriale (DPI) relativi a marchi o segni distintivi e *know-how* per l'utilizzo e la distribuzione di beni o la prestazione di servizi. In aggiunta alla licenza di utilizzazione di DPI, l'affiliante solitamente fornisce all'affiliato, per la durata dell'accordo, assistenza commerciale o tecnica.

Delle esperienze pregresse ha evidentemente fatto tesoro il redattore finale delle «norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale», che ha tracciato infine una definizione particolarmente ricca di «sfaccettature», tale da coprire sufficientemente i vari aspetti del contratto.

L'affiliazione commerciale (o franchising) è dunque oggi, per il legislatore italiano, «il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi».

Perché il franchising

Prima di addentrarci nei contenuti della nuova legge, cerchiamo molto velocemente di tracciare un profilo, dal lato economico, del contratto che ne è l'oggetto, per tentare di descriverne i tratti essenziali.

Il contratto di affiliazione commerciale consente all'affiliante ed all'affiliato di beneficiare di una **serie di vantaggi e di utilità difficilmente perseguibili**, in caso di esercizio di un'attività di distribuzione di beni o di fornitura di servizi, al di fuori da un rapporto di collaborazione.

L'affiliante, azienda industriale, com-

merciale, di servizi, che ha sperimentato nel tempo la propria originale formula commerciale, concernente la produzione di un bene e/o la sua distribuzione con determinate modalità, ovvero la fornitura di un servizio che rivesta determinate utilità per il cliente, ha l'esigenza di espandere la propria rete, realizzando, specie in settori particolarmente dinamici, di dimensioni ancora contenute e disponendo di risorse finanziarie limitate, notevoli economie di scala. Attraverso il franchising, questi **realizzerà una rete commerciale in tempi minori e con costi molto più bassi** che avviando una serie di succursali, utilizzerà il capitale di terzi, incontrerà ridotti costi di gestione, produrrà una sorta di «effetto moltiplicatore» sul territorio, rafforzando l'efficacia del marchio e dunque incoraggiando l'adesione di nuovi affiliati, dovrà assumere un limitato numero di dipendenti.

L'affiliato, da parte sua, potrà **avviare un'attività beneficiando di un marchio noto e consolidato**, di una sperimentazione già effettuata sul mercato, dell'assistenza di personale qualificato che conosce nei dettagli la formula distributiva. In tal modo, con un investimento iniziale relativamente ridotto, acquisirà rapidamente una posizione competitiva, sfruttando un'immagine unitaria già sviluppata dall'affiliante, spunterà costi d'acquisto dei prodotti tendenzialmente più bassi rispetto alla concorrenza non affiliata, potrà contare su un'organizzazione collaudata e su campagne pubblicitarie d'effetto, beneficerà di condizioni di esclusiva territoriale che gli assicureranno una rendita di posizione.

Punti deboli del rapporto instaurato

Quali i punti deboli del rapporto instaurato?

Il **franchisee**, dovendo rispettare in tutto e per tutto il piano di mercato del franchisor, disporrà di una **libertà di iniziativa particolarmente ridotta**, fino al limite estremo della subalternità. Lo squilibrio delle posizioni in campo ha già comportato, in alcuni casi, decisioni giurisprudenziali tali da disconoscere l'esistenza di una

reale autonomia tra le parti, ravvisando addirittura un rapporto di agenzia o di procacciamento di affari.

Altro problema, la **durata del contratto**. Il franchisee rischia il mancato rinnovo alla prima scadenza, potendo il franchisor pretendere condizioni più onerose e, al limite, orientarsi verso nuovi collaboratori o addirittura operare direttamente sul mercato.

Possono poi verificarsi pericolosissime cadute, sia con riferimento al **franchising di servizi**, che potrebbe basarsi su un'idea dichiarata come formula originale, ma poi rivelantesi una vera e propria «vendita di fumo», sia nel caso del **franchising di distribuzione**, che prevede l'esistenza di un prodotto da commercializzare, ma che comunque porta sempre con sé le insidie di possibili fallimenti, quando il passo azzardato sia più lungo della gamba.

