

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

**CARMELO BUSCEMA**

LA DURATA MINIMA DEL CONTRATTO DI

FRANCHISING

\_\_\_\_\_\_\_\_

­­

TESI DI LAUREA

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

 \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_ RELATORE:

Chiar.mo Prof. Mario Barcellona

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

*Al Professor Antonino Lancilla,*

*che ha creduto e scommesso sulla mia persona,*

*a suggello della relativa vittoria,*

*dedico questo lavoro.*

INTRODUZIONE

Con l'approvazione della Legge 6 Maggio 2004, n. 129, il contratto di affiliazione commerciale ha trovato finalmente collocazione tra le fonti dell'ordinamento italiano.

Al termine del dibattito parlamentare per la sua approvazione, è prevalsa l'idea di limitare lo scopo della legge alla predisposizione di obblighi di trasparenza, con l'obiettivo precipuo di non compromettere la flessibilità che questa forma negoziale, aveva negli anni via via assunto con maggior vigore.

Il nostro legislatore, con l'obiettivo di cui sopra, ha quindi optato per una *disclosure law*, mediante la quale vengono regolamentati solamente gli aspetti afferenti alla trasparenza nella fase prodromica alla formazione dell'accordo.

La nuova normativa però, così configurata, risulta carente rispetto a quello che è stato da sempre definito come "il vero problema cruciale di tutto il sistema del *franchising*" ossia, il tema della c.d. *"termination"* del rapporto.

Si cercherà di dimostrare, nello sviluppo di questo lavoro, che la durata minima elaborata per la tutela dell'affiliato all'art. 3, comma 3° della L. 129/2004, seppure impregnata di una forte valenza assiologica, è destinata, a causa di una infelice formulazione, a ingenerare forti dubbi ermeneutici la cui difficile soluzione è affidata all'interprete.

Si tratterà, nel 1° capitolo, dei profili generali del contratto di franchising e degli elementi caratterizzanti dello stesso sotto il profilo economico.

In un secondo momento, si porrà attenzione al profilo della debolezza contrattuale dell'affiliato, generata da una condizione di dipendenza economica in cui lo stesso versa a causa del sostenimento di investimenti specifici non recuperabili; nel 3° capitolo, infine, si tenterà di ricomporre l'articolato quadro delle problematiche suscitate dal precetto della durata minima del contratto, che trova ubicazione nel 3° comma dell'art. 3 della legge 129/2004, con relative soluzioni percorse dalla dottrina o percorribili in una prospettiva *de iure condendo*.

CAPITOLO I

AFFILIAZIONE COMMERCIALE. PROFILI GENERALI.

1. *Cenni sulle origini.*

Il termine *“Franchising”* deriva dalla parola francese “*franchise*” e, a sua volta, dalla radice franco renana “*frank*”.

Si tratta di locuzioni che alludono al concetto di “franchigia” intesa come una situazione di privilegio, libertà, esclusiva ed autonomia di cui, in passato, godevano talune categorie di soggetti.[[1]](#footnote-1)

Il “privilegio”, dunque, costituisce l'elemento centrale di questa fattispecie contrattuale per mezzo della quale, un imprenditore (c.d. affiliante/*franchisor*) trasmette ad altro imprenditore (c.d. affiliato/*franchisee*), la possibilità di distribuire o produrre beni o servizi di creazione del *franchisor*, fruendo quindi delle licenze, insegne, *know-how*, brevetti e marchi cedutigli da quest’ultimo; tutte circostanze queste che portano i consumatori a identificare perfettamente l'impresa dell'affiliato con quella dell'affiliante.[[2]](#footnote-2)

L'utilizzo di questa forma di distribuzione commerciale è da ricondurre all'evoluzione del capitalismo del secolo scorso, che ha indotto alcune grandi imprese statunitensi all'adozione della formula del *franchising*, rivelatasi poi vincente, grazie alla sua duttilità nel favorire una efficace e rapida penetrazione dei grandi mercati internazionali, oltre che per la possibilità di compiere ciò senza la necessità, normalmente presente, di investire ingenti capitali propri. Tutto ciò con l'ulteriore vantaggio di mantenere forti poteri di controllo verso i distributori affiliati.

Il *franchising* nasce nel XX secolo negli Stati Uniti d'America, dove importanti imprese come la General Motors, Coca Cola ecc., iniziarono a distribuire i propri prodotti mediante commercianti locali, sfruttando così in maniera più efficace le opportunità di vendita offerte dalle grandi aree commerciali di quel continente.[[3]](#footnote-3)

A partire dagli anni '70 del secolo scorso il *franchising* approda in Europa così come nel nostro Paese, dove si considera comunemente il 18 settembre 1970 la data di nascita ufficiale del *franchising* in Italia, con l'inaugurazione a Fiorenzuola d'Arda (PC), del primo affiliato della rete Gamma, (assorbita successivamente dalla Standa). [[4]](#footnote-4)

1. *Dall’atipicità alla tipizzazione normativa.*

Nel nostro paese, prima del 2004, il contratto di *franchising* era un contratto atipico.

A fronte di un suo sviluppo rapido in Italia, la dottrina e la giurisprudenza furono indotte a trovarne una legittimazione giuridica, raggiunta per mezzo dell'aggancio agli artt. 1322 c.c.[[5]](#footnote-5) e, sotto il profilo costituzionale, all’art. 41 Cost.[[6]](#footnote-6), che si è ritenuto promuova e tuteli l’aggregazione, l’affiliazione e la collaborazione tra le imprese. In questo senso è da collocare la pronuncia della Corte di Cassazione la quale considera il *franchising*, come uno strumento negoziale espressione del principio i libertà di iniziativa economica.[[7]](#footnote-7)

La tipizzazione normativa, con cui peraltro si è tentato di porre fine, seppure con insufficienti risultati, al coacervo di dubbi interpretativi sulla disciplina applicabile, si è quindi avuta con la tanto attesa (da alcuni) Legge 6 maggio 2004, n. 129 che ha adottato la nomenclatura “affiliazione commerciale”.

Si tratta di una legislazione non accolta da tutti gli operatori (giuridici ed economici) con il medesimo grado di entusiasmo.

Da un lato, infatti, vi era chi riteneva (gli operatori del settore) che l’urgenza per una regolamentazione del *franchising* risultava pressoché assente, a sostegno di ciò potendo addurre il notevole grado di velocità di espansione in Italia di questo tipo negoziale (considerato tra l'altro come già “tipizzato”, seppure solo sotto il profilo “sociale”), malgrado la totale assenza di una legge.

Ulteriori ragioni che inducevano a posizioni contrarie all’esigenza impellente di una tipizzazione erano fondate sulla circostanza che il *franchising*, attraverso una regolamentazione specifica, sarebbe rimasto imbrigliato nelle pastoie di molteplici oneri burocratici e prescrizioni legali che ne avrebbero senz'altro inibito l’adattabilità alle diverse esigenze e il conseguente suo sviluppo, apparso proprio quest’ultimo condizionato dall’ampia libertà delle parti di decidere come riempire di contenuti negoziali, uno schema contrattuale flessibile rappresentato dall'affiliazione commerciale fino a quel momento.

Dall’altro lato, vi era chi riteneva, invece, che l’introduzione di una nuova legge avrebbe consentito di orientare il *franchising* in una prospettiva di maggiore lealtà, correttezza e buona fede nel rapporto.

Tutto questo a condizione, però, che si fosse trattato principalmente di una *disclosure law,* una legge volta a regolare in maniera dettagliata gli obblighi informativi precontrattuali delle parti, lasciando il profilo dei contenuti economici all’autonomia privata. [[8]](#footnote-8)

1. *La definizione nelle fonti comunitarie e nella Legge 129/2004.*

Del contratto di *franchising* si è a lungo tempo cercato di trovare una soddisfacente definizione che tenesse conto di tutti gli elementi caratterizzanti, ma senza positivi risvolti, non essendo presente nel nostro Codice Civile un tipo contrattuale che vi aderisse perfettamente o le cui norme potessero essere applicate con il ricorso all'analogia.

Un primo tentativo definitorio è da ricondurre alla giurisprudenza comunitaria la quale, nella nota sentenza “*Pronunptia*”, ha cercato di inquadrare il fenomeno contrattuale del *franchising* parlando di un sistema di distribuzione in cui un' “impresa che sia stabilita su di un mercato come distributore, e che abbia potuto così mettere a punto un insieme di metodi commerciali, concede, dietro corrispettivo, a dei commercianti indipendenti la possibilità di stabilirsi su altri mercati, usando la sua insegna ed i metodi commerciali che le hanno garantito il successo. Più che di un metodo di distribuzione si tratta, per l'impresa, di un modo di sfruttare economicamente, senza investire i propri capitali, un patrimonio di cognizioni.”[[9]](#footnote-9)

Un'importante svolta nella definizione del *franchising*, si è avuta con il Regolamento 4087/88. Si tratta di una normativa collocabile nell'ambito dei c.d. “regolamenti di esenzione per categoria”, regolamenti con cui si stabiliscono criteri per esentare appunto categorie di accordi, dalla sanzione *antitrust.*

L'art. 1 del Regolamento così recita: “per accordo di franchising si intende 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: a) 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; b) alla comunicazione da parte dell'affiliante all'affiliato di un *know-how*; c) alla prestazione permanente, da parte dell'affiliante all'affiliato, di un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo”.

Si tratta però di una fonte che non ha avuto come precipuo obiettivo quello di fornire una organica ed esaustiva disciplina al contratto in esame, ma quello piuttosto di delineare quali pattuizioni, nell'ambito di un contratto di *franchising,* siano da considerare lesive della concorrenza e dunque vietate.[[10]](#footnote-10)

L'assenza di un adeguato apparato normativo ha quindi spinto gli operatori economici a sviluppare forme di autoregolamentazione che hanno trovato la massima espressione nella elaborazione dei codici deontologici – il Codice Deontologico Europeo del Franchising e il Codice Deontologico elaborato in Italia dall'associazione Assofranchising – diretti a regolare in maniera omogenea i rapporti di *franchising* in Europa ed in Italia.

La definizione senza dubbio più importante però, ai fini di questo lavoro, è quella cui è pervenuto il legislatore con l'attesa legge 129/2004 il cui art. 1 segue chiaramente il solco tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza comunitari[[11]](#footnote-11) e che così dispone: “*L’affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all’altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, know-how, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l’affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi.*”.

Si tratta di una disposizione che è frutto di una tecnica legislativa basata sulla definizione e sulla descrizione e ciò appare giustificabile dalla estrema eterogeneità delle situazioni economiche alle quali può applicarsi il contratto di *franchising*. Essa indica chiaramente gli elementi oggettivi e soggettivi del contratto ma risulta consapevolmente generica, proprio per la già ricordata esigenza di mantenere nel *franchising* quella duttilità che ne ha permesso lo sviluppo, evitando così una limitazione dell'autonomia privata.[[12]](#footnote-12)

E' da segnalare, inoltre, come il legislatore abbia escluso con la definizione in commento da un lato, il *franchising* c.d. *“di produzione”* e dall'altro il *franchising* *“di ingrosso”*; il primo per la sua tradizionale riconducibilità alla concessione di licenza di marchio per la fabbricazione dei prodotti (ma vi si potrebbe far purtuttavia rientrare, stante il carattere di *“disclosure”* cui è ispirata l'intera legge 129/2004 e che potrebbe assumere senz'altro rilievo anche in questa fattispecie); il secondo, per la circostanza - sottolineata da alcuni - che gli acquirenti del grossista non sono consumatori finali ma imprenditori dettaglianti. Anche questa esclusione, a ben vedere, suscita ragionevoli dubbi, per il semplice motivo che la finalità della legge 129/2004 non è assolutamente riconducibile alla tutela del consumatore (si potrebbe ancora dubitare sulla correttezza della scelta di pretermettere il *frachising* “*di ingrosso”* dall'ambito della legge, argomentando dalla circostanza che anche il grossista “commercializza dei beni” nel senso che appare indicato dalla norma in esame).

