

02. Obbligazioni e contratti

IL CONTRATTO DI *FRANCHISING* – LA FASE CONTRATTUALE



Il contratto di affiliazione commerciale, destinato a regolare una attività commerciale, quella dell'affiliante, con la compartecipazione dell'affiliato, è caratterizzato da una comunità di scopo, ove la funzione di scambio digrada in secondo piano rispetto all'aspetto collaborativo, dal quale derivano utili sia per l'affiliante sia per l'affiliato. In quest'ottica, il legislatore ha disegnato una disciplina del contratto volta a valorizzare tale collaborazione, lasciando, però, numerose lacune che trovano soluzione ora nelle regole generali dei contratti, ora in norme di rango superiore, ma che in conclusione, devono essere colmate nella redazione del contratto stesso, che diviene la principale fonte di regolazione del rapporto.

/ Cristiano BERTAZZONI *

Secondo l'art. 1 della L. 129/2004, l'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.

Il legislatore italiano, con la citata L. 129/2004, ha dedicato grande attenzione alla fase preceden-

te alla conclusione del contratto di *franchising* (la cui fonte di ispirazione è di derivazione anglosassone - c.d. *duties of disclosure*), imponendo obblighi informativi anteriori all'instaurazione del rapporto e volti a permettere al potenziale affiliato una adeguata ponderazione circa la conclusione del contratto.

Per esempio, l'art. 3 comma 2 della L. 129/2004 impone che l'affiliante abbia sperimentato sul campo la validità del *franchising* prima di offrirlo ai futuri affiliati; l'art. 4 della L. 129/2004 impone stringenti obblighi di informazione precontrattuale a carico dell'affiliante; l'art. 6 della L. 129/2004, stabilisce un generale obbligo di lealtà, correttezza e buona fede in fase precontrattuale e un ulteriore obbligo reciproco di fornire le

* Avvocato in Verona – Unistudio Legal & Tax

informazioni necessarie e/o utili ai fini della stipulazione del contratto; infine l'art. 8 della L. 129/2004 prevede la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto, in caso di false informazioni¹.

Per contro, nella L. 129/2004, la disciplina vera e propria del contratto e delle sue vicende è alquanto scarna, limitandosi a poche norme dal contenuto spesso generico.

Ne consegue che il contratto di affiliazione commerciale deve trovare le fonti regolatrici del rapporto, siano esse normative o di prassi, in altri ambiti.

Tra le fonti normative del contratto di *franchising*, quindi, vi sono quelle generali del Codice civile (es. clausola penale, clausola risolutiva espressa, patto di non concorrenza, clausole vessatorie ecc.), le norme del DLgs. 30/2005 per la tutela della proprietà industriale (marchi, brevetti, sistemi o formule anche non brevettati, informazioni segrete o informazioni operative non facilmente accessibili, *know-how* ecc.) e quelle del Regolamento UE 330/2010 in materia di accordi verticali tra imprese e i relativi Orientamenti 2010/C-130/01 (obbligo di esclusiva di prodotto; obbligo di approvvigionamento; obbligo di acquisti o di fatturato minimi; prezzi di rivendita; non concorrenza *post-contrattuale* ecc.).

Tra le fonti non legislative, invece, va ricordato l'apporto delle associazioni di categoria che, già dagli anni '70, hanno raccolto le istanze degli operatori del settore, dotandosi di codici etici che rappresentano un importante strumento interpretativo della fattispecie, anche per colmare le lacune normative².

TIPOLOGIE DI *FRANCHISING*

Il contratto di *franchising* è caratterizzato dall'ampia applicazione in ogni settore produttivo e commerciale. La stessa L. 129/2004, all'art. 1 comma 2, specifica che il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica.

Vi sono, quindi, varie tipologie di contratto, ciascuna caratterizzata dall'oggetto. Nel tentare una categorizzazione esemplificativa, quindi, si possono distinguere i *franchising*:

- **di servizi** (l'affiliato offre servizi utilizzando l'insegna, la ditta, il marchio e il *know-how* dell'affiliante, il quale impone le modalità di fornitura dei servizi);
- **di distribuzione** (l'affiliato vende i prodotti con il marchio dell'affiliante e secondo le istruzioni da questo ultimo impartite);
- **di produzione** (l'affiliato fabbrica prodotti a marchio dell'affiliante secondo le istruzioni da questo ultimo impartite);
- **misto** (un insieme di due o più tipologie sopra descritte; per esempio, l'affiliato produce e commercializza i prodotti dell'affiliante, offrendo anche ai clienti assistenza *post-vendita*).

Si possono, poi identificare il ***franchising diretto*** (l'affiliante ricerca, nomina, addestra e assiste direttamente l'affiliato) e il ***franchising parziale*** o ***corner franchising*** (l'affiliato destina soltanto una parte dei suoi locali allo svolgimento dell'attività commerciale oggetto del *franchising*)³.

Lo schema "***corner***", in particolare, molto diffuso, è simile al contratto di *franchising*,

1 Per un approfondimento si veda Bertazzoni C. "Il contratto di Franchising - la fase precontrattuale", in *questa Rivista*, 11, 2020.

2 La EEF (*European Franchise Federation*) è stata fondata nel 1972, in Francia, come associazione senza scopo di lucro per promuovere e difendere l'industria del *franchising* che opera in Europa. L'EFF è riconosciuta, in particolare dalle Istituzioni europee, come l'unica autorità in Europa con la missione di definire gli elementi essenziali che costituiscono il *franchising* corretto ed etico. Su questa base ha costituito una comunità di associazioni nazionali di *franchising* che condividono questo punto di vista. È con questa missione che la comunità di EFF si impegna a sostenere e promuovere il "Codice Etico Europeo per il Franchising". Nel 1972, i membri fondatori erano la "Federazione francese di franchising" (FFF), l'"Associazione italiana di franchising" (Assofranchising / AIF), la "Federazione belga di franchising" (FBF-BFF) e la "Netherlands Franchise Association" (NFV).

3 L'art. 2 della L. 129/2004 chiarisce che al contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale cui al co. 1 dell'art. 1 (ossia il *franchising*), si applica la stessa L. 129/2004.



ma il rapporto e le obbligazioni delle parti sono meno complesse e articolate. A seconda dell'intensità che le parti intendono imprimere al rapporto, infatti, vi possono essere diverse soluzioni: per esempio, l'affiliato non deve pagare *royalties* o canoni o diritti di ingresso, ma è tenuto a corrispondere solamente il prezzo dei prodotti acquistati, oppure l'affiliante può obbligarsi a ritirare la merce invenduta entro un termine stabilito e l'affiliato deve pagare solo quanto ha effettivamente venduto (con uno schema simile al contratto estimatorio), oppure l'affiliato può obbligarsi ad acquistare periodicamente quantitativi minimi di prodotti oppure ad aprire un determinato numero di "corner" entro un certo termine.

Inoltre, nel *corner* non sono previste una serie di obbligazioni che nel contratto di *franchising*, invece, sono tipicamente a carico dell'affiliante, tra le quali la formazione del personale, la messa a disposizione del *know-how* e l'organizzazione di campagne pubblicitarie. Più diffuso a livello internazionale è, invece, l'affiliazione commerciale principale, meglio nota come **master franchising**, ossia l'accordo col quale il produttore affilia un soggetto non per svolgere direttamente l'attività di distribuzione di beni o servizi in *franchising*, ma per stipulare a sua volta con terzi accordi di affiliazione commerciale aventi per oggetto gli stessi beni e servizi.

A norma dell'art. 2 della L. 129/2004, in particolare, con il contratto di affiliazione commerciale principale, 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. In sostanza, si tratta di un **accordo quadro di franchising** col quale l'affiliante delega il principale affiliante (c.d. *master franchisee*) ad affiliare altri soggetti, alle condizioni fissate nell'accordo principale. In questo modo, il produttore decentra il processo di distribuzione ma rinuncia al controllo diretto di tutti gli affiliati.

Il *master franchisee*, quindi, è responsabile dell'espansione dell'affiliante in un certo Paese (o in una certa zona geografica, es. il *franchising* regionale) e assume l'obbligo di sviluppare il mercato diffondendo il marchio dell'affiliante attraverso operazioni di *sub-franchising*, di *multi-franchising* o di *franchising* individuali.

Di norma, infatti, il *master franchisee* apre negozi diretti, ricerca nuovi affiliati, gestisce la rete di *franchising* nella zona di riferimento. A tale fine, il *master franchisee* stipula contratti di *franchising* secondo le condizioni imposte dall'affiliante.