Infine, spesso i **contratti mancano di chiarezza o addirittura di trasparenza**, nascondendo nelle pieghe pericolose trappole per gli affiliati, che poi con difficoltà riescono a trarsi d'impaccio.

Intenzioni del legislatore

Nelle relazioni di presentazione dei disegni di legge poi accorpate in unico testo troviamo espressa la *ratio* della legge approvata.

Ciò che si è ricercato è un provvedimento che consenta, in primo luogo, la **trasparenza nei rapporti**, in una fase in cui nel nostro Paese sorgono sempre più nuove catene di franchising, potendosi verificare il rischio della moltiplicazione di situazioni gestionali e finanziarie non solide, con il coinvolgimento di un gran numero di piccoli imprenditori, se non adeguatamente tutelati. Inoltre, ad una valutazione positiva della crescita di numero dei franchisee si accompagna quella, negativa, dell'au-

mento del numero dei franchisor, indice della nascita di tante, forse troppe realtà di piccole dimensioni destinate sovente a soccombere, lasciando dolorose cicatrici.

La mancanza di una tipizzazione del contratto è stata negativamente recepita, considerato che nel campo dell'affiliazione commerciale si sono verificate forme di improvvisazione e di inesperienza che hanno alimentato un forte contenzioso, la cui risoluzione non è sempre stata ispirata a valutazioni e risultati univoci.

In definitiva, la **legge era necessaria come risposta all'esigenza di introdurre una disciplina specifica**, che configuri elementi di certezza ed infondata fiducia nei soggetti interessati, pur arrestandosi alla semplice espressione di un quadro normativo di carattere generale, all'interno del quale alle parti sia lasciata una adeguata auto-

nomia contrattuale, pena la costrizione in un ambito «asfittico» di una formula che deve proprio alla sua elasticità la forza con cui va sempre più affermandosi sul mercato.

Analisi della definizione

La definizione di affiliazione commerciale, come sopra riportata, ci impone di segnalare alcuni elementi:

- **il riferimento al contratto, comunque denominato**; si è voluto indicare che sono indifferenti il titolo (o la rubrica) contrattuale: ciò che conta è la sostanza dei rapporti regolati, che devono rispondere concettualmente a quanto previsto dall'art.1 della legge;
- **l'autonomia, economica e giuridica**, delle parti: come si è detto, la posizione di subalternità dell'affiliato, quanto più accentuata, tanto più trascina fuori dal contesto del contratto di affiliazione il rapporto giuridico;
- **la concessione nella disponibilità**

Punti deboli del franchising sono: libertà di iniziativa ridotta per l'affiliato, rischio, sempre per l'affiliato, di mancato rinnovo del contratto, mancanza di chiarezza o addirittura di trasparenza negli accordi, che possono nascondere pericolose trappole per gli affiliati.

dell'affiliato, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how*, brevetti, assi-

stenza o consulenza tecnica e commerciale: si è tentato di enumerare in modo esaustivo (certamente il più ampio, tra le definizioni esistenti) l'oggetto dell'attività;

• **l'utilizzazione del contratto in ogni settore di attività economica:** a scanso di equivoci, non si è inteso limitare la disciplina a questo o quel settore.

Per ciò che concerne le altre definizioni, nel contratto di affiliazione, si intende:

- per *know-how* (in linea con quanto previsto dal Regolamento CE n.2790/99)

un **patrimonio di conoscenze pratiche** non bre-

vettate, derivanti da esperienze e prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è **segreto** (perché il *know-how*, come complesso di nozioni o nella configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto o facilmente accessibile), **sostanziale** (perché comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, la vendita o la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o dei servizi contrattuali), **individuato** (perché deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, sì da consentire di verificare se risponda ai criteri di segretezza e sostanzialità);

- per **diritto d'ingresso** (*initial fee*) una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa (ma **l'accordo potrebbe non prevederlo**) al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale;

- per **royalties** una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato, commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa (senza riferimento al giro d'affari), da ver-

sarsi anche periodicamente in quote fisse; - per **beni dell'affiliante** i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e (comunque) contrassegnati dal nome dell'affiliante.