Su questo punto si può concludere affermando che la definizione contenuta nell'art. 1 della legge 129/2004 abbraccia, in quanto ve ne siano i presupposti, tutta la categoria dei “contratti di distribuzione”; non anche altri tipi negoziali “strumentali” alla fase del ciclo economico precedente quello della distribuzione essendo questo dovuto alla locuzione “commercializzazione”, con cui il legislatore sembra aver voluto tracciare una linea di demarcazione tra la fase economica della produzione e quella che sta a valle della distribuzione.[[13]](#footnote-13)

1. *Profili economici, interessi delle parti, elementi caratterizzanti del contratto.*

Già nel periodo precedente l'emanazione della legge 129/2004, la dottrina soleva riferirsi alla classica tripartizione del contratto di *franchising* in relazione all'oggetto. Questa impostazione può (almeno tendenzialmente) ancor oggi mantenersi, essendo possibile individuare un *franchising* di "distribuzione di beni", un *franchising* "di servizi" ed un *franchising* "industriale" a seconda che l'attività precipua del *franchisee* consista, rispettivamente: a) in una commercializzazione di beni prodotti dall'affiliante; b) in una erogazione sul mercato di determinati servizi specialistici (ad es. agenzie immibiliari) sulla base di un *know*-*how* messo a disposizione dall'affiliante; c) in una attività di produzione (ed eventualmente anche di successiva distribuzione), sulla base di licenze e brevetti concessi dal *franchisor*, dei prodotti di quest'ultimo.[[14]](#footnote-14)

Malgrado la varietà delle forme in cui può estrinsecarsi, il fenomeno complessivo dell'affiliazione commerciale presenta caratteristiche e indici comuni (quasi) sempre presenti.

E' possibile quindi fornire (a causa delle diverse forme assunte dal *franchising*) solo una sommaria enucleazione delle caratteristiche salienti della fattispecie in esame, la prima delle quali è ravvisabile in ciò che, i punti vendita sono sempre caratterizzati da segni distintivi (insegna, marchio) e da un'immagine (arredamento ecc.) imposti al *franchisee* dal *franchisor*. Ciò implica per il *franchisee* una duplice condizione: di diritto e di dovere (rispettivamente, il diritto di utilizzazione di tali segni distintivi e il divieto di continuare ad utilizzarli una volta venuto meno il rapporto negoziale).

La seconda caratteristica è data dalla necessità per il *franchisee* di osservare le molteplici prescrizioni del *franchisor*, in ordine all'esecuzione del contratto.

La terza, costante caratteristica, è rappresentata dal trasferimento del c.d. *"know-how"*, un patrimonio di conoscenze di cui è depositario l'affiliante.

La quarta, speculare alla caratteristica precedente, è data dal pagamento di una somma di denaro da parte del *franchisee* sotto forma di *fee d'ingresso* e/o *royalties* che funge da controprestazione alla possibilità dell'affiliato di sfruttare i segni distintivi dell'impresa dell'affiliante.[[15]](#footnote-15)

Sotto il profilo prettamente economico, è possibile inquadrare il *franchising* nel contesto delle strategie di crescita "a rete" di impresa, risolvendosi in un efficiente strumento teso a favorire lo sviluppo dell'impresa attraverso una ragnatela di rapporti associativi legati dal valore simbolico del marchio ed è sovente ricondotto dalla dottrina, alla categoria dei contratti di "collaborazione tra imprenditori", nei quali un imprenditore è incaricato della distribuzione e/o produzione di un bene o servizio dell'altro, in un'ottica di riduzione dei costi di distribuzione o produzione di quest'ultimo.

Si è osservato, come una ulteriore caratteristica dell'affiliazione commerciale consista in ciò che essa realizza una forma di concorrenza monopolistica. Il *franchisor* attribuisce al *franchisee* un potere-dovere di usufruire delle licenze e, specularmente, il dovere di osservare le direttive comportamentali emanate dal primo e ciò permette di ottenere una peculiare uniformità dell'intera rete di affiliazione ed, allo stesso tempo, di mantenere ben distinto il proprio prodotto o servizio rispetto ad altri commercializzati dai diversi imprenditori concorrenti.

In questo modo il *franchisor* trasmette al *franchisee*, mantenendola integra, una situazione di monopolio, garantita dal potere di disporre di particolari beni o servizi i quali, per le intrinseche qualità, sono dotati, allo sguardo dei consumatori, di un certo livello di "unicità". E' proprio questa unicità, dunque, che permette alle imprese di conseguire profitti superiori rispetto a quelli conseguibili nell'ambito di un mercato in regime di concorrenza perfetta.[[16]](#footnote-16)

Aspetto fondamentale è dunque rappresentato dallo sfruttamento commerciale di un' immagine che gode di un certo prestigio nel mercato dei consumatori, ma è proprio in questo contesto, che emergono con maggiore nitidezza, i contrapposti (e diversi) interessi delle parti.

Da un lato, il *franchisor* avrà come obiettivo principale la tutela del proprio marchio, ottenibile attraverso una politica di perseguimento di *standards* qualitativi e promozionali elevati: il successo dell'impianto di distribuzione è polarizzato tutto sul comportamento del *franchisee*. Questi, dall'altro lato, tenderà inevitabilmente a risparmiare sulla qualità dei beni e dei servizi offerti ai consumatori, con l'obiettivo precipuo di mantenere bassi i costi d'impresa e alti i profitti; il tutto senza affrontare le tormentose acque del mare del "rischio di impresa", il quale può riservare gravi perdite del valore di avviamento e del marchio.

I *franchisors* sono quindi chiamati ad affrontare quello che la letteratura economica chiama *"free-riding"*, una condizione che può insorgere ogni qualvolta il bene o servizio offerto sia un *"public good",* ovverosia un "bene pubblico"; è noto che i benefici generati dall'offerta di un bene pubblico non sono escludibili: i *franchisees* fanno parte di quella cerchia di operatori economici che hanno incentivi ad attendere che siano altri imprenditori (*i franchisors*) a sopportarne i relativi costi di produzione, "appropriandosi gratuitamente dei relativi benefici, a valle della catena commerciale, attraverso il *franchising*.

Un tema strettamente connesso è quello che gli economisti chiamano *"principal-agent dilemma"*, per porre l'accento sulla contrapposizione degli interessi tra *franchisees* e *franchisors*.

Le forti restrizioni contrattuali, assieme ai meccanismi sanzionatori, imposti al *franchisee* dal *franchisor* possono assurgere a valido strumento per la conservazione della reputazione del prodotto e dell'immagine del marchio, attenuando così il fenomeno del *free-riding*.

Se si osserva da questo angolo visuale quest’ultimo dato, le clausole imposte unilateralmente dal *franchisor,* in una politica di contrasto al *free-riding,* potrebbero apparire addirittura scevre da profili di vessatorietà che normalmente le contraddistinguerebbero. Si potrebbe trattare, a titolo esemplificativo, di clausole che non prevedono la necessità di addurre una giusta causa di recesso all'affiliato ovvero clausole che contemplano preavvisi troppo brevi, e così via discorrendo.

Potrebbero dunque apparire legittime, in quanto dirette ad evitare la situazione di *impasse* dell'intera rete, scongiurando così rilevanti perdite di efficienza legate a comportamenti opportunistici dell'affiliato.[[17]](#footnote-17)

Le predette valutazioni di indubbio rilievo per gli aspetti improntati all'efficienza economica, non possono tuttavia indurre il giurista a distogliere lo sguardo dalla estrema delicatezza della condizione in cui versa l'impresa affiliata. Quest'ultima, per soddisfare gli interessi economici del *franchisor*, sarà costretta, con un certo grado di frequenza, a sostenere investimenti "idiosincratici", ovverosia insuscettibili di pronta riconversione e/o liquidazione, rispettivamente, in un nuovo rapporto negoziale ovvero nel mercato. Si profila, così, sullo sfondo, il pericoloso e serio rischio di soggiogazione e ricatto perpetrabili dai *franchisors*, eventualità che approderà, in ultima analisi, nella produzione di costi irrecuperabili per i *franchisees*, c.d. "*sunk costs*".

CAPITOLO II

LA DEBOLEZZA CONTRATTUALE DELL'AFFILIATO

*1. L'indipendenza normativa, la dipendenza economica del* franchisee*.*

L'impianto normativo su cui poggia la legge 129/2004, tradisce la forte considerazione riservata dal legislatore agli orientamenti ed alle istanze delle associazioni e degli operatori economici di settore, basate da sempre sull'idea che una legge sul *franchising* dovrebbe rigorosamente limitarsi alla disciplina degli aspetti precontrattuali, in un'ottica di trasparenza nei rapporti fra i contraenti ed in grado di escludere, *ab origine,* qualsiasi forma di rigidità del contenuto negoziale.

Questa forma di flessibilità sul contenuto prevista dal legislatore, concerne in primo luogo gli equilibri economici del contratto che possono instaurare le parti, essendo quindi chiaro l'intento del legislatore di lasciare, sotto questo profilo, un'ampia libertà all'autonomia privata, costretta a subire restrizioni esclusivamente nella fase genetica del rapporto.

La legge 129/2004 è (seppure non in maniera esclusiva) una *“disclosure law”,* ela *policy* che la permea, è individuabile nell'esigenza di approntare una efficace tutela alla parte debole del rapporto (l'aspirante affiliato), principalmente nella fase precontrattuale; tutto in funzione, in ultima analisi, del tentativo di elisione dello *status* di asimmetria informativa in cui quest'ultimo versa.

A questo riguardo, è stata da alcuni autori segnalata la circostanza per cui la suddetta *policy* non trovi, a ben vedere, una esplicita menzione all'interno della legge apparendo la disciplina, al contrario, molto bilanciata, essendo previsti obblighi informativi non soltanto a carico dell'affiliante, ma anche a carico dell'affiliato.[[18]](#footnote-18)

E' proprio da quest'angolo visuale che sembra emergere l'idea di una reciproca indipendenza normativa del *franchisor* e del *francisee;* una indipendenza espressamente individuata dallo stesso art. 1 della legge 129/2004, il quale così esordisce: *"* L’affiliazione commerciale (franchising) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, *economicamente* e *giuridicamente indipendenti "*. Si parla in modo chiaro dunque di due soggetti che sotto il profilo economico e giuridico, si trovano in una condizione di uguaglianza.

Non è la prima volta che il legislatore disciplini un contratto tra imprenditori,[[19]](#footnote-19)ma con questa normativa si introduce un elemento di novità rappresentato da ciò che, pur essendo stata emanata principalmente a tutela dell'aspirante affiliato, essa introduce delle forti garanzie anche per l'affiliante, parte “forte” del rapporto; impostazione dogmatica, quest'ultima, da ricondurre ai principi di lealtà, correttezza, buona fede e trasparenza nel corso delle trattative, suggellati dal legislatore nell'articolo 6, commi 1° e 3°[[20]](#footnote-20).