Simile al *master franchising* è la figura dell'**area developer**, ossia un soggetto che assume l'incarico di ricercare e selezionare gli affiliati per conto dell'affiliante. Una volta inseriti nella rete distributiva, però, i nuovi affiliati non saranno gestiti dall'*area developer* ma direttamente dall'affiliante. Ancora diversa è la figura dell'**area representative**, ossia un soggetto che in nome e per conto dell'affiliante da un lato fornisce all'affiliato le prestazioni previste dal contratto di *franchising* e dall'altro lato cura l'adempimento delle obbligazioni degli affiliati e, in generale, l'osservanza delle regole imposte dal contratto: l'assortimento dei prodotti, i prezzi applicati dall'affiliato, il divieto di acquisto da terzi, la violazione degli obblighi di esclusiva e territoriali ecc.

FORMA E DURATA DEL CONTRATTO

Prima dell'entrata in vigore della L. 129/2004 il contratto di affiliazione commerciale non richiedeva una forma particolare e poteva essere stipulato anche verbalmente o risultare dal comportamento concludente delle parti.

In verità, l'assenza di una forma scritta era spesso fonte di contenzioso. Per questo motivo, essa venne prevista sia nel Codice deontologico della "Federazione Italiana del franchising" sia nel Codice deontologico dell'"Associazione Italiana del Franchising".

Con la L. 129/2004, invece, la **forma scritta** è

stata non solo introdotta, ma resa obbligatoria a pena di nullità (art. 3 comma 1).

La forma *ad substantiam*, poi, deve essere estesa a tutti i documenti relativi all'accordo. Pertanto, oltre al contratto vero e proprio, vanno redatti per iscritto anche i **contratti preparatori**⁴, il **manuale operativo e tutti gli allegati**, ivi compresi quelli elencati nell'art. 4 della L. 129/2004⁵.

Quanto alla **durata**, il comma 3 dell'art. 3 della L. 129/2004 ha stabilito che qualora il contratto sia a **tempo determinato**, l'affiliante dovrà garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e non inferiore a **tre anni**, salva la risoluzione per inadempimento.

In sostanza, l'articolo in esame impone che il contratto di affiliazione commerciale, ove a tempo determinato, abbia una durata minima di tre anni. La norma è sostanzialmente ripresa dall'art. 7 del Codice Deontologico dell'Associazione Italiana del Franchising

(Assofranchising), secondo cui il contratto di *franchising* può avere durata determinata o indeterminata, ma all'affiliato deve essere garantita una durata minima tale da consentire l'ammortamento dell'investimento effettuato, in ogni caso, non inferiore a tre anni, fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata del contratto, per inadempimento degli obblighi contrattuali di una delle parti⁶.

Si nota immediatamente che la L. 129/2004 non prevede che il contratto di affiliazione commerciale possa essere stipulato a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato. Infatti, il citato art. 3 comma 3 della L. 129/2004 si limita a stabilire che, se il contratto è a tempo determinato, l'affiliante deve comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento (*c.d. recovery period rule*)⁷ e che tale durata minima non sia inferiore a tre anni. Sembra, quindi, che vi sia una palese lacuna e che la norma non disciplini l'ipotesi del con-

4 Cfr. Trib. Genova 15.1.2008, *Mass. Giur. It.*, 2008, ha chiarito che l'art. 3 della L. 129/2004 dispone che il contratto di affiliazione commerciale, che deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, debba espressamente indicare, tra l'altro, l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso, le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato, l'ambito di eventuale esclusiva territoriale, le condizioni di rinnovo, risoluzione o cessione del contratto. In particolare, le indicazioni che la normativa sopra richiamata impone siano inserite nel contratto a tutela dell'affiliato devono essere conosciute e accettate nel momento in cui l'affiliato esprime il proprio consenso; se l'obbligo di esprimerlo è assunto in un preliminare è intuitivo, al di là degli aspetti formali, che anche il preliminare debba, a pena di nullità, rispondere ai medesimi requisiti. Se è vero che il contenuto obbligatorio del contratto, anche nell'ipotesi in cui sia imposta dalla legge la forma scritta *ad substantiam*, possa essere inserito nel regolamento negoziale *per relationem*, occorre tuttavia, quando il contratto faccia riferimento ad un documento, che questo sia obiettivamente individuato senza possibilità di equivoco.

5 In particolare, l'art. 4 della L. 129/2004 prevede che il contratto debba essere corredato, salvo esigenze di riservatezza, dai seguenti allegati: a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante; e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrati, 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*.

6 L'art. 7 del Codice Deontologico Assofranchising, poi, precisa che la permanenza in vigore del contratto può essere subordinata al raggiungimento di risultati minimi annuali, da parte dell'affiliato, per esempio in termini di minimi di acquisto o di vendita. Tali minimi devono essere ragionevoli, basati sulle precedenti esperienze del sistema di franchising, ma adattati al caso in esame, e dovranno essere frutto di concordi valutazioni delle parti.

7 Si tratta di un noto principio mutuato dall'esperienza di *Common Law* applicabile in tutti i contratti in cui la durata minima è commisurata al recupero dell'investimento. Negli USA è nota anche come "*Missouri doctrine*", applicabile principalmente al contratto di agenzia e di distribuzione a tempo indeterminato, in base alla quale la facoltà di recesso *ad nutum* è consentita solo dopo il decorso di un tempo ritenuto sufficiente ad assicurare all'agente/distributore una *fair chance* di recupero degli investimenti.



tratto a tempo indeterminato né, in questo caso, il termine di preavviso per l'esercizio del diritto di recesso.

Come noto, infatti, tutti i contratti di durata, stipulati a tempo indeterminato, consentono il c.d. **recesso ad nutum**, ossia ciascuna parte può recedere dal contratto, anche senza giusta causa, dando un congruo preavviso⁸.

Dato per pacifico, quindi, che possa stipularsi un contratto di *franchising* a tempo indeterminato (non vi è alcuna indicazione contraria), l'interpretazione letterale dell'art. 3 comma 3 sembra concedere una facile scappatoia alla durata minima triennale.

Sarebbe, infatti, sufficiente stipulare il contratto a tempo indeterminato e stabilire un preavviso di sei o persino dodici mesi per il recesso. In questo caso, l'affiliante, anche solo dopo pochi mesi di vigenza del contratto, potrebbe esercitare il diritto di recesso, con ciò, di fatto, superando la durata minima triennale. Poiché, però, tale interpretazione introdurrebbe un'inesplicabile differenza di trattamento tra i contratti di *franchising* a tempo determinato e indeterminato, si ritiene che la corretta interpretazione sia estensiva.

In sostanza, **il termine minimo triennale deve intendersi imposto qualunque sia la durata del contratto**, sia esso a tempo determinato o indeterminato. In caso contrario, verrebbe contraddetta la *ratio* stessa della norma, volta ad assicurare la stabilità necessaria per consentire all'affiliato l'ammortamento dell'investimento.

Sul punto, la giurisprudenza di merito ha chiarito che la norma in esame va intesa nel senso che **la durata del contratto di franchising non è interamente rimes-**

sa alla libertà contrattuale delle parti⁹. Infatti, l'art. 3 comma 3 della L. 129/2004 predetermina la durata minima del contratto di *franchising* allo scopo di riequilibrare la disparità di potere contrattuale che potrebbe manifestarsi nella fase successiva alla stipulazione del contratto, impedendo che l'affiliato, dopo avere effettuato gli investimenti nella fase iniziale del rapporto, accetti condizioni contrattuali gravose da parte dell'affiliante, pur di evitare il rischio dell'anticipato recesso o del mancato rinnovo del contratto.

Come già accennato, poi, sebbene la lettera della norma si riferisca al contratto a tempo determinato, anche la giurisprudenza ritiene che, coerentemente con la *ratio* della disposizione, essa si applichi anche ai contratti di affiliazione commerciale a tempo indeterminato. La mancata applicazione della disposizione al *franchising* a tempo indeterminato, infatti, consentirebbe all'affiliante di eludere agevolmente la durata minima del contratto, vanificando lo scopo della norma, di tutelare l'affiliato, garantendogli una durata sufficiente all'ammortamento dell'investimento, predeterminato dalla legge in misura non inferiore a tre anni, salva, naturalmente, l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempimento di una delle parti.