*La legge
sul franchising
è la risposta
all'esigenza
di introdurre
una disciplina
specificata,
che configuri
elementi di certezza
e infonda fiducia
nei soggetti
interessati,
pur lasciando
alle parti
un'adeguata
autonomia
contrattuale.*

Ambito di applicazione

Oltre che all'ordinario rapporto di affiliazione commerciale, le disposizioni previste dalla nuova legge si applicano, ai sensi dell'art.2, anche a due situazioni particolari:

a) il **master franchising:** si tratta del contratto di affiliazione commerciale principale, con il quale un'impresa concede ad 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 con terzi. Con questa

formula, che prevede due tipi di contratti, uno principale, fra il franchisor ed il *master franchisee*, altri «di secondo livello», fra quest'ultimo e i suoi *sub-affiliati*, il franchisor tenta normalmente l'espansione su mercati esteri, delegando ad un imprenditore che si pone come intermediario nella rete quegli aspetti organizzativi la cui soluzione sarebbe particolarmente complessa senza l'intervento di un soggetto che si caratterizza come buon conoscitore della situazione giuridico-economica del Paese prescelto, oltre che serio professionista, essendo a lui concessi in licenza tutti i segni distintivi, oltre che il *know-how* del franchisor. Sia il contratto principale che quelli di secondo livello saranno comunque assoggettati alle regole della legge sull'affiliazione commerciale;

b) il **corner franchising:** si tratta del contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale per la quale vi è affiliazione. In tal modo, specie nell'ambito degli esercizi della grande di-

stribuzione, il franchisor si garantisce la possibilità di estendere il proprio sistema in un contesto anche più appetibile, considerata la presenza di un'offerta commerciale «di supporto», che fa da traino alla distribuzione dei particolari prodotti in franchising; considerata la possibilità che, nell'ambito di un esercizio commerciale, venga previsto l'affidamento in gestione di un reparto (circolare MAP n.3467/C, del 28 maggio 1999), il contratto di affiliazione potrebbe anche essere stipulato con il gestore dello stesso.

Forma del contratto

Il contratto di affiliazione commerciale, ai sensi dell'art. 3, primo comma, della legge, deve essere **redatto per iscritto, a pena di nullità**. Si tratta, dunque, di un requisito sostanziale (forma richiesta «*ad substantiam*») richiesto per i contratti stipulati a far data dall'entrata in vigore della legge: la volontà delle parti, se espressa in forma diversa, è come se non esistesse.

Sono note le conseguenze ricollegate a tale evenienza: mancando uno dei requisiti essenziali, sia le parti che i terzi potrebbero prescindere dal contratto, come se questo non fosse mai stato stipulato.

La **nullità può inoltre esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse**, ma, operando «di diritto», può anche essere rilevata dal giudice d'ufficio, ed è imprescrittibile.

Infine, l'accertamento della nullità ha effetto retroattivo, sia nei confronti delle parti che dei terzi.

La mancanza della forma scritta, nel caso del contratto di franchising, non è comunque mera questione «di solennità» del negozio: si tratta invece di esigenze di trasparenza, a tutela della parte debole, considerata la necessità che questa sia messa a conoscenza di tutta una serie di elementi del contratto, come subito vedremo.

Oltre che all'ordinario rapporto di affiliazione commerciale, le disposizioni previste dalla nuova legge sul franchising si applicano anche a due situazioni particolari: il master franchising e il corner franchising.

Si ritiene, in ogni caso, che gli effetti del contratto non stipulato per iscritto possano essere sanati, in applicazione di principi di pratica economia degli atti, secondo le procedure, note in dottrina, della «**conversione del negozio**

nullo». In particolare, trattandosi di difetto formale, sarà sufficiente stipulare il contratto nella forma richiesta dalla legge, lasciando immutato il contenuto voluto dalle parti. Naturalmente (e questo è il rischio), sarà impossibile sanare un contratto non concluso per iscritto qualora le parti non si trovino d'accordo sul contenuto.

L'art. 9 della legge, recante le norme transitorie, stabilisce che gli accordi di affiliazione commerciale anteriori alla data di entrata in vigore della stessa, se non stipulati per iscritto, devono

essere formalizzati entro un anno dalla predetta data: dunque, la nullità del contratto per vizio di forma potrà essere fatta valere per i vecchi contratti solo dal 25 maggio 2005.

