

Legge 129/2004: il nuovo contratto di franchising

Il contratto di franchising dal 25/05/2004 trova finalmente una sua propria regolamentazione. L'ampia diffusione di questo tipo di accordo aveva da tempo gettato le basi per il necessario passaggio da contratto atipico a materia specificatamente disciplinata, ma soltanto adesso ciò si è avverato con la legge n. 129/2004.

Il disegno di legge del ministro A. Marzano sostituisce il termine di franchising con la dicitura italiana di contratto di "affiliazione commerciale"; l'articolo 1 della legge del 06/05/2004 definisce tale accordo come:

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

Questa esaustiva definizione, adottata dal legislatore, sottolinea l'attenzione posta a garanzia del franchisee che rappresenta la parte economicamente più debole. Tra le varie novità introdotte è quindi da tener ben presente la costante volontà di tutela dell'affiliato che trova espressione in una maggiore presenza di norme "protettive".²

La legge 129/04 non solo disciplina i vari aspetti dell'affiliazione commerciale, ma definisce gli elementi tipici del contratto in maniera piuttosto completa e precisa; per coglierne a pieno l'aspetto innovativo è perciò necessario percorrere una breve analisi introduttiva al concetto di franchising per poi esaminare accuratamente i caratteri principali assunti dal nuovo contratto.

1.1 Il contratto di franchising

Il termine franchising è derivato da una prassi sorta dopo la guerra di Secessione nel sud degli Stati Uniti d'America; la realizzazione di una rete di distribuzione basata sulle aziende meridionali, rappresentò infatti l'unico strumento di successo per gli imprenditori degli stati del Nord.

La storia evidenzia chiaramente come il fine economico del contratto di franchising sia quello di creare una rete di distribuzione con caratteri organizzativi, segni distintivi e marchi omogenei che risultino facilmente individuabili dai clienti, una rete gestita da soggetti imprenditori individuali che cooperano con un unico produttore.

In passato il contratto di franchising è stato classificato come un contratto atipico e più volte considerato misto in quanto raccoglie elementi di diversi contratti. Si

¹ Legge n. 129/2004, articolo 1, comma 1.

² Cecilia Carrara, "Tutele precise per il franchising", Il Sole 24 Ore, 20/06/2004.

possono infatti rinvenire caratteri tipici della somministrazione di beni e servizi ma anche della licenza di marchio e d'insegna per non dimenticare il patto di esclusiva.³

1.2 Caratteri fondamentali del contratto di affiliazione commerciale o franchising.

Una corretta comprensione del contratto di affiliazione commerciale, può essere raggiunta attraverso l'analisi di quei caratteri che contraddistinguono tale accordo. Gli elementi in oggetto sono cinque:

- **Know-how;**
- **Diritto di ingresso;**
- **Royalties;**
- **Beni dell'affiliante;**
- **Rete di vendita.**

Il know-how rappresenta “il patrimonio di conoscenze teoriche e pratiche, su uno specifico settore industriale o singoli processi di produzione, appartenente a una persona o al management di una azienda”.⁴

Si può definire (e più avanti vedremo come lo ha fatto la L. 129/04) l'essenza stessa di un'impresa; il know-how è il perno attorno cui si sviluppa il contratto di affiliazione stesso, infatti l'interesse dell'affiliato è dettato dalla possibilità di sfruttare, almeno in parte, proprio il know-how dell'affiliante.

Dall'altro lato, questa opportunità di “utilizzo”, viene concessa dietro il versamento di una cifra fissa iniziale seguita da canoni periodici. La legge definisce il diritto di ingresso come un ammontare determinato in funzione del valore economico e alla capacità di sviluppo della rete che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di franchising.⁵ Le royalties sono invece una sorta di canoni, rappresentano l'importo che l'affiliato è tenuto a versare periodicamente all'affiliante. Le royalties possono essere calcolate come percentuali sul giro d'affari o fissate in quote.⁶

Oggetto di vendita da parte dell'affiliato sono i beni prodotti dall'affiliante; questi devono essere contrassegnati dal nome dell'affiliante. Possono anche esser prodotti da terzi purché mantengano le caratteristiche tipiche e rispettino le indicazioni fornite dall'affiliante.⁷

Infine, attraverso contratti di affiliazione commerciale, l'affiliante crea una rete di vendita omogenea atta a garantire la più ampia distribuzione territoriale, quindi si realizza il fine economico del contratto di franchising.

