

LA LEGGE SUL
FRANCHISING
E LE INFORMAZIONI
PRECONTRATTUALI



Con la collaborazione di **Mirco Comparini**
Ragioniere Commercialista – Revisore Legale
Consulente al Franchising – Giornalista Pubblicista

Sommario

La legge sul franchising e le informazioni precontrattuali	1
1. Premessa	3
2. Le caratteristiche generali dalla normativa	4
1.1 Dal disegno di legge alla legge	6
3. L'informazione precontrattuale	12
2.1 Il rispetto delle informazioni di legge.....	14
4. Le aree critiche dell'informazione precontrattuale (agcm).....	21
5. Le aree critiche dell'informazione precontrattuale (i tribunali).....	27
5.1 Come fornire le informazioni precontrattuali	27
5.2 La delicatezza delle "informazioni previsionali"	29
6. Il contratto	30
7. Le informazioni sulle precondizioni (la sperimentazione).....	37
8. Le informazioni sulle precondizioni (il know how).....	42

1. Premessa

Con la Legge 6 maggio 2004, n.129, il legislatore ha regolamentato il rapporto contrattuale dell'affiliazione commerciale (franchising) intervenendo in prevalenza sull'informazione precontrattuale tra le parti, considerata come la minima necessaria prima di formalizzare il rapporto. Proprio per tale caratteristica, la profonda conoscenza della norma acquisisce importanza sin dalle fasi di predisposizione del progetto aziendale per la costruzione di un sistema di franchising che deve necessariamente essere perfettamente coerente anche con la costruzione contrattuale, oltre a tener conto che gli elementi utili per un dettagliato approfondimento sono anche molti altri.

2. Le caratteristiche generali dalla normativa



L'analisi dettagliata della normativa sul franchising è un processo fondamentale e necessario per comprendere, sia quanto effettivamente risulti necessario per la progettazione di un sistema di *franchising*, sia per la sua gestione, nonché, **per una corretta predisposizione della struttura contrattuale** che deve risultare assolutamente coerente e "rispettosa" circa lo stesso sistema di *franchising*. Si tratta, pertanto, di un processo utile in termini aziendali, ma anche in termini di prevenzione e sicurezza legale, con beneficio per ambedue le parti contrattuali.

- ↳ "(...) La L.n.129/2004 sull'affiliazione commerciale regola quasi esclusivamente i requisiti formali e la fase pre-contrattuale - prevedendo una serie di obblighi informativi a carico del franchisor - **e non disciplina invece lo svolgimento del rapporto di franchising, che resta in tal modo rimesso pressoché interamente alla autonomia contrattuale delle parti, e quindi soggetto a uno squilibrio economico-giuridico.** (...) Ci sono alcuni aspetti maggiormente critici e in relazione ai quali più frequentemente si registra una conflittualità nell'ambito dei rapporti di franchising. Una prima area è costituita dalle informazioni precontrattuali (...)”¹



OSSERVA - la regolamentazione della fase precontrattuale, pertanto, costituisce la caratteristica più importante della L.129/2004 e questa caratteristica la rende fondamentale per qualsiasi approfondimento sul tema franchising e sul contratto che si pone a sua regolamentazione.

Senza la perfetta comprensione della norma (e delle sue insidie), qualsiasi trattazione, anche solo in termini aziendali, risulterebbe carente. La norma, infatti, privilegia la regolamentazione del flusso informativo che ogni singola parte deve mettere a disposizione dell'altra al fine di consentire una valutazione preliminare circa la reale opportunità per una effettiva instaurazione

*** Ragioniere Commercialista – Revisore Legale – Consulente Franchising – Pubblicista**

¹ Così Avv. Valerio Pandolfini, "Il franchising: un contratto in continua ascesa ma attenti alle insidie" in www.diritto24.ilsole24ore.com, 17 luglio 2015

del conseguente rapporto contrattuale. Si tratta di una caratteristica voluta e cercata dal **legislatore che ha evitato di basare unicamente la nuova norma sulla regolamentazione del contenuto del contratto**, essendo ben noto come ogni formula e sistema di affiliazione commerciale abbia proprie particolari e specifiche caratteristiche che difficilmente possono essere inserite in un rigido e specifico quadro normativo valido per tutti i sistemi. Si tratta, in ogni caso di una norma che costituisce il "minimo formale", ma non il "massimo sostanziale" per una idonea regolamentazione del rapporto, per la costruzione di un sistema di *franchising*, ma anche per la valutazione di una potenziale adesione.



Prima dell'introduzione della norma, il progressivo sviluppo del *franchising* in Italia era come affiancato da una dottrina che qualificava il rapporto in maniera diversa, avvicinandolo, talvolta alla concessione di vendita, in altri casi alla licenza di beni immateriali, oppure definendolo come un contratto organizzativo a funzione associativa, ma anche, più correttamente, come un contratto atipico dotato di autonomia causale.



Aldilà delle definizioni giuridiche, nella prassi, il contratto di *franchising* veniva descritto come un sistema di collaborazione tra un produttore (o rivenditore) di beni o fornitore di servizi ed un distributore, giuridicamente ed economicamente indipendenti, ma vincolati da un contratto caratterizzato da due elementi: (1) la trasmissione dal franchisor al franchisee di una serie di diritti a fronte di una prestazione prevalentemente monetaria e (2) la stretta integrazione tra le parti nello svolgimento della loro attività d'impresa².



Da questo punto di vista, la Legge n.129/2004, già con il tenore letterale riportato sin dalle prime definizioni all'articolo 1 – "*L'affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, **comunque denominato...***" – ha "sgombrato il campo" da qualsiasi dubbio circa alcuni impropri paragoni o assimilazioni tra il *franchising* ed altri istituti giuridici.

² Così A.Frignani in "*Il contratto di franchising*", Giuffrè Editore, Milano 1999, p. 6 s.

D'obbligo ricordare che l'unica norma che conteneva una definizione del contratto di *franchising* e che ne regolava anche alcuni aspetti del rapporto era il Regolamento CEE n.4087/88 del 30.11.1988 (in vigore fino al 1998)³. Nonostante avesse un ambito d'applicazione limitato alle condizioni di applicazione dell'articolo 85(3) CE agli accordi di *franchising*, tale Regolamento ha costituito una pietra miliare per il settore ed è servito da guida e da parametro alla nostra giurisprudenza, alla nostra dottrina, nonché al settore professionale ed imprenditoriale, per aver delineato non solo la nozione del contratto atipico di *franchising*, ma anche molti altri aspetti estremamente utili.



Importante specificare, infine, che il contratto di *franchising* era (ed è) anche oggetto di norme deontologiche di settore redatte dalle associazioni di operatori che adottano il franchising, sia in Italia, sia in paesi europei.



In tale scenario, con l'entrata in vigore dal 25.05.2004, è stata, pertanto, introdotta la Legge n.129 del 6 maggio 2004 ("*Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*") che ha certamente colmato un vuoto legislativo.

1.1 Dal disegno di legge alla legge

Ai fini di una più completa analisi della normativa, ed alle conseguenti deduzioni, commenti, interpretazioni ed approfondimenti anche successivi al presente intervento, risulta molto importante riportare preliminarmente il testo della legge e, contestualmente, con un doppio

³ Regolamento 4087/88: 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 ad utilizzatori finali" (articolo 1(3)(a)) e per "accordo di franchising" "un accordo col quale un'impresa, l'affiliante, concede ad un'altra, l'affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un franchising allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi; esso comprende almeno gli obblighi connessi: all'uso di una denominazione o di un'insegna commerciale comune e di una presentazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto, alla comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un know-how, alla presentazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato, di un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo" (articolo 1(3)(b))

vantaggio, portare anche a conoscenza quello che è stato il risultato del processo di approvazione della stessa, con le indicazioni delle modifiche intervenute in tale passaggio. Questa forma di confronto non è, ovviamente, casuale, ma è certamente utile e propedeutico per questo intervento e per quelli che seguiranno

<p>SENATO DELLA REPUBBLICA ----- XIV LEGISLATURA ----- N. 19-25-103-842-B DISEGNO DI LEGGE <i>approvato dalla 10ª Commissione permanente (Industria, commercio, turismo) del Senato della Repubblica il 25 marzo 2003, in un testo risultante dall'unificazione dei disegni di legge (V. Stampati nn. 19, 25, 103 e 842)</i> d'iniziativa dei senatori MACONI, GRUOSSO, PASQUINI e PIATTI (19); ASCIUTTI (25); MARINO, MUZIO e PAGLIARULO (103); COSTA (842) <i>(V. Stampato Camera n. 3834)</i> <i>modificato dalla X Commissione permanente (Attività produttive, commercio e turismo) della Camera dei deputati il 24 marzo 2004</i> <i>Trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza il 25 marzo 2004</i> Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale</p>

TESTO APPROVATO DAL SENATO DELLA REPUBBLICA IN DATA 25 MARZO 2003	TESTO APPROVATO DALLA CAMERA DEI DEPUTATI IN DATA 24 MARZO 2004 (testo vigente)
Art.1 – (Definizioni)	Art.1 – (Definizioni)
1. L'affiliazione commerciale (<i>franchising</i>) 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, <i>know-how</i> , 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.	1. <i>Identico.</i>
2. Il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica.	2. <i>Identico.</i>
3. Nel contratto di affiliazione commerciale si intende:	3. <i>Identico:</i>
a) per <i>know-how</i> , un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il <i>know-how</i> , considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il <i>know-how</i> comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita o la rivendita dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il <i>know-how</i> deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e	a) per <i>know-how</i> , un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il <i>know-how</i> , considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il <i>know-how</i> comprende conoscenze indispensabili