Sperimentazione della formula commerciale

La formula commerciale è la risultante dell'integrazione del *know-how* con le licenze relative ai diritti di proprietà intellettuale e l'assistenza commerciale o tecnica, consistente normalmente in **servizi di approvvigionamento, formazione, consulenze immobiliari, pianificazione finanziaria**, ecc..

Così intesa, la formula commerciale è la vera anima del franchising. Il legislatore ha voluto dunque conferirle tale importanza da prevedere (art. 3, comma 2) che, per la costituzione di una nuova rete di affiliazione commerciale, l'affiliante deve aver **sperimentato sul mercato la propria formula**.

Nel testo originario del DDL, la durata della sperimentazione era definita con precisione (due anni); inoltre, si faceva riferi-

mento ad una formula sperimentata con almeno due unità di vendita, possibilmente in città diverse ma comunque in uno Stato membro dell'Unione Europea.

Si è poi ritenuto inopportuno un irrigidimento sugli indicati elementi, che avrebbe potuto costare caro all'economia del nostro Paese, considerata la possibilità che franchisor estranei all'UE optassero, viste le severe condizioni richieste, per lo stabilimento in altri Stati europei.

La legge **non** prevede particolari **conseguenze** per il caso in cui, in effetti, la sperimentazione della **formula commerciale non sia stata effettuata**, tanto che la menzionata disposizione potrebbe ritenersi una pura norma «di principio». A nostro avviso, considerato il dovere dell'affiliante di tenere, nei confronti dell'affiliato, un comportamento ispirato a lealtà e correttezza anche nella fase precontrattuale, nonché l'obbligo di fornire allo stesso ogni informazione ritenuta utile ai fini della stipulazione del contratto, si può sostenere che l'aspetto della previa sperimentazione della formula commerciale possa dar luogo a significative conseguenze, dal punto di vista giuridico, solo nel caso di false informazioni, che, come vedremo, comportano l'annullabilità del contratto e l'eventuale risarcimento del danno.

Durata

Il contratto può essere stipulato **a tempo indeterminato**, ma, qualora invece le parti intendano disporre in merito, la legge prevede una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento, e comunque **non inferiore a tre anni**.

Qualora strumenti tecnici consentissero di valutare i tempi dell'ammortamento, dunque, la durata del contratto potrebbe essere corrispondentemente stabilita, **anche** per un periodo **superiore a tre anni**.

Il contratto di franchising può essere stipulato a tempo indeterminato, ma, qualora le parti intendano disporre in merito, la legge prevede una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento, e comunque non inferiore a tre anni.

Certo, la durata non potrà essere inferiore a tre anni e dunque, anche qualora il franchisee abbia accettato, vista la sua posizione di debolezza, di sottoscrivere un contratto che preveda una durata inferiore, potrà sempre far riconoscere dal giudice l'efficacia del contratto per almeno un triennio.

Naturalmente (ma anche se la legge non vi avesse fatto riferimento sarebbe stato scontato, in ossequio a principi generali), è fatta salva l'ipotesi di **risoluzione anticipata per inadempimento**.

Valgono, in materia, le regole del codice civile, in base alle quali (art. 1455) il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra.

Va segnalato il principio secondo cui per inadempimento non deve intendersi soltanto la mancata esecuzione di precise obbligazioni, ma anche un comportamento - o una serie di comportamenti - non improntati a correttezza e lealtà nello svolgimento del rapporto, specie nel caso di un contratto, come quello *de quo*, stipulato «*intuitu personae*», perché basato sulla fiducia.

Naturalmente, spetta al contraente decidere, in caso di inadempienza dell'altra parte, tra la risoluzione, che lo libererebbe anche dai propri obblighi, e l'adempimento coattivo.