Pertanto, la norma, sebbene formulata con riguardo ai contratti a tempo determinato, esprime un principio generale, suscettibile di operare anche per i contratti a tempo indeterminato.

Una lettura costituzionale dell'art. 3 della L. 129/2004 che eviti ingiustificate disparità di trattamento in presenza di situazioni di fatto sostanzialmente identiche, comporta, dunque, l'estensione del principio di correlazione

8 Il principio, di matrice giurisprudenziale, è rinvenibile in numerosissime norme del Codice civile quali, per esempio, l'art. 1569 c.c. in tema di somministrazione, l'art. 1727 c.c. in tema di mandato, art. 1750 c.c. in tema di agenzia, l'art. 1810 in tema di comodato, l'art. 1845 in tema di apertura di credito, l'art. 2118 c.c. in tema di lavoro subordinato, l'art. 2285 c.c. in tema di recesso del socio nella società semplice. In giurisprudenza, il principio è stato così cristallizzato dalla Suprema Corte: il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, rispondendo all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio, la quale è in sintonia con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. Tuttavia, non trattandosi di principio inderogabile che coinvolga interessi pubblici o generali, le parti possono derogare alla recedibilità *ad nutum*, purché la rinuncia – sia pure implicita – investa direttamente la stessa recedibilità (Cass. 4.8.2004 n. 14970, *CED Cassazione*, 2004).

9 App. Milano 10.3.2020, in *Sistema Integrato Eutekne*.

tra ammontare dell'investimento specifico e tempo necessario per il suo ammortamento anche ai contratti a tempo indeterminato¹⁰.

In alternativa, con una diversa chiave ermeneutica (non condivisibile), si potrebbe ritenere che nei contratti di *franchising* a tempo indeterminato, il termine di preavviso sia di minimo tre anni. Appare, però, chiaro che una tale interpretazione porterebbe a risultati distorsivi (es. un recesso fisiologico dopo tre anni di contratto dovrebbe comunque obbligatoriamente avere un preavviso di altri tre anni).

Ci si chiede, però, se le parti possano accordarsi per un termine minimo inferiore ai tre anni. Per quanto già chiarito circa la *ratio* della norma, **la durata minima triennale dovrebbe ritenersi inderogabile** e, quindi, le parti non potrebbero stabilire una durata minore.

Qualora lo facessero, poi, troverebbe applicazione l'art. 1419 comma 2 c.c., secondo il quale la nullità di singole clausole non importa la nullità dell'intero contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

In sostanza, anche se le parti dovessero accordarsi per una durata inferiore, il contratto avrebbe comunque una durata minima di tre anni, o comunque sufficiente per l'ammortamento degli investimenti.

Inoltre, in base al medesimo principio, nell'ipotesi in cui l'affiliante recedesse durante il *recovery period*, il recesso dovrebbe ritenersi "inoperante" grazie all'ultrattività del principio stabilito nell'art. 3 comma 3 della L. 129/2004.

Sul punto va chiarito che il recesso durante il *recovery period* potrebbe essere esercitato ove ricorresse una giusta causa, la quale, però, non potrebbe comunque consistere né in un mutamento della politica di gestione della rete e di penetrazione dell'affiliante, né in una riduzione della convenienza al man-

tenimento del rapporto, per ragioni attinenti alla situazione del mercato nell'area geografica in cui ha sede l'affiliato.

In caso di **recesso senza giusta causa** durante il *recovery period*, quindi, l'affiliante sarà obbligato a **risarcire** l'affiliato dei danni¹¹.

Da quanto fin qui detto, quindi, emerge che l'art. 3 comma 3 della L. 129/2004 sembra avere natura imperativa e che, per come è stato scritto, ponga numerosi problemi ermeneutici. Oltre a quanto già chiarito in tema di contratto a tempo indeterminato, infatti, va osservato che la norma, da un lato, impone "*una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento*" e, dall'altro, un termine "*comunque non inferiore a tre anni*".

Come operano, quindi, in concreto i due termini? Se operano in modo alternativo, il termine triennale va tenuto fermo, indipendentemente da quello sufficiente al recupero degli investimenti. Diversamente, se i due termini operano in modo complementare, la previsione triennale risulta essere un dato meramente esemplificativo con un valore in ogni caso residuale.

Un esempio può chiarire la contraddizione della norma. Si ipotizzi che, per le caratteristiche dell'attività oggetto del contratto, vi sia un *recovery period* di due anni (ossia per recuperare l'investimento iniziale l'affiliante ha bisogno di soli due anni di attività). In questo caso, la durata del contratto dovrà comunque essere fissata nel minimo in tre anni? E se, invece, il *recovery period* necessario fosse di quattro anni, sarebbe lecito un recesso esercitato dopo il terzo anno, in applicazione della norma?

In verità, non è possibile stabilire un termine minimo in via generale e astratta per ogni tipologia di affiliazione commerciale, perché, molto banalmente, l'ammontare degli investimenti e il tempo necessario per il loro ammortamento sono diversi per ciascun

10 App. Milano 10.3.2020, cit.

11 App. Milano 10.3.2020, cit., ha chiarito che qualora il *franchisor* receda senza giustificato motivo dal contratto prima del termine necessario all'ammortamento degli investimenti e, comunque, prima del termine minimo inderogabile di tre anni, lo stesso sarà tenuto al risarcimento dei danni in favore del *franchisee*.



contratto e, parimenti diversa è la determinazione della durata minima per rientrare dall'investimento.

Ne consegue che appare forse preferibile ritenere che il termine minimo di durata del contratto di affiliazione commerciale debba essere valutato di volta in volta, in concreto, e che il termine triennale sia posto quale norma di chiusura esemplificativa. Ne consegue che potrebbe essere ritenuto inidoneo al recupero dell'investimento anche un termine maggiore di tre anni.

A ben vedere, però, nemmeno questa soluzione riesce a superare del tutto le numerose incertezze che l'infelice formulazione dell'art. 3 comma 3 produce.

Per esempio, posto che la norma è dettata a favore dell'affiliato a tutela di abusi da parte dell'affiliante, non è dato sapere, per contro, se il medesimo vincolo giovi all'affiliante ove sia l'affiliato a voler recedere prima del *recovery period* o prima di tre anni.

In altri termini, se, per ipotesi, l'impresa dell'affiliato è in perdita per motivi indipendenti dall'affiliazione, per limitare le perdite, l'affiliato può recedere prima dei tre anni o è comunque costretto a rispettare la durata minima triennale?

Vi sarebbero, poi, altri aspetti oscuri. Per esempio, la norma non definisce cosa debba intendersi né per "ammortamento" né per "investimenti". In altri termini, l'ammortamento è quello fiscale ex art. 102 del TUIR oppure quello civilistico ex art. 2426 c.c. oppure, in senso atecnico, è generalmente il recupero dell'intero investimento?

E questo ultimo, deve intendersi come sommatoria di tutti i costi sostenuti per l'ingresso nella rete di affiliazione o deve essere scomposto in vari elementi, per esempio quelli esclusivamente riferibili all'ingresso nella rete dell'affiliante (quale la *entry fee*) e quelli riferibili alla tipologia di attività intrapresa (che potrebbero essere riconvertibili al termine del rapporto) o si devono tenere quale riferimento gli investimenti descritti nel contratto a norma dell'art. 3 comma 4 lett. a) della L. 129/2004?

E ancora, la valutazione circa il *recovery period*, va valutata *ex ante*, con un giudizio prognostico, ossia prima di eseguire l'investimento, sulla base delle informazioni ricevute dall'affiliante, oppure *ex post*, solo dopo aver effettivamente eseguito e ammortizzato l'investimento?

L'art. 3 comma 3, purtroppo, fornisce poche indicazioni e produce molte domande e la giurisprudenza, a oggi, non ha ancora avuto modo di affrontare pienamente la materia.

Ne consegue che, in assenza di una compiuta disciplina legale della durata e delle sue implicazioni, il contratto rappresenta necessariamente lo strumento principe per regolare i rapporti tra le parti sui punti sopra esaminati.

CONTENUTO DEL CONTRATTO

L'art. 3 comma 4 della L. 129/2004 stabilisce una sorta di **contenuto minimo** del contratto di affiliazione commerciale. Secondo tale norma, infatti, il contratto deve espressamente indicare:

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

Ci si chiede, quindi, se la mancanza di uno degli elementi indicati dalla norma in esame possa rendere nullo il contratto, visto che la legge non prevede alcuna sanzione per la sua violazione.

