

IL CONTRATTO DI *FRANCHISING* – LA FASE PRECONTRATTUALE



Il contratto di affiliazione commerciale, meglio noto come *franchising*, nato e sviluppatosi negli ordinamenti anglosassoni nella seconda metà del '900, è caratterizzato, nella legislazione italiana, da una fase precontrattuale specificamente disciplinata, che comporta doveri informativi e di condotta a entrambe le parti. Di fatto, il nostro legislatore ha delineato la fattispecie della affiliazione commerciale come un contratto a formazione progressiva, in cui le fasi della trattativa precontrattuale sono scandite da termini essenziali e obbligazioni cogenti, e ciò in ragione di una legislazione europea in gran parte ispirata all'esperienza giuridica di *common law* e ai cd. *duties of disclosure*.

/ Cristiano BERTAZZONI *

Il contratto di *franchising* (detto anche di affiliazione commerciale) è nato negli Stati Uniti negli anni '50 del secolo scorso e si è imposto come un sistema di distribuzione innovativo e moderno.

In particolare, il *franchising* ha trovato un ampio sviluppo grazie alle caratteristiche peculiari del sistema di distribuzione che permette una sostanziale riduzione di rischi per il produttore, l'affermazione rapida e a costi contenuti del marchio e, in generale, la costruzione di una rete distributiva.

Agli albori della sua diffusione, il *franchising* veniva utilizzato soprattutto nei settori abbigliamento, ristorazione (*fast food*), autonoleggio e alberghiero. Nel tempo, poi, si è esteso sostanzialmente a qualsiasi settore merce-

ologico e dei servizi, fino al c.d. *franchising* industriale, sviluppato dapprima nel settore alimentare dei *soft-drink* e successivamente applicato alle più diverse tipologie produttive. A partire dalla fine degli anni '70, poi, grazie soprattutto ad alcuni "pionieri" (anche italiani), il modello di *franchising* si è sempre più diffuso in Europa. Purtroppo, però, in assenza di una legislazione *ad hoc* (presente invece negli Stati Uniti), i soggetti a vario titolo coinvolti si sono trovati a dover ricorrere agli strumenti che ciascun ordinamento nazionale offriva loro.

Il contratto di *franchising* veniva, quindi, qualificato in vari modi, accostandolo ora alla concessione di vendita ora alla licenza di beni immateriali.

* Avvocato in Verona – Unistudio Legal & Tax

In concreto, il *franchising* era considerato un sistema di collaborazione tra un produttore di beni o fornitore di servizi e un distributore, giuridicamente ed economicamente indipendenti, uniti da un contratto caratterizzato da due elementi:

- la trasmissione dal produttore al distributore di alcuni diritti a fronte di una prestazione prevalentemente monetaria; e
- la stretta integrazione tra le parti nello svolgimento della loro attività d'impresa.

Tale situazione ha generato, però, una crescente incertezza, soprattutto a livello giurisprudenziale, poiché il medesimo fenomeno distributivo veniva di volta in volta disciplinato in modo differente e i giudici non riuscivano a fare una sintesi delle diverse istanze.

Viera, per esempio, chi ravvisava nel *franchising* i profili del contratto di lavoro¹ o dell'associazione tra imprese² o una sorta di ingerenza dell'affiliante negli affari dell'affiliato³ o della somministrazione⁴ o dell'affitto di azienda⁵ o persino dell'attività creditizia⁶.

L'incertezza, poi, aumentava esponenzialmente, nei casi di *franchising* internazionale,

ove anche solo individuare la legge applicabile, in assenza di scelta delle parti, era tutt'altro che pacifico⁷.

In questo contesto, quindi, si sono verificate sia situazioni, pur legittime, ma eccessivamente squilibrate, sia episodi del tutto fraudolenti ove spregiudicate operazioni finivano per produrre gravi danni e, di fatto, generare sfiducia nel sistema e nel modello del *franchising*. Emergeva, quindi, la necessità di una armonizzazione e, soprattutto, di una tipizzazione della fattispecie.

In prima battuta, per fare un po' di chiarezza, è intervenuta la Corte di Giustizia Europea decidendo un caso in cui un affiliato in *franchising* (c.d. *franchisee*) tedesco riteneva di non dover pagare quanto richiesto dalla casa madre francese. È il notissimo caso *Pronuptia*⁸, in cui la Corte ha preso posizione e ha enunciato una serie di principi che hanno dato impulso al legislatore comunitario e hanno rappresentato il fondamento del Regolamento CEE 4087/88⁹, sostituito dal successivo Regolamento CE 2790/99¹⁰, a sua volta definitivamente su-

1 Pretura Palestrina 14.2.1987, *Impresa*, 1988, p. 2975, riteneva che l'impresa affiliata in forza di un contratto di franchising mantenesse la propria autonomia, che non veniva meno malgrado i vincoli, anche incisivi, posti dall'affiliante; l'operatore commerciale affiliato, conseguentemente, non poteva essere considerato alla stregua di un lavoratore dipendente dall'impresa concedente.

2 Secondo Pretura Lecce 24.10.1989, *Giur. It.*, 1991, I, 2, 731, si ha contratto di *franchising* quando vi è una parziale integrazione tra impresa principale e imprese minori, e quindi la creazione di una struttura decentrata e, in qualche modo, unitaria.

3 Secondo Trib. Lecce 9.2.1990, *Giur. It.*, 1991, I, 2, 732, si ha contratto di *franchising* quando l'impresa minore utilizza l'insegna dell'impresa maggiore, il rapporto ha carattere durevole, vi è ingerenza nella libertà di gestione dell'impresa minore da parte dell'impresa maggiore, mentre non occorre che siano previste *royalties* ed *entry fee*.