Dunque, anche la posizione dell'affiliante, seppure sotto il profilo degli obblighi informativi, appare parimenti bisognosa di tutela, poiché è possibile che lo stesso possa ritrovarsi, non di rado, nell'oggettiva impossibilità di reperire una serie di importanti informazioni riguardanti la sua futura controparte negoziale, in quanto potenzialmente coperte dal diritto alla *privacy*.

E' noto come nell'ambito dei c.d. “*relational contracts*”, un assetto negoziale liberamente modificabile dalle parti possa favorire l'insorgenza di vincoli di dipendenza economici prodromici rispetto al perpetrarsi di comportamenti opportunistici: a fronte del timore del *franchisee* di perdere le risorse già investite (e non ancora ammortizzate), dall'altro lato si colloca il potere concreto di minaccia (di porre fine al rapporto) del *franchisor*, che lo abiliterà alla ri-negoziazione dei termini dell'accordo, sfruttando così la sua posizione di vantaggio rivestita all'interno della relazione.[[21]](#footnote-21)

E' dunque possibile rilevare come, a fronte di una condizione di indipendenza giuridica ed economica delle parti asseverata dalla legge con l'art. 1, la prassi finisca con il rivelare un quadro frequentemente ben diverso.

E' in questo contesto che la posizione del *franchisee* assume rilievo e suscita l'attenzione dell'interprete; una posizione di "indipendenza normativa" ma, al contempo, di accentuata "dipendenza economica".

Alla luce di queste osservazioni, la legge 129/2004 sembra prefiggersi come scopo quello di garantire un adeguato grado di informazione, non anche quello di perseguire un equilibrio della posizione economica delle parti; equilibrio, come prima accennato, le cui sorti appaiono affidate totalmente all'autonomia privata.

Per ragionare in una prospettiva di equilibrio e ri-equilibrio contrattuale, bisognerà semmai attingere non dalla legge 129/2044 ma da altre fonti, differenti strumenti di tutela.[[22]](#footnote-22)

*2. Abuso di dipendenza economica. Brevi cenni sull' applicabilità dell'art. 9 della legge 192/1998 al contratto di* franchising*.*

Nella direzione di una esaustiva tutela della posizione di debolezza contrattuale assunta dal *franchisee* nel rapporto di affiliazione commerciale, si pone la questione, fortemente dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, dell'applicabilità del divieto di abuso di dipendenza economica, contenuto nell'art. 9 della legge 192/1998 sulla subfornitura nelle attività produttive, al contratto di *franchising*.

Il primo progetto di legge sulla subfornitura, prevedeva che il divieto di abuso di dipendenza economica dovesse trovare la sua sede naturale non nella legge 192/1998 ma all'interno della legge 287/1990, concernente la disciplina italiana *antitrust*, in un articolo 3-bis, collocato successivamente alla norma sulle intese (art. 2) e a quella sull'abuso di posizione dominante (art. 3), posto che le condotte vietate erano sovrapponibili, quasi integralmente, con quelle vietate dalla legge *antitrust*.

Disattendendo questa impostazione, il legislatore italiano ha diversamente optato per la collocazione del divieto di a.d.e. all'interno della legge 192/1998 sulla subfornitura nelle attività produttive.

La ragione di questa scelta, va probabilmente individuata nella intenzione di affidare al giudice ordinario e non all'Autorità Garante per la concorrenza e il mercato, la risoluzione delle controversie inerenti il fenomeno in esame, ed in quella di predisporre così, attraverso questa scelta, un apparato rimediale di natura giudiziaria, corredato di tutte le garanzie tipiche di questa forma di tutela.

L'art. 9 della legge 192/1998, al suo primo comma, dispone il divieto di abuso da parte di una o più imprese, dello stato di dipendenza economica nel quale si trova una impresa cliente o fornitrice.

La norma considera come dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un "eccessivo squilibrio" di diritti e obblighi. La dipendenza economica è valutata *anche* tenendo conto della reale possibilità per l'impresa che abbia subito l'abuso, di reperire sul mercato alternative soddisfacenti.

L'obiettivo della norma in esame, consiste nell'impedire un utilizzo distorto della condizione di forza di una parte nei confronti di un'altra non in grado, quest'ultima, di reperire valide alternative nel mercato di riferimento.

La circostanza che la norma utilizzi il termine "anche", induce a ritenere estensibile il divieto di a.d.e. anche ad altre fattispecie di abuso, realizzate in circostanze non di monopolio ma parimenti sfocianti in una situazione di disequilibrio tra diritti e obblighi.[[23]](#footnote-23)

La norma è in grado di colmare, così, un vuoto di tutela nei rapporti privatistici tra imprenditori, posto che l'ambito di operatività della normativa sulle clausole abusive è circoscritta esclusivamente al rapporto tra professionista e consumatore.

La dottrina e la giurisprudenza[[24]](#footnote-24), risolvono in maniera pressoché unanime la questione dell'applicabilità o meno dell'art. 9 della legge sulla subfornitura al contratto di *franchising*. L'argomento addotto a sostegno dell'estensibilità dell'istituto, è sovente individuato nella formulazione della stessa legge 192/1998, la quale si esprime genericamente in termini di divieto di abuso di una impresa "cliente", non facendo alcun accenno alla precipua figura del subfornitore.

La formulazione in questo modo risulta talmente ampia, da non apparire più limitata ai rapporti di subfornitura, ma estesa anche tutti i rapporti tra imprenditori all'interno dei quali uno di essi versi in una condizione di debolezza rispetto all'altro e quindi, in ultima analisi, anche al contratto di affiliazione commerciale.

Il secondo comma dell'art. 9 in esame, prende in considerazione le diverse modalità in cui può realizzarsi l'abuso, affermando che esso può anche consistere "nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto".

Fra le tre fattispecie, quella più dibattuta in dottrina è senz'altro l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, che rappresenta nel *franchising*, il fenomeno verosimilmente più frequente ma anche più pericoloso per l'affiliato, il quale potrebbe subire ingenti perdite a causa del recesso o del rifiuto di rinnovo del contratto.[[25]](#footnote-25)

Per ciò che concerne questo specifico tema ed il dibattito in merito, si rinvia ai successivi paragrafi, ove saranno meglio analizzate le problematiche concernenti il tema della c.d. *termination* del contratto di *franchising.*

Per quanto riguarda, infine, il profilo rimediale predisposto dal legislatore con la legge 192/1998, in estrema sintesi può dirsi che, una volta che il giudice rilevi in un rapporto di affiliazione commerciale un atto di abuso di dipendenza economica, dichiarerà nulla, in ossequio al terzo comma dell'art. 9, la pattuizione che ne avrà consentito l'attuazione.

*3. L'investimento specializzato come fattore di dipendenza economica. Natura e tipologie.*

In Italia, parte della dottrina più orientata ad un approccio di *law & economics*, ha identificato la sfera di operatività dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, che vieta l'abuso dell'altrui dipendenza economica, con il problema dell'opportunismo, in presenza di investimenti specifici.[[26]](#footnote-26)

La letteratura economica definisce specifici o "idiosincratici" quegli investimenti effettuati in funzione di una determinata relazione d'affari e, dall'altro lato, di difficile recupero in usi alternativi.

Quella che emerge viene definita come specificità del bene, *"asset specificity"*, a sua volta classificata dalla letteratura economica nordamericana in: i) fisica; relativa, cioè, a macchinari, luogo di produzione ecc.; ii) transnazionale; riferibile ai costi di ricerca del partner commerciale o per la negoziazione dell'accordo; iii) d'apprendimento; riferibile alle competenze tecniche, scientifiche e gestionali acquisite dalla parte nel corso della relazione ed in funzione di essa; iv) di secondo grado; riguardanti la clientela del soggetto dipendente come il caso tipico del *franchising,* in cui il distributore integrato finisce per identificarsi pienamente con l'immagine commerciale del fornitore.

In presenza di *asset specificity*, la parte che investe si ritrova in quella condizione che gli economisti definiscono di *hold up* monopolistico, che all'interno dei rapporti tra i due imprenditori si traduce in un "potere di minaccia". Premesso ciò, gli economisti formulano la seguente regola: l'affiliato, autore dell'investimento specializzato, diventerà particolarmente reattivo nell'accettare rinegoziazioni delle condizioni dello scambio, fino al punto in cui ciò che egli ottiene come remunerazione dell'investimento sostenuto equivale al suo secondo miglior uso alternativo.

La controparte così, potrà appropriarsi di una quasi-rendita dell'investitore, rappresentata dalla differenza tra quanto inizialmente convenuto e ciò che all'investitore conviene ancora accettare.

Altro pericolo, sotteso a questa condizione di debolezza contrattuale è dato dalla circostanza che la controparte potrebbe decidere di esercitare un recesso dal contratto *ante tempus*, mettendo l'affiliato nelle condizioni di non riuscire a recuperare l'investimento.

Si tratta di comportamenti, classificati dalla letteratura economica, come "opportunistici" e che si pongono in contrasto con i principi di corretteza e di deontologia professionale ma non solo: anche ragionando in termini rigorosamente economici, si tratta di condotte che sembrano cozzare con gli stessi criteri dell'efficienza.

Per gli economisti, la funzione del contratto è rappresentata dalla massimizzazione delle utilità di entrambe le parti; l'opportunismo, in ambito negoziale, non fa invece che impedire questo risultato, sicché il contratto non realizza la sua funzione economica nello stesso momento in cui assurge a strumento di ricatto e di consequenziale ingiusta appropriazione delle altrui utilità.

Sempre ragionando in chiave economica, l'opportunismo è idoneo a produrre inefficienza nella misura in cui la parte debole del rapporto, a fronte del rischio di rimanere prigioniera del proprio investimento sarà indotta ad investire ad un livello sub-ottimale, aggirando sì il rischio della scorrettezza della sua controparte, ma determinando al contempo una dispersione di risorse.

L'assenza di un'adeguata garanzia a tutela del recupero dell'investimento può incidere non soltanto sulla sfera intersoggettiva delle parti del negozio giuridico, ma può avere ripercussioni distorsive più ampie, vale a dire sull'intero mercato. Si tratta di un fenomeno che viene considerato come una delle cause generatrici del raffreddamento dei processi concorrenziali, e ciò appare più chiaro, se si pone a mente la circostanza per cui la parte forte del rapporto può sfruttare in questo modo la sua condizione di superiorità contrattuale non tanto per lucrare utilità di pertinenza dell'investitore quanto, piuttosto, per influire sulla condotta di mercato di quest'ultimo, ovvero ancora, per indurre lo stesso all'astensione da iniziative concorrenziali sgradite alla controparte, con evidenti risvolti distorsivi a "più ampio raggio".

Chiarito il contesto economico in cui si manifesta il fenomeno dell'*hold up* è ora opportuno ragionare sulla esistenza o meno di un principio generale che tuteli l'investimento specializzato in quanto tale e successivamente individuare, in caso di esito positivo dell'indagine, i criteri giuridici in base ai quali sia possibile affermare che un investimento dia luogo a situazioni meritevoli di tutela.

Per quanto concerne il primo quesito, non sembra azzardato desumere dall'ordinamento l'esistenza di un principio generale diretto alla tutela dell'investimento in quanto tale, risultando questa tesi al più avvalorata dal profondo interesse mostrato per questi particolari temi, negli ultimi anni, dal legislatore comunitario prima[[27]](#footnote-27), e da quello nazionale poi,[[28]](#footnote-28)attraverso le rispettive scelte legislative.