TESTO APPROVATO DAL <u>SENATO DELLA REPUBBLICA</u> IN DATA 25 MARZO 2003	TESTO APPROVATO DALLA <u>CAMERA DEI DEPUTATI</u> IN DATA 24 MARZO 2004 (testo vigente)
di sostanzialità;	all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il <i>know-how</i> deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità;
b) per diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale;	b) per diritto di ingresso, 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;
c) per <i>royalties</i> , 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;	c) <i>identica</i> ;
d) per beni dell'affiliante, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal nome dell'affiliante.	d) <i>identica</i> .
Art.2 – (Ambito di applicazione della legge)	Art.2 – (Ambito di applicazione della legge)
1. Le disposizioni relative al contratto di affiliazione commerciale, come definito all'articolo 1, si applicano anche al contratto di affiliazione commerciale principale con il quale un'impresa concede all'altra, giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima, dietro corrispettivo, diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale allo scopo di stipulare accordi di affiliazione commerciale con terzi, nonché al contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale di cui al comma 1 dell'articolo 1.	<i>Identico</i>
Art.3 – (Forma e contenuto del contratto)	Art.3 – (Forma e contenuto del contratto)
1. Il contratto di affiliazione commerciale deve rispettare, a prescindere dalla quota di mercato detenuta dalle parti, la normativa comunitaria e nazionale in materia di concorrenza prevista dagli articoli 81 e 82 del Trattato istitutivo della Comunità europea e dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e deve essere redatto per iscritto a pena di nullità.	1. Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità.
2. Per la costituzione di una nuova rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato in un qualsiasi Stato della Unione europea la propria formula commerciale per un periodo minimo di due anni e con almeno due unità di vendita, possibilmente in città diverse, metà delle quali gestite da affiliati pilota. Nel periodo di sperimentazione, si applicano i principi stabiliti nella presente legge.	2. Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale.
3. Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti.	3. <i>Identico</i> .
4. Il contratto deve inoltre espressamente indicare:	4. <i>Identico</i> .

TESTO APPROVATO DAL <u>SENATO DELLA REPUBBLICA</u> IN DATA 25 MARZO 2003	TESTO APPROVATO DALLA <u>CAMERA DEI DEPUTATI</u> IN DATA 24 MARZO 2004 (testo vigente)
a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;	a) <i>identica</i> ;
b) le modalità di calcolo e di pagamento delle <i>royalties</i> , e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;	b) <i>identica</i> ;
c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;	c) <i>identica</i> ;
d) la specifica del <i>know-how</i> fornito dall'affiliante all'affiliato;	d) <i>identica</i> ;
e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di <i>know-how</i> da parte dell'affiliato;	e) <i>identica</i> ;
f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;	f) <i>identica</i> ;
g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.	g) <i>identica</i> .
Art.4 – (Obblighi dell'affiliante)	Art.4 – (Obblighi dell'affiliante)
1. 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, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto:	1. <i>Identico</i> :
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;	a) <i>identica</i> ;
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;	b) <i>identica</i> ;
c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;	c) <i>identica</i> ;
d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;	d) <i>identica</i> ;
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;	e) <i>identica</i> ;
f) 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 <i>privacy</i> ;	f) <i>identica</i> .
g) un'ipotesi di bilancio previsionale fondata, se possibile, su esperienze di affiliati in posizione analoga; tale ipotesi non costituisce, in alcun modo, garanzia o promessa di risultato, ferme restando le tutele civili e penali per	<i>soppressa</i>

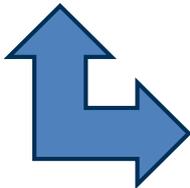
TESTO APPROVATO DAL <u>SENATO DELLA REPUBBLICA</u> IN DATA 25 MARZO 2003	TESTO APPROVATO DALLA <u>CAMERA DEI DEPUTATI</u> IN DATA 24 MARZO 2004 (testo vigente)
l'affiliato quando l'ipotesi stessa risulti elaborata con dolo o colpa grave.	
	2. Negli allegati di cui alle lettere d), e) ed f) del comma 1 l'affiliante può limitarsi a fornire le informazioni relative alle attività svolte in Italia. Con decreto del Ministro delle attività produttive, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le informazioni che, in relazione a quanto previsto dalle predette lettere d), e) ed f), dovranno essere fornite dagli affilianti che in precedenza abbiano operato esclusivamente all'estero.
Art.5 – (Obblighi dell'affiliato)	Art.5 – (Obblighi dell'affiliato)
1. 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.	1. <i>Identico</i>
2. L'affiliato si impegna ad osservare e a far osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale.	2. <i>Identico</i>
Art.6 – (Obblighi precontrattuali di comportamento)	Art.6 – (Obblighi precontrattuali di comportamento)
1. L'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, 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.	1. <i>Identico</i>
2. L'affiliante deve motivare all'aspirante affiliato l'eventuale mancata comunicazione delle informazioni e dei dati dallo stesso richiesti.	2. <i>Identico</i>
3. L'aspirante affiliato deve tenere in qualsiasi momento, nei confronti dell'affiliante, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede e deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante.	3. <i>Identico</i>
Art.7 – (Conciliazione)	Art.7 – (Conciliazione)
1. Per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato.	1. Per le controversie relative ai contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 38, 39 e 40 del decreto legislativo 17

TESTO APPROVATO DAL SENATO DELLA REPUBBLICA IN DATA 25 MARZO 2003	TESTO APPROVATO DALLA CAMERA DEI DEPUTATI IN DATA 24 MARZO 2004 (testo vigente)
Art.8 – (Annullamento del contratto)	Art.8 – (Annullamento del contratto)
1. Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto.	1. <i>Identico</i>



Quanto sopra esposto costituisce un passaggio molto importante per una opportuna comprensione sostanziale dei sistemi di franchising, così come anche dei provvedimenti che giungono dalla giurisprudenza.

E' alquanto evidente come la lettura e l'analisi della legge possano sembrare semplici, scorrevoli e senza particolari problematiche da rilevare e/o segnalare (e, sinceramente, lo sono, se si paragonano i farraginosi testi ed il criptico linguaggio di molte altre norme come quelle in ambito fiscale, ad esempio),



ma così non è ed è importantissimo, come già accennato, che il relativo contenuto sia considerato il "livello minimo a carattere legale" di diritti-doveri a carico delle parti, ma non il "livello effettivamente necessario a carattere sostanziale" per una profonda ed effettiva regolamentazione (anche contrattuale) dei rapporti che le parti, sin dai primi contatti, devono avviare a gestire fra loro.

L'analisi della norma può essere effettuata sotto due aspetti: quelli positivi e quelli negativi.

Se per quelli positivi le deduzioni possono solo enfatizzarne l'utilità senza destare particolare preoccupazione sotto molti aspetti, inclusi quelli di carattere legale,

quelli che devono essere oggetto di maggiore attenzione, ovviamente, sono sempre quelli negativi i quali costituiscono vere e proprie zone "ombra" che questa legge, in alcuni casi, rischia di porre e, in altri casi, pone pericolosamente nei rapporti fra le parti.

3. L'informazione precontrattuale



Rispetto a questa tematica, che costituisce il primo obiettivo della norma, particolarmente importanti sono gli articoli da 3 a 6 della Legge, i quali rischiano, come detto, di essere assolutamente "limitativi" rispetto a quello che, di fatto e nella prassi ormai adottata e consolidata, si stanno applicando da tempo (soprattutto da parte dei franchisor più seri), sia nella fase di progettazione (per quanto nell'articolo 3), sia nella fase di informazione precontrattuale (per gli altri articoli).



OSSERVA - infatti, occorre non dimenticare, che l'attività di trasparenza e di informazione da parte del franchisor (che prima dell'introduzione della legge era sostanzialmente un atto volontario) nasce proprio dalle attività di valutazione ed approfondimento avviate (o che dovrebbero essere avviate) dal franchisee il quale, se ben preparato o, soprattutto, se ben assistito professionalmente, certamente è opportuno che continui a chiedere molte più informazioni rispetto al contenuto della norma.

Di riflesso, un franchisor che riceve richieste di informazioni, di approfondimenti, ecc. più dettagliate ed analitiche, non è opportuno che rifiuti di fornirle giustificando che il quantitativo ed il contenuto di informazioni da richiedere debba limitarsi a quelle contenute nella stessa norma.



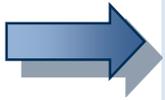
Pertanto, logica conseguenza che ne deriva, è che un franchisor che fornisce ulteriori e più dettagliate informazioni, oltre a quelle elencate dalla legge, per dimostrare concretamente un atteggiamento ed un approccio di trasparenza, non può che essere considerato degno di attenzione e degno di una nota di merito.

Una volta "posizionata" correttamente la norma nella "fase precontrattuale", occorre ancora ripetere, tenere ben presente e consolidare il concetto che **il tema dell'informazione precontrattuale assume un rilievo fondamentale nella "fase preparatoria" del contratto di**

franchising ed è su queste linee guida, integrate anche da altri elementi di valutazione, che deve scorrere e proseguire l'analisi, l'interpretazione e l'applicazione concreta della normativa stessa.



Ovvio e logico l'accostamento anche alle disposizioni civilistiche riguardo all'obbligo di buona fede, oggettivamente intesa come condotta corretta e leale, di cui all'art.1337 del Codice Civile⁴.



E', infatti, noto come l'istituto della responsabilità precontrattuale "da codice civile" tuteli non già l'interesse all'adempimento, bensì quello del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili o nella stipulazione di contratti invalidi o inefficaci⁵.

Dovendo considerare il tema alquanto vasto e non trattabile con dovizia di particolari in questo contesto, la problematica degli obblighi delle parti nella fase precontrattuale per il franchising non può non fare cenno e non tenere conto della circostanza, da ritenersi condivisibile, che, al momento dell'interesse alla instaurazione del rapporto, affiliante ed affiliato si trovino in una situazione di squilibrio informativo.

Infatti, mentre il primo è dotato di ogni competenza in ordine all'opportunità tecnica e gestionale ed anche alla maggiore o minore convenienza economica dell'affare, il secondo è, invece, più esposto a difetti di valutazione ed alle tecniche di affiliazione (in taluni casi anche aggressive) del primo, tanto da dover rilevare non occasionali interventi in tema di pubblicità ingannevole da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (che tratteremo in altri interventi).