4 Trib. Torino 11.1.1995, *Dir. fall.*, 1995, II, p. 1065 e *Contratti*, 1995, p. 597, sostiene che qualora, in un contratto di *franchising*, fallisca il *franchisor*, la disciplina applicabile è quella prevista per la somministrazione.

5 Sul punto, Cass. 23.8.1990 n. 8618, *Arch. locazioni*, 1990, p. 684, aveva stabilito che il contratto di *franchising* prevede il trasferimento di alcune facoltà imprenditoriali specificamente determinate e non del complesso unitario dei beni mobili e immobili, materiali ed immateriali, concessi in godimento in quanto organizzati per la produzione di beni e servizi, per cui non può ritenersi che l'ipotesi contrattuale in questione realizzi una cessione (o affitto) dell'azienda ex art. 36 della L. 392/78.

6 Secondo App. Roma 12.1.1998, *Giur. It.*, 1999, p. 340, infatti, la fornitura di servizi finalizzata allo sviluppo e all'ampliamento di reti commerciali realizzate con contratti di *franchising* e operanti nel settore della mediazione immobiliare e finanziaria costituisce attività strumentale, la quale non può farsi coincidere con l'attività di mediazione finanziaria cui è preordinata, né comprende l'attività creditizia e bancaria, non potendosi far rientrare detta attività nella fornitura di servizi in favore delle imprese sopra indicate.

7 Per esempio, secondo App. Genova, 14.10.1996, *Dir. ind.*, 1997, p. 589, la competenza a conoscere della contrarietà di un accordo in *franchising* agli art. 85 e 86 del Trattato compete al giudice nazionale, secondo le norme generali di competenza, dovendosi cioè applicare la regola generale del doppio grado di giurisdizione.

8 Corte di Giustizia 28.1.1986 causa C-161/84.

9 Regolamento (CEE) 4087/88 della Commissione del 30.11.1988 concernente l'applicazione dell'art. 85, § 3, del Trattato a categorie di accordi di *franchising*.

10 Regolamento (CE) 2790/1999 della Commissione del 22.12.1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, § 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

perato dal Regolamento UE 330/2010¹¹. Dopo la sentenza *Pronuptia* e il primo Regolamento CEE 4087/88, tutti i Paesi europei si sono dotati di una legislazione sul contratto di *franchising*. In Italia, in particolare, è stata varata la L. 6.5.2004 n. 129, recante "*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*".

Non va, poi, dimenticato 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 fattispecie¹².

DEFINIZIONE DI *FRANCHISING*

La prima (e forse più completa) definizione di *franchising* a livello legislativo è rinvenibile nel Regolamento CEE 4087/88 ove, all'art. 3 lett. a), si legge che per *franchising* si intende un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d'autore, *know-how* o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi a utilizzatori finali.

Il *franchising*, quindi, è un insieme di diritti finalizzati al perseguimento di un determinato scopo.

Alla successiva lett. b), poi, si definisce **accordo di *franchising*** un accordo con il quale **un'impresa, l'affiliante, concede a un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un *franchising*, allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi.**

L'accordo, prosegue la norma, deve almeno contenere gli obblighi connessi:

- all'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto;
- alla comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un *know-how*;
- alla prestazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato, di un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo.

Quindi, il contratto di *franchising* è l'accordo tra imprese, con cui una concede all'altra lo sfruttamento di quel particolare insieme di diritti finalizzati a un determinato scopo, che deve necessariamente disciplinare le modalità con cui tali diritti possono essere esercitati, la cessione di un certo *know-how* e l'assistenza commerciale e tecnica relativa a tali diritti.

Secondo la definizione del Codice Etico EFF (art. 1), invece il *franchising* (affiliazione) è un sistema di commercializzazione di prodotti e/o servizi e/o tecnologie basato su una stretta e continua collaborazione tra imprese legalmente e finanziariamente separate e indipendenti, l'affiliante (*franchisor*) e i suoi affiliati (*franchisee*), secondo cui l'affiliante concede ai suoi affiliati il diritto e impone loro l'obbligo di intraprendere un'attività economica in base al sistema elaborato dall'affiliante.

Il diritto oggetto dell'accordo legittima e obbliga il singolo affiliato, in cambio di un corrispettivo finanziario diretto o indiretto, a usare il nome commerciale e/o i marchi commerciali e/o i marchi di servizio, il *know-how*, i metodi commerciali e tecnici, le procedure e gli altri

11 Regolamento (UE) 330/2010 della Commissione del 20.4.2010 relativo all'applicazione dell'art. 101, § 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

12 La EFF - *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 riconosciuto, 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).

diritti di proprietà industriale e/o intellettuale dell'affiliante, con l'ausilio di un supporto continuativo di assistenza commerciale e tecnica nel settore e ai sensi delle condizioni del contratto di *franchising* scritto, stipulato tra le parti a tal fine¹³.

Infine, l'art. 1 della L. 129/2004, ispirandosi alle precedenti definizioni sviluppate in ambito europeo, ma con un'evidente impronta italiana, afferma che 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.

In sostanza, il legislatore italiano ha rinunciato a definire il *franchising* quale oggetto (l'insieme di diritti), passando direttamente alla definizione del contratto, chiarendo subito che è del tutto indifferente quale sia il *nomen iuris* attribuito alle parti. La specificazione del legislatore è, peraltro, del tutto pleonastica.

Quindi, secondo l'ordinamento italiano, si è in presenza di un **contratto** qualificabile come *franchising* ove una parte (affiliante) conceda a un'altra (affiliato):

- un insieme di diritti (proprietà industriale o intellettuale, marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti);
- assistenza o consulenza tecnica e commerciale;
- introduzione in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio;

- allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.