Per quanto concerne il secondo quesito, quello dell'individuazione degli investimenti suscettibili di tutela, la dottrina ha osservato che deve trattarsi di investimenti effettivamente specifici, c.d. "idiosincratici".

Investimenti che non solo siano stati effettuati proprio ed esclusivamente in funzione di quel rapporto, ma che al contempo non si prestino ad una pronta riconversione nel mercato nell'ottica di un loro utilizzo alternativo.[[29]](#footnote-29)

Non potrebbe, a ben vedere, ritenersi tutelabile un investimento che abbia ad oggetto l'acquisto di un immobile da parte di un affiliante, anche nell'ipotesi in cui sia caratterizzato da ubicazione, superficie e distribuzione degli spazi del tipo richiesto per l'attività da intraprendere, posto che l'immobile può essere parimenti destinato ad un uso alternativo ed in ogni caso rivenduto.

Stessa sorte potrebbe essere riservata ad un investimento che l'affiliato abbia effettuato in occasione del rapporto, di propria iniziativa, nella prospettiva di accrescere i propri utili.

L'esempio potrebbe individuarsi sempre nell'acquisto di un immobile da parte dell'affiliato nella (rivelatasi poi) erronea convinzione di poter espandere in futuro la propria attività. Qui la tutela andrebbe a straripare dai suoi argini nella direzione, addirittura, di una protezione dal rischio di impresa inconcepibile nel nostro ordinamento.

Ancora, una terza tipologia di investimento di difficile tutela, è data dagli investimenti realizzati dall'affiliante nei rapporti di distribuzione integrata, funzionali all'identificazione della propria attività con l'immagine commerciale del fornitore, come tipicamente è dato osservare nel rapporto di *franchising*.

Verso quest'ultima tipologia di investimenti, la concessione di una piena tutela, potrebbe apparire estremamente difficoltosa, nella misura in cui per essi estremamente difficoltosa se ne riveli *ex post* l'esatta quantificazione.

Non è un caso che, proprio la questione della loro determinazione, abbia formato oggetto di intenso interesse in dottrina, in relazione alla tutela del *franchisee* nel contratto di affiliazione commerciale.

E' stato evidenziato,[[30]](#footnote-30)come il dibattito in Italia sulla tutela degli investimenti, prodromici alla insorgenza di condizioni di dipendenza economica, abbia trascurato un profilo importante, quello della tutelabilità dell'investimento sotto il profilo della sua redditività.

Ci si è chiesti, con particolare riferimento alla tutela risarcitoria, se essa debba limitarsi esclusivamente all'esborso iniziale, dedotte le spese già eventualmente recuperate, ovvero possa estendersi anche alle residue prospettive di reddito che a quell'investimento, in concreto, si ricollegano.

Alcuni autori[[31]](#footnote-31)ritengono che la tutela andrebbe limitata all'esborso iniziale, considerando la presumibile redditività dell'investimento non come interesse protetto in sé ma, al più, come circostanza di fatto da prendere in considerazione per verificare soltanto la "congruità" della durata della relazione ai fini del recupero della spesa iniziale cosicché, in una prospettiva *ex ante*, maggiore è la presumibile redditività dell'investimento, minore sarà il tempo definibile come "congruo" in relazione alla durata del rapporto.

Presupposta l'importanza del parametro del reddito rispetto alla verifica della congruità della durata, è pero anche vero che, ai fini di un risarcimento del danno a favore dell'affiliato, questo parametro rimarrebbe del tutto privo di rilievo dato che, per definizione, il danno si identifica soltanto nel mancato recupero dell'esborso iniziale.

Un'altra parte della dottrina[[32]](#footnote-32) ritiene, invece, che l'elemento della redditività non possa essere pretermesso dai parametri per mezzo dei quali si tracciano i confini della tutela da abuso di dipendenza economica poiché, "ritenere l'investimento protetto soltanto in ragione dell'esborso a monte, non solo sarebbe poco aderente alla realtà, ma significherebbe anche trascurare il dato normativo, a livello e di divieto di a.d.e. e di sistema."[[33]](#footnote-33)

Come corollario di questa impostazione, si osserva che la valutazione della redditività vada affrontata il più possibile in concreto cosicché, qualora l'investimento (per cause diverse dall'inadempimento) non produca reddito o non produca il reddito sperato, i rimedi esperibili a tutela dell'investitore non potranno sempre spingersi fino alla garanzia del recupero integrale della spesa iniziale.

CAPITOLO III

PROBLEMATICHE SULLA DURATA MINIMA DEL CONTRATTO DI FRANCHISING

*1. Il profilo della durata come elemento centrale nella disciplina della Legge 129/2004.*

L'elemento temporale del contratto di affiliazione commerciale riveste una importanza centrale nella legge 129/2004.

Il contratto di *franchising* è un contratto "di durata" e, come rilevato da autorevole dottrina, la durata dell'adempimento attiene alla causa di questa tipologia di contratti in un doppio senso: da un lato, essi non adempiono alla funzione economica cui sono preordinati, se la loro prosecuzione non si prolunga nel tempo; dall'altro lato, l'utile conseguito dalle parti nel rapporto è proporzionale alla durata degli stessi.[[34]](#footnote-34)

Fortemente collegati con la tematica dei contratti di durata risultano i problemi scaturenti dalla gestione del rischio contrattuale delle sopravvenienze,[[35]](#footnote-35) eventi dai risvolti patologici di carattere esogeno ed al contempo contrassegnati dalla straordinarietà, che hanno attirato l'attenzione della più recente dottrina e giurisprudenza, oltreché del legislatore moderno.

Si è osservato che, quelle che nell'ottica della contrattazione tradizionale, potrebbero apparire ipotesi eccezionali di patologie dei rapporti, nella prospettiva dei contratti di durata, alla cui categoria appartiene il *franchising*, si dimostrano condizioni normali della relazione. Risulta consequenziale dunque, la necessità di una loro considerazione normativa.

Il rapporto negoziale protratto nel tempo assurge, secondo questa impostazione, "a reiterato tentativo di mantenere un equilibrio soggetto all'azione di tutti gli eventi che l'esposizione al tempo comporta."[[36]](#footnote-36)

Per un migliore approccio a queste peculiari problematiche, si è passati da una visione "sincronica" ed "istantanea" del fenomeno contrattuale, che poneva ad oggetto della sua principale analisi il momento genetico del rapporto, ad una visione "diacronica" del contratto, non più inteso esclusivamente come mera "pattuizione", ma più esattamente come una "relazione", che trova nell'accordo la sua fonte principale.

Nonostante la legge 129/2004 riservi una particolare attenzione al momento formativo del vincolo, approntando una disciplina degli obblighi informativi a carico delle parti, non meno importante appare l'attenzione del legislatore rivolta all'elemento della durata del rapporto, interesse che si esprime concretamente per mezzo della disciplina di cui all'art. 3 della legge.

Questa accresciuta sensibilità alla dimensione diacronica del contratto, trova giustificazione nell'esigenza di tenere conto di tutti i possibili fattori esogeni rispetto al rapporto negoziale, caratterizzati dalla straordinarietà e quindi imprevedibili *ex ante* dalle parti, che finiscono per incidere sull'equilibrio contrattuale ed impongono a queste ultime una rinegoziazione dell'assetto di interessi originario.

Ed è proprio in questo contesto di rinegoziazione "necessitata" che la parte più forte del rapporto potrebbe perpetrare condotte di approfittamento ed abuso.

Il legislatore disciplina la durata perché il *franchising* è un contratto incompleto e potrebbe aggiungersi, necessariamente incompleto.

L'analisi economica del diritto è in grado di dimostrare come l'esigenza di pervenire ad un contratto "completo", che tenga cioè conto di tutte le possibili sopravvenienze, eliminerebbe *in nuce* il problema del rischio contrattuale, allocandolo in maniera efficiente sulle parti ma, a ben vedere, risulterebbe parimenti un contratto inefficiente, perché i costi transattivi da sostenere per pervenire alla completezza, supererebbero i benefici conseguibili dalle parti.

Ma anche ammettendo un contratto completo (cui potrebbe pervenirsi o attraverso una specifica disciplina per ogni diversa situazione esogena che potrebbe verificarsi – c.d *complete contingent contract* – ovvero attraverso un accordo che contenga meccanismi di "aggiustamento" continuo – c.d. *sequential contingent contract*), il rischio di sopraffazione permarrebbe, poiché anche questi accordi, in ultima analisi, potrebbero essere contrassegnati dall'opportunismo e dalla loro tendenza a perseguire interessi di "breve periodo", a fronte di un contesto negoziale, per definizione di "lungo termine".[[37]](#footnote-37)

L'insieme di queste brevi notazioni in uno con la considerazione della centralità assunta dall'elemento della durata, costituiscono la premessa per introdurre il tema delle problematiche sulla durata minima del contratto di *franchising*.

*2. La* ratio *della durata minima. L'art. 3, comma 3° della Legge 129/2004.*

La legge 129/2004 prende le mosse dalla necessità di un intervento correttivo teso a riequilibrare la disparità di potere contrattuale che si manifesta nella fase successiva alla stipulazione dell'accordo.[[38]](#footnote-38)

L'immagine del contraente privo di alternative, imprigionato nel contratto ed esposto all'abuso della controparte, si concretizza in maniera paradigmatica nel *franchising,* dove il *franchisee*, a fronte dell'investimento non riconvertibile necessitato dalla natura stessa del rapporto, versa in una condizione di endemica debolezza che integra tutti gli elementi individuati dalla dottrina per l'identificazione della dipendenza economica.

Con il precipuo obiettivo di neutralizzare i forti rischi connessi al fenomeno già citato dell'*hold up* monopolistico, il legislatore ha concepito l'inserimento nella disciplina della legge 129/2204 di quella che viene definita *"recovery period rule"*, che assicuri una durata minima alla relazione contrattuale, in funzione del recupero degli investimenti sostenuti.

Prima dell'entrata in vigore della legge sull'affiliazione commerciale, era da tutti gli operatori (giuridici ed economici) avvertita l'esigenza di assicurare una tutela all'affiliato mediante la predisposizione di una durata minima funzionale la recupero degli investimenti.

Segnali in questa direzione erano ravvisabili nelle formulazioni dei codici deontologici delle associazioni di settore. Così il Codice deontologico europeo del *franchising* che all'art. 5.4 prevede che la durata del contratto "dovrà essere sufficientemente lunga per consentire all'affiliato di ammortizzare i propri investimenti iniziali specifici di affiliazione"; così il Codice deontologico dell'Assofranchising Italiana, il quale all'art. 7 dispone che "all'affiliato dovrà essere garantita una durata minima tale da consentire l'ammortamento dell'investimento effettuato ed, in ogni caso, non inferiore a tre anni, fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata del contratto, per inadempimento degli obblighi contrattuali di una delle parti".

Questa impostazione è da ricollegare alla c.d. "*Missouri doctrine"[[39]](#footnote-39)*, sorta originariamente in funzione del contratto di *agency*, ed estesa poi ai contratti di distribuzione stipulati a tempo indeterminato ed alla luce della quale, la facoltà di recesso *ad nutum* è consentita se non successivamente al decorso di un tempo ritenuto sufficiente ad assicurare al distributore una *"fair chance"* di recupero degli investimenti.[[40]](#footnote-40)

L'idea è quella di garantire la stabilità dei rapporti tramite l'introduzione di sempre più marcate limitazioni alla facoltà delle parti di scioglimento unilaterale del vincolo.