Se è pur vero che nel settore possiamo assistere (in una logica di diversificazione o di ampliamento del *business*) alla presenza in ruoli di affiliato da parte di strutture aziendali organizzate e professionalmente preparate in grado di mitigare lo squilibrio appena descritto, è

⁴ Articolo 1337 Codice civile (Trattative e responsabilità precontrattuale) – *"Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede"*

⁵ Cfr. Bianca, Diritto civile, III,2000, 156 e ss richiamato in *"Contratto di franchising, pubblicità ingannevole e tutela dei diritti del terzo"* di Antonella Caputo e Giovanni Adamo

comunque assodata la presenza di tale squilibrio informativo (scopo di rimozione da parte della norma in questione) e ci si chiede se corrisponda o meno a canoni di razionalità economica imponere all'affiliante un diritto di privativa sulle informazioni ed in caso affermativo occorre poi stabilire quali circostanze devono essere comunicate.

Nello specifico la legge sul franchising opera attraverso:

- **l'articolo 4** (*Obblighi dell'affiliante*), che fornisce l'elenco di ciò che, a parere di chi scrive, è da ritenersi, comunque, il quantitativo minimo di informazioni da fornire agli affiliati;
- **l'articolo 6** (*Obblighi precontrattuali di comportamento*), che descrive l'aspetto comportamentale che ambedue le parti devono assumere nelle fasi precedenti alla sottoscrizione del contratto;
- **l'articolo 8** (*Annullamento del contratto*), che descrive le conseguenze dal mancato rispetto di un comportamento precontrattuale idoneo.

2.1 Il rispetto delle informazioni di legge



Come abbiamo potuto appurare, ambedue le parti sono interessate da una serie di obblighi specifici, anche di carattere comportamentale. Nell'analisi che segue, limitiamo l'intervento alla casistica di carattere nazionale ed omettiamo, quindi, un approfondimento delle disposizioni contenute nell'articolo 4, comma 2.



Pertanto, in tema di dati, notizie ed informazioni, mentre **per l'aspirante affiliato** tale obbligo è circoscritto al contenuto dell'articolo 6, comma 3 ("*...deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante.*"), **per l'affiliante**, invece, la norma è più dettagliata e specifica ed ha anche alcune eccezioni.

<p>La prima eccezione</p>	<p>è individuabile nello stesso articolo 6, comma 1, che, oltre a confermare il medesimo comportamento di trasparenza previsto per l'aspirante affiliato, riporta una deroga a favore dell'affiliante per quelle <i>"informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi"</i>. Per usufruire di tale deroga, comunque, come riporta il comma 2 dello stesso articolo, l'affiliante deve <i>"motivare all'aspirante affiliato l'eventuale mancata comunicazione delle informazioni e dei dati dallo stesso richiesti"</i>.</p>
<p>La seconda eccezione</p>	<p>all'obbligo di informazioni poste a carico dell'affiliante, la troviamo all'articolo 4, comma 1, che, in premessa all'elenco delle informazioni, dei dati e dei documenti da fornire obbligatoriamente all'aspirante affiliato, concede una deroga per <i>"...quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto"</i>.</p>

Quindi, è possibile sostenere che **tali esigenze di riservatezza debbano in ogni caso essere:**

- **oggettive**, quindi, non connesse a valutazioni puramente soggettive dell'affiliante;
- **specifiche**, senza poter, quindi, porre come "scudo" generici richiami alla privacy propria o di terzi;
- **richiamate**, cioè da citare obbligatoriamente nel contratto sottoposto alla preventiva lettura (art.4, c.1) o in specifica comunicazione (art.6, c.2).



Come già fatto presente, poste queste premesse, segue l'obbligo da parte dell'affiliante di predisporre il proprio contratto fornendo altre specifiche informazioni, così come elencate dall'articolo 3, comma 4.

Proseguendo nell'analisi della norma in tema di informazioni precontrattuali, al fine di adottare un corretto "flusso operativo" su quanto **la legge impone all'affiliante**, il primo riferimento normativo da prendere in considerazione, licenziato come sopra l'articolo 6, è appunto l'articolo 4 al quale, in questo processo, seguirà quanto previsto all'articolo 3, comma 4. Vediamone i dettagli.

L'articolo 4 (Obblighi dell'affiliante)

Infatti, anche se in tale "flusso operativo" l'ordine numerico degli articoli non assume progressività, è, in primis, proprio l'articolo 4 a richiedere la consegna (almeno 30 gg prima della firma) del contratto le cui caratteristiche ed i cui contenuti (insieme ad altre importanti informazioni) sono descritte nell'articolo 3, comma 4, precedente, appunto, allo stesso articolo 4.

Il contenuto dell'articolo 4 è, sostanzialmente, un vero e proprio elenco prescrittivo da concretizzarsi in allegati al contratto per la preventiva lettura.

Di seguito si riporta un'analisi delle disposizioni contenute nell'articolo 4, comma 1, concernenti le informazioni che l'affiliante deve fornire all'aspirante affiliato non oltre i 30 giorni precedenti la sottoscrizione del contratto cercando, senza aspirazioni di esaustività, di fornire anche delle ipotesi operative utili a verificare anche se, nella prassi operativa, tali prescrizioni sono effettivamente adottate dagli affilianti:

- **a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale (...)**



NOTA BENE – Il termine "principali" consente di sostenere che ragione e capitale sociale non sono gli unici dati che l'affiliante ha la necessità di fornire essendo utilizzata la precisazione "tra cui".

Per analogia, trattandosi di dati informativi di natura commerciale, si ritiene che possano soddisfare il dettato normativo la specifica degli estremi di registrazione presso il Rea, il numero del Registro delle Imprese, il Codice Fiscale e la Partita Iva e che rappresentano anche il pieno

soddisfacimento delle disposizioni contenute nell'articolo 2250 del Codice Civile⁶, per ciò che concerne la corrispondenza. E' indubbio che tali informazioni non possono essere esaustive.



Esempio, un dato importante, regolato anche in altre nazioni, sono le informazioni sul management.

Condizione	Si tratta di un'informazione obbligatoria non condizionata.
Modalità di assolvimento	I dati possono anche non essere forniti in specifico allegato in quanto l'inserimento degli stessi sul contratto, in qualità di parte contrattuale dell'affiliante, può ampiamente soddisfare la normativa. E' possibile sostenere che una visura camerale possa assolvere con completezza alla disposizione.

- (...) 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;**



NOTA BENE – La norma è esplicita e chiara e la stessa deve essere applicata solo in conseguenza del comportamento assunto dal potenziale affiliato. A differenza di altre normative (statunitense e francese in primis), tale disposizione risulta, quindi, una

⁶ Articolo 2250 Codice civile (Indicazione negli atti e nella corrispondenza) – "Negli atti e nella corrispondenza delle società soggette all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese [2188] devono essere indicati la sede della società e l'ufficio del registro delle imprese presso il quale questa è iscritta e il numero d'iscrizione.

Il capitale delle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata deve essere negli atti e nella corrispondenza indicato secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente dall'ultimo bilancio.

Dopo lo scioglimento delle società previste dal primo comma deve essere espressamente indicato negli atti e nella corrispondenza che la società è in liquidazione.

Negli atti e nella corrispondenza delle società per azioni ed a responsabilità limitata deve essere indicato se queste hanno un unico socio.

Gli atti delle società costituite secondo uno dei tipi regolati nei capi V, VI e VII del presente titolo, per i quali è obbligatoria l'iscrizione o il deposito, possono essere altresì pubblicati in apposita sezione del registro delle imprese in altra lingua ufficiale delle Comunità europee, con traduzione giurata di un esperto.

In caso di discordanza con gli atti pubblicati in lingua italiana, quelli pubblicati in altra lingua ai sensi del quinto comma non possono essere opposti ai terzi, ma questi possono avvalersene, salvo che la società dimostri che essi erano a conoscenza della loro versione in lingua italiana.

Le società di cui al quinto comma che dispongono di uno spazio elettronico destinato alla comunicazione collegato a una rete telematica ad accesso pubblico forniscono, attraverso tale mezzo, tutte le informazioni di cui al primo, secondo, terzo e quarto comma".

facoltà posta a carico dell'aspirante affiliato e non un effettivo obbligo imposto all'affiliante.

Condizione	Si tratta di un'informazione che l'affiliante deve fornire solo su richiesta dell'affiliato e tale richiesta non necessita di alcuna motivazione.
Modalità di assolvimento	Trasparenza vorrebbe (almeno) che l'affiliante esplicitasse nei propri moduli di richiesta affiliazione la necessità di manifestare tale opzione da parte del potenziale affiliato. Detto questo, al fine di assolvere all'obbligo normativo, è opportuno che i documenti costituiscano un plico allegato al contratto sottoposto alla lettura.

- ***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;***



NOTA BENE – Ovvio l'obiettivo di tutela e garanzia su diritti che terzi potrebbero manifestare su tali beni immateriali di fondamentale importanza per la franchise.

Condizione	Si tratta di un'informazione obbligatoria non condizionata.
Modalità di assolvimento	I dati possono anche non essere forniti in specifico allegato in quanto l'inserimento degli stessi sul contratto, in qualità di parte contrattuale dell'affiliante, può ampiamente soddisfare la normativa. È, in ogni caso, fortemente consigliato allegare, anche al contratto firmato, copia della documentazione attestante quanto richiesto dalla normativa (ad esempio, copia del deposito e della registrazione del marchio presso gli uffici competenti, ecc.).

- ***c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;***



NOTA BENE – Si tratta di un'informazione certamente utile anche per verificare un eventuale uso inconsistente o fraudolento del franchising (esistono casi dell'uso del solo nome "franchising", come da provvedimenti AGCM) oggetto potendo così

constatare l'effettiva presenza della commercializzazione di beni e servizi (art.1, c.1).

Condizione	Si tratta di un'informazione obbligatoria senza condizioni.
Modalità di assolvimento	I dati possono anche essere integrati riportando più informazioni possibili in specifico allegato al contratto posto alla lettura, ma è fortemente suggerito fornire anche una descrizione, la più dettagliata possibile, anche sul contratto.