Balza immediatamente agli occhi che la definizione non include il *franchising* industriale, mentre sembra imporre soluzioni operative di difficile attuazione. Per esempio, appare una contraddizione che un affiliante alla prima affiliazione abbia già una "pluralità di affiliati". Per colmare le lacune legislative, almeno in parte, la Giurisprudenza è giunta a una definizione forse meno tecnica ma più aderente alla realtà.

In particolare, secondo la Cassazione, con il contratto di affiliazione commerciale (o *franchising*) un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (*franchisor*), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato, creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali, concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi a un autonomo e indipendente distributore (*franchisee*), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio, ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio¹⁴.

LA FASE PRECONTRATTUALE

La citata L. 129/2004 dedica particolare attenzione alla fase precedente alla conclusione del contratto di *franchising*, con quattro articoli che rappresentano quasi un *unicum* nell'ordinamento italiano.

In particolare, l'art. 3 comma 2 impone che l'affiliante abbia sperimentato sul campo la validità del *franchising* prima di offrirlo ai futuri affiliati; l'art. 4 impone stringenti obblighi di informazione precontrattuale a carico dell'affiliante; l'art. 6, stabilisce un generale

13 Il testo integrale del Codice Etico è disponibile sul sito <http://www.eff-franchise.com>.

14 Cass. 21.12.2017 n. 30671, in *Sistema Integrato Eutekne*.

obbligo lealtà, correttezza e buona fede in fase precontrattuale e un ulteriore obbligo reciproco di fornire le informazioni necessarie e/o utili ai fini della stipulazione del contratto; infine l'art. 8 prevede la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto, in caso di false informazioni.

L'obbligo di rivelare informazioni attinenti alla sfera di attività dell'affiliante, prima della conclusione del vero e proprio rapporto contrattuale, costituisce quindi l'aspetto più rilevante della disciplina del *franchising*, ancor più visto che la fonte di ispirazione è chiaramente di derivazione anglosassone, con specifico riferimento al cd. *duties of disclosure*¹⁵. L'importanza dell'informazione precontrattuale nell'ambito del contratto di affiliazione commerciale ha origine da molteplici cause. In primo luogo, il *franchising* è un'operazione complessa, in relazione agli oneri economici, alla durata e alle obbligazioni che ne scaturiscono. Pertanto, è essenziale che il potenziale affiliato, prima di essere contrattualmente vincolato, possa conoscere nel modo più approfondito possibile gli elementi economici, finanziari e legali del rapporto che si accinge a stringere.

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

Infatti, nella prassi, l'aspirante affiliato è spesso un principiante del settore, privo di esperienza specifica, se non addirittura di esperienza commerciale in generale.

Infine, la **debolezza dell'aspirante affiliato**,

e la conseguente necessità di una specifica informazione precontrattuale, viene evidenziata dall'esigenza di elevata standardizzazione del *franchising*. È il caso, per esempio, dell'affiliante che deve governare una rete distributiva ramificata, la cui necessità di uniformità di prezzi e qualità dei prodotti, di struttura e gestione della rete distributiva, si riflette inevitabilmente sulla rigidità degli schemi contrattuali.

In altri termini, l'affiliante utilizza condizioni generali di contratto che l'aspirante affiliato può solo accettare o rifiutare, senza avere una reale possibilità di discutere le singole clausole. Ne consegue che la preventiva "*disclosure*" è funzionale a premettere al potenziale affiliato una adeguata riflessione sull'operazione. Sulla base di questi principi, nati dalla prassi d'Oltreoceano e fatti propri dalla legislazione europea, la L. 129/2004 impone all'affiliante di porre in essere una serie di iniziative e di informare adeguatamente l'aspirante affiliato prima della conclusione del contratto, pena l'invalidità del contratto stesso.

OBBLIGO DI SPERIMENTAZIONE

Il primo obbligo precontrattuale (quasi un prerequisito) imposto all'affiliante, in ordine temporale, è la sperimentazione in concreto dell'operazione che intende proporre agli affiliati.

Curiosamente (quanto meno da un punto di vista sistematico), tale obbligo è contenuto al comma 3 dell'art. 3 L. 129/2004, subito dopo la norma che impone la **forma scritta *ad substantiam*** del contratto, e prevede che per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale, **l'affiliante debba necessariamente aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale**.

¹⁵ Per esempio, negli Stati Uniti, la regola n. 436 della *Federal Trade Commission* disciplina analiticamente le informazioni che i *franchisors* devono fornire agli aspiranti *franchisees* in un apposito documento (cd. *Franchise Disclosure Document - FDD*), che deve essere consegnato prima della conclusione dell'accordo di *franchising* (*Federal Trade Regulation Rule n. 436 - Federal Trade Commission - Disclosure Requirements and Prohibitions concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*).



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

La L. 129/2004, invece, tace sia sulla durata della sperimentazione, sia sul "successo".

Nel silenzio della legge circa le modalità di esecuzione della sperimentazione, quindi, si deve fare riferimento a principi necessariamente generali.

Fortunatamente, la definizione di **formula commerciale** è rinvenibile nella Giurisprudenza che la descrive come l'insieme, variamente composto, di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale¹⁶. Non sfuggerà che tale definizione riecheggia quella di *franchising* del Regolamento CEE 4087/88 già citato.

Come deve essere condotta, dunque, la sperimentazione della formula commerciale?