La risoluzione sarà richiesta con apposita azione giudiziale, a meno che (art. 1454 c.c.), in conseguenza della scadenza per l'altro contraente del termine stabilito per l'esecuzione (ad esempio di pagamento di quanto dovuto), questo sia intimato ad adempiere e non vi provveda nel tempo richiesto: in questo caso, oltre che nell'ipotesi in cui le parti abbiano inserito nel contratto una **clausola risolutiva espressa**, la risoluzione avverrà automaticamente, senza adire il giudice.

Obblighi precontrattuali

Affiliante ed aspirante affiliato devono tenere **già in fase precontrattuale** (e in seguito in qualsiasi momento), reciprocamente, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede.

In particolare, l'affiliante deve fornire all'aspirante affiliato ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari od utili ai fini della stipulazione del contratto, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione potrebbe nuocere a terzi. Spetta comunque all'affiliante motivare all'aspirante affiliato l'eventuale mancata comunicazione delle informazioni o dei dati richiesti.

Almeno 30 giorni prima della sottoscrizione del contratto, l'affiliante deve poi consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto:

- a) principali **dati relativi all'affiliante**, tra cui ragione e capitale sociale e, **previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio** degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;
- b) l'**indicazione dei marchi utilizzati nel sistema**, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio;
- c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;
- d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;
- e) l'**indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affilia-**

ti con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

f) la descrizione sintetica degli **eventuali procedimenti giuridici 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^(*).

Negli allegati di cui alle lettere d), e) ed f) l'affiliante potrà limitarsi a fornire le informazioni relative alle attività svolte in Italia. Con decreto del Ministro delle

attività produttive, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, saranno definite le informazioni che, in relazione a quanto previsto dalle predette lettere, dovranno essere fornite dagli affilianti che in precedenza abbiano operato esclusivamente all'estero.

A differenza dall'affiliante, l'aspirante affiliato è tenuto, a prescindere dall'eventuale richiesta del primo, a fornirgli tempestivamente ed in modo esatto e completo ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria od opportuna ai fini della stipulazione del contratto.

Obblighi contrattuali

Il contratto deve espressamente indicare una **serie di informazioni**, elencate all'art. 3. La presenza di dette informazioni, che costituiscono, come del resto riferito nella rubrica della norma, il contenuto del contratto, è a nostro avviso essenziale al pari del requisito della forma scritta (perché, in effetti, ciò che la legge richiede non è solo la forma scritta, ma una «**particolare**» **forma scritta, comprensiva di determinati elementi**).

Scopo precipuo della legge, come si è visto, è infatti la tutela della parte debole

(*) Cfr. in proposito R. Cerminara, *Privacy e imprese del commercio*, in questo numero della Rivista a pag. 168.

del contratto, il franchisee, da perseguire attraverso una maggiore trasparenza, specie con riferimento agli elementi che contraddistinguono la solidità economica e la formula commerciale del franchisor.

L'assenza delle informazioni obbligatorie, dunque, coincide con la mancanza della forma scritta e ne produce le medesime conseguenze.

Il contratto deve indicare, in particolare:

- 1) l'ammontare degli **investimenti** e delle **eventuali spese di ingresso** che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;
- 2) le **modalità di calcolo e di pagamento delle royalties**, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;
- 3) l'**ambito di eventuale esclusiva territoriale** sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;
- 4) la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato;
- 5) le **eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di know-how da parte dell'affiliato** (quest'ultimo, infatti, potrebbe contribuire conferendo un proprio *know-how*, e in questo caso potrebbe essergli riconosciuto un corrispondente diritto economico);
- 6) le **caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante** in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;
- 7) le condizioni di **rinnovo, risoluzione** o eventuale **cessione del contratto**.

Altri obblighi contrattuali sono quelli previsti a carico dell'affiliato dall'art.5, ossia il divieto di trasferire la sede senza il consenso preventivo dell'affiliante, se non per cause di forza maggiore, nonché l'impegno ad osservare e 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.

A carico dell'affiliante, oltre agli obblighi precontrattuali, rimangono quelli, di cui già si è detto, relativi alla garanzia della durata minima di tre anni del contratto ed alla previa sperimentazione della formula commerciale.

I contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge dovranno essere **adeguati alle disposizioni ora descritte** entro un anno dalla stessa data, pena - a nostro avviso - la nullità del contratto per vizio di forma.