In sostanza, è necessario individuare, all'interno dell'elencazione dell'art. 3 comma 4 della L. 129/2004, **quali siano gli elementi essenziali**, utilizzando come parametro di riferimento la causa del contratto di *franchising* e le eventuali altre indicazioni reperibili all'interno della L. 129/2004.

Chiarire la distinzione tra elementi essenziali ed elementi secondari del contratto, per esempio, è funzionale per stabilire quale di essi possa essere contenuto in un documento esterno, solo richiamato dal contratto (c.d. *relatio*).

Infatti, di norma, nei contratti formali (come il *franchising* ex art. 3 comma 1 della L. 129/2004), **la relatio non è ammissibile per gli elementi essenziali**, mentre, quelli accessori, quali le modalità operative e ogni altro elemento accidentale, possono risultare da altri documenti anche preesistenti, quali i documenti preparatori o il manuale operativo contenente tutte le istruzioni esecutive e consegnato all'affiliante ancor prima della conclusione del contratto ex art. 4 della L. 129/2004¹².

Di qui discende il corollario secondo cui gli elementi essenziali del contratto non possono essere contenuti del manuale operativo non sottoscritto dalle parti e non costituente perciò parte integrante del contratto, mentre deve ritenersi valida la *relatio* di elementi non essenziali.

Pertanto, è necessario valutare, di volta in volta, se gli elementi che l'art. 3 comma 4 indica come obbligatori siano essenziali.

Vediamo, di seguito, le singole voci in dettaglio.

AMMONTARE DEGLI INVESTIMENTI E DELLE SPESE

La legge richiede che il contratto di affiliazione commerciale indichi in anticipo l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività.

Gli investimenti, quindi, comprendono gli oneri che l'affiliato deve sostenere per avviare l'attività, quali, per esempio, le spese per la locazione e l'allestimento dei locali e il diritto di ingresso (c.d. *entry fee*), ossia 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. Tali elementi sono necessari per rendere consapevole l'affiliato delle spese iniziali da sostenere per aderire a una rete di *franchising* e, di fatto, costituiscono parte integrante del corrispettivo per entrare nella catena di affiliazione. Pertanto, tali elementi sono da considerarsi **essenziali**, ossia da prevedersi per iscritto all'interno del testo contrattuale. La loro eventuale omissione, per contro, condurrebbe alla **nullità** del contratto.

MODALITÀ DI CALCOLO E DI PAGAMENTO DELLE ROYALTIES – EVENTUALE INCASSO MINIMO

Il corrispettivo del contratto di affiliazione commerciale consiste, di norma, nel diritto di ingresso (fisso e *una tantum*) e nelle *royalties*, che l'art. 1 comma 3 lett. c) della L. 129/2004 definisce 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.

Il contratto, pertanto, deve indicare sia il diritto di ingresso (come chiarito al punto che precede) sia le modalità di calcolo e di pagamento della *royalty*.

12 In giurisprudenza, Trib. Genova 15.1 2008, cit., ha chiarito che il contratto di affiliazione commerciale, che deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, e deve espressamente indicare, tra l'altro, l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso, le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato, l'ambito di eventuale esclusiva territoriale, le condizioni di rinnovo, risoluzione o cessione del contratto. In particolare, le indicazioni che la normativa sopra richiamata impone siano inserite nel contratto a tutela dell'affiliato devono essere conosciute ed accettate nel momento in cui l'affiliato esprime il proprio consenso.



Le parti, poi, sono libere di stabilire i criteri di calcolo della *royalty*, avendo solo l'obbligo di indicarli nel contratto. Tali criteri possono, dunque, essere i più vari: una percentuale fissa sui ricavi, una percentuale inversamente proporzionale o direttamente proporzionale all'incremento dei ricavi, una percentuale sul ricavato che matura solo al superamento di una determinata soglia (incasso minimo - franchigia); un importo fisso più una percentuale sui ricavi ecc.

Oltre al corrispettivo vero e proprio, le parti possono prevedere il pagamento di contributi per la pubblicità istituzionale, per la promozione, per l'assistenza e per i servizi di consulenza. Molto spesso, per comodità, tali elementi sono valorizzati direttamente nella *royalty*.

Anche l'indicazione delle modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, essendo un elemento del corrispettivo, è da ritenersi **essenziale** e, pertanto, l'omissione ne comporta la **nullità**.

Diversamente, la previsione di un **incasso minimo non può essere ritenuto un elemento essenziale** poiché, per la stessa formulazione della norma, è solo "eventuale". Ove previsto, però, dovrà essere indicato obbligatoriamente nel contratto.

Gli accordi restrittivi su incasso minimo o prezzo imposto (c.d. *Resale Price Maintenance* "RPM") su cui calcolare la *royalty* sono disciplinati anche dal Regolamento CE 330/2010¹³. In particolare, l'imposizione di prezzi di rivendita o le restrizioni volte a stabilire, direttamente o indirettamente, un prezzo fisso o minimo o un livello di prezzo fisso o minimo,

è considerata una restrizione fondamentale (c.d. *hard-core*) e, come tale, è vietata.

Il Regolamento, però, riconosce che in alcune circostanze, le restrizioni RPM possono produrre **incrementi di efficienza** (cfr. par. 225 Orientamenti 2010/C-130/01), da valutarsi ai fini dell'esenzione individuale dell'accordo sotto il profilo antitrust.

Si tratta, tuttavia, di eccezioni alla norma generale, che può essere derogata solo con valutazioni da farsi caso per caso¹⁴.

ESCLUSIVA TERRITORIALE

La clausola relativa all'eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati sia in relazione a canali e unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante è di notevole importanza all'interno del contratto perché assicura all'affiliato una quota di mercato protetta per poter esercitare l'attività in *franchising* evitando la concorrenza di altri affiliati, garantendo, quindi, una certa tutela rispetto a quanto l'affiliato si aspetta di ricavare dall'investimento.

Nella prassi, infatti, l'affiliante riconosce all'affiliato un territorio esclusivo, obbligandosi a non stipulare nella medesima area ulteriori contratti e imponendo agli altri affiliati di rispettare la zona di esclusiva concessa.

L'esclusiva territoriale, però, anche in forza della formulazione utilizzata dal legislatore con l'aggettivo "eventuale", **non è da considerarsi elemento essenziale** del contratto anche se, in verità, ne rappresenta senza dubbio un elemento caratterizzante.

Anche la giurisprudenza di merito, ancorché risalente, ritiene che l'esclusiva territoriale

13 Il Regolamento CE 330/2010, in applicazione dell'art. 81 § 3 del Trattato CE, ora art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFEU), prevede le categorie di accordi verticali che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione o a promuovere il progresso e che, in ragione di ciò, tenuto conto dei vantaggi che controbilanciano gli effetti anticoncorrenziali, beneficiano dell'esenzione. Il patto di non concorrenza contenuto negli accordi verticali e riguardante la previsione dell'obbligo di non concorrenza dopo la cessazione del rapporto, rientra, tuttavia, espressamente, tra le ipotesi di deroga all'esenzione dall'applicazione delle norme comunitarie in tema di concorrenza agli accordi verticali e pratiche concordate, salvo che preveda cumulativamente alcune condizioni (che si riportano poco oltre) e che, come si è già anticipato, non corrispondono con i limiti contrattuali del patto di non concorrenza previsti dal diritto nazionale.

14 La maggior parte degli obblighi contenuti negli accordi di *franchising* può essere considerata necessaria per proteggere i diritti di proprietà intellettuale o per garantire la reputazione e l'identità comune della rete di *franchising* e, pertanto, non rientrano nell'art. 101 del TFEU.

non sia essenziale¹⁵. Una pronuncia, sempre di merito ma più recente, ha sostanzialmente ribadito il principio già espresso, definendo l'esclusiva territoriale nell'ambito del *franchising* una "clausola di non secondaria importanza" visto l'obbligo di previsione scritta ove pattuita, la sua onerosità e la prospettiva di maggiori introiti, che garantisce all'affiliato¹⁶.

Tale clausola, quindi, ancorché presente nella quasi totalità dei contratti di *franchising*, non è a ritenersi essenziale e, quindi, la sua eventuale omissione non avrà alcuna conseguenza sulla validità del contratto.

Si precisa che anche le restrizioni territoriali sono soggette al Regolamento CE 330/2010 e considerate "hard core", ossia vietate, salvo siano indispensabili per il conseguimento degli incrementi di efficienza, da valutare caso per caso¹⁷.