- **d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;**



NOTA BENE – L'informazione consente di comprendere ed attestare la credibilità e l'importanza della rete certamente utile anche a completare una valutazione sull'investimento che il potenziale affiliato andrà a sostenere. In ogni caso, il dato deve essere analizzato contestualmente a quanto previsto alla lett.e).

Condizione	Si tratta di un'informazione obbligatoria non condizionata.
Modalità di assolvimento	È sufficiente una lista da allegare al contratto posto alla lettura e niente osta che siano integrati anche con i dati richiesti dalla lett.e).

- **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;**



NOTA BENE – L'informazione consente di comprendere ed analizzare la "dinamica" operativa del franchisor. Pur evidenziando l'assoluta importanza del dato, la carenza di tale disposizione è da ricercarsi nelle motivazioni che possono determinare eventuali frequenti "uscite" dal sistema di franchising oggetto di interesse da parte del potenziale affiliato. Su questo punto l'AGCM si è focalizzata molte volte in quanto

trattasi di un forma ingannevole ad alto impatto psicologico.

Condizione	Si tratta di un'informazione obbligatoria non condizionata.
Modalità di assolvimento	È sufficiente una lista da allegare al contratto posto alla lettura e niente osta che siano integrati anche con i dati richiesti dalla lett.d).

- ***f) 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.***



NOTA BENE – Si tratta di un'informazione di notevole interesse che consente di avere il quadro completo anche sulla serietà e sull'affidabilità professionale dell'affiliante pur dovendo apprendere e valutare tali notizie con cautela ed attenzione. Inoltre, l'importanza di tale disposizione è fornita anche dal fatto che non risulta importante l'esito del procedimento.

Si tratta, comunque, di una informazione carente in quanto, per caratteristica delle stesse procedure ADR, non prevede informazioni circa eventuali conciliazioni/mediazioni (art.7). Tema che affronteremo in seguito.

Condizione	Il dato è soggetto a due limiti: 1. il rispetto delle normative sulla privacy, riguardo a terzi coinvolti; 2. l'attinenza specifica alla sola franchise, al sistema di affiliazione.
Modalità di assolvimento	È necessaria una lista da allegare al contratto posto alla lettura.

4. Le aree critiche dell'informazione precontrattuale (agcm)

Nella seconda parte abbiamo approfondito i punti fondamentali delle informazioni precontrattuali rese obbligatorie dalla normativa vigente (L.129/2004) e sono stati dati alcuni cenni su alcuni punti particolarmente "sensibili". Come già evidenziato, si tratta di un passaggio fondamentale anche per il futuro dei rapporti instaurati proprio dopo la fase precontrattuale in quanto **è in tale contesto che si colloca il tema "ingannevolezza" ottenuto attraverso messaggi e comunicazioni pubblicitarie divulgate attraverso qualsiasi strumento comunicativo, cioè, quei messaggi pubblicitari idonei a indurre in errore gli affiliandi, pregiudicandone il comportamento economico ed inducendoli ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbero altrimenti preso.**



Un elemento da tenere in particolare considerazione è che il concetto di "pubblicità ingannevole" (che non si riferisce alla canonica pubblicità di prodotti o servizi) oggetto di intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato va ben oltre dal dettato normativo e dai confini che lo stesso definisce. Il fatto che la legge non preveda, ad esempio, alcuni divieti o alcuni obblighi nel comunicare le informazioni precontrattuali, non significa che i contenuti possano avere caratteristiche di ingannevolezza e, pertanto, un corretto e ben calibrato messaggio risulta essere una stringente necessità.



Ovviamente non è possibile affrontare tutta la panoramica che emerge dall'analisi di tutti i vari provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che sono molti e che, nel tempo, hanno protagonisti marchi noti, anche di portata internazionale, e meno noti.



ATTENZIONE! - Conoscere tali provvedimenti dell'AGCM e acquisirne le massime è certamente importante per un candidato affiliato, ma lo è ancor di più per l'affiliante nel momento in cui ha la necessità di strutturare il proprio messaggio e predisporre le

informazioni da trasferire. In pratica potremmo sostenere che si tratta di *"ciò che è minimamente obbligatorio evitare quando un marchio intende pubblicizzare la propria rete al fine di far aderire affiliati"*.

Selezionando alcuni interventi, ad esempio, risulta ingannevole:

- ⇒ usare l'espressione *"ventennale esperienza"* vantata da un affiliato costituitosi nell'anno 2000 ritenendo di poter far riferimento all'esperienza dell'affiliante (2005);
- ⇒ indicare prospettive di fatturato ed utile fornendo, in fase di istruttoria, *"unicamente apodittiche affermazioni (...) insufficienti a dimostrare la veridicità di quanto riportato nel messaggio pubblicitario, dal momento che esse si fondano unicamente sull'indicazione di dati, peraltro parziali, senza alcun riscontro oggettivo che possa acquisire valenza economico – statistica"*. Per l'AGCM, si tratta, quindi, di un messaggio ingannevole perché *"il messaggio pubblicitario, evidenziando la positiva redditività dell'iniziativa economica (conseguimento di elevati rendimenti a fronte di bassi investimenti iniziali) ed omettendo di specificare che l'attività pubblicizzata è comunque un'attività imprenditoriale soggetta a possibili rischi derivanti dalle più disparate circostanze (preferenze dei consumatori, disponibilità economiche degli stessi, localizzazione dell'attività, ecc.), è in grado di indurre in errore i destinatari, generando false aspettative sui risultati economici conseguibili ed orientandone indebitamente le scelte di investimento"* (2008);
- ⇒ iniziare con il prospettare *"la possibilità di svolgere un'attività lavorativa da casa (...) nel settore dei viaggi e turismo, utilizzando internet"* evidenziando tale attività come *"un'occasione di lavoro remunerativo di tipo affiliativo, con investimento, costi e rischi contenuti rispetto all'apertura di un'agenzia di viaggi, adatta a chiunque (...) fosse in cerca di un'occupazione anche part-time o intenda affiancare un'altra occupazione al proprio lavoro, particolarmente appetibile stante l'assenza di costi fissi di gestione dell'attività, la flessibilità di impegno che comporta, il sostegno e la formazione assicurati dalla società in fase di avviamento e nello svolgimento della stessa, con buone prospettive di guadagno"* rilevando poi che, invece, tale attività comportava *"l'elevatissimo rischio di perdita del capitale e, comunque, la circostanza che le possibilità lucrative fossero tutt'altro che certe. (...) e che*

solo una percentuale molto esigua di promotori riusciva ad ottenere annualmente provvigioni di un certo rilievo, mentre, per la maggior parte di essi, i guadagni erano irrisori" (2006);

⇒ promuovere l'apertura di punti vendita lasciando intendere di essere in presenza di un'affiliazione in franchising, rilevando, invece, che *"il rapporto di collaborazione avviato sarebbe poi consistito nell'assunzione di un obbligo di acquisto di merce periodico con conseguente assunzione in toto del rischio di impresa in assenza delle condizioni di profittabilità vantate, ad investimenti peraltro non contenuti"*. Il tutto, evitando di segnalare la possibilità di apertura attraverso più meccanismi contrattuali, con rischi d'impresa dissimili, anche con riguardo al rischio dell'invenduto, sottoponendo, quindi, all'attenzione dei soggetti interessati, una serie di forme contrattuali, quali: *"gestione punto vendita e commissione; commissione; affitto di ramo d'azienda; fornitura di merce a tempo indeterminato e dichiarazione unilaterale relativa ai limiti di utilizzo dei segni distintivi e dei marchi; accordo commerciale su ordini stagionali di impianto e resi (sistema «push&pull»)"*, accompagnati da fidejussione bancaria. Per questo l'AGCM ha sostenuto che *"il messaggio, considerato nel suo complesso, non è affatto costruito in modo tale da escludere la confondibilità dell'iniziativa con l'adesione ad una rete in franchising"*, perchè il solo fatto di non prevedere fee di ingresso o royalties o di non fare esplicito riferimento nel contratto ai punti previsti all'articolo 3, comma 4, della legge 129/04, non implica che, nel suo complesso, il messaggio della comunicazione del marchio escluda che si parli di franchising. Anzi. Quello che viene ben chiarito e sottolineato è che, le considerazioni espresse non devono far intendere che, nell'allestire il network dei suoi negozi, il marchio debba essere costretto ad utilizzare il contratto di franchising, *"ma, una volta effettuata la sua scelta imprenditoriale, l'operatore pubblicitario ha l'onere di costruire la comunicazione pubblicitaria in modo chiaro e veritiero"* (2009).

⇒ divulgare *"un fatturato annuo realizzabile a regime dai punti vendita in una cifra pari a 200.000 euro"*, mentre *"su 29 punti affiliati aperti, solo 7 realizzavano un tale fatturato e su 95 punti vendita aperti dall'avvio della rete, 53 erano chiusi"*. In tali casi, non è neanche possibile addurre alla motivazione che gli affiliati erano imprenditori, quindi, esperti ed in grado di valutare la proposta offerta, in quanto *"la condizione di imprenditore del destinatario di un messaggio pubblicitario non ne esclude in alcun modo l'idoneità ingannatoria; peraltro, i messaggi pubblicitari oggetto di contestazione specificano che, per aprire un centro Xxxx (il marchio, nda) non è necessaria una precedente esperienza nel settore. Né pare potersi argomentare che la mancata realizzazione dei fatturati prospettati sia un rischio connaturato*

all'attività imprenditoriale stessa: pare infatti difficile qualificare come espressione di mero "rischio imprenditoriale" la circostanza che, a fronte di un numero totale di 117 punti vendita aperti tra il 2003 ed il 2007, circa la metà abbia cessato la propria attività e i restanti PV non registrino, salvo rare eccezioni, fatturati paragonabili a quelli pubblicizzati" (2010).