³ P.Zatti, V. Colussi, “Lineamenti di diritto privato”, Cedam, 1995.

⁴ Astolfi e Negri, “Ragioneria applicata e pubblica”, ed. Tramontana, 1995.

⁵ Legge 129/2004, articolo 1, comma 3, lettera b).

⁶ Legge 129/2004, articolo 1, comma 3, lettera c).

⁷ Legge 129/2004, articolo 1, comma 3, lettera d).

1.3 Elementi essenziali del contratto di affiliazione commerciale secondo la Legge 129/2004.

Il legislatore ha stabilito **l'obbligo di consegna del contratto** all'affiliato almeno **entro i trenta giorni che precedono la firma** (norma a carattere tutelare)⁸ e, a pena di nullità, **la forma scritta** del contratto di affiliazione commerciale.⁹ L'articolo 3, comma 3°, introduce una durata minima per i contratti a tempo determinato, stabilita in **3 anni**; lo scopo di questa previsione è quella di garantire la possibilità al franchisee di ammortizzare l'investimento effettuato, si nota nuovamente il carattere garantista della legge nei confronti dell'affiliato. Viene mantenuta la possibilità di risoluzione anticipata del contratto a causa di inadempienza di una delle parti.

Elementi inderogabili del contratto sono i seguenti:

1. l'importo degli investimenti che il franchisee è tenuto a sostenere per iniziare l'attività;
2. l'importo delle spese di ingresso;
3. descrizione del modo di determinazione delle royalties (modalità di calcolo, oltre che di pagamento);
4. l'ambito di esclusiva territoriale, ove sia prevista.

La legge indica altri fattori che devono essere presenti nel contratto, ossia: la specifica del Know-how fornito dall'affiliante, l'eventuale incasso minimo da realizzare, i servizi eventualmente offerti dall'affiliante, le condizioni di rinnovo, risoluzione o cessione del contratto.

Particolare attenzione merita la definizione di know-how come :

“patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato...”¹⁰

Il know-how, in generale, può quindi esser correttamente individuato con quattro parole: patrimonio individuato, sostanziale e segreto. Individuato in quanto il know-how deve risultare descritto in maniera totale al fine di poterne verificare la sostanza e la segretezza. Sostanziale è il carattere più tipico di questo patrimonio di conoscenze in quanto ne evidenzia l'indispensabilità; il know-how rappresenta ciò che nel tempo ha reso una società unica e riconoscibile. La segretezza perciò è un elemento facilmente evincibile poiché la forza del know-how deriva dal suo essere non generalmente noto né accessibile. Interessante anche la previsione dell'indicazione nel contratto, delle modalità applicabili per il riconoscimento del possibile apporto di know-how da parte del franchisee.

Per quanto riguarda l'incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato, sarà presente solo ove sia stabilito tra le parti.

Per servizi che l'affiliato può ricevere dall'affiliante si intendono quelli di progettazione, formazione, allestimento, assistenza commerciale oltre che tecnica.

⁸ Legge 129/2004, articolo 4, comma 1.

⁹ Legge 129/2004, articolo 3, comma 1.

¹⁰ Legge 129/2004, articolo 1 comma 3.

Le condizioni di rinnovo, risoluzione e cessione del contratto non assumono particolari caratteristiche.

1.4 Obblighi pre-contrattuali

Il legislatore ha previsto una serie di obblighi: l'articolo 4 illustra quelli attinenti l'affiliante (pressoché di natura informativa), il 5 quelli a carico dell'affiliato, mentre l'articolo 6 introduce "**obblighi precontrattuali di comportamento**" a carico di entrambe le parti.