In primo luogo, la sperimentazione deve essere **concreta**, ossia effettivamente eseguita nel mercato di riferimento e per un tempo sufficiente a provare la formula commerciale, in modo che possa produrre un risultato.

In linea di principio, si ritiene che **un anno** (meglio se un esercizio commerciale completo) sia un periodo sufficiente.

In secondo luogo, anche se sembra scontato, la sperimentazione deve produrre un **risultato positivo**. Infatti, anche se nella prescrizione legislativa manca la locuzione "con successo", contenuta invece nel "Codice deontologico dell'Associazione Italiana del *Franchising*", la norma è comunque posta nell'interesse dell'affiliato. Ne discende che, se la sperimentazione non produce un risultato positivo per i potenziali affiliati, non può nemmeno fon-

dare la conclusione di un contratto valido. In terzo luogo, poiché la formula commerciale deve essere positiva, ossia deve consentire un adeguato profitto a tutti i soggetti coinvolti nel sistema, la relativa sperimentazione deve essere condotta con modalità e tempi tali da poter **verificare che tale profitto sia in concreto ottenibile sul lungo periodo**.

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

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

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

La formula, poi, può essere sperimentata direttamente dall'aspirante affiliante o da un soggetto terzo, il c.d. **affiliato pilota**.

Il rapporto contrattuale che disciplina la sperimentazione con un terzo (il cui oggetto non è il *franchising* ma la sperimentazione della formula che l'affiliante vuole lanciare sul mercato) è denominato **contratto di pre-franchising o di "pilotage"**.

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

16 Trib. Bergamo 18.7.2019 n. 1730, in *Sistema Integrato Eutekne*.

dotti venduti o adattando i servizi offerti. Nel *pilotage* l'ideatore e lo sperimentatore possono partecipare congiuntamente alla sperimentazione della formula e in caso di successo possono anche concordare di dividere i diritti di utilizzazione. È il caso in cui lo sperimentatore ha un apporto determinante nella definizione stessa della formula commerciale.

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

A seconda dell'intensità della partecipazione del "pilota" alla sperimentazione, viene modulato anche il corrispettivo. Diversamente dal *franchising*, quindi, non vi sono diritti di ingresso e le *royalties* sono generalmente più favorevoli, visto il rischio che lo sperimentatore assume.

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

In caso di violazione dell'art. 3 comma 2 della L. 129/2004, ossia se l'affiliante non esegue la sperimentazione della formula commerciale e conclude comunque contratti di *franchising*, la legge non prevede alcun tipo di sanzione.

Sul punto, però, è intervenuta la giurisprudenza, chiarendo che **la concessione della sperimentata formula commerciale all'affiliato è elemento essenziale qualificante il contratto di *franchising***, nell'ottica dell'in-

serimento dell'impresa dello stesso affiliato in una articolata rete territoriale riferibile all'affiliante e composta da una pluralità di altri affiliati, con lo scopo di commercializzare determinati beni o servizi¹⁷.

Se ne deduce, quindi, che senza sperimentazione, il contratto di *franchising* è **nullo**¹⁸.

OBBLIGO DI DIVULGAZIONE PRECONTRATTUALE (DISCLOSURE)

Come già accennato, oltre alla preventiva sperimentazione della formula commerciale, nella fase precontrattuale vi è, a carico del futuro affiliante, l'obbligo di fornire una serie di informazioni all'aspirante affiliato (la cd. *disclosure*), al fine di garantire la massima trasparenza per consentire una valutazione consapevole e senza distorte rappresentazioni della formula commerciale.

In particolare, l'obbligo di *disclosure* (già contenuto nei Codici Deontologici di categoria) è specificamente previsto dall'art. 4 della L. 129/2004, a norma del quale almeno **trenta giorni prima della sottoscrizione** di un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere e alcune informazioni essenziali, da allegarsi al contratto, quali:

- i principali dati societari relativi all'affiliante (ragione, capitale sociale e, su richiesta, copia del bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività);
- l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza

17 Cass. 10.5.2018 n. 11256, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che la descrizione del *know-how* è un requisito di validità del contratto di *franchising* solo ove ne sia espressamente pattuito il trasferimento in favore dell'affiliato, mentre è la formula commerciale sperimentata a costituire l'elemento essenziale e sempre imprescindibile di tale contratto.

18 Si veda anche la recentissima Cass. 5.5.2020 n. 8464, *CED Cassazione* 2020, in merito all'onere probatorio che incombe sull'affiliante circa la dimostrazione dell'insussistenza della sperimentazione. Nell'atto di citazione, l'attore/affiliato aveva dedotto l'inadeguatezza della formula utilizzata tenendo conto che il punto vendita pilota era un semplice spaccio aziendale, tuttavia non era riuscito nel corso del procedimento di primo e secondo grado a provare tale circostanza, ovviamente respinta dal convenuto affiliante e definitivamente cassata nel giudizio di legittimità.

concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio;

- una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;
- una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;
- 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;
- la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy*.

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

Il legislatore, quindi, non si è affidato al generico obbligo di informazione precontrattuale ex art. 1337 c.c. (richiamato, invece, dal successivo art. 6 della L. 129/2004), né ha previsto una serie di passaggi graduali e obbli-

gati prima della nascita del vincolo negoziale (es. consegna di un prospetto informativo e successiva sottoscrizione del contratto), ma ha tratteggiato, nel solco delle cd. *disclosure laws* di tradizione anglosassone già citate, un elenco analitico di documenti e informazioni da consegnare all'aspirante affiliato con un tempo adeguato per valutarne la bontà.

Cosa accade se l'affiliante non adempie agli obblighi informativi?