- ⇒ non porre attenzione ad un corretto comportamento in fase precontrattuale con l'utilizzo di materiale pubblicitario. Infatti, *"l'attività informativa svolta dal franchisor in fase precontrattuale non attenua in alcun modo l'ingannevolezza dei claim con cui l'aspirante franchisee viene inizialmente agganciato: anzi, il materiale utilizzato dal promoter nel corso del primo incontro con il candidato ne rafforza la credibilità, indicando specificatamente costi, margini e utili dell'attività. Né risulta plausibile che Xxxx (il marchio, nda) ignorasse la circostanza che le soglie prospettate non erano, in realtà, quasi mai raggiunte, dal momento che essa riceveva, e riceve tuttora, dai propri affiliati una scheda mensile di rilevamento fatturato, utilizzata per il calcolo delle royalties" (2010).*
- ⇒ presentare la propria rete di franchising come una rete solida e in grande crescita, senza evidenziare che, invece, nello stesso periodo di "colloquio" con il potenziale affiliato *"il tasso di chiusura dei punti vendita risulta in costante aumento" utilizzando "claim che si limitano ad indicare il numero di punti vendita in apertura, omettendo di menzionare la contestuale cessazione di attività da parte di un numero non trascurabile di punti vendita" (2010).*

Oltre alla sintesi sopra esposta, tra i vari casi oggetto di provvedimento dell'AGCM, ritengo utile dettagliarne uno che riguarda le informazioni di tipo economico-finanziario, argomento molto sentito da ambedue le parti contrattuali.



Il Provvedimento AGCM⁷ in questione (con il supporto del parere dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni) risale all'anno 2007, ma la sua importanza risulta essere una sorta di pietra miliare inamovibile.

⁷ AGCM, Provvedimento n.18134 del 13 marzo 2008, Relatore Professore Carla Rabitti Bedogni



Secondo la segnalazione all'AGCM, un franchisor (attraverso il proprio sito) dichiarava condizioni economiche per l'affiliazione che non corrispondevano al contratto effettivamente sottoscritto da un franchisee.

Ma tale Provvedimento non si limita ad avere importanza solo su quanto accertato ed espresso dall'AGCM. Cioè, che:

- la documentazione trasmessa dall'operatore pubblicitario (franchisor) *"non appare idonea a comprovare l'esattezza materiale delle affermazioni contenute nei messaggi pubblicitari in esame, in quanto l'operatore non ha fornito alcuna documentazione idonea a provare la veridicità delle affermazioni"* relative agli investimenti ed agli utili indicati;
- *"i dati di fatto contenuti nei messaggi pubblicitari in esame, sui quali verteva il menzionato onere della prova, devono ritenersi inesatti e conseguentemente i messaggi devono ritenersi ingannevoli"*;
- *"il messaggio pubblicitario in esame viola, per le ragioni e nei termini di cui in motivazione, il disposto di cui agli articoli 19, 20 e 21, del Decreto Legislativo n. 206/05"*.



OSSERVA - è, invece, dalle motivazioni che hanno portato al citato parere, che possiamo rilevare importantissime e determinanti indicazioni. Infatti, per come si esprime l'Autorità:

- ↳ *"Il messaggio pubblicitario in esame, (...) promuove la possibilità di intraprendere una nuova attività economica di tipo affiliativo, anche ampliando un'attività preesistente (...).*

Data la sua formulazione, (...) appare legittimo ritenere, quindi, che anche il destinatario più avveduto, per la categoricità delle asserzioni presenti nel messaggio, possa intendere che il fatturato e gli utili prospettati nello stesso siano sempre e comunque conseguibili (...).

Con riferimento alle prospettive di fatturato ed utile annuo ottenibili con l'apertura di un negozio in franchising, ad insegna (...), l'operatore si è limitato unicamente ad apodittiche affermazioni circa le presunte vendite di (...) ed i presunti ricavi di un esiguo numero di negozi affiliati.

Considerando che nell'avvio di un'attività imprenditoriale è sempre insita l'aleatorietà dei rendimenti futuri che dipenderanno da fattori e variabili di cui non è ovviamente possibile prevederne con certezza l'andamento, tali affermazioni sono da ritenersi insufficienti a dimostrare la veridicità di quanto riportato nel messaggio pubblicitario, dal momento che esse si fondano unicamente sull'indicazione di dati, peraltro parziali, senza alcun riscontro oggettivo che possa acquisire valenza economico – statistica.

*Pertanto, sotto questo profilo, il messaggio pubblicitario, evidenziando la positiva redditività dell'iniziativa economica (conseguimento di elevati rendimenti a fronte di bassi investimenti iniziali) ed omettendo di specificare che **l'attività pubblicizzata è comunque un'attività imprenditoriale soggetta a possibili rischi derivanti dalle più disparate circostanze** (preferenze dei consumatori, disponibilità economiche degli stessi, localizzazione dell'attività, ecc.), è in grado di indurre in errore i destinatari, generando false aspettative sui risultati economici conseguibili ed orientandone indebitamente le scelte di investimento."*



Questo episodio deve far riflettere non solo per l'operato del franchisor, ma anche sull'operato di tutti quei franchisee che hanno proceduto ad effettuare un'affiliazione con i presupposti riportati sopra.



Infatti, chi pubblicizza un'attività imprenditoriale fornendo possibili risultati di gestione, non deve dimenticare che le attività imprenditoriali sono soggette a possibili rischi non calcolabili a priori e derivanti da moltissimi fattori interni ed esterni.



Ma questo aspetto non deve mai essere trascurato neanche dai potenziali franchisee che, magari anche con il supporto di un consulente specializzato, devono sempre effettuare la necessaria *due diligence*, cioè la ricerca e la verifica delle informazioni del franchisor, prima della sottoscrizione di documenti di qualsiasi natura.

5. Le aree critiche dell'informazione precontrattuale (i tribunali)

Dopo aver posto in evidenza alcuni degli aspetti critici di una informazione precontrattuale visti dal punto di vista dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, impossibile non affrontare il tema dal punto di vista della giurisprudenza con alcuni dei più importanti interventi di Tribunali utili a guidare franchisee e franchisor sin dalla fase di approccio e di contatto.

5.1 Come fornire le informazioni precontrattuali



Un primo elemento da non trascurare è la forma e la modalità con cui le informazioni precontrattuali sono trasferite, tenendo sempre ben presente che tale trasferimento deve avvenire, sulla base di quanto previsto all'articolo 4, almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto.



Su tale tema sono due le sentenze "fotocopia" del Tribunale di Trento (n.1918/2010 e n.1919/2010 del maggio 2014, confermate negli anni successivi anche dal Consiglio di Stato) giunte dopo un contenzioso tra la parti che ha riguardato più aspetti del rapporto contrattuale. Quello che interessa per la trattazione del presente intervento è relativo proprio alle informazioni precontrattuali contenute nell'art.4, comma 1, e, come stabilito dal Tribunale, si tratta di informazioni estremamente importanti in quanto

- ↳ *"mirano ad assicurare una tutela effettiva all'aspirante franchisee e nel caso in cui l'affiliante ometta di fornire le informazioni dovute ovvero le indichi in maniera incompleta o inesatta il contratto è suscettibile di*

annullamento ai sensi dell'art.8 («se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art.1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto»)”.

Ambedue le sentenze risultano essere molto chiare e da non sottovalutare. Infatti, con estrema precisione riportano che

- ↳ *“nel caso in esame non risulta che tale documentazione (elencata in modo preciso e dettagliato dalla normativa sopra citata) sia stata consegnata all'attrice” e anche nel corso del dibattimento i franchisor hanno esposto circostanze “del tutto generiche facendo riferimento a mere informazioni relative” alla azienda “e al know how della medesima senza nessun'altra specificazione. Così come i testi di parte convenuta non sono stati in grado di essere più specifici e dettagliati al riguardo, ma si sono limitati a parlare di «tutte le informazioni necessarie ad informare i potenziali franchisee di tutto quello che fa” il franchisor “e cosa comporta affiliarsi», ovvero di generico materiale informativo che viene spedito in modo indifferenziato «a chi chiede informazioni».*

Si deve, inoltre, escludere che la sottoscrizione della clausola preconstituita e prestampata contenuta nell'art.11 del contratto («l'affiliato conferma di aver ricevuto nei termini stabiliti copia del presente contratto corredata da tutti i documenti previsti dalla legge di cui al presente articolo») possa costituire una idonea confessione stragiudiziale in merito alla consegna di tale specifica e plurima documentazione. E' evidente che una dichiarazione riassuntiva e generica (e tra l'altro preconstituita dall'affiliante) che attesti l'avvenuta completezza della documentazione consegnata, non può essere considerata una valida confessione stragiudiziale essendo necessaria (...) la piena consapevolezza e la volontà di ammettere un fatto specifico sfavorevole per il dichiarante e favorevole all'altra parte (...). In altri termini, l'adempimento di un obbligo informativo in un settore negoziale ad alto contenuto tecnico quale quello in esame 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

dettagliatamente elencata nel citato art.4, L.129/2004 in relazione alla quale vi è l'obbligo di preventiva consegna. Ne consegue che il contratto deve essere annullato".



La portata di queste due sentenze fa comprendere come sia importante prestare particolare attenzione alla predisposizione delle informazioni precontrattuali, ma anche a come e cosa ricevere da parte del candidato affiliato.



NOTA BENE - nel caso in questione, la presenza di un obbligo normativo maggiormente esplicito a carico del franchisor a fornire le informazioni precontrattuali in forma scritta, con idonea documentazione e idonea prova di consegna e ricezione, avrebbe certamente evitato il contenzioso in questione con notevoli risparmi per le aziende contendenti e risparmi per le casse dello Stato, ma, in particolare, avrebbe fornito certezza alle parti su ciò che costituiva dovere e diritto, avrebbe evitato la presenza di franchisor più "fumosi" ma rispettosi dell'attuale legge che non palesa tale obbligo.

5.2 La delicatezza delle "informazioni previsionali"



In perfetta continuità di quanto espresso dall'AGCM in tema di prospettive di fatturato o di business plan predisposto in sede di informazione precontrattuale, pur integrato da altri elementi, un'altra sentenza degna di citazione per la sua importanza è quella del Tribunale di Venezia del 2010 il quale, dopo aver accertato che l'affiliato è stato indotto a sottoscrivere un contratto

↳ *"dalla prospettazione di una serie di circostanze trasfuse nel predetto contratto e negli allegati allo stesso e rivelatesi in sede di esecuzione del contratto non veritiere"* e in presenza di:

- totale difformità tra i ricavi previsti sul business plan e quelli reali;
- totale mancanza di assistenza del franchisor;
- sussistenza di un provvedimento della AGCM per pubblicità ingannevole...