SPECIFICA DEL KNOW-HOW FORNITO DALL'AFFILIANTE

Tra le menzioni obbligatorie da prevedere nel contratto di *franchising*, l'art. 3 comma 4 lett. d) impone la specifica del *know-how* fornito all'affiliato.

Sulla definizione e sulla rilevanza del *know-how* si tornerà nel successivo paragrafo.

Quanto rileva, ai fini della norma in esame, è se il *know-how* debba essere specificamente indicato nel testo contrattuale.

Sul punto, si chiarisce che il *know-how*, nella prassi, è ampiamente descritto, nelle sue modalità attuative, materiali e pratiche, nel manuale operativo, mentre nel te-

sto contrattuale viene riportato in sintesi. Pertanto, la mancata indicazione del *know-how non sembra essere elemento essenziale* del contratto. In particolare, la "specifica" di cui parla la norma sembra un precetto sul contenuto necessariamente determinato del contratto e non sul contenuto necessario ai fini della qualificazione della sua validità. Pertanto, se è presente il *know-how* e viene concesso in licenza, non potrà essere *ex ante* meramente determinabile ma dovrà essere specificamente determinato.

RICONOSCIMENTO DEL KNOW-HOW FORNITO DALL'AFFILIATO

La norma disciplina il caso in cui anche l'affiliato apporti il proprio *know-how* al *franchising*. Si tratta, in particolare, dell'ipotesi in cui l'affiliato, ormai pratico della formula commerciale, potrebbe grazie alla propria esperienza e professionalità modificarla o arricchirla, per mantenerne o ampliarne l'efficacia.

La norma in esame stabilisce che tale attività debba trovare riconoscimento economico da parte dell'affiliante, per esempio in forma di riduzione delle *royalties* o persino di remunerazione diretta.

Affinché la previsione legislativa sia operativa, però, il *know-how* dell'affiliato deve avere un impatto positivo non solo sulla propria attività, ma su tutta la rete. Per questo motivo, la norma specifica che il contratto deve prevedere modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato. In altri termini, è il contratto stesso che deve di-

15 Cfr. Trib. Lecce 9.2.1990. *Foro It.*, 1990, I, p. 2978, secondo cui, posto che l'esclusiva non è elemento naturale del contratto di *franchising*, ma deve risultare da apposita pattuizione, va rigettata l'istanza di provvedimento cautelare urgente avanzata dal franchisee che lamenta l'apertura nell'area territoriale che assume a lui riservata, di altro punto di vendita integrato nella rete distributiva del *franchisor*.

16 App. Milano 5.6.2020 ha chiarito che la buona fede contrattuale impone all'affiliante, nell'esecuzione del contratto, di porre controparte nelle condizioni di godere effettivamente della zona concessa in esclusiva; specie alla luce del fatto che il patto di esclusiva è una clausola di non secondaria importanza nell'ambito di questo tipo di contratto, come si evince dalla normativa speciale, che stabilisce l'obbligo di previsione scritta ove pattuita, nonché dalla natura onerosa della stessa, la cui previsione determina un certo peso nell'assetto economico del contratto, stante la prospettiva di maggiori introiti, che essa garantisce al *franchisee*.

17 Le restrizioni alla vendita, come quelle relative al territorio contrattuale e alla distribuzione selettiva possono infatti costituire, in alcuni casi, un incentivo per gli affiliati a investire in attrezzature e, in generale, nella formula oggetto del *franchising* e, anche se non necessarie, contribuiscono a mantenere l'identità comune, compensando di conseguenza la riduzione di concorrenza all'interno del marchio dell'affiliante.



sciplinare i criteri di valutazione e valorizzazione dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato.

Anche in questo caso, però, la presenza della locuzione "eventuale" fa ritenere che **la clausola non sia essenziale** ai fini della validità del contratto.

SERVIZI DI ASSISTENZA DELL'AFFILIANTE

L'art. 3 comma 4 lett. f) prevede che il contratto debba indicare espressamente le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione e allestimento, formazione.

Il legislatore, anche in questo caso, non si è distinto per chiarezza espositiva, in quanto avrebbe potuto (dovuto) fare riferimento direttamente ai servizi che l'affiliante deve garantire, più che alle caratteristiche di tali servizi. La norma, quindi, va interpretata nel senso che il contratto deve indicare i servizi di assistenza tecnica che l'affiliante fornisce all'affiliato.

Tali servizi, infatti, rappresentano uno degli elementi fondamentali del rapporto di affiliazione e riguardano gli aspetti relativi all'assortimento dei prodotti, alle procedure di approvvigionamento e vendita, alla formazione del personale, all'uso di strumenti o *software* funzionali all'attività, all'aggiornamento tecnologico e via discorrendo.

La rilevanza dei servizi tecnici è testimoniata anche dalla sua espressa menzione nella definizione di contratto di *franchising* ex art. 1 della L. 129/2004. Tale noverazione, peraltro, fa assicurare i servizi tecnici a **elemento essenziale** e, pertanto, si ritiene che l'eventuale omissione sul punto determini la **nullità** del contratto.

CONDIZIONI DI RINNOVO, RISOLUZIONE E CESSIONE DEL CONTRATTO

L'art. 3 comma 4 lett. g), infine, stabilisce che il contratto di affiliazione commerciale debba espressamente prevedere le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.

Quanto al **rinnovo**, va chiarito che la clausola è riferita al caso del contratto a tempo determinato e che, alla luce della previsione normativa, il rinnovo non possa essere considerato automatico, ma debba essere specificamente previsto dalle parti¹⁸.

Le condizioni di rinnovo, di cui parla la norma, però, sembrano fare riferimento a eventi futuri cui tale rinnovo sia subordinato, quali il raggiungimento di determinati *target*, il mutamento delle condizioni economiche, la proroga delle garanzie e via discorrendo.

Tali condizioni, però, dovrebbero rimanere, quanto meno, nell'alveo della liceità e della possibilità e non potrebbero nemmeno essere meramente potestative, ossia dipendenti dalla mera volontà dell'affiliante.

In ogni caso, nell'ambito della libertà contrattuale, è possibile prevedere un rinnovo automatico salvo disdetta con preavviso rispetto alla scadenza, secondo schemi classici e collaudati della tecnica contrattuale¹⁹.

Quanto alla **risoluzione** del contratto, sono applicabili le regole generali relative alla diffida a adempiere e alla clausola risolutiva espressa, che permettono alle parti di indicare fin dalla conclusione del contratto le obbligazioni la cui violazione comporta l'estinzione automatica dell'intero rapporto.

Anche se non espressamente indicate dal legislatore, in questo ambito vanno ricomprese

18 Per esempio, si veda Trib. Bari 22.10.2004, *Danno resp.*, 2005, p. 750, secondo cui, posto che l'investimento effettuato dall'affiliato a una rete di negozi in *franchising* con sufficiente anticipo rispetto alla scadenza del contratto non può far ragionevolmente prevedere la protrazione del rapporto di affiliazione oltre la naturale scadenza esennale va revocato il decreto (reso *inaudita altera parte*) con cui era stata sospesa l'efficacia della comunicazione inviata dall'affiliante relativa al mancato rinnovo di un contratto di affiliazione commerciale.

19 Per esempio, si veda Trib. Milano 15.1.2015, in *Sistema Integrato Eutekne e Contratti*, 2016, p. 245, secondo cui la disdetta per evitare il rinnovo automatico di un contratto di *franchising* è legittima se ivi prevista e l'ex affiliato deve rilasciare gli immobili avuti in sublocazione.

anche le ipotesi di **recesso** e di **scioglimento per mutuo dissenso**.

Quanto alla **cessione**, va ricordato che l'affiliazione commerciale è considerato un contratto *intuitu personae* e che, pertanto, la cessione è, di norma, esclusa, salvo il consenso della parte ceduta²⁰.

Il contratto, quindi, ove le parti intendano riservarsi il diritto di cedere la propria posizione a terzi, deve disciplinare la fattispecie, prevedendo, per esempio, vincoli di gradimento a favore dell'affiliante.

Cosa accade, dunque, se il contratto non prevede condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso?

Tali elementi sono, per definizione, **accidentali** e, quindi, **la loro mancata previsione non ha alcun riflesso sulla validità del contratto**.