E' possibile individuare anche in altri ordinamenti lo sviluppo di questa dottrina. Possono essere soltanto accennati a tal proposito la Francia, dove queste teorizzazioni trovano esplicazione attraverso lo strumento dell'*abus du droit*, ma anche la Germania, con il richiamo all'istituto della *Treu und Glauben* sulla scorta del § 242 del BGB.

Con precipuo riferimento alla Francia, la giurisprudenza della *Court de Cassation*, in alcune sue pronunce, ha posto a fondamento della legittimità dell'esercizio di un *droit de résiliation,* la spontaneità degli investimenti sostenuti dal soggetto che subisce lo scioglimento. In un altro significativo *arrêt,* la Corte ha qualificato come abusivo l'esercizio del recesso del concedente a causa della induzione del partner al compimento di *"importants efforts d'investissement et de publicité".[[41]](#footnote-41)*

Anche nel C*ommon Law*, assume rilievo il parametro dello *"specific investiment"*, in relazione alla *termination* del rapporto.

Le corti statunitensi, in particolare, hanno in passato utilizzato, in una prospettiva di riequilibrio contrattuale, la clausola generale dell'*uncoscionability*.

Trattasi di un concetto molto discusso poiché indeterminato, che è stato ravvisato ogni qual volta, alla luce del generale ambiente commerciale e delle specifiche esigenze del rapporto contrattuale, le clausole sono a tal punto unilaterali - *one sided -* da apparire ingiuste nell'ambito della situazione esistente al momento della conclusione del contratto.

Si tratta, a ben vedere, di un concetto di iniquità definibile come "originaria" posto che, quello che la Corte statunitense non può fare, è trovare (considerando il tenore letterale della disposizione contenuta nell'UCC)[[42]](#footnote-42) che l'iniquità è sorta in un momento successivo alla formazione dell'accordo.

In un'altra decisione,[[43]](#footnote-43) la Corte ha avuto modo di precisare che, se eventi successivi possono rendere un contratto iniquo, l'elemento costitutivo e qualificante dell'*uncoscionability* è irrilevante, ma si possono invocare altri rimedi, fra cui il ricorso alla buona fede. I giudici invece devono valutare gli usi e le condotte commerciali tipiche del luogo e del tempo della conclusione dell'accordo.

Sulla scorta di queste considerazioni la Corte si era rifiutata di dichiarare *uncoscionable* la clausola di recesso *ad nutum,* soprattutto in base al fatto che l'attore non aveva effettuato *"specific investments"* irrecuperabili oltre la relazione contrattuale.[[44]](#footnote-44)

Tornando al nostro ordinamento, il presupposto giustificativo della *recovery period rule* prima che la stessa approdasse nella legislazione speciale (indirettamente nella l. 192/1998 sulla subfornitura nelle attività produttive prima, e direttamente, nella l. 129/2004 sul contratto di affiliazione commerciale poi) è stato identificato dalla dottrina[[45]](#footnote-45) nel principio della buna fede oggettiva *ex* art. 1337 c.c., per il caso di mancato rinnovo di contratto a termine ed *ex* art. 1375 c.c. per l'ipotesi del contratto a tempo indeterminato ai fini del giudizio di congruità del preavviso.

Questa clausola, di portata generale, sebbene si configurava come parametro fondativo del giudizio, portava con sé un rischio, quello dell'eccessiva discrezionalità lasciata ai giudici, potenzialmente lesiva della certezza del diritto.

Si era posta così l'esigenza di identificare parametri obiettivi, volti da un lato a dare concretezza ai generici contenuti della buona fede e, dall'altro, a condurre gli interpreti verso decisioni coerenti e non arbitrarie.

I suddetti parametri sono stati identificati in quello dell'entità complessiva degli investimenti specifici e quello del lasso di tempo necessario al loro ammortamento, trasfusi nella legge 129/2004, all'art. 3, comma 3° il quale così oggi dispone: *"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, fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti".*

Nonostante l'apprezzabile prospettiva di tutela della parte debole del rapporto, la norma suscita sul piano ermeneutico numerosissime questioni delle quali si tratterà nei prossimi paragrafi.

*3. La lacuna normativa sul contratto a tempo indeterminato e dubbi sulla disciplina applicabile.*

Il 3° comma dell'art. 3, L.129/2004, così esordisce: "Qualora il contratto sia a tempo determinato [...]".

Sembra emergere, innanzitutto, che il contratto di *franchising* possa essere stipulato sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato, essendo questa deduzione fondata sul tenore letterale della norma, che impone una durata minima "qualora" il contratto sia stato stipulato con un termine finale.

Con questa argomentazione *a contrario* è stata dunque desunta dalla dottrina l'ammissibilità del non espressamente menzionato contratto *sine die*, nonostante si tratti di una figura che nella prassi è raramente riscontrabile. [[46]](#footnote-46)

L'esistenza di contratti a tempo indeterminatonella prassi, è anche confermata dall'art. 7, comma 1, del Codice deontologico Assofranchising Italiana, che in maniera espressa fa riferimento alla duplice opzione temporale cui possono pervenire le parti nella stipulazione di un contratto di *franchising*.[[47]](#footnote-47)

Se quindi ne tratta il Codice deontologico, elaborato sulla scorta degli interessi degli operatori di settore, è allora possibile dedurre che i contratti di *franchising* a tempo indeterminato vengono effettivamente conclusi.

Non vi sarebbero valide ragioni per ammettere che un legislatore, il quale nella redazione della L. 129/2004 aveva ben presente il Codice deontologico di settore, abbia inteso eliminare o addirittura vietare un contratto di affiliazione commerciale *sine die,* senza compiere ciò in maniera espressa. Da qui la deduzione, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit.*

Per alcuni autori, la ragione della sua dimenticanza[[48]](#footnote-48) va ricercata quindi nella minore frequenza nella prassi mentre altri, ritengono che un motivo per considerarla un'ipotesi marginale vada individuato argomentando dall'art. 5 del Regolamento Comunitario n. 2790/99, che vieta i patti di non concorrenza di durata indeterminata. Posto che i suddetti patti sono coessenziali ad ogni contratto di *franchising*, ne risulterebbe la scarsa utilità di concludere contratti di *franchising* a tempo indeterminato.[[49]](#footnote-49)

Ammessa dunque la configurabilità di un *franchising* a tempo indeterminato, è dubbio se esso sia *a contrario* sottoposto al principio generale della libera recedibilità *ad nutum* dei contraenti, salvo eventuale congruo preavviso; ovvero se dal nuovo art. 3 comma 3° della l. 129/2004 sia ricavabile uno speculare principio applicabile anche al *franchising* a tempo indeterminato, sicché quest'ultimo è soggetto alla necessaria previsione di una durata minima sufficiente all'ammortamento degli investimenti e comunque non inferiore a tre anni, salvo il ritorno della regola della recedibilità *ad nutum,* una volta decorso il c.d. *recovery period*.

Il problema della *termination* del contratto di *franchising* è stato affrontato già prima dell'emanazione della legge 129/2004 ed ha costituito uno tra i temi più dibattuti in dottrina ed in giurisprudenza. In passato, era dubbia la stessa possibilità di ritenere protetto l'interesse dell'affiliato di fronte al principio generale statuente la facoltà di recedere *ad nutum* dai contratti a tempo indeterminato.[[50]](#footnote-50)

Fermo restando dunque il principio della libera recedibilità[[51]](#footnote-51), la tutela dell'affiliato veniva predisposta attraverso diversi strumenti, primo su tutti, il principio della correttezza nell'esecuzione del contratto.

Era diffusa l'opinione per cui un recesso prematuro rispetto al recupero degli investimenti violasse il principio che risiede nell'art. 1375 c.c. (salva la sussistenza di una giusta causa)[[52]](#footnote-52).

Si trattava, a ben vedere, di un'impostazione che però aveva come esito una scarna tutela dell'affiliato risolvendosi, quest'ultima, in una garanzia meramente risarcitoria, posto che sarebbe rimasto in ogni caso pienamente operante ed efficace il recesso così esercitato[[53]](#footnote-53), e si trattava di una concezione che considerava il recesso come uno strumento di "reazione" alla perpetuità del vincolo più che come strumento di tutela dell'affiliato in sé.

Esiste infatti in dottrina, una spiegazione diversa del recesso nei contratti a tempo indeterminato[[54]](#footnote-54), considerato alternativamente come mezzo "di determinazione" *ex post* della durata inizialmente non determinata piuttosto che come "strumento di reazione" alla potenziale perpetuità del vincolo. Sotto questa diversa prospettiva la dottrina perviene alla diversa conseguenza normativa che il recesso, non costituisce un principio generale applicabile a tutti i contratti a tempo indeterminato, bensì soltanto uno strumento di "integrazione" del contratto, suscettibile di applicazione analogica.[[55]](#footnote-55)

Attraverso questa diversa ricostruzione, la dottrina ha ritenuto applicabile analogicamente[[56]](#footnote-56) al contratto di *franchising,* l'art. 1569 c.c., in tema di somministrazione, il quale prevede che "Se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione".

L'idea era quella di correlare alla *natura* del rapporto di affiliazione commerciale il termine di preavviso, da alcuni ritenuto espressione del più generale principio del dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede.[[57]](#footnote-57)

Quest'ultima tesi, risulta ancora meno solida di quella precedente, non solo nella prospettiva di una tutela adeguata in generale, ma nella prospettiva anche soltanto risarcitoria. Ciò poiché, pur muovendo dalla considerazione della natura del contratto, non appare così sicuro che si possa correlare il termine di preavviso, al periodo di tempo ancora necessario per l'ammortamento degli investimenti.

E' stato in particolare rilevato, che gli investimenti eseguiti nel corso del rapporto, non sembrano poter acquisire rilievo diretto ai fini della determinazione della congruità del preavviso posto che essi, in qualità di vicende dell’attuazione del rapporto, pongono un problema diverso, che attiene al mantenimento, nella fase dell’esecuzione, della proporzione contrattuale tra costi e benefici dello scambio, alla luce delle circostanze concrete che si determinano nella fase esecutiva e, in particolare, dell’esistenza di ragioni di affidamento, indotto da controparte, sulla durata del rapporto.[[58]](#footnote-58)

Inoltre, l'operatività dell'art. 1569 c.c. rimarrebbe in ogni caso paralizzata da una predeterminazione pattizia del preavviso, nella misura in cui si attribuisse all'art. 1569 c.c. la natura di norma suppletiva, non applicabile là dove le parti abbiano determinato la durata del preavviso in modo discrezionale.[[59]](#footnote-59)

La dottrina, così, ha valorizzato una terza teoria, più recente, fondata sull'art. 9 della Legge 192/1998 in tema di subfornitura, che vieta l'abuso dell'altrui dipendenza economica.

In un contratto di *franchising* a tempo indeterminato, le più importanti questioni inerenti l'abuso di dipendenza economica si polarizzano sul tema del recesso *ad nutum*, entrando in gioco la necessità di accertare se la clausola che lo prevede, inserita dai paciscienti nel contratto, sia valida alla luce dell'art. 9 della legge 192/1998.

Pertanto, ove la scelta del *franchisor* di interrompere il contratto non trovi fondamento in un inadempimento della controparte, con essa deve essere nondimeno rispettato un termine di preavviso congruo all'ammortamento degli investimenti e alla possibilità di reperire nel mercato alternative soddisfacenti che ne consentano il reimpiego.