... "tali violazioni assumono in relazione al contenuto del contratto ed alle finalità con lo stesso perseguite – quelle cioè di entrare a far parte di una rete distributiva collaudata ed affermata sul mercato utilizzando

il patrimonio di conoscenze e dei ritrovati tecnici, nonché i segni distintivi dell'affiliante – una tale gravità da giustificare lo scioglimento del rapporto a norma dell'art. 1453 c.c."

Quanto sopra riportato non costituisce, ovviamente, un panorama completo della giurisprudenza, ma, come detto, in tema di informazioni precontrattuali è da considerarsi fondamentale per ambedue le parti nello svolgimento del proprio ruolo.

6. Il contratto



Sulla base di quanto disposto all'articolo 4, comma 1, della Legge 129/2004 ("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..."), **anche il contratto costituisce una informazione precontrattuale** considerando che un potenziale affiliato debba essere messo nelle condizioni di valutarne i contenuti prima della sottoscrizione.

L'argomento "contratto di franchising",

nonostante non risulti una così forte presa di coscienza, è uno degli ultimi temi da affrontare nella costruzione di una rete di franchising da parte di un affiliante (seppur vi si possa intervenire nel corso di specifici momenti della costruzione stessa), ma anche nella possibile adesione da parte di un affiliato.



Non solo, ma tale argomento è anche erroneamente ritenuto una "mera formalità", cioè, quella obbligatoria e necessaria "forma" dovuta per instaurare un rapporto, ma così non è e ciò deriva proprio dalle caratteristiche del franchising stesso e dalla sua normativa.

Il tema "contratto", ovviamente, riguarda ed interessa ambedue i soggetti protagonisti dello stesso, cioè, le "parti contrattuali": l'affiliato e l'affiliante.

Il primo (affiliato) per un'attenta valutazione del contenuto già definito e previsto dall'affiliante, il secondo (affiliante) per un'attenta costruzione e definizione del contenuto da sottoporre ai potenziali affiliati.

Il primo (affiliato) deve riceverlo come "informazione precontrattuale", il secondo (affiliante) lo deve predisporre tra le



OSSERVA - ovviamente, in termini di analisi e verifiche, è fuori dubbio come per il secondo (affiliante) sia molto importante che l'analisi e la valutazione superi il "test" da parte del primo (affiliato).

Occorre porre in evidenza come i potenziali franchisee (e i consulenti che li assistono in assenza di idonea conoscenza dell'argomento) non raramente si ostinano a non chiedere ad un consulente specializzato la valutazione del contratto che, tra l'altro, costituisce solo una minima parte della necessaria *due diligence* da attivare per una più ampia valutazione di uno o più sistemi di franchising, così come per la costruzione degli stessi. Tengo a precisare che il termine "consulente specializzato" non è da intendersi in termini generici, esempio, una operatività esclusivamente in area legale, così come in area economica, ma trattasi di una vera e propria specializzazione effettivamente in dote per il settore maturata nel tempo e ben verificabile.

Il motivo di questo mancato affidamento a specialisti è molto spesso di tipo economico, ma anche di tipo culturale.



Infatti, se è pur normale che chi intende avviare una nuova attività o modificare o riposizionare la propria già esistente, abbia la necessità di "calibrare" le proprie risorse finanziarie a disposizione, è molto più complesso avere le idonee conoscenze del settore e considerare lo stesso come un vero progetto imprenditoriale/aziendale (per franchisor) e come un vero e proprio processo valutativo specialistico per una adesione ad una rete, cosa ben diversa dall'acquisto di una attività (per franchisee). Ovviamente, l'analisi di un contratto non è mai tempo e denaro perso, ma è solo ed esclusivamente un atteggiamento preventivo reso di fatto obbligatorio.

Da un po' di tempo, però, stiamo sempre più assistendo (cosa non così frequente fino a qualche anno prima dell'introduzione della Legge n.129/2004) ad un comportamento certamente non condivisibile da parte di alcuni franchisor e che consiste nella predisposizione di contratti estremamente sintetici e, spesso, anche non rispettosi dei requisiti legali. Anche in questo caso il motivo economico è prevalente (come detto), ma talvolta siamo anche in presenza di buona fede dell'imprenditore e magari la problematica è da ricercare nella costruzione della franchise, nel suo complesso, incluso chi ne è stato incaricato. Qualunque sia la motivazione o la logica presente, per un franchisor non esiste, comunque, una benché minima possibilità poter rendere comprensibile e giustificabile tale comportamento.

Quindi, l'analisi/costruzione di un contratto, sebbene importantissima:

dal punto di vista dell'affiliato, è l'ultima cosa da fare dopo aver attuato tutta una serie di procedure che costituiscono le premesse per una successiva analisi contrattuale a carattere sostanziale;

dal punto di vista dell'affiliante, si tratta di una specie di vestito che, per farlo "cadere bene", deve essere ben calibrato e misurato nel corso della costruzione della franchise.

Il contratto di un sistema di franchising

dovrebbe essere (il condizionale ha un perchè) molto significativo per un affiliato, in quanto ne sintetizza i caratteri funzionali e mette quindi in evidenza lo spirito che lo anima. Infatti, in esso sono riportati i contenuti essenziali e gli aspetti funzionali e strutturali del rapporto di franchising.



Anche per l'affiliante il contratto dovrebbe essere (il condizionale ha ancora un perchè) molto significativo in quanto non è solamente uno strumento giuridico che enuncia diritti, obblighi e responsabilità delle parti, ma è, in pratica, l'essenza delle strategie, delle politiche e degli strumenti necessari al funzionamento del sistema di franchising.



ATTENZIONE! - è importantissimo sottolineare che non esiste un solo tipo di contratto di franchising e ogni franchisor deve costruire il proprio secondo le sue precise esigenze.

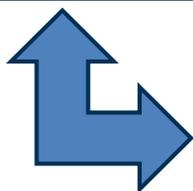
In linea di massima posso sostenere con convinzione che un contratto di franchising:

- più è dettagliato, analitico ed esauriente nei suoi contenuti, tanto più dimostra di essere consistente e più comprensibili risultano le intenzioni e le volontà dell'affiliante;
- quanto più è logico nelle sue enunciazioni, quanto più è organizzato nelle aggregazioni e nella sequenza dei suoi argomenti, tanto più vuol dire che è organizzato il sistema di franchising al quale si riferisce;
- quanto più è chiaro, semplice ed esplicito nelle sue espressioni, tanto maggiore è la sua "trasparenza" e affidabilità per gli affiliandi.



Viceversa, a buona ragione, se il contratto è superficiale, generico, ambiguo, sintetico, impreciso e non logico, di difficile lettura o di estremamente facile lettura, data la brevità, bisogna insospettirsi e diffidare.

Tenuto conto che il contratto, indubbiamente, deve essere fatto "su misura" del particolare sistema di franchising al quale si applica,



se ne ricava che non possono che essere oggetto di diffidenza i contratti "fotocopia", che riproducono pedissequamente un astratto schema-base, il quale, però, può essere utilizzabile da un affiliante solo come traccia di partenza per la redazione di un contratto precisamente appropriato al franchising che vuole realizzare.



Inaffidabili sono anche quei contratti "clonati" da un altro sistema di franchising (per quanto "ottimo" esso possa essere). Un contratto deve essere necessariamente diverso da un altro, perché quel contratto esprime l'originalità e le caratteristiche funzionali di quel sistema di franchising e, quindi, nessun altro contratto può in tutto e per tutto assomigliargli.



A tal proposito è opportuno, comunque, specificare e sottolineare che un buon contratto non salva il franchisee dall'insuccesso se il franchisor non è competente, se il suo sistema di

franchising non funziona. Altrettanto vero, un buon sistema di franchising ed una catena ben presente nel settore con molti punti vendita non implica automaticamente un buon contratto e buone condizioni per l'affiliato.



OSSERVA - in tutta questa costruzione, comunque, il franchisor non è completamente libero, ma, oltre a dover riferirsi alle normative civilistiche di carattere generale sui contratti, è vincolato a tener conto di quanto previsto dalla normativa la quale ne specifica il contenuto da definirsi come "contenuto minimo" intravedendo la necessità che al dettato normativo debba essere abbinata anche la prassi contrattuale già consolidata.

Riprendendo il principio, dettato anche dal comune buon senso, che per la redazione di un qualunque contratto di franchising non vi possono essere schemi predisposti o stereotipi (salvo quanto richiesto dalla legge) e che il redattore del testo contrattuale dovrà tenere attentamente conto del settore merceologico interessato, nonché, del tipo di mercato esistente per quel certo bene o servizio, ne ricaviamo, ad eccezione di quanto derivante dall'obbligo di legge, l'impossibilità di definire o di individuare un'unica struttura contrattuale a causa di tale necessaria personalizzazione da parte del franchisor. Possiamo solo evidenziare alcuni elementi tipici del contratto, rendendo, di fatto, assolutamente incompleta l'analisi in questione.

Al riguardo, posso sostenere che la Legge n.129/2004 porta con sé obblighi di contenuto contrattuale in due tipologie di "forme":

1. una forma "diretta", cioè, con uno specifico elenco;
2. una forma "indiretta", cioè, come condizioni di esistenza del rapporto o come condizioni singolarmente attinenti a specifiche casistiche.

Vi è, poi, un contenuto contrattuale che giunge ad essere sostanzialmente obbligatorio in una forma "derivata", cioè, quel contenuto il quale, causa l'oggetto principale del contratto – concessioni di diritti – si potrebbe, di fatto, rendere obbligatorio regolamentare.