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

In particolare, l'art. 8 della L. 129/2004, rubricato "*Annullamento del contratto*", stabilisce che se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c. (dolo) nonché il risarcimento del danno, se dovuto¹⁹. Secondo la giurisprudenza di merito, poi, l'affiliante deve porre particolare attenzione alle modalità con le quali comunica la documentazione prescritta dall'art. 4 della L. 129/2004. In particolare, non è sufficiente a provare l'effettiva consegna delle informazioni la mera sottoscrizione della clausola contrattuale precostituita e prestampata contenuta nel contratto di *franchising*, recante la conferma dell'avvenuta ricezione da parte dell'affiliato della documentazione prevista dalla norma. Per contro, è indispensabile l'allegazione e la prova del contenuto e delle modalità di messa a disposizione all'affiliato di detta documentazione a pena di annullamento del contratto di *franchising*²⁰.

19 Cass. 25.5.2006 n. 12424, *CED Cassazione* 2006, ha chiarito che, nell'ambito di un contratto di affiliazione commerciale, a norma dell'art. 1439 cod. civ., il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto, ossia quando, determinando la volontà del contraente, abbiano ingenerato nel *deceptus* una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.

20 Trib. Trani 5.2.2018 n. 291, in *Sistema Integrato Eutekne*. Nello stesso solco, Trib. Trento 30.5.2014 secondo cui, in materia di *franchising*, non costituisce circostanza idonea a provare l'avvenuta consegna, dall'affiliante all'aspirante affiliato, della documentazione dettagliatamente indicata nell'art. 4 della L. 129/2004, la sottoscrizione della clausola contrattuale precostituita e prestampata contenuta nel negozio, recante la conferma della ricezione della documentazione predetta da parte dell'affiliante. L'adempimento di un obbligo informativo in un settore negoziale ad alto contenuto tecnico, invero, non può mai essere dimostrato mediante la sottoscrizione di dichiarazioni generiche, unilateralmente predeterminate e predisposte in via generale, essendo necessaria l'allegazione e la prova del contenuto e delle concrete modalità di messa a disposizione dell'affiliato della documentazione citata, derivandone in mancanza l'annullamento del negozio.

Se l'affiliante ha operato esclusivamente all'estero e si affaccia per la prima volta sul mercato italiano, si applicano gli obblighi informativi precontrattuali previsti dal DM 2.9.2005 n. 204 solo se, però, sulla base delle norme di diritto internazionale privato, il contratto di affiliazione commerciale è regolato dalla legge italiana.

In questo caso, oltre alla copia del contratto da sottoscrivere, alle informazioni societarie, ai marchi e alla descrizione della formula commerciale, l'affiliante estero deve fornire all'aspirante affiliato:

- una lista numerica, comprensiva degli affiliati al momento operanti e dei punti vendita diretti, suddivisa per singoli Stati nonché, su richiesta, una lista recante i dati relativi all'ubicazione e alla reperibilità, di almeno venti affiliati operanti (o se inferiori a venti, la lista completa);
- l'indicazione della variazione, anno per anno e suddivisa per singoli Stati, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni solari o dalla data di inizio dell'attività qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;
- la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari, definiti nei tre anni solari antecedenti, con sentenza passata in giudicato, nonché dei procedimenti arbitrali per i quali, nel medesimo periodo, si sia pervenuti al lodo definitivo, con indicazione delle parti, dell'organo giudicante, delle domande e del dispositivo.

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

Un cenno, poi, merita un inciso che spesso passa inosservato, ma che lascia aperta una finestra attraverso la quale l'affiliante potrebbe facilmente sottrarsi ai propri obblighi.

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

In altri termini, sembra che l'affiliante possa liberamente non fornire o nemmeno menzio-

nare le informazioni elencate dalla norma in parola, qualora sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza.

La previsione ricalca quasi pedissequamente l'art. 5 del "Codice deontologico della Associazione Italiana Franchising" ma, per come formulata, rischia in realtà di frustrare le ragioni dell'affiliato.

Infatti, l'affiliante potrebbe facilmente sottrarsi agli obblighi informativi semplicemente invocando la riservatezza delle informazioni e limitandosi a menzionare nel contratto vaghe esigenze di riservatezza.

In verità, nella prassi, gli accordi di *franchising* (e in generale tutti le operazioni caratterizzate da una formazione progressiva e complessa degli accordi contrattuali), soprattutto nella fase precedente la conclusione del contratto, prevedono la stipula di **accordi di riservatezza** (cd. *Non-Disclosure Agreements*) corredati da consistenti penali in caso di violazione.

L'inciso dell'art. 4 della L. 129/2004 circa la possibilità di rifugiarsi dietro lo schermo della riservatezza per omettere informazioni rilevanti, quindi, viene agevolmente sorpassato dagli accordi di riservatezza che, anzi, di solito, rappresentano l'iniziale contratto che le parti concludono ancor prima di scambiarsi qualsiasi informazione.

La norma in esame, poi, non dice nulla sulla possibilità di **contrattualizzare la fase di pre-franchising**. Ci si chiede, quindi, se nell'ordinamento vi siano schemi contrattuali che possano adattarsi a disciplinare tale fase.

NEGOZI PREPARATORI, OPZIONE E PRELIMINARE DI FRANCHISING

Come sempre, nel silenzio della legge, l'interprete si rivolge ai principi e agli istituti dell'ordinamento. Quindi, nel caso in cui le parti sentano l'esigenza di disciplinare la fase di *pre-franchising*, vanno richiamati i cd. **negozi preparatori**, ossia quegli accordi, variamente nominati, che aiutano le parti nella formazione progressiva del contratto.