Annullamento per false informazioni

L'art.8 della legge prevede, nell'ipotesi in cui una parte fornisca **false informazioni** all'altra, il diritto per quest'ultima di chiedere

l'annullamento del contratto per dolo, ai sensi dell'art.1439 c.c., nonché il **risarcimento del danno**, se dovuto.

La norma citata stabilisce che il dolo, vizio del consenso tra le parti, è causa di annullamento quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non si sarebbe decisa a stipulare il contratto.

Il dolo da cui scaturisce l'annullabilità di un contratto è una forma di inganno ordita ai danni dell'altro contraente, che deve essere stata decisiva per la determinazione della volontà: è evidente che il legislatore, richiamando l'art.1439, ha voluto considerare automaticamente non solo doloso, ma altresì decisivo ai fini della conclusione del contratto, il contegno di chi fornisce false informazioni, all'altra parte, tanto da farne conseguire l'annullabilità dell'accordo contrattuale.

L'annullamento, a differenza dalla nullità, è proponibile solo dalla parte nel cui interesse è stabilito e si prescrive in cinque anni.

Potranno chiedere l'annullamento del contratto sia l'affiliato che l'affiliante, essendo ambedue tenuti a fornire precontrattualmente informazioni veridiche all'altra parte.

Il contratto deve espressamente indicare una serie di informazioni, elencate all'art. 3 della legge, che costituiscono il contenuto del contratto, e che sono, a nostro avviso, essenziali al pari del requisito della forma scritta.

Conciliazione

Per le **controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale**, alle parti è data la possibilità di convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o di ricorrere all'arbitrato, venga fatto un tentativo di **conciliazione presso la Camera di commercio** nel cui territorio ha sede l'affiliato. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 38, 39 e 40 del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante «Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'art.12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366».

Le disposizioni prevedono l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura per tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione. L'art. 7 della legge attribuisce dunque alle parti la facoltà di convenire contrattualmente l'eventuale ricorso alla procedura conciliativa dinanzi la CCIAA; questa, in tal caso, sarà comunque obbligatoria, nell'ipotesi di contenzioso, anche qualora una delle parti intenda invece adire l'autorità giudiziaria.

Normativa comunitaria

L'art. 81, par. 1, del Trattato dell'UE stabilisce che sono incompatibili con il mercato comune e, pertanto, **vietati tutti gli accordi tra imprese e le pratiche concordate** che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di **impedire**, restringere o falsare **il gioco della concorrenza** all'interno del mercato comune, ed in particolare quelli consistenti nel:

- fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita o altre condizioni di transazione;
- limitare o controllare la produzione, gli

sbocchi, lo sviluppo tecnico, gli investimenti;

- ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

- applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

- subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Ai sensi del par. 2 dell'art. 81, detti accordi sono nulli di pieno diritto. Il par. 3,

però, stabilisce che le disposizioni del par. 1 possono essere dichiarate inapplicabili a qualsiasi accordo o categoria di accordi tra imprese e a qualsiasi pratica o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva ed evitando di imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi e di dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui si tratta negli accordi.

Il Regolamento CE n. 1, del 16 dicembre 2003, applicabile dal 1° maggio 2004, stabilisce attualmente che gli accordi e le pratiche concordate di cui all'art. 81, par.1, del Trattato, che non soddisfano le condizioni di cui al par.3, sono vietati senza che occorra una decisione in tal senso, così come quelli che, invece, soddisfano dette condizioni non sono vietati, senza che occorra una corrispondente decisione, diversamente da come finora avveniva.

Tuttavia, lo stesso Regolamento n.1/2003 afferma la perdurante validità del Regolamento n.2790/99 (succedutosi al menzio-

I contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della legge (25 maggio 2004) dovranno essere adeguati alle disposizioni ora descritte entro un anno dalla stessa data, pena - a nostro avviso - la nullità del contratto per vizio di forma.

nato Regolamento n.4087/88 sul franchising), che riconosce come soddisfatte le condizioni di cui all'art.81, par.3, del Trattato per talune categorie di accordi verticali, riguardanti la vendita o l'acquisto di beni o servizi, qualora tali accordi siano conclusi tra imprese non concorrenti, nonché contenenti disposizioni accessorie relative alla cessione o all'uso di diritti di proprietà intellettuale.