Per ciò concerne la " forma diretta ",	è l'articolo 3 ad intervenire al riguardo il quale contiene uno specifico elenco premettendo la forma da adottare e le precondizioni che devono essere presenti. L'elenco è apparentemente semplice, ma anch'esso contiene numerose
---	---

	insidie che, però, costituiscono altro tema rispetto a quello oggetto di analisi con questi interventi.
Per ciò concerne la " forma indiretta ",	sono vari articoli che intervengono al riguardo e più precisamente:
	<p>a) all'articolo 1 ove si prevede l'esistenza di una parte contrattuale che concede la disponibilità ad un'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;</p> <p>b) all'articolo 5, ove individuiamo la previsione con la quale è stabilito che l'affiliato non trasferisca la sede (qualora sia indicata nel contratto) senza il preventivo consenso dell'affiliante, se non per causa di forza maggiore e ove si richiede l'impegno dell'affiliato ad osservare e a far osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;</p> <p>c) all'articolo 7 nel quale è previsto l'obbligo di effettuare un tentativo di conciliazione, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, per eventuali controversie.</p>
	Infine, giungiamo alla " forma derivata ".



Al riguardo, infatti, è possibile sostenere che in un solo contratto di franchising possiamo trovare moltissime disposizioni o clausole o accordi, ecc. di altri contratti (tipici o atipici) quali, la somministrazione, la locazione, l'appalto, la concessione di vendita, la licenza di marchio, la consulenza, il comodato, ecc.. È ovvio, che l'impostazione contrattuale di tali ulteriori contratti, dovrà tener conto delle disposizioni regolamentatrici degli stessi e, con una proiezione mentale, questo ci fa comprendere l'ampiezza dello stesso contratto di franchising e l'impossibilità oggettiva di una sua strutturazione schematica e che, praticamente sempre, necessita anche di una strutturazione basata con contratti predisposti in forma di allegato ad integrazione del contratto principale.



Detto questo potremmo formulare una domanda provocatoria: come è possibile che alcuni contratti di franchising siano composti da molte pagine (anche 40/50) e da molti allegati (anche di ulteriori contratti), mentre altri sono composti da solamente 10/15 pagine e pochissimi allegati?

Non esiste una risposta, casomai esistono molte perplessità, ma è da ritenersi che i motivi non siano prettamente tecnici o di particolare contenuto dottrinale. Di certo è che quelli che comunemente vengono definiti "contrattini" non hanno il requisito di idoneità e qualità, sia in termini sostanziali, sia in quelli formali, ed i testi delle più grandi catene internazionali e nazionali confortano tale opinione.



Tornando al tema tecnico, considerando, come noto, che la legge rientra tra le norme che regolano la fase precontrattuale, è di tutta evidenza che i rapporti tra le parti per la vigenza di contratto debbano essere tutti (senza esclusione alcuna) costruiti e non lo si può certo fare con superficialità e sintesi, proprio per la tipologia del rapporto che il franchising crea tra le parti. La nostra legge ci fornisce un contenuto minimo, ma non ci fornisce come regolare il rapporto.

Un serio e ben preparato imprenditore non può certo pensare di regolamentare con semplicità, senza prevenzione, una sua concessione (verso corrispettivo) a terzi "ignoti", non conosciuti, estranei,

- ↳ *"di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale" (art.1, L.129/2004) per inserire tali terzi "ignoti", non conosciuti, estranei, in un sistema (la sua rete di franchising) "costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi" ?*



Dando per scontato che un imprenditore previdente non possa maturare tale pensiero, non possa essere convinto che sia bene "risparmiare" su un contratto che potrebbe mettere a rischio anche la sua azienda principale, che non possa, se "previdente", non "prevedere" il rischio di problemi legali che possono conseguire dalla "non regolamentazione" dettagliata del rapporto con decine o centinaia di affiliati, il fatto che le richieste di "contrattini" siano frequenti, porta ad effettuare una opportuna riflessione su molti sistemi di franchising presenti sul mercato.

7. Le informazioni sulle precondizioni (la sperimentazione)



Per come strutturata la norma che regola il franchising nella sua fase precontrattuale, le informazioni che si rende necessario conoscere non sono solamente quelle espresse nell'elenco contenuto nell'articolo 4, ma alcune estremamente importanti sono richiamate in altre parti della norma.



Tra queste, una informazione molto importante da sapere da parte del potenziale affiliato (e da fornire da parte dell'affiliante) è quella richiamata all'articolo 3 (Forma e contenuto del contratto), comma 2: *"Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale"*.



Con tale disposizione il legislatore ha predisposto una precondizione alla costituzione di una rete basata su una effettiva sperimentazione della formula commerciale che viene sottoposta a valutazione del potenziale affiliato il quale, occorre sempre ricordare, effettua un vero e proprio investimento monetario.

La sperimentazione, da sempre elemento di importanza vitale, è anche argomento molto difficile da affrontare, sia per il franchisor che deve tenerne conto in fase di costruzione, sia per il potenziale affiliato che deve riceverne o richiedere le dovute informazioni.



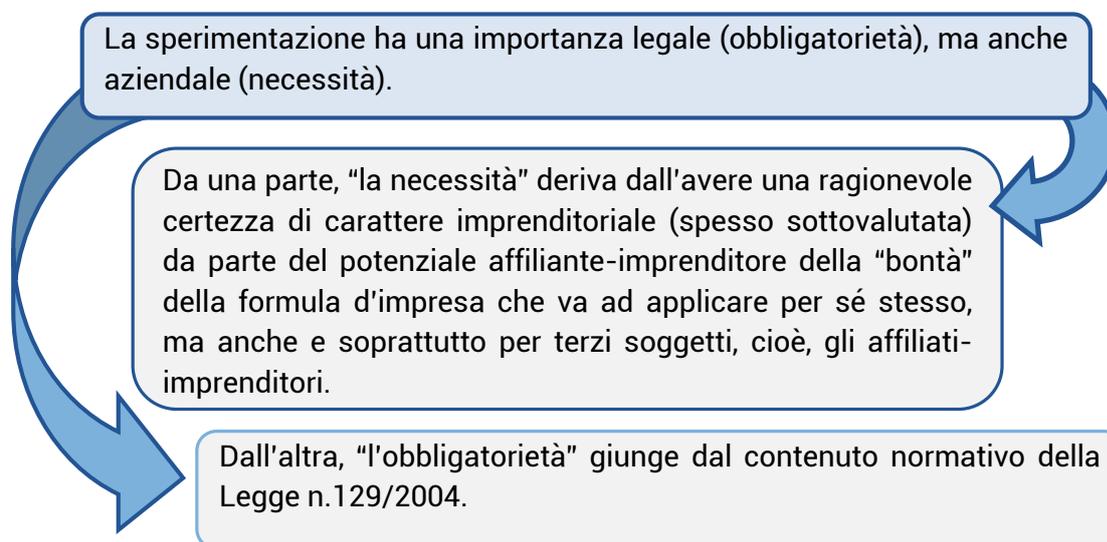
Proprio nel corso del 2018 sul tema è anche intervenuta la Cassazione che l'ha ritenuta uno degli elementi fondanti del rapporto di franchising stesso, tesi ripresa, per la prima volta nel 2019, anche dalla giurisprudenza.

Secondo la Corte, è proprio dall'articolo 1, comma 1 (Definizione), della Legge n.129/2004, che si evince che il contratto di affiliazione commerciale non riguardi cumulativamente tutti gli aspetti

regolati dalla norma, ma rileva solamente la concessione all'affiliato della disponibilità di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale, cioè, la formula commerciale sperimentata, che può concernere uno o più profili elencati dalla norma stessa, nell'ottica, poi, di inserire l'impresa affiliata in una articolata rete territoriale. Sussistendo tale insieme (contenuto in una "formula commerciale sperimentata"), ben può quindi configurarsi un contratto di franchising addirittura privo della clausola concernente la trasmissione del know-how dal franchisor al franchisee (tesi molto forte, anche rispetto alla storica posizione di dottrina e giurisprudenza).



OSSERVA - c'è da dire che l'importanza del dettato normativo, ove si prevede l'obbligo di sperimentazione della formula commerciale, è stata molto spesso trascurata nelle fasi di costruzione e sviluppo di sistemi di franchising, non raramente anche ritenuta erroneamente sufficiente quella in dote di azienda già operative, ecc..



I richiami all'obbligatorietà sono essenzialmente due, ma quello che però non è ancora chiaro a molti, è proprio l'oggetto di questo intervento e, cioè, il fatto che la norma in questione non prevede "una" sola sperimentazione, ma ne prevede "due", esattamente quanti sono i richiami normativi.

Infatti:

1. il primo riferimento, è contenuto nell'art.1 (definizioni), comma 3, lett.a), nel quale si specifica che, nel contratto di franchising, si intende "*per know-how, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante (...)*". Quindi, appare palese che si tratta di una sperimentazione specifica nel corso della quale si mette alla

prova il know-how, cioè, le conoscenze che si intende trasferire a terzi attraverso la formula del franchising;

2. il secondo riferimento, è, appunto, contenuto nell'art.3 (forma e contenuto del contratto), comma 2, nel quale si specifica che *"per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale"*.

Non raramente si assiste ad una "innocente confusione" tra le due sperimentazioni, ma appare assolutamente logico ed inequivocabile che:

- aver sperimentato e messo alla prova (magari ottenendo anche successo) un proprio know-how, non significa nella maniera più categorica, aver assolto alla sperimentazione sul mercato della "formula commerciale";
- non aver sperimentato un proprio know-how, ma aver praticamente operato sul mercato con una (più o meno definita) formula commerciale, non significa nella maniera più categorica, poter costituire e, quindi, proporre a terzi, la propria rete di affiliazione in quanto, in tal caso, interviene ancora quanto riportato all'art.1, comma 3, lett.a), quando parla di "sostanzialità del know-how", intendendo con ciò 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"*. In tal situazione, quindi, si incorrerebbe anche nelle disposizioni dell'art.8 (annullamento del contratto) per aver fornito false informazioni (dichiarazione di aver sperimentato il (know-how), considerando anche che l'altra parte potrebbe chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439⁸ del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto.