Tra gli accordi preparatori, si distinguono quelli previsti dall'ordinamento (tipici) e quelli nati dalla prassi o mutuati da altri ordinamenti (atipici).

Gli accordi preparatori **tipici**, tradizionalmente, sono l'**opzione**, la **proposta irrevocabile** e la **prelazione convenzionale**, mentre quelli **atipici**, molto diffusi nella pratica, hanno diverse denominazioni quali, **lettera di intenti**, **memorandum of understanding**, **termsheet** e via discorrendo.

La distinzione essenziale, tuttavia è strutturale: vi sono gli accordi atipici riconducibili alla **minuta di clausole** (nota anche come **puntuazione**) e quelli riconducibili al **programma di contratto**.

La prima è il documento in cui le parti registrano i punti sui quali concordano nella progressione negoziale verso il momento perfezionativo del contratto. Si tratta di un testo preparatorio non vincolante che può, però, essere anche molto articolato²¹.

Lo schema della puntuazione viene utilizzato nelle lettere di intenti e nei cd. **termsheet**, anche se l'estrema flessibilità e varietà di accordi che rientrano sotto questa denominazione ne impedisce di fatto una definizione sistematica.

Va notato, però, che l'accordo raggiunto su singoli punti della negoziazione, suscettibili di revisione in rapporto allo sviluppo della

trattativa, non è considerato vincolante né ha rilievo probatorio circa la successiva conclusione di un contratto²².

Per contro, vi sono, lettere di intenti parzialmente obbligatorie o persino pienamente obbligatorie, tanto da essere qualificabili come veri e propri contratti, fonte di obbligazioni e responsabilità per le parti.

La seconda struttura, invece, è comune a quegli accordi preparatori atipici volti a stabilire l'impegno delle parti ad avviare le negoziazioni, o a rispettare un certo programma negoziale, o a disciplinare tutti o solo alcuni effetti o elementi accidentali del futuro contratto (es. accordo di riservatezza, accordo di non concorrenza, *pactum de non petendo*, accordo di *standstill*, *pactum de tractando* ecc.). Quale sia lo schema scelto, gli accordi preparatori sono sempre utilizzabili sia come strumento di interpretazione del contratto principale o, in caso di abbandono ingiustificato dalla trattativa di una delle parti, sia quale fondamento per la **culpa in contrahendo**²³.

Nella prassi del *franchising*, quindi, è frequente che la fase precontrattuale sia disciplinata da uno o più accordi preparativi.

Oltre al già citato accordo di riservatezza, che pone al riparo il *know-how* dell'affiliante nei trenta giorni previsti dall'art. 4 della L. 129/2004, lo strumento più utilizzato è la **lettera di intenti** (che di norma contiene, tra

21 Cass. 4.2.2009 n. 2720, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha chiarito che in tema di minuta o di puntuazione del contratto, qualora l'intesa raggiunta dalle parti abbia per oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto – l'accertamento del quale è riservato all'apprezzamento del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione – non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale; per tale valutazione, ben può il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati dagli artt. 1362 ss. c.c., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà delle parti, operazione che non assume carattere diverso quando sia questione, invece, che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d'interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del *nomen iuris* e della lettera dell'atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre. (La Corte, nel formulare il principio suindicato, ha confermato la sentenza impugnata che, nonostante l'apposizione all'atto del titolo "lettera d'intenti", aveva reputato concluso un contratto definitivo, alla luce dell'assetto di interessi complessivo emergente dal tenore della scrittura, e, in particolare, della presenza di una clausola compromissoria, dell'inizio dell'esecuzione e dell'assenza di una clausola che escludesse espressamente il carattere vincolante della scrittura).

22 Cass. 2.12.2008 n. 28618, in *Sistema Integrato Eutekne*, ha stabilito che in tema di perfezionamento dell'accordo negoziale, il documento contenente la puntuazione ancorché completa e bilaterale dell'assetto degli interessi che le parti intendono adottare, è idoneo a fornire la prova del perfezionamento del contratto, costituendo mera presunzione semplice, superabile mediante la prova contraria, fornita con ogni mezzo, non esclusa la prova testimoniale, ammissibile anche quando l'accertamento dell'attuale vincolatività dell'accordo riguardi un contratto preliminare di compravendita immobiliare.

23 Cass. 10.5.2012 n. 7184, *CED Cassazione* 2012.

le altre, anche clausole di riservatezza) in cui le parti si obbligano a mantenere un determinato comportamento nel tempo che li separa dalla conclusione del contratto principale.

La lettera di intenti può anche prevedere la dazione di un importo a carico dell'aspirante affiliato a vario titolo qualificabile, secondo l'accordo delle parti, come caparra confirmatoria o come deposito cauzionale. Se il contratto principale si conclude, l'importo viene imputato al diritto di ingresso o "*entry fee*" (una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale).

Tra gli accordi preparatori tipici nel *franchising*, invece, è frequente l'**opzione** ex art. 1331 c.c., mediante la quale l'affiliante concede all'aspirante affiliato, di norma a fronte del pagamento di un corrispettivo, un'opzione per la conclusione del contratto di *franchising*.

In altri termini, l'affiliante propone irrevocabilmente all'aspirante affiliato di stipulare il contratto, mantenendo ferma la proposta per un certo tempo. L'aspirante affiliato ha, quindi, la possibilità di esercitare o meno l'opzione entro il termine pattuito.

In tale lasso temporale, pertanto, l'aspirante affiliato ha la possibilità di valutare la documentazione presentata dall'affiliante e decidere se concludere il contratto o meno.