A ogni modo, in mancanza delle condizioni di rinnovo si deve ritenere, che il contratto non possa essere rinnovato. Se, però, le parti, scaduto il termine, ne proseguono l'esecuzione, il contratto, in ossequio al principio generale sulla conservazione, si trasforma in contratto a tempo indeterminato.

In assenza delle condizioni di risoluzione, invece, trova applicazione la disciplina generale dei contratti, mentre l'eventuale mancanza di una previsione sulla cessione, comporta l'ineccepibilità del contratto stesso.

IL TEMA DEL *KNOW-HOW*

Nei paragrafi che precedono è stata posta in evidenza la rilevanza del trasferimento del *know-how* all'affiliato.

L'elemento è tanto rilevante che anche la stessa L. 129/2004, nel solco di una tecnica legislativa mutuata dall'esperienza Comunitaria, ne fornisce la definizione.

In particolare, l'art. 1 comma 3 lett. a) della L. 129/2004 stabilisce che, nell'ambito della Legge, per **know-how**, si deve intendere un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è **segreto, sostanziale e individuato**.

In dettaglio, per **segreto**, si deve intendere 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**, si deve intendere 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; e per **individuato**, si deve intendere 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.

Vale la pena osservare che questa definizione è specificamente disegnata per l'ambito del *franchising*.

Generalmente, infatti, la nozione di *know-how* è più estesa e comprende le conoscenze che nell'ambito della tecnica industriale sono richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo o per il corretto impiego di una tecnologia, nonché le regole di condotta che, nel campo della tecnica mercantile, vengono desunte da studi ed esperienze di gestione imprenditoriale (**know-how in senso ampio**), ove presentino il carattere della novità (ossia quando comportano vantaggi di ordine tecnologico o competitivo) e della segretezza (ossia quando non sono divulgate). Tali conoscenze, poi, assumono rilievo come autonomo elemento patrimoniale suscettibile di utilizzazione economica da parte del possessore (**know-how in senso stretto**), anche

²⁰ Per esempio, si veda Trib. Torino 17.10.2007, in *Sistema Integrato Eutekne*, secondo cui, poiché, a sensi dell'art. 2558 c.c., in caso di cessione di azienda l'acquirente non subentra nei contratti a carattere personale senza il consenso del contraente ceduto, deve ritenersi che, in assenza di consenso del *franchisee*, e ove sia accertato il carattere personale del contratto di *franchising*, la cessione di ramo d'azienda effettuata dal *franchisor* a terzi non è opponibile al *franchisee*. Ne consegue che non sussiste rapporto contrattuale tra il *franchisee* e il predetto cessionario, e che quest'ultimo è privo di legittimazione passiva in ordine a pretese giudiziali concernenti l'inadempimento di obbligazioni contrattuali.



se derivino da invenzioni brevettabili che il titolare non intenda brevettare e preferisca sfruttare in regime di segreto, o da ideazioni minori non costituenti vere e proprie invenzioni brevettabili²¹.

Ci si chiede, dunque, se il *know-how*, nell'ambito del *franchising*, possa essere considerato un elemento essenziale.

La questione è dibattuta. Un primo orientamento, sostenuto dalla quasi unanime dottrina, ritiene che il *know-how*, poiché previsto quale elemento essenziale della fattispecie dall'art. 1 della L. 129/2004, sia indefettibile e che, pertanto, la mancata consegna all'affiliato comporti la radicale nullità del contratto²².

Un secondo orientamento, diametralmente opposto e di matrice giurisprudenziale, sostiene che il *know-how* non sia affatto un elemento essenziale del contratto di *franchising*.

Tale posizione era presente anche prima dell'introduzione della L. 129/2004²³ ed è rimasta del tutto immutata, fino alla recente e definitiva sentenza della Corte di Cassazione n. 11256/2018, secondo cui il contratto di *franchising* è integrato dalla concessione al *franchisee* della disponibilità di uno o più diritti di proprietà industriale contemplati nell'art. 1 comma 1 della L. 129/2004, e **non richiede, quindi, quale elemento indefettibile del tipo, il trasferimento del *know-how***, non potendosi argomentare in senso contrario dal disposto dell'art. 3 comma 4 lett. d) della stessa legge – alla cui stregua il contratto deve espressamente indicare *"la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato"* –, norma quest'ultima che si li-

mita a disciplinare il contenuto della relativa clausola, laddove prevista nel contratto.

Il contratto di *franchising* senza concessione di un *know-how* avente i requisiti di legge **non è perciò nullo**²⁴.

In sostanza, secondo la Giurisprudenza, la mancata consegna del *know-how* da parte dell'affiliante non si risolve in una causa di nullità per carenza di un elemento essenziale, ma va collocata tra i vizi funzionali del contratto e, dunque, è riconducibile a **un'ipotesi di inadempimento**.

Inoltre, la Cassazione, ritenendo evidentemente che la definizione legislativa fosse carente, ha dettato una interpretazione teleologica dei **requisiti** che deve avere il *know-how* in un contratto di *franchising*.

In particolare, la Corte ha chiarito che la legge non prescrive che debba trattarsi di un patrimonio di conoscenze inaccessibile, in quanto il *know-how* deve solo essere *"non generalmente noto né facilmente accessibile"*, rilevando, peraltro, la concreta combinazione di tali conoscenze come sperimentate dall'affiliante nella sua rete, a prescindere dalla loro analitica conoscibilità.

Analogamente, prosegue la Corte, il *know-how* deve ricomprendere le *"conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita o la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali"*, nel senso da costituire un'utilità economica effettiva per l'affiliato, di cui egli si serva nell'esercizio della propria attività in quella specifica rete di *franchising*.

Infine, il *know-how* deve essere individuato, os-

21 Cass. 15.4.2019 n. 10420, *CED Cassazione*, 2019.

22 Bortolotti F. "Il contratto di franchising: la nuova Legge sull'affiliazione commerciale, le norme antitrust europee", Padova, 2004 p. 20 e 37; Callipari N. "Il contratto di franchising", Milano, 2016, p. 116; De Nova G. "La nuova legge sul franchising", *Contratti*, 2004, p. 761; Id. "Il franchising", a cura di De Nova G., Leo C., Venezia A., Milano, 2004, p. 1; Frignani A. "Franchising: la nuova legge", Torino, 1990, p. 67; Id. "Il contratto di franchising: orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004", Milano, 2012, p. 104 e 109; Torresi T. "La nozione di know-how", a cura di Cuffaro V. "L'affiliazione commerciale", Torino, 2005, p. 53 ss.

23 Per esempio, si veda Trib. Milano 7.2.2002, *Gius.*, 2002, p. 1638, secondo cui l'obbligo del *franchisor* di trasmettere e aggiornare il *know-how* al *franchisee* permette a quest'ultimo di fornire agli utenti servizi identici a quelli concepiti dall'affiliante e rappresenta l'elemento caratterizzante il contratto di *franchising*, pertanto la violazione di tale obbligo, rendendo impossibile il raggiungimento dello scopo contrattuale, giustifica la risoluzione del contratto per inadempimento.

24 Cass. 10.5.2018 n. 11256, in *Sistema Integrato Eutekne e Dir. ind.*, 2018, p. 540.

sia "descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità", requisito che risponde a un duplice interesse, sia dell'affiliante sia dell'affiliato: del primo, perché può così vigilare sull'eventuale abuso che ne faccia l'affiliato, e di quest'ultimo, perché consente di verificare se il *know-how* sia effettivamente dotato dei requisiti di segretezza e sostanzialità²⁵.

Proseguendo nella analisi della fattispecie, infine, la Suprema Corte ha cristallizzato il principio di **elasticità del *know-how***.

In dettaglio, secondo gli Ermellini, il requisito della specificità del *know-how*, tenuto conto della generale applicabilità dell'affiliazione commerciale a ogni settore dell'attività economica ex art. 1 comma 2 della L. 129/2004, non può che avere un contenuto necessariamente elastico, tale da adattarsi alla (maggiore o minore) complessità strutturale della rete commerciale dell'affiliante e, quindi, all'attività imprenditoriale esercitata in concreto dall'affiliato e dedotta in contratto.

In altri termini, quanto meno articolata sia la rete dell'affiliante e quanto meno complessa sia l'attività svolta (nel caso esaminato dalla Corte, l'affiliazione concerneva la gestione di un bar-caffetteria, con caratteristiche di riconoscibilità limitate a uno specifico e ristretto ambito territoriale), tanto più "leggera" potrà essere la descrizione del *know-how* contenuta nel testo contrattuale, fermo restando che non potrà comunque svolgersi verso formule eccessivamente generiche e fumose, stante la previsione normativa di cui all'art. 1 comma 3 lett. a) della L. 129/2004²⁶.