In particolare, sono esentati dall'applicazione del par. 1 dell'art. 85 gli accordi verticali contenenti disposizioni relative alla cessione all'acquirente o all'uso da parte dell'acquirente di **diritti di proprietà intellettuale**, a condizione che tali disposizioni non costituiscano l'oggetto primario degli accordi e che esse siano direttamente collegate all'uso, alla vendita, alla rivendita di beni o servizi da parte dell'acquirente o dei suoi clienti (si tratta dunque della maggioranza degli accordi di franchising). L'esenzione è però applicabile a patto che la quota di mercato detenuta dal fornitore non superi il 30% del mercato rilevante in cui esso vende i beni o i servizi oggetto del contratto.

L'esenzione, poi, non si applica a quelle obbligazioni, contenute in accordi verticali, che prevedano un obbligo che imponga all'acquirente, una volta giunto a scadenza l'accordo, di non produrre, vendere o rivendere determinati beni o servizi, salvo che l'obbligo si riferisca a beni o servizi in concorrenza con i beni o servizi contrattuali, sia limitato ai locali da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale, sia indispensabile per proteggere il *know-how* trasferito dal fornitore all'acquirente, e a condizione che la durata di quest'obbligo di non concorrenza sia limitata ad un periodo di un anno dalla scadenza dell'accordo, ferma restando la possibilità di imporre una restrizione non limitata nel tempo in relazione all'utilizzazione ed alla diffusione del *know-how* che non sia divenuto di pubblico dominio.

Le «**Linee direttrici sulle restrizioni verticali**» chiariscono che, in relazione al franchising, sono ammessi dal **Regolamento n.2790/99**, in esenzione dal divieto di accordi restrittivi della concorrenza, gli obblighi che impongono all'affiliato di:

- non intraprendere, direttamente o indirettamente, attività simili;
- non acquisire partecipazioni nel capitale di una società concorrente, tali da conferire all'affiliato il potere di influenzare il comportamento economico di tale impresa;
- non rivelare a terzi il *know-how* fornito dall'affiliante finché non sia divenuto di pubblico dominio;
- comunicare all'affiliante qualsiasi esperienza acquisita sfruttando il franchising e concedere a questi e agli altri affiliati una licenza non esclusiva per il *know-how* che risulta da tale esperienza;
- segnalare all'affiliante le violazioni dei diritti di proprietà immateriale sotto licenza, intraprendere azioni legali contro i trasgressori o assistere l'affiliante in qualsiasi azione legale intentata contro gli stessi;
- non utilizzare il *know-how* concesso in licenza dall'affiliante a fini diversi dallo sfruttamento del franchising;
- non cedere i diritti e gli obblighi derivanti dall'accordo di franchising senza il consenso dell'affiliante.

Infine, va evidenziato che l'art. 4 del Regolamento n.2790/99 dichiara non applicabile l'esenzione dal divieto posto dall'art.81, par.3, del Trattato agli accordi che abbiano per oggetto la restrizione della facoltà per l'acquirente di determinare il proprio **prezzo di vendita**, fatta salva la possibilità per il fornitore di imporre un prezzo massimo di vendita o raccomandare un prezzo di vendita, a condizione che questi non equivalgano a un prezzo fisso o a un prezzo minimo di vendita per effetto di pressioni esercitate o incentivi offerti da una delle parti.

Così pure, non è applicabile l'esenzione in casi di restrizione relativa al territorio in cui (o ai clienti ai quali) l'acquirente può vendere i beni o i servizi oggetto del contratto, eccettuata la **restrizione delle vendite attive nel territorio riservato** esclusivamente allo stesso fornitore o ad altro acquirente. La **restrizione non può invece estendersi alle «vendite passive»**, ossia effettuate in risposta ad ordini non sollecitati da singoli clienti, ad esempio via Internet. In questo caso, in pratica, è ammessa l'infrazione di un «diritto di esclusiva» territoriale.