Il corrispettivo per l'opzione, molto spesso, è giustificato da una sorta di esclusiva territoriale: l'affiliato, per il periodo di esercizio dell'opzione, si obbliga a non proporre, né ad accettare proposte relative alla conclusione di un *franchising* in una determinata zona.

Tale clausola permette all'aspirante affiliato di cercare un luogo adatto alla formula commerciale dell'affiliante (es. un negozio con vetrine in una strada ad alta percorrenza pedonale), evitando il rischio che altri aspiranti affiliati aprano nella medesima zona.

Nel contratto di opzione, poi, possono prevedersi anche alcuni servizi aggiuntivi che l'affiliante offre quali, per esempio, la consulenza e assistenza nell'individuazione di una idonea sede per il punto vendita.

Se l'aspirante affiliato non esercita l'opzione entro il termine stabilito, il contratto principale non si conclude.

Diverso ancora, poi, è il caso del contratto **preliminare di *franchising***, con il quale le parti si obbligano a concludere, in un momento successivo, un contratto definitivo, il cui contenuto in merito agli elementi essenziali, sia in astratto sia in concreto, è già stato fissato nel primo.

La differenza con gli accordi preparatori, quindi, è essenziale: mentre con questi ultimi, l'aspirante affiliato è libero di concludere o meno il contratto di *franchising*, con il preliminare, l'aspirante affiliato diventa un "promissario affiliato", ossia è **obbligato** a concludere il contratto definitivo di *franchising*.

In verità, il preliminare di *franchising* è abbastanza raro nella prassi ed è osteggiato dalle associazioni di categoria. Per esempio, l'art. 4 del "Codice Deontologico dell'Associazione Italiana del *Franchising*" stabilisce che l'utilizzo di un contratto preliminare di *franchising* deve essere limitato ai casi in cui esso risulti assolutamente indispensabile, per il corretto perseguimento degli obiettivi di sviluppo del sistema di *franchising*; da parte dell'affiliante. Tale contratto non dovrà però, in nessun caso, sostituire o integrare, in tutto o in parte, il contratto definitivo di *franchising* e dovrà chiaramente indicare i tempi e le modalità di instaurazione del rapporto e di sottoscrizione del contratto definitivo.

Rimane, quindi, da chiarire solo un aspetto tutt'altro che secondario circa l'applicabilità dell'art. 4 della L. 129/2004 agli accordi preparatori.

La norma, infatti, per individuare il **termine di trenta giorni** per la consegna del materiale informativo all'aspirante affiliato, si riferisce al **contratto di affiliazione commerciale completo**. La regola, quindi, potrebbe interpretarsi nel senso che, quando sia già stato sottoscritto dalle parti un accordo precedente il vero e proprio accordo definitivo (lettera di intenti, opzione ecc.), l'affiliante non sia tenuto a fornire all'aspirante affiliato le informazioni elencate dall'art. 4 L. 129/2004.

Si tratta di una interpretazione restrittiva che non sembra coerente con la *ratio* di tutela dell'aspirante affiliato: se questi ricevesse le informazioni solo dopo essersi già obbligato a concludere il contratto principale, dopo aver versato una caparra confirmatoria, verrebbe meno tutto l'impianto previsto dal legislatore circa l'obbligo di *disclosure*.

Ne discende che il contratto cui si riferisce l'art. 4 citato è da intendersi come **comprensivo di qualsiasi accordo preparatorio** e che, quindi, qualunque sia la scelta delle parti (lettera di intenti, opzione ecc.), l'obbligo di *disclosure* e il termine minimo di trenta giorni rimangono immutati.

Quanto al termine, in particolare, si deve ritenere che sia **derogabile solo in aumento** (ossia le parti possono prevedere solo un termine maggiore a trenta giorni).

OBBLIGHI PRECONTRATTUALI DI COMPORTAMENTO

L'art. 6 della L. 129/2004, poi, impone alle parti specifici obblighi di comportamento in tutta la fase precontrattuale.

In particolare, l'affiliante e l'affiliato devono reciprocamente tenere, in qualsiasi momento, un comportamento ispirato a **lealtà, correttezza e buona fede** e ciascuno deve fornire all'altro, in modo tempestivo, esatto e completo, ogni dato e informazione necessaria o

utile ai fini della stipulazione del contratto, nel rispetto di eventuali obblighi di riservatezza.

La norma, che sembra quasi pleonastica, riassume i doveri che incombono sulle parti nella fase precedente la stipula del contratto di *franchising*. In verità, i principi di lealtà e correttezza, menzionati dall'art. 6 della L. 129/2004 riecheggiano il noto principio di buona fede in senso oggettivo²⁴ al quale le parti devono attenersi durante lo svolgimento delle trattative ex art. 1337 c.c.²⁵.

La giurisprudenza ormai consolidata e costante ritiene che la violazione della buona fede precontrattuale, intesa come violazione dei doveri di lealtà e correttezza nelle trattative, sia fonte di responsabilità extracontrattuale, limitando di fatto l'applicabilità dell'art. 1337 c.c. alle sole ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative²⁶.

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

Quindi, quanto al primo obbligo, si possono individuare una serie di **comportamenti illeciti** rilevanti nella fase precontrattuale del *franchising*, quali:

- la mancata informazione circa eventuali cause di invalidità o di inefficacia del contratto,

24 Per tutte Cass. 27.10.2006 n. 23273, *CED Cassazione* 2006, secondo cui il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al Codice Civile, "*richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*", deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere *ex se*, ove provato, un danno risarcibile.