In questa ottica, quindi, si comprende meglio l'interpretazione dell'art. 3 comma 4 lett. d)

che impone la specifica del *know-how* fornito all'affiliato, nel senso che tale specifica è essenziale solo ove vi sia un effettivo trasferimento di *know-how*.

OBBLIGHI DELL'AFFILIATO

L'art. 5 della L. 129/2004, rubricato "*Obblighi dell'affiliato*", stabilisce solo due obbligazioni a carico dell'affiliato:

- **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;
- l'affiliato si obbliga a 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.

Con la previsione della **preventiva autorizzazione**, il legislatore ha inteso tutelare l'affiliante permettendogli un certo controllo sulla catena di affiliati. In particolare, il trasferimento della sede dell'affiliato può avvenire solo con il consenso dell'affiliante.

La norma è coerente con l'eventuale diritto di esclusiva territoriale e con l'obbligo dell'affiliante di rispettarne la concessione agli altri affiliati. In sostanza, lo scopo è di evitare che l'affiliato, spostando la sede dell'attività, possa violare l'esclusiva territoriale di altri affiliati.

La deroga della **forza maggiore**, invece, appare pleonastica e di difficile applicazione concreta.

Come noto, infatti, nell'ordinamento italiano, non vi è una definizione di forza maggiore. La locuzione è utilizzata in alcune norme del Codice Civile, ed è, tradizionalmente riferita

25 Cass. n. 11256/2018, cit.

26 Cfr. Cass. n. 11256/2018, cit., secondo cui il grado di specificità con il quale i requisiti del *know-how*, enucleati dall'art. 1 co. 3 lett. a) della L. 129/2004, 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, fermo restando che essa non può comunque svolgersi verso formule eccessivamente generiche e fumose.



all'art. 1467 c.c. secondo cui debitore la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto ove la sua prestazione sia diventata eccessivamente onerosa per fatti **straordinari e imprevedibili, estranei alla sua sfera d'azione**. La straordinarietà ha carattere obiettivo, ossia deve trattarsi di un evento anomalo, misurabile e quantificabile sulla base di elementi quali la sua intensità e dimensione, mentre l'imprevedibilità ha natura soggettiva, collegata alla capacità previsionale e alla diligenza della parte contraente²⁷.

Gli eventi "straordinari e imprevedibili", in sostanza, non rientrano nella normale alea contrattuale e sono riconducibili, per prassi, a terremoti, uragani, guerre, ribellioni, e via discorrendo.

L'estraneità alla sfera di azione, invece, è rapportata all'imputabilità dell'inadempimento. In altri termini, non è definibile come forza maggiore un evento che con l'uso della normale diligenza era prevedibile al momento della stipulazione del contratto.

Quindi, per esempio, la disdetta o il mancato rinnovo del contratto di locazione dei locali in cui è condotta l'attività dell'affiliante, non è riconducibile alla fattispecie di forza maggiore. Ne consegue che, al di fuori di avvenimenti catastrofici, appare francamente difficile immaginare un evento di forza maggiore, che imponga di cambiare sede all'affiliato senza il consenso dell'affiliante.

La seconda obbligazione a carico dell'affiliato è relativa all'**obbligo di riservatezza**, anche *post* contrattuale, circa le informazioni riguardanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale. L'affiliato assume ex art.

1381 c.c. anche l'obbligo di riservatezza sul **proprio personale**.

La violazione di tali obblighi è soggetta alle norme generali in materia di inadempimento e, quindi, può fondare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno. La violazione dell'obbligo di riservatezza potrebbe anche integrare il delitto di rivelazione di segreti scientifici o industriali ex art. 623 c.p.

La disciplina dell'obbligo di riservatezza, poi, è completata, ricorrendone i presupposti, dagli artt. 98 e 99 del DLgs. 30/2005 (Codice della proprietà intellettuale)²⁸ nonché dalle norme a tutela della concorrenza (art. 2598 c.c.).

Oltre alle quelle previste dall'art. 5 della L. 129/2004, però, i contratti di *franchising* contengono numerose ulteriori obbligazioni a carico dell'affiliato. Tra queste, si possono ricordare:

- **pagamento della *royalty*** e, in generale, di tutti gli importi contrattualmente previsti (es. prezzo dei beni e delle attrezzature, *entry fee* ecc.);
- **rispetto delle istruzioni e delle procedure del manuale operativo**, ai fini di garantire l'uniformità della rete di affiliazione;
- **promozione** dell'attività oggetto del *franchising*;
- **incremento del mercato** dei prodotti e dei servizi offerti;
- **acquisto esclusivo di beni** (declinato anche come divieto di acquisto di beni e servizi diversi da quelli forniti dall'affiliante), da valutare con attenzione poiché potrebbe rappresentare una restrizione del mercato vietata²⁹;

27 Per tutte, si veda Cass. 19.10.2006 n. 22396, *CED Cassazione*, 2006, secondo cui il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza.

28 In particolare, l'art. 98 del DLgs. 30/2005 stabilisce che costituiscono oggetto di tutela i segreti commerciali, ossia le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete.

29 Per esempio, la clausola di non concorrenza, che esclude un bene di una certa marca dai punti vendita degli affiliati per tutta la durata degli accordi, consente all'affiliante di mantenere l'uniformità dei punti vendita e di impedire ai concorrenti

- **non concorrenza contrattuale** (ossia divieto di promozione e vendita di beni e servizi in concorrenza con quelli dell'affiliante) e **post contrattuale** (divieto di intraprendere un'attività in concorrenza con quella dell'affiliante per un certo periodo dopo la cessazione del contratto).

Su questo ultimo punto, è necessario un approfondimento.

IL PATTO DI NON CONCORRENZA

Il patto di non concorrenza contrattuale persegue due funzioni principali:

- tutelare la reputazione e l'identità comune della rete di affiliazione, mediante l'uniformazione di immagine e offerta qualitativa di beni e servizi; e
- impedire che si ingeneri confusione con beni e servizi di terzi e, specificamente di concorrenti.

Il patto di non concorrenza *post* contrattuale, invece, è volto a impedire:

- che il *know-how* dell'affiliante appreso dall'affiliato nella vigenza del rapporto possa avvantaggiare i concorrenti; e
- che l'ex affiliante sfrutti a proprio vantaggio le conoscenze acquisite a danno dell'affiliante e della rete di affiliati (es. storno di clientela).

Il patto di non concorrenza *post* contrattuale ha anche una funzione latamente deterrente, ossia scoraggiare il recesso dell'affiliato al fine di fidelizzarlo il più possibile alla rete di affiliazione.

Il patto di non concorrenza non è un elemento essenziale del contratto e, quindi, per poter operare, **deve essere espressamente previsto**.

Il patto di non concorrenza, poi, **non è**

remunerato anche se, di norma, per il caso di non concorrenza *post* contrattuale, se ne tiene conto nella quantificazione della royalty. Se il patto è contenuto in condizioni generali di contratto, deve essere specificamente approvato ex art. 1341 c.c.

Ci si chiede se la clausola di non concorrenza, però, sia soggetta ai limiti temporali di cui all'art. 2596 c.c., a norma del quale il patto che limita la concorrenza deve essere provato per iscritto, è valido se circoscritto a una determinata zona o a una determinata attività, e non può eccedere la durata di cinque anni. Se la durata del patto non è determinata o è stabilita per un periodo superiore a cinque anni, il patto è valido per la durata di un quinquennio.

Sul punto, va chiarito che l'art. 2596 c.c. si applica senza dubbio ai c.d. accordi orizzontali, ossia alle restrizioni frutto di convenzioni fra soggetti che operano allo stesso livello, mentre non è così pacifica l'applicazione agli accordi verticali, stipulati tra soggetti posti a livelli differenti del processo produttivo o distributivo.