I primi sono volti a garantire una sufficiente ed adeguata conoscenza del contratto al soggetto economicamente più debole, cioè il futuro affiliato. A quest'ultimo vengono concesse varie facoltà atte ad assicurare il maggior numero di informazioni possibili; può infatti ottenere:

- a) ***copia del bilancio*** degli ultimi tre esercizi¹¹;
- b) dati relativi all'attività (ragione e capitale sociale);
- c) ***elencazione di eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali*** relativi al sistema di affiliazione commerciale in oggetto, promossi nei confronti dell'affiliante (si considerano solamente quei procedimenti conclusi negli ultimi tre anni promossi da affiliati, da terzi privati o da pubbliche autorità);
- d) notizie relative ai ***marchi utilizzati*** (estremi della registrazione, licenza concessa da terzi all'affiliante etc.);
- e) documentazione inerente i caratteri essenziali dell'attività oggetto di contratto di affiliazione commerciale;
- f) ***elenco aggiornato degli affiliati operanti nel sistema***;

Inoltre l'affiliato ha la possibilità di richiedere informazioni riguardanti il numero degli affiliati, la relativa ubicazione e la variazione intervenuta anno per anno con riferimento agli ultimi tre anni.

Il legislatore ha introdotto due obblighi a carico dell'affiliato:

- la ***non trasferibilità della sede*** senza il preventivo consenso dell'affiliante, salvo causa di forza maggiore;
- la tenuta di una ***massima riservatezza***, da parte dell'affiliato e dei propri dipendenti/collaboratori, a riguardo del contenuto dell'attività oggetto del contratto.

Da sottolineare che il primo punto in oggetto si applica nel caso in cui la sede sia indicata nel contratto.

Come già accennato, gli obblighi comportamentali riguardano l'affiliante oltre che l'affiliato. Entrambi hanno il dovere di comportarsi con ***lealtà, correttezza e buona fede***, inoltre l'affiliante è tenuto a riferire alla controparte ogni notizia che possa rivestire un'importanza fondamentale per l'attività, in modo tempestivo e completo.

Sebbene l'articolo 6 della legge 129/2004 individui chiari obblighi comportamentali a carico dei soggetti coinvolti, sembra carente della dovuta

¹¹ Dietro esplicita richiesta del futuro affiliato.

completezza che la disciplina del franchising richiede a tale riguardo. Ci si domanda se, l'obbligo di lealtà, correttezza e buona fede, dettato esplicitamente per la fase pre-contrattuale, sia valido anche nella fase successiva dell'accordo. La risposta è sicuramente affermativa, ma è assente una chiara definizione del problema; le parti sono tenute ad agire seguendo un tacito accordo di cooperazione? I principi comuni europei per il franchising elaborati dal Gruppo di studio per un codice civile europeo, suggeriscono che l'affiliato, operando per proprio conto, non deve che cooperare con l'affiliante, al fine di promuovere la rete cui appartiene nel comune interesse delle parti; questo spiega gli obblighi di informazione reciproci precedentemente indicati.

1.5 Termini di applicazione

La legge n. 129/2004 è entrata in vigore il 25/05/2004 ed è da tale data che trova applicazione ai contratti di franchising in corso alla stessa data. E' previsto un **unico termine per l'adeguamento dei contratti in essere**: entro il **25/05/2005** è richiesta la formalizzazione per iscritto dei contratti stipulati solo verbalmente e l'adeguamento di quelli scritti alla nuova disciplina.¹²

Sarà perciò necessaria la valutazione dell'adeguatezza dei contratti in essere; in merito si dovrà verificare la presenza degli elementi inderogabili stabiliti dalla legge:

- ✓ ammontare degli investimenti iniziali dell'affiliato;
- ✓ ammontare delle spese di ingresso;
- ✓ modalità di determinazione delle royalties;
- ✓ metodo di determinazione del know-how fornito dall'affiliante;
- ✓ indicazione specifica dei servizi resi dall'affiliante;
- ✓ condizioni di rinnovo, risoluzione, cessione del contratto;

e come eventuali l'indicazione dell'incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato e le modalità di determinazione dell'apporto di know-how riconosciuto all'affiliato.

Dott.ssa Laura Bianchi

¹² Legge 129/2004, articolo 9, comma 2°.