La presenza di una clausola che attribuisca un diritto di recesso al *franchisor* senza congruo preavviso è stata ricondotta, così, alla fattispecie della interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, che rappresenta soltanto una delle possibili forme in cui può realizzarsi un abuso a danno dell'affiliato.

Sotto il profilo rimediale, nel caso in cui il giudice riconosca una situazione di abuso di dipendenza economica nell'interruzione della relazione negoziale, dichiarerà la nullità della clausola che attribuisca la facoltà di recesso e condannerà il *franchisor* al risarcimento del danno derivante dall'abuso di dipendenza economica in misura pari al danno emergente e al lucro cessante.[[60]](#footnote-60)

Con l'entrata in vigore della Legge 129/2004, si è posto il problema della seconda prospettiva più sopra accennata, ossia quella di ritenere estensibile *tout court* la disciplina di cui all'art. 3, comma 3° della L. 129/2004 anche alle ipotesi di contratto a tempo indeterminato sicché, anche per essi, è necessario rispettare una durata minima o comunque sufficiente per l'ammortamento degli investimenti.

Gli autori che vi aderiscono, segnalano che in caso contrario, il vincolo della durata minima sarebbe facilmente eludibile in pregiudizio all'affiliato.[[61]](#footnote-61)

La disposizione di nuova formulazione, assicura all'affiliato una tutela finalmente piena e soprattutto reale sicché, nell'ipotesi in cui venga esercitato un recesso da parte del *franchisor* nel c.d. *recovery period*, quest'ultimo sarà reso “inoperante” dalla ultrattività del principio suggellato nell'art. 3, comma 3°, ferma restando, comunque, la sussistenza di una giusta causa, la quale non potrà in ogni caso consistere in un mutamento della politica di gestione della rete e di penetrazione del *franchisor* o in una riduzione della convenienza al mantenimento del rapporto, per ragioni attinenti alla situazione del mercato nell'area geografica in cui ha sede il *franchisee*.[[62]](#footnote-62)

Anche sul concetto di inoperatività si registrano visioni divergenti in dottrina che risulta divisa tra coloro che considerano il recesso esercitato in violazione dell'art.3, comma 3° "inefficace"[[63]](#footnote-63) e coloro che lo considerano soltanto "sospeso" sino alla totale decorrenza di tale periodo.[[64]](#footnote-64)

Coloro che ipotizzano la sospensione, individuano la necessità di un preavviso tale, da "garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni". L'idea è quella di non prevedere necessariamente un preavviso di pari durata quanto piuttosto, paralizzare l'efficacia del recesso dell'affiliante fino a quando non sia concluso, per l'affiliato, il periodo di ammortamento delle spese iniziali. Andrebbe risolta in senso negativo, quindi, la questione del se la durata di "sospensione" della facoltà di recesso debba essere comunque superiore o al più uguale a tre anni, indipendentemente dai tempi in concreto necessari per il recupero degli investimenti, poiché la disposizione di cui all'art. 3, comma 3° è riferita in maniera esclusiva ai contratti a tempo determinato, "sì che solo il principio generale di cui essa è espressione, non già la restante sua specificazione, risulta applicabile al recesso dal contratto a tempo indeterminato".[[65]](#footnote-65)

Trascorso il periodo "protetto", appare difficile fondare sul dovere di buona fede e correttezza un limite alla libera recedibilità del *franchisor*, ferma restando la necessità di concedere un adeguato preavviso, la cui congruità andrà valutata questa volta, alla luce di esigenze diverse, come ad esempio quella connessa con lo smaltimento delle scorte di magazzino o quella del riposizionamento dell'attività dell'affiliato al di fuori della rete.

Dopo il periodo di salvaguardia quindi, in mancanza di una regola specifica, si applicherà l'art. 1373 c.c.,[[66]](#footnote-66) che disciplina il recesso dai contratti ad esecuzione continuata e periodica, che consente di far salve le prestazioni già eseguite.

E' da notare come non rientri tra le finalità della norma la tutela del *franchisor,* che pure potrebbe risultare pregiudicato da una interruzione del rapporto di affiliazione sicché, stante l'assenza di qualsiasi indicazione normativa al riguardo, se il contratto è a tempo indeterminato e le parti non abbiano previsto nulla in ordine alle condizioni di recesso dallo stesso, l'unica forma di tutela per l'affiliante non può che essere individuata nel principio generale della correttezza e buona fede, consacrato nell'art. 1375 c.c. .

Il tema della minaccia di recesso da parte del *franchisor,* ha costituito oggetto di un'ampia casistica giurisprudenziale negli Stati Uniti, dove si è posto in luce come la *termination* del contratto di *franchising* possa costituire una ipotesi di grave vessazione ai danni del *franchisee,* in due casi: quando venga utilizzata per punire l'affiliato il quale non abbia osservato l'obbligo di acquistare beni prodotti da società controllate dallo stesso affiliante, previsto non già per preservare la qualità dei prodotti offerti ai consumatori, bensì per contribuire al perseguimento della politica del gruppo; quando il recesso sia intervenuto all'esito di uno sfruttamento dell'affiliato come "cavia", al fine di saggiare le potenzialità di un mercato non ancora esplorato ed al fine di individuare nuovi partner in grado di apportare liquidità all'affiliante, senza l'ombra alle spalle del rischio d'impresa.

Si è osservato che in questi contesti, il *franchising* assurge a strumento di autofinanziamento del *franchisor*, il quale può, senza utilizzare propri capitali di rischio o di debito, sfruttare la dipendenza economica del *franchisee*.[[67]](#footnote-67)

E' in quest'ottica che molti ordinamenti hanno concepito forti limitazioni all'esercizio del diritto di recesso da parte dell'affiliante.

Negli Stati Uniti così, in molti Stati, si rinvengono norme che prevedono la facoltà di recesso del *franchisor*, subordinata ad un preavviso scritto, tendenzialmente non inferiore a novanta giorni, oltre che una giusta causa.[[68]](#footnote-68)

In Francia, sono stati elaborati dalla dottrina una serie di criteri per la valutazione della congruità del preavviso del *franchisor* tra cui, la durata della relazione pregressa, gli investimenti effettuati dall'affiliato e le circostanze peculiari del rapporto; resta fermo il dovere dell'affiliante di ridurre al massimo gli investimenti dell'affiliato.

In Germania, è la giurisprudenza che appronta una tutela al *franchisee* mediante l'applicazione analogica delle norme in materia di contratto di agenzia le quali prevedono a loro volta un congruo termine per il preavviso e l'attribuzione alle parti della facoltà di recesso dal contratto senza, solo in presenza di un "importante motivo" nell'alveo del quale vengono ricondotti una serie di comportamenti riprovevoli tenuti dall'affiliato come ad esempio, lo svolgimento da parte del *franchisee* di un'attività collaterale non consentita dal contratto, la ripetuta violazione dell'obbligo di informativa o dell'obbligo di promuovere le vendite, il tentativo di cedere l'attività ad un terzo all'insaputa del *franchisor,* il mancato pagamento delle *royalties* ovvero ancora, il notevole divario tra il volume minimo di affari previsto nel contratto e quello effettivamente conseguito.[[69]](#footnote-69)

*4. Il franchising a tempo determinato*. *Aspetti problematici sulla violazione della durata minima.*

Uno degli aspetti più problematici della norma di cui all'art.3 comma 3° della L. 129/2004, è sicuramente rappresentato dalla violazione della durata minima.

Prima dell'entrata in vigore della legge, era avvertita da tutti l'esigenza di assicurare una tutela all'affiliato mediante una durata minima del rapporto, funzionale al recupero (*rectius* ammortamento) degli investimenti operati.

Un esempio può essere ritrovato nel Codice Deontologico Europeo del *franchising* ove è detto, all'art. 5.4, che la durata del contratto "dovrà essere sufficientemente lunga per consentire all'affiliato di ammortizzare i propri investimenti iniziali specifici di affiliazione".

Quasi completamente sovrapponibile all'art. 3, comma 3°, il tenore dell'art. 7 del Codice Deontologico dell'Assofrachising ove si dispone che "all'affiliato dovrà essere garantita una durata minima tale da consentire l'ammortamento dell'investimento effettuato ed, in ogni caso, non inferiore a tre anni, fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata del contratto, per inadempimento degli obblighi contrattuali di una delle parti".

Partendo dalla considerazione che l'affiliato adegua integralmente la sua attività al modello comune di tutta la rete di distribuzione, attraverso l'allestimento di una sede con caratteristiche fisiche non recuperabili integralmente o non riconvertibili nell'esercizio di attività alternative e ponendo l'accento sulla circostanza per cui si tratta di un imprenditore che si rivolge ad una clientela, rispetto alla quale, è normalmente l'immagine della rete e non già la sua persona a fungere da "catalizzatore", si perviene alla naturale conclusione per cui gli investimenti rischiano di essere irrimediabilmente perduti in caso di cessazione prematura dell'affiliazione.

Assumendo questi dati sullo sfondo, sorge spontanea l'esigenza di elaborare un sistema in grado di garantirgli un termine minimo al rapporto. Da qui, il meccanismo previsto dal legislatore con l'art. 3, comma 3° che così recita: "*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.*"

Il precetto, dall'indubbia natura imperativa, offre lo spunto per una serie di riflessioni.

E' innanzitutto possibile individuare al suo interno due prescrizioni, rispetto alle quali emerge il dubbio della loro operatività in via alternativa ovvero complementare. Risulta opportuno chiarire la portata di questa notazione.

L'art. 3, comma 3° prescrive da un lato, "una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento" e, dall'altro, un termine "comunque non inferiore a tre anni".

Da qui, il dilemma: o i due termini operano in maniera alternativa, sicché il termine triennale va tenuto fermo indipendentemente da quello sufficiente al recupero degli investimenti ed, in quest'ottica, anche in presenza di un termine sufficiente per ipotesi, di due anni, la durata dovrà essere fissata parimenti in tre anni; ovvero i due termini operano in maniera complementare, sicché la prescrizione triennale è un dato meramente esemplificativo con un valore in ogni caso residuale.

Questa seconda opzione è fondata sul principio della c.d. "correlazione in concreto" tra la durata minima, da un lato, e il periodo necessario all'ammortamento degli investimenti, dall'altro.

Risulta che non è possibile stabilire un termine minimo in via generale ed astratta per ogni contratto di affiliazione commerciale, poiché l'ammontare degli investimenti ed il tempo necessario per il loro ammortamento è per ogni contratto diverso e conduce all'elaborazione di una durata minima necessariamente diversa da contratto a contratto.

Da questa teoria emerge che andrà valutato come inidoneo anche un termine superiore alla prescrizione legale di tre anni ma è anche vero, come è stato osservato[[70]](#footnote-70), che si corre il rischio di pregiudicare la certezza del diritto il quale, rappresenta invero il "prezzo da pagare" per pervenire all'elaborazione di un sistema di tutela coerente, in grado di superare le innumerevoli incertezze che l'infelice formulazione dell'art. 3, comma 3° ingenera.[[71]](#footnote-71)

Assumendo come punto di riferimento questa teoria, risulta necessario dirigere l'attenzione sulle modalità in cui si articolerà il giudizio sul secondo elemento ovverosia, quello del periodo sufficiente all'ammortamento.