INFORMA - una delle maggiori difficoltà incontrate in tal senso dal franchisor è l'assenza nella norma dei criteri necessari a rispettare il requisito richiesto, cioè,



⁸ Articolo 1439 Codice civile (Dolo) – *"Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato. Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio"*.

come, dove, per quanto, con cosa, ecc. è possibile certificare l'effettiva sperimentazione così da prevenire potenziali contenziosi.

Infatti, la norma tace al riguardo e interviene solamente la prassi e una soggettiva metodologia attuativa (tema molto vasto che richiede una lunga trattazione a parte).

Ovvio, quindi, che anche questo aspetto si ripercuota, come già detto, sul potenziale affiliato.



Al riguardo, però, possiamo prendere spunto da una sentenza del Tribunale di Bergamo utile ad ambedue le parti contrattuali. Il Tribunale, nel riprendere la citata sentenza della Cassazione, ha specificato che è

- ↳ ***"la formula commerciale sperimentata a costituire l'elemento essenziale e sempre imprescindibile di tale contratto. La formula commerciale è descritta come l'insieme, il quale può essere variamente composto, "di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale"***.

Ma l'importanza di tale sentenza non si limita a quanto sopra.



Infatti, nonostante l'articolo 3 (Forma e contenuto del contratto), della L.129/2004, non lo preveda tra gli elementi obbligatori da inserire nel testo contrattuale, il Tribunale di Bergamo specifica, per il caso in contenzioso, che

- ↳ ***"Nessuna precisazione è inserita nel contratto – né vi sono allegazioni in tal senso da parte della convenuta – sulla consistenza della formula commerciale costituente l'oggetto del contratto di affiliazione (in termini, per esempio, di strategie per la gestione delle risorse umane e dei contatti o di norme comportamentali standardizzate, volte a fidelizzare l'utenza e ad agevolare il processo di avviamento e di mantenimento dell'attività)"***.

Non solo, il Tribunale, escludendo che possa ritenersi sufficiente al riguardo quanto obbligatoriamente previsto alla lettera f), del comma 4, art.3, L.129/2004 (*"le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione"*), specifica che

- ↳ *"A tal fine, non può ritenersi sufficiente la mera elencazione della tipologia di servizi offerti dalla affiliante (v. art. 4 del contratto in atti), essendo invece indispensabile una descrizione delle modalità operative proposte e sperimentate da quest'ultima nella gestione dell'attività imprenditoriale oggetto del contratto, da cui poter ricavare la specificità del suo contenuto. Manca dunque nel contratto dedotto in causa la definizione della formula commerciale e, conseguentemente, la prova della sua avvenuta sperimentazione".*

Quanto sopra esprime anche un concetto di "prova" della sperimentazione considerando la sperimentazione un elemento da:

1. poter riportare o richiamare nel contratto o in un allegato (*"Nessuna precisazione è inserita nel contratto – né vi sono allegazioni (...) – sulla consistenza della formula commerciale"*);
2. poter definire/citare nel contratto per contribuire a darne prova dell'esistenza (*"Manca dunque nel contratto dedotto in causa la definizione della formula commerciale..."*);
3. dover inserire in un documento descrittivo (*"...indispensabile una descrizione delle modalità operative proposte e sperimentate"*);

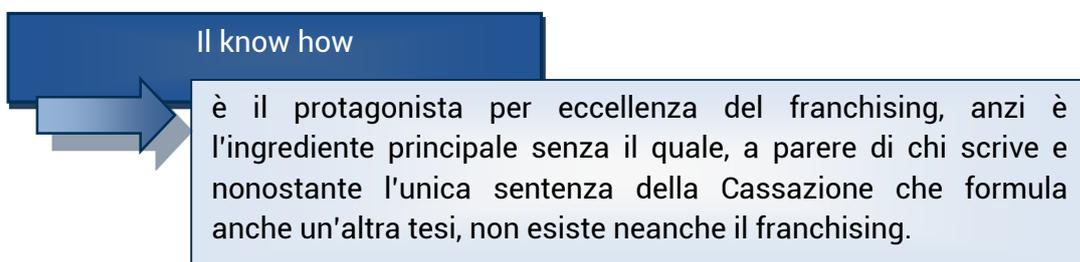


OSSERVA - tali richiami, in particolare quanto al punto 3, costituiscono anche un importante ed esplicito richiamo al Manuale Operativo, documento che, per la sua importanza, è denominato "La Bibbia del Franchising" e che, tra l'altro, costituisce la codifica del know how, da sempre ritenuto elemento essenziale per un sistema di franchising, tema che sarà affrontato nel prossimo intervento.

8. Le informazioni sulle precondizioni (il know how)



Un tema già introdotto in interventi precedenti e particolarmente complesso, oltre che essenziale per lo stesso franchising, è dato dall'importanza della presenza del know how, uno tra i temi più dibattuti e che assume importanza nella legge stessa, tanto da essere richiamato in più articoli ed averne una specifica descrizione nel testo di legge. E' un tema che ne porta dietro tanti altri e di varia natura, proprio per la caratteristica stessa del know how.



Certo, possiamo sostenere che trattasi di un argomento costantemente aperto, ma al momento, insieme alla necessaria sperimentazione della formula (che, comunque, va a costituire una parte del know how), lo caratterizza dagli altri tipi di contratto adottabili per la costruzione di una rete commerciale.

Ovviamente è diverso affrontare il tema dal punto di vista della "presenza del know how" rispetto alla prevalente tesi dottrinale e giurisprudenziale che sostiene "l'obbligo di trasferimento del know how" (ipotesi ritenuta non fondamentale dalla Cassazione).



Quanto appena affermato ha trovato conferma anche in una Sentenza del Tribunale di Bologna, la quale, appunto, ha evidenziato come

- *"solo all'esito del rigetto delle istanze di prova e dunque dell'istruttoria, e richiamando una isolata pronuncia di legittimità postasi in dichiarato contrasto con la dottrina maggioritaria (Cass., sez. III, ord. 10 maggio 2018, n. 11256, discussa all'udienza del 13 dicembre 2018), (...), la convenuta, modificando la sua originaria tesi difensiva, in comparsa conclusionale ha inteso contrastare la domanda di nullità in base all'argomento secondo cui il trasferimento del know how dall'affiliante all'affiliato – contrariamente a quanto sostenuto dalla prevalente dottrina e giurisprudenza – non è un elemento essenziale del contratto di franchising"* e ha anche aggiunto che *"nella specie non vi era trasferimento di know how previsto contrattualmente"*. Una sentenza che ha visto soccombente il franchisor.

Consolidando, quindi, la necessità di presenza e di trasferimento (all'affiliato) del know how, in termini di informazioni precontrattuali l'argomento trova collocamento nella norma nell'articolo 4, comma 4, lett.d), ove, nell'elencare gli elementi minimi che deve contenere il contratto, è riportato *"la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato"*.



Si tratta di una oggettiva impossibilità di dare esecuzione puntuale a tale prescrizione e, pertanto, la descrizione non potrà che essere di tipo generico e richiamante altri documenti allegati al contratto stesso, come il Manuale Operativo, esempio, costantemente aggiornabile come lo è lo stesso know how.

Ovvio, quindi, che un potenziale affiliato possa incontrare difficoltà per ottenere informazioni riguardanti la consistenza stessa del know how.



Sono molteplici i fattori da prendere in considerazione e non è facile analizzarli tutti.

Il concetto con il quale si deve partire è dato dal fatto che il franchisor "vende" (il termine non è casuale) un sistema di fare impresa e una volta "venduto" dovrà trasferire il "saper fare impresa" in quella specifica modalità così come studiata e impostata dallo stesso franchisor.

Ovvio, quindi, che questo non potrà essere e non è una attività semplice e, pertanto, il potenziale affiliato dovrà prendere in considerazione tutte quelle situazioni che potranno consentire, nei modi e nei tempi idonei, questo trasferimento per il quale egli potrebbe andare a sostenere un investimento con l'adesione, investimento "autonomamente" valorizzato, in termini economici, dal franchisor.

Logica vuole che un trasferimento di tal natura non possa che avvenire in due modi, orale e scritto, e con una modalità "scolastica", formazione.



Quindi, per esempio, il potenziale affiliato si dovrà focalizzare su quanto, come, dove e a quali condizioni si svolgerà la sua formazione, ne dovrà comprendere i temi trattati, il percorso da affrontare, prendere in considerazione la presenza o l'assenza di quelli elementi che tipicamente caratterizzano le conoscenze per "fare impresa", nel suo massimo concetto possibile, ecc., ecc..



Ovviamente queste informazioni non sono le uniche da chiedere/ricevere, tanto che sia in USA, sia in Francia, sia in Australia e in altri paesi ad economia avanzata, le informazioni previste per legge sono molte di più e, soprattutto in USA, molto articolate e dettagliate tali da poter arrivare a comporre centinaia di pagine.



ATTENZIONE! - risulta evidente che, tra tutte le informazioni precontrattuali, l'approfondimento sul know how risulta essere il più complesso, il più difficile, ma anche il più importante ed è per questo che richiede una ancor maggiore specializzazione per una *due diligence* che non sarà neanche esaustiva, ma limiterà comunque una carenza che potrebbe essere certa e sicura perché quanto previsto dalla legge può che costituire un limite entro il quale il franchisor si potrà muovere nel pieno rispetto della norma. Ecco, quindi, che è e sarà compito del potenziale affiliato attivarsi per ottenere più informazioni possibili, seppur un accorto affiliante potrebbe usare la leva della trasparenza e del dettaglio proprio per far comprendere al potenziale affiliato la consistenza ed il valore del suo sistema di franchising.



Concludendo questo ciclo di interventi sul franchising, focalizzato sulle informazioni

precontrattuali che devono caratterizzare la fase di approccio e contatto tra le due parti contrattuali, possiamo sostenere che predisporre le informazioni precontrattuali da parte di un franchisor è attività articolata e strettamente collegata a tutta la progettualità del sistema di franchising e ottenere le stesse da parte di un potenziale franchisee è attività complessa e strettamente collegata anche ad una preliminare conoscenza di tutte le caratteristiche del settore, nonché, del settore stesso: per ambedue non si tratta di un percorso da affrontare con superficialità e diletterantismo.