Sul punto, in tema di affiliazione commerciale, la giurisprudenza ha recepito la seconda soluzione, stabilendo che **l'art. 2596 c.c. non si applica agli accordi tra imprenditori che operano a diversi livelli di produzione di beni e servizi** (c.d. accordi verticali), ma soltanto a quelli tra imprenditori che operano allo stesso livello produttivo (c.d. accordi orizzontali) in quanto tra imprenditori che operano a livelli diversi della produzione la concorrenza può essere solo indiretta e mediata. Essendo il patto in esame stipulato tra imprenditori che operano a livelli diversi della produzione (ossia tra affiliante e affiliato) si deve quindi **escludere l'applicazione** al caso di specie dell'art. 2596 c.c.³⁰.

di trarre benefici dal marchio commerciale. Tale clausola, di per sé restrittiva e, quindi, vietata, potrebbe non avere come effetto una grave preclusione se, per esempio, esistesse un grande numero di potenziali punti vendita accessibili ad altri produttori di beni simili. In questo caso, la clausola di non concorrenza che esclude un certo marchio concorrente potrebbe soddisfare le condizioni per essere esentata dal divieto di cui al Regolamento 330/2010, ai sensi dell'art. 101 del TFUE.

30 Cfr. Cass. 23.5.1994 n. 5024, *Giur. It.*, 1995, I, 1, p. 1322) e, più recentemente, App. Ancona 17.6.2020.



Ciò non significa, però, che le parti siano libere di disegnare un patto di non concorrenza a loro piacimento. Infatti, al fine della valutazione della validità delle clausole di non concorrenza inserite negli accordi verticali, le norme di riferimento, per la valutazione della liceità delle intese restrittive della concorrenza, non sono solo quelle nazionali che regolano la disciplina della concorrenza, e specificamente i limiti contrattuali della concorrenza (art. 2596 c.c.), ma quelle comunitarie già citate, per lo stretto collegamento esistente tra i principi comunitari a tutela della concorrenza e la L. 287/90, le cui disposizioni debbono essere interpretate e applicate sulla base dei principi comunitari in materia di disciplina della concorrenza.

In sostanza, la disciplina dei limiti contrattuali della concorrenza di cui all'art. 2596 c.c. ha una applicazione residuale e non corrispondente con la normativa nazionale anti-trust, che, per contro, è modellata su quella comunitaria e si applica ogni qual volta il patto di non concorrenza sia suscettibile di restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comunitario o di quello nazionale.

Il patto di non concorrenza, durante e dopo la cessazione di rapporti verticali, infatti, è disciplinato espressamente dall'art. 5 del Regolamento 330/2010 circa l'esenzione dall'applicazione dell'art. 101 del TFEU in tema di concorrenza³¹.

Il patto di non concorrenza quindi, è **valido solo se**:

- si riferisca a beni e servizi in concorrenza con i beni e servizi contrattuali;
- sia limitato ai locali e terreni da cui l'acquirente ha operato durante il periodo contrattuale;

- sia indispensabile per la protezione del *know-how* trasferito dal fornitore all'acquirente;
- la durata dell'obbligo di non concorrenza sia limitata al periodo di un anno a decorrere dalla scadenza dell'accordo (art. 5 del Regolamento CE 330/2010)³².

Ne consegue che la liceità della clausola contrattuale di limitazione della concorrenza, nell'ambito del contratto di *franchising*, deve essere valutata alla stregua delle discipline sulla concorrenza comunitaria e nazionale (L. 287/90), le quali vietano accordi restrittivi della concorrenza.

Per quanto riguarda il *franchising*, in particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (nella nota sentenza *Pronunptia* del 28.1.1986 causa C-161/84) ha stabilito che la normativa sulla concorrenza non si applica alle clausole di non concorrenza contenute nei contratti di affiliazione commerciale che vietino atti di concorrenza da parte dell'affiliato durante la vigenza del contratto e per un **congruo periodo** a partire dalla fine di esso.

La liceità di una simile clausola, all'interno del contratto di affiliazione commerciale, si giustifica dalla duplice necessità, per l'affiliante, di proteggere le conoscenze e il *know-how* che trasferisce all'affiliato e che potrebbero, quindi, essere utilizzate a svantaggio dell'affiliante stesso, e di proteggere anche gli altri affiliati alla rete commerciale in quanto, qualora un affiliato potesse in essere atti di concorrenza al di fuori della sua zona di competenza, potrebbe vanificare i vantaggi commerciali degli altri affiliati derivanti dall'appartenenza alla rete commerciale.

Del resto, una simile limitazione della libertà di concorrenza appare giustificata, dalla pro-

31 In sintesi, l'art. 101 del TFEU (e sul piano nazionale il corrispondente art. 2 della L. 287/90) vieta le intese e pratiche concordate tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di restringere o falsare la concorrenza, salvo che si tratti di intese che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti e promuovano il progresso tecnico o economico, in modo da controbilanciare gli effetti negativi derivanti dai limiti alla concorrenza.

32 Trib. Milano, Sez. spec. in materia di imprese, 27.1.2017, in *Sistema Integrato Eutekne*, sul punto, ha chiarito che non è superfluo rilevare che il trasferimento di *know-how* è un fattore sostanziale per la valutazione della liceità e indispensabilità delle restrizioni alla concorrenza perché sono proprio i vantaggi, in termini di incremento dell'efficienza e di investimento dovuti al trasferimento di *know-how*, a giustificare le restrizioni volte alla sua protezione.

spettiva del singolo affiliato, dai vantaggi che egli ottiene dallo sfruttamento delle altrui conoscenze e immagine commerciale, che egli potrebbe altrimenti ottenere soltanto tramite onerosi investimenti e l'esercizio della propria attività commerciale per un considerevole numero di anni. I vantaggi che l'affiliato trae dall'appartenenza alla rete commerciale e dall'utilizzo delle conoscenze e immagine dell'affiliante, giustificano, quindi, una riduzione della sua libertà di concorrenza.

La clausola di non concorrenza, quindi, è lecita solo ove sia limitata

- ai beni e ai servizi in concorrenza con quelli dell'affiliante;
- a una specifica zona territoriale;
- alla tutela del *know-how* dell'affiliante;
- a un anno dalla cessazione del contratto.

Per esempio, è stata ritenuta illecita e, quindi, disapplicata, una clausola di non concorrenza formulata in modo generico e senza alcuna limitazione territoriale (*"l'Affiliato non potrà esercitare direttamente o indirettamente attività concorrenti a quelle oggetto del contratto, non potrà affiliarsi, aderire o partecipare, in qualunque modo, compreso in qualità di dipendente, ad una rete in concorrenza con l'affiliante oppure a crearne una lui stesso ed in generale [...]"*), anche in relazione allo scarso apporto in termini di *know-how* da parte dell'affiliante³³.

CONCLUSIONI

Il contratto di affiliazione commerciale, così come disegnato dal legislatore, non può definirsi un negozio di mero scambio dove il pagamento di *royalties* è la contropartita per lo sfruttamento di una certa formula e immagine commerciale.

Dall'analisi compiuta, invece, emerge la sua natura del tutto peculiare caratterizzata dalla collaborazione: l'affiliante consegue una maggiore penetrazione territoriale dei suoi prodotti o servizi, a fronte dell'ottenimento da parte dell'affiliato di una formula commerciale collaudata che gli permette di intraprendere un'attività senza rischi eccessivi.

Entrambe le parti, quindi, mirano a instaurare un rapporto collaborativo di durata, volto a generare reciproci profitti. Tale rapporto, quindi, deve essere improntato alla buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 c.c., sia nel momento genetico e prodromico (si vedano gli obblighi nella fase di negoziazione del contratto e la *duty of disclosure*), sia in quello funzionale. In particolare, le obbligazioni a carico dell'una o dell'altra parte, nella fase esecutiva del contratto, hanno sempre ricadute reciproche. Si pensi, per esempio, all'obbligo dell'affiliante di organizzare una rete commerciale equilibrata sul territorio, al fine di garantire, da un lato, nel proprio interesse, una più efficace penetrazione del mercato, e dall'altro lato, nell'interesse dell'affiliato, per evitare una concorrenza interna.

Non sempre, però, il legislatore è riuscito nell'intento e, purtroppo, alcune norme lasciano più interrogativi che soluzioni. Parimenti, ove lacunosa, la disciplina del contratto di affiliazione commerciale è integrata da norme generali, da fonti comunitarie e, all'occorrenza, dai codici di condotta delle associazioni di categoria.

Più che in altri schemi, quindi, la redazione del contratto di affiliazione commerciale deve tenere conto di tutti questi aspetti, al fine di disegnare una disciplina equilibrata che contempererà l'interesse di entrambe le parti, nello spirito di collaborazione che caratterizza l'intera fattispecie.

33 Trib. Milano 27.1.2017, cit.