E' possibile individuare diverse fasi. Un primo momento sarà dedicato all'accertamento dei parametri economici di valutazione, identificati dalla legge negli investimenti sostenuti dall'affiliato. In una seconda fase bisognerà selezionare il termine di confronto (il tempo) e il criterio ermeneutico di bilanciamento tra i due estremi già posti (la ragionevolezza); infine, si procederà con la risoluzione del conflitto.

La legge non definisce né cosa debba intendersi per "ammortamento" né cosa debba intendersi per "investimenti"

In ordine al primo quesito, la dottrina ha suggerito che per l'individuazione dei criteri di ammortamento debba farsi esclusivo riferimento alla disposizione di cui all'art. 2426 c.c. venendo meno così, ogni considerazione dell'ammortamento di natura fiscale.[[72]](#footnote-72)

Il secondo quesito relativo alla portata degli investimenti si evolve nell'altro, più delicato ancora, concernente l'esatta individuazione dei parametri da utilizzare per valutare l'adeguatezza della durata del rapporto in relazione al recupero degli stessi.

In particolare, in assenza di qualsiasi sostegno normativo, si potrebbe pensare di tutelare, in una prospettiva *ex ante*, esclusivamente gli investimenti sostenuti dall'affiliato nella fase iniziale del rapporto, considerando le prevedibili prospettive di recupero, alla luce dello sviluppo di mercato e della rete di affiliazione al momento della conclusione del contratto ed inclusi, come voce autonoma, nel contenuto informativo espresso o nelle eventuali "*fee d'ingresso*", a loro volta calcolate sulla base delle potenzialità di sviluppo della rete contrattuale .[[73]](#footnote-73)

Un sostegno a questa impostazione può rinvenirsi nell'art. 5.4 del Codice Deontologico Europeo del *franchising* che precisa che l'ammortamento deve riguardare gli investimenti iniziali specifici di affiliazione.[[74]](#footnote-74)

Chi aderisce a questa prospettiva, avanza l'ulteriore dubbio del se, nel quadro della disciplina di cui alla L.129/2004, ove si fa riferimento esclusivamente e genericamente all' "investimento", il complesso degli investimenti sostenuto dall'affiliato per l'avvio dell'attività all'interno della rete di distribuzione possa essere idealmente a sua volta scomposto, individuandosi in questo modo due partizioni: da un lato, quella riferibile all'ingresso nella rete dell'affiliante (in cui rientrano gli investimenti relativi all'adeguamento al modello caratterizzante tale sistema); dall'altro, quella riferibile alla tipologia di attività intrapresa, considerata esclusivamente per *genus* di appartenenza (che rappresenta la parte di investimento riconvertibile, al termine del rapporto).[[75]](#footnote-75)

La soluzione potrebbe essere, in un'ottica di maggiore tutela dell'affiliato ed anche alla luce della circostanza per cui risulterebbe altrimenti eccessivo (di regola) il termine triennale previsto dalla norma, quella di considerare che il periodo di salvaguardia vada determinato alla luce dell'intero spettro di investimenti che tale soggetto deve sostenere.

La teoria che ritiene tutelabili, in una prospettiva *ex ante,* soltanto gli investimenti iniziali, non rappresenta l'unica via percorribile.

Come rilevato da una dottrina recente[[76]](#footnote-76), sarebbe più equo compiere una valutazione della durata in una prospettiva non *ex ante,* mediante la considerazione delle "prevedibili prospettive di recupero, alla luce dello sviluppo del mercato e della rete di affiliazione, al momento della conclusione del contratto"[[77]](#footnote-77), ma *ex post*, in base alla quale gli investimenti tutelati non sono soltanto quelli iniziali, ma soprattutto quelli sostenuti *in executivis*, compresi i costi di ampliamento richiesti (o *a fortiori* indotti) dal *franchisor* e non riconducibili ad una autonoma iniziativa del *franchisee*.

Quest'ultima opzione ermeneutica poggia le sue basi sulla nota teoria del "contratto incompleto" quale sarebbe per antonomasia il *franchising* nel quale i costi di impianto sono sovente destinati ad implementarsi proprio nel corso del rapporto, per soddisfare esigenze dell'affiliante e, più in generale, della rete. Questi costi, ritenuti parimenti meritevoli di tutela, non sono assolutamente quantificabili in una prospettiva *ex ante* di tipo prognostico quanto, piuttosto, *ex post,* sulla base dello sviluppo del rapporto e dell'esercizio del potere di direzione e coordinamento riservato all'affiliante.

In una prospettiva più generale, se si assume come base del ragionamento la *ratio* che permea l'intera disciplina sulla durata minima, basata come più volte accennato sull'esigenza di tutelare l'affiliato da una situazione di "ricatto" generata dall'avere quest'ultimo operato investimenti idiosincratici, risulterebbe assai arduo comprendere la ragione per cui la "paralisi" del diritto di recesso dell'affiliante debba operare soltanto per quegli investimenti sostenuti all'inizio del rapporto e non anche per quelli operati *in itinere*, per giunta su indicazione (minaccia?) dello stesso *franchisor*.

Le ragioni di politica legislativa sottese all'intera disciplina sull'affiliazione commerciale rimarrebbero, a causa di quest'ultima opzione, fortemente tradite posto che, la disparità di potere contrattuale che la disciplina sul *franchising* pare osteggiare in tutti i modi, latente nella fase genetica del rapporto, è destinata a slatenizzarsi proprio nel corso dell'esecuzione dello stesso.

E' nella fase esecutiva del rapporto che emergono tutti i rischi connessi all'*hold up* monopolistico, sicché il principio di correlazione in concreto opererà in modo equo, soltanto se la valutazione circa l'adeguatezza della durata venga condotta tenendo conto di tutti gli investimenti sostenuti dall'affiliato sia iniziali che successivi, su indicazione (o induzione) dell'affiliante.[[78]](#footnote-78)

A sostegno della tesi fondata su una valutazione *ex ante* si potrebbe addurre l'argomento ricavabile dal tenore letterale dell'art. 3, comma 4°, l. 129/2004, che include nel contenuto minimo del contratto "l'ammontare degli investimenti specifici" e le eventuali "spese d'ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività.[[79]](#footnote-79)

Questo tipo di ragionamento, però, conduce ad una opzione ermeneutica che non appare affatto aderente ai dettami costituzionali.

Il punto è estremamente delicato. Da un lato, si potrebbe pensare ad una palese violazione dell'art. 3 Cost. nella misura in cui, sulla scorta di un parametro meramente cronologico e contingente, si acconsentisse ad un trattamento differenziato di soggetti che versano nella stessa condizione.

La protezione dipenderebbe in ultima analisi, esclusivamente dal momento in cui sia stato effettuato l'investimento piuttosto che dalle ragioni fondanti la sua genesi (spontaneo/indotto).

Ancora, particolarmente debole risulterebbe l'argomento tratto dal tenore letterale dell'art. 3, comma 4°, il quale utilizza l'espressione "il contratto deve *inoltre* prevedere", dalla quale emerge la natura di previsione "ulteriore" rispetto alla disposizione di cui all'art. 3, comma 3° nella quale è invece previsto, in termini generali e senza specificazione di tempo, che "l'affiliante dovrà comunque garantire una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni".

Per rimediare alla disparità di trattamento, si potrebbe pensare, in una prospettiva *de iure condendo*, ad un meccanismo basato sulla previsione di obblighi informativi destinati ad operare in modo tale da consentire una trasmissione diacronica di informazioni concernenti gli investimenti sostenuti nel corso dell'esecuzione del contratto e, a tale stregua, commisurare l'ulteriore protrazione della durata dello stesso.

Chi non condivide la lettura che tutela gli investimenti in una prospettiva *ex post*, giunge alla conclusione che anche quest'ultima si porrebbe in contrasto con i principi costituzionali e, in particolare, con l'art. 41 Cost., nella misura in cui, per mezzo di essa sia possibile pervenire ad una paralisi dei sistemi di distribuzione, oltreché di un indebito sindacato sulla libertà di gestione delle attività imprenditoriali.

Si tratta di una impostazione molto vicina alla dottrina di *Law & Economics*, per mezzo della quale, il fondamento del precetto della durata minima andrebbe individuato nella garanzia dell'economicità del comportamento dell'impresa e nella sua non contrarietà all'utilità sociale, piuttosto che nel principio più generale, di forte matrice deontologica, qual è quello della "tutela dell'affiliato".

Economicità intesa come metodo diretto a garantire l'idoneità dell'atto negoziale alla realizzazione di una prevedibile proporzione tra costi e ricavi, strumentale alla sopravvivenza dell'impresa ed esistente, in concreto, soltanto là dove venga garantita una durata minima del vincolo, in quanto condizione necessaria all'attuazione effettiva della proporzione nella dinamica dell'esercizio dell'attività imprenditoriale.[[80]](#footnote-80)

La scelta di stipulare un contratto implicante ingenti costi d'ingresso, *ab origine* destinato a non protrarsi per il tempo essenziale al loro recupero, si rivelerebbe in sé "antieconomica" e dunque, immeritevole di tutela.

Entra in gioco, quindi, una delicata operazione di bilanciamento fra contrapposti valori costituzionali (art. 3 Cost. e art. 41 Cost.) che, a parere di chi scrive, deve essere condotta alla luce dei principi e delle *rationes* rinvenibili nella stessa l. 129/2004, la quale pare inequivocabilmente essere stata concepita, esclusivamente in funzione di una piena tuteladell'affiliato.

La legge 129/2004 è, come già accennato, principalmente (ma non esclusivamente) una *disclosure law.* Il legislatore lo ha dimostrato attraverso l'elaborazione di un sistema di obblighi informativi, che vanno nella direzione di un tentativo di rimozione dell'asimmetria informativa da cui è normalmente attinto l'affiliato. Purtuttavia il legislatore, mosso dall'intento di approntare una tutela più incisiva per l'affiliato, soprattutto alla luce della condizione di dipendenza economica dello stesso, ha deciso che anche gli equilibri economici, la cui determinazione è normalmente rimessa in maniera esclusiva all'autonomia privata, debbano subire forti condizionamenti, attraverso la previsione di precetti imperativi, come quello statuente la durata minima triennale e quello della durata sufficiente all'ammortamento degli investimenti.

Non c'è dubbio che attraverso il perseguimento dell'efficienza possa pervenirsi alla tutela di tutte le imprese che incorrono nel rischio di un comportamento diseconomico[[81]](#footnote-81), ma è anche vero, da un'altra prospettiva, che l'operazione di bilanciamento dei due contrapposti principi costituzionali in commento, condotta alla luce della *ratio* che permea l'intera l. 129/2004, deve condurre a privilegiare l'interpretazione che offre una maggiore tutela all'affiliato mediante il pieno recupero degli investimenti non soltanto iniziali, ma anche successivi.

Altro tema fortemente dibattuto è quello relativo alle conseguenze della violazione della durata minima imposto dal 3° comma dell'art. 3, l. 129/2004.

Il nodo che bisogna preventivamente sciogliere è quello relativo all'individuazione dell'esatta portata del concetto di "violazione" nel contesto del 3° comma dell'art. 3.

A ben vedere, non è dato comprendere se la prescrizione del termine triennale abbia carattere "fisso" ed inderogabile ovvero abbia soltanto una valenza residuale e meramente esemplificativa. Si tratta di due opzioni che conducono ad esiti divergenti.