25 Per esempio, Cass. 2.2.2015 n. 1786, *Società*, 2015, p. 503, ha stabilito che è illegittimo, e perciò fonte di responsabilità precontrattuale, il protrarsi di trattative al solo scopo di acquisire informazioni utili, interrotte con l'ingiustificato recesso dalle stesse, nell'ipotesi in cui abbiano fatto sorgere nella parte che invoca la detta responsabilità il ragionevole affidamento nella conclusione del contratto.

26 Cass. SS.UU. 16.7.2001 n. 9645, *Mass. Giur. It.*, 2001, ha definitivamente stabilito che la responsabilità precontrattuale, configurabile per violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c. – a norma del quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali, debbono comportarsi secondo buona fede – costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, sicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo debbono essere vagliati alla stregua degli art. 2043 e 2056 c.c., tenendo peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione.

ex art. 1338 c.c. (per esempio nascondere di non avere eseguito la sperimentazione);

- la violazione del dovere di chiarezza (simile a quello imposto agli intermediari finanziari, anch'essi soggetti a una profonda *disclosure*), che impone alle parti di esprimere senza ambiguità linguistiche o concettuali, il contenuto del contratto e della formula commerciale;
- la mancata informazione circa eventuali cause di inutilità del contratto o della prestazione che incidono sulla causa concreta determinando il risarcimento del danno²⁷;
- la mancata informazione circa gli elementi utili ai fini della valutazione della convenienza dell'affare.

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

Nell'ambito dell'affiliazione commerciale, l'obbligo di riservatezza rileva soprattutto in relazione alla proprietà intellettuale e al *know-how* cui l'aspirante affiliato ha accesso durante la fase precontrattuale, visti gli obblighi di *disclosure* previsti all'art. 4 della L. 129/2004 di cui si è parlato nei paragrafi precedenti.

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

L'art. 6 della L. 129/2004, poi, **impone alle parti di scambiarsi le informazioni necessarie, utili o anche solo opportune, ai fini della conclusione del contratto di *franchising*,**

ma è modulato in modo diverso per affiliante e aspirante affiliato.

In particolare, l'**affiliante** è obbligato a fornire tempestivamente, all'aspirante affiliato, "*ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi*".

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

Va chiarito, in primo luogo, che i dati e le informazioni cui si riferisce la norma in parola sono necessariamente **diversi e ulteriori rispetto alle informazioni previste dall'art. 4** che l'affiliato è obbligato a consegnare. Infatti, tali dati si riferiscono, potenzialmente, a qualsiasi elemento che l'aspirante affiliato ritenga anche solo utile, ai fini della conclusione del contratto, secondo la propria valutazione personale.

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

In più, l'affiliante è obbligato a fornire quanto richiesto in modo tempestivo, così da evitare che una risposta tardiva possa pregiudicare gli interessi dell'aspirante affiliato. Su cosa significhi, in concreto, "tempestivamente" e in quale termine si traduca è argomento da valutare caso per caso.

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

27 Cass. 24.7.2007 n. 16315, *CED Cassazione* 2007, ha chiarito che il principio di buona fede oggettiva o correttezza (quale generale principio di solidarietà sociale che trova applicazione a prescindere alla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, imponendo al soggetto di mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità in ordine ai falsi affidamenti anche solo colposamente ingenerati nei terzi) impone al creditore di avvisare il debitore dell'inutilità della prestazione, essendo in difetto tenuto al risarcimento dei danni.

L'obbligo di motivazione, poi, consente all'aspirante affiliato di accertare l'effettiva esistenza delle ragioni dell'omessa informazione. Nel silenzio della norma, però, deve ritenersi che la motivazione al diniego delle informazioni richieste, debba essere data, anche solo prudenzialmente, per iscritto, ma non necessariamente nel testo del contratto, come invece previsto per le informazioni di cui all'art. 4 della L. 129/2004.

A differenza dell'affiliante, invece, l'**aspirante affiliato** deve *"fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, [...] ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante"*.

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

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

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

Quella che a prima vista può sembrare una lacuna legislativa, in realtà ha una *ratio* ben precisa. Infatti, per chiarire quello che sembra uno squilibrio a favore dell'affiliante, è necessario ricordare che la legge non impone all'aspirante affiliato alcun obbligo di *disclosure*. Ne consegue che per l'affiliante non è affatto facile reperire informazioni necessarie o utili ulteriori rispetto a quelle riferite a specifiche esigenze dell'aspirante affiliato. Pertanto, su

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

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

CONCLUSIONI

Come emerso dalla trattazione, la fase precontrattuale nel contratto di affiliazione commerciale ha ricevuto particolare attenzione dal legislatore, sulla scia della legislazione europea. È altresì emerso che lo scambio di informazioni tra le parti coinvolte nelle trattative costituisce, in via generale, un presupposto essenziale per il corretto svolgimento dei rapporti precontrattuali, qualunque sia il contenuto del contratto che si intenda perfezionare. Nelle trattative volte alla conclusione di un contratto di *franchising*, a maggior ragione, un'informazione completa ed esaustiva in fase precontrattuale permette all'aspirante affiliato di valutare vantaggi e limiti dell'affiliazione. Pertanto, lo scambio di informazioni assume un rilievo decisivo nella formazione del consenso, tanto che il legislatore ha espressamente sanzionato la violazione di tali obblighi con l'annullabilità ex art. 1439 c.c.

L'intero impianto legislativo, improntato a una *"full disclosure"* imposta all'affiliante e, nei termini sopra chiariti, anche all'aspirante affiliato, ha prodotto una drastica riduzione delle controversie sorte prima dell'introduzione della L. 129/2004 e, successivamente, un ridottissimo contenzioso, proprio perché alle parti è data la possibilità di conoscere, ancora prima di iniziare il rapporto, ogni informazione utile a valutare la bontà dell'operazione.