Se si attribuisce carattere inderogabile alla prescrizione triennale, si dovrà ammettere che, anche un termine inferiore (ad es. di due anni), nonostante l'attitudine a garantire all'affiliato un completo ammortamento degli investimenti sostenuti, debba considerarsi illegittimo.

Contro questa teoria se ne pone un'altra,[[82]](#footnote-82)che considera la disposizione parimenti imperativa, ma derogabile "unilateralmente" dal *franchisee*, soggetto nell'interesse del quale è stata concepita ed inserita dal legislatore nell'art. 3.

Questo perché, a ben vedere, la norma non fisserebbe *tout court* una durata minima, in quanto impone al *franchisor* di "garantire una durata minima", talché la norma è imperativa unilaterale, ossia condizionante la libertà del solo affiliante. L'affiliato, per contro, potrà renderla inoperante, mediante la rinuncia al termine.[[83]](#footnote-83)

In questo modo risulterà ammissibile anche la fissazione contrattuale di un termine inferiore a tre anni, (escludendosi così l'operatività del precetto di cui all'art. 3, comma 3°) qualora, nonostante la disponibilità del *franchisor*, il *franchisee* abbia richiesto e ottenuto un termine inferiore, avendolo ritenuto maggiormente corrispondente ai propri interessi; ad esempio, investimenti specifici di poca entità e rischio di insuccesso dell'operazione economica particolarmente elevato.[[84]](#footnote-84)

Ma per escludere la nullità della clausola e la sua sostituzione di diritto con il termine minimo ex. art. 3, comma 3°, sarà necessario che il contratto contenga l'espressa rinuncia al termine da parte del *franchisee*, termine posto, in ultima analisi, nel suo esclusivo interesse.

Lo stesso concetto sarà destinato ad operare anche in relazione alla legittimità del recesso convenzionale posto che il *franchisor* da un lato,non potrà esercitarlo prima della scadenza del termine minimo mentre dall'altro, potrà essere riconosciuto al *franchisee,* nel cui interesse il termine è stabilito.[[85]](#footnote-85)

In assenza di qualsiasi previsione contrattuale sulla rinuncia al termine ad opera delle parti che consenta (qualora si aderisse alla tesi della imperatività unilaterale) di derogare al precetto di cui al comma 3°, si pone in ogni caso l'esigenza di esaminare meglio le conseguenze, nell'ipotesi in cui il contratto: a) preveda una durata inferiore a tre anni; b) preveda una durata pari a tre anni, in perfetta aderenza al dettato normativo ma comunque insufficiente; c) preveda un termine superiore a tre anni ma ugualmente insufficiente.[[86]](#footnote-86)

In ordine all'ipotesi sub a), alcuni autori ritengono che la clausola sulla durata sia da considerare nulla. Si parla però di un regime di nullità parziale, che non si estende all'intero contratto, in ossequio al sistema delineato dall'articolo 1419 comma 1° e 2° il quale prevede che *"La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità* (1°comma). *La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative "* (2° comma).

La clausola sarà così sostituita secondo il meccanismo della sostituzione automatica di cui agli artt. 1339 c.c. e 1419, comma 2° c.c.[[87]](#footnote-87), individuandosi così la clausola sostitutiva, all'interno dell'art. 3, comma 3°, *sub specie* del termine triennale ovvero di quello diverso (e superiore) sufficiente all'ammortamento.

Ma potrebbe accadere, che pure questo termine triennale sia insufficiente per l'ammortamento non risultando utile, pertanto, la sostituzione automatica della clausola con la previsione legale.

Così, con particolare riguardo all'ipotesi sub b) e sub c) di contratto con durata triennale (o superiore) ma parimenti insufficiente all'ammortamento degli investimenti, si è posto il problema se il *franchisee,* a fronte del pericolo di conseguire la perdita degli investimenti, possa chiedere ed ottenere dal giudice un termine più lungo, dimostrando le sue ragioni per mezzo di una consulenza tecnica.

Secondo un autore[[88]](#footnote-88), il contratto così configurato, andrebbe considerato come stipulato a tempo indeterminato, sicché la protezione dell'affiliato avverrà attraverso l'imposizione all'affiliante del divieto di recedere dallo stesso, almeno per il periodo congruo all'ammortamento degli investimenti.

Ancora, questa dottrina rileva come l'applicabilità dell'art. 1339 sulla sostituzione automatica, in questo contesto, sia di scarsa utilità, potendo portare in alcuni casi, anche ad esiti paradossali.

Un esempio può chiarire meglio i termini della questione: non si capisce affatto perché un termine di quattro anni, rivelatosi comunque insufficiente all'ammortamento, debba essere sostituito automaticamente con un altro, quello triennale *ex* art. 3, comma 3°, inferiore al primo.

Sull'applicabilità della sostituzione automatica di clausole si registrano contrapposte visioni.

La dottrina che non lo ammette[[89]](#footnote-89),afferma che l'operatività degli art. 1339 c.c. e 1419 comma 2° c.c. non potrebbe essere presa in considerazione considerato da un lato, che manca una comminatoria di nullità da parte del legislatore all'interno dell'art. 3, comma 3° e, dall'altro, che mancherebbe anche la norma sostitutiva.

Altra parte della dottrina[[90]](#footnote-90), invece, ritiene che l'assenza di una previsione di nullità non impedisce l'operatività della sostituzione automatica ex art. 1339, fondando la sua tesi su alcune pronunce della Cassazione,[[91]](#footnote-91)la quale ha avuto modo di precisare che "l'incisività della norma di cui all'art. 1339 c.c., risulta testualmente correlata a tutte quelle determinazioni che la legge impone espressamente come inderogabili e non presuppone necessariamente che le clausole difformi siano attinte dalla legge come nullità".

Cosicché, l'assenza di una specifica previsione di nullità nella l. 129/2004, art. 3, comma 3°, non sarebbe ostativa all'operatività dell'art. 1339 c.c. .

Resta il fatto però, che il tempo per gli ammortamenti non è predeterminato dalla legge, la quale individua soltanto un termine di salvaguardia con portata generica.

Entra in gioco, così, una terza opzione ermeneutica, la quale individua la soluzione del problema, nella possibilità per il giudice di ricorrere all'integrazione mediante equità, *ex* art. 1374 c.c., per l'individuazione del termine sufficiente.

La giurisprudenza[[92]](#footnote-92) ha ritenuto che l'ampiezza delle espressioni contenute negli artt. 1339 c.c. e 1419, comma 2° c.c., "consente non solo di ammettere la sostituzione automatica di clausole con altre volute ed imposte dall'ordinamento, ma anche la semplice eliminazione di clausole nulle senza alcuna sostituzione, dovendosi tenere conto della maggiore forza della eteroregolamentazione nell'ambito della contrapposizione tra autonomia pattizia ed imperatività della norma."

Sicché, una volta eliminata la previsione pattizia difforme, in ragione della sua contrarietà alla previsione imperativa, l'eterointegrazione potrà operare ex. art. 1374 c.c., *iussu iudicis*, il quale stabilirà quale sia la durata congrua su richiesta di parte.

Sempre dalla giurisprudenza è stato osservato che, ai fini dell'operatività automatica delle clausole (o prezzi) imposte dalla legge, non è necessario che la legge preveda espressamente le conseguenze della sostituzione automatica, potendo tale circostanza desumersi dal testo o dalla *ratio* della legge stessa.[[93]](#footnote-93)

Da qui, il seguente corollario: se il tempo dovesse risultare uguale o superiore a tre anni, sempre in virtù dell'art. 1339 c.c., eliminata la clausola difforme, opererà l'eterointegrazione *ex* art. 1374 c.c.

L'art. 3, comma 3° della L. 129/2004, sarebbe una norma imperativa "conformativa"[[94]](#footnote-94), il cui contenuto si determina *per relationem* all'accertamento ed alla determinazione giudiziale del tempo necessario al recupero degli investimenti specifici, nella misura in cui questo dovesse risultare maggiore di tre anni.[[95]](#footnote-95)

Si tratta di una soluzione, tuttavia, non accolta da tutti positivamente in quanto ad essa viene rimproverata la tendenza ad collocare i poteri del giudice, ben al di là dei limiti posti dall'ordinamento.

Stante l'estrema complessità dei problemi generati dal 3° comma, art. 3 della legge 129/2004, sarebbe stato secondo qualcuno[[96]](#footnote-96) più opportuno, anziché erigere a principio normativo un parametro che lascia ampi margini alla valutazione discrezionale ed all'incertezza, stabilire un termine minimo fisso ed unico.

La determinazione di quest'ultimo dovrebbe essere basata sui dati provenienti dalla prassi commerciale di settore.

Una volta ottenuto e stabilito un termine minimo (ad es. di tre anni), unico per tutti i contratti di *franchising*, sarebbe stato necessario imporre all'affiliante l'obbligo di indicare, accanto all'ammontare degli investimenti richiesti per la fase iniziale del rapporto, come già previsto dall'art. 3, comma 4° lett. a), anche il periodo di tempo necessario per il loro ammortamento, affidando il giudizio prognostico di congruità, alla parte che è più in grado di affrontarlo, l'affiliante.

Sicché, in caso di false informazioni sul recupero degli investimenti, il *franchisee* avrebbe avuto la possibilità di adire il giudice per ottenere l'annullamento del contratto per dolo ed il diritto al risarcimento dei danni patiti.

La lettura, pur suggestiva, si pone, a parere di chi scrive, in contrasto con l'intera *ratio* che permea la disciplina della L. 129/2004.

Invero, se si accedesse alla tesi caldeggiata nelle pagine precedenti, in tema di valutazione dell'adeguatezza della durata condotta in una prospettiva *ex post,* in modo tale da tutelare tutti gli investimenti sostenuti dall'affiliato, sia iniziali che successivi, risulterebbe invero difficile ammettere che il *franchisor* possa essere oberato da obblighi informativi concernenti un giudizio prognostico sull'ammortamento di investimenti (quelli che risulteranno necessari nella fase esecutiva del rapporto) non ancora prevedibili, al momento della conclusione dell'accordo.

Per una tutela piena del *franchisee*, ed in aderenza alla *ratio* della durata minima di cui all'art. 3, comma 3°, appare più equa la soluzione più tortuosa, che affida al giudice il compito di integrare il contenuto negoziale mediante l'art. 1374 c.c., che costituisce il prezzo (tutto sommato accettabile) da pagare, a fronte del rischio di abusi perpetrabili dai *franchisors*, disparità di trattamento tra i *franchisee* e di eliminazione dal mercato di formule negoziali ancora efficienti.

*5. Il rinnovo del contratto dopo la scadenza del termine.*

Una questione ulteriore concerne l'ipotesi in cui, venuto naturalmente alla scadenza il contratto per decorso del termine, non sia stato previsto nel contenuto negoziale alcuna clausola disciplinante il rinnovo.

Anche se l'art. 3, comma 4° inserisce le "condizioni di rinnovo" tra gli elementi che il contratto deve espressamente indicare, questa previsione non comporta né che il rinnovo sia un elemento indispensabile né che il contratto debba pronunciarsi sul punto.

E' stato rilevato che se mancano disposizioni sul rinnovo, ciò è indice della circostanza che il suddetto elemento non entri a far parte del contenuto negoziale, come se non avesse mai formato oggetto di accordo tra i paciscienti.

Il dubbio riguarda la questione se possa essere individuato un interesse giuridicamente protetto del *franchisee,* in questo caso specifico, alla prosecuzione del rapporto con il *franchisor*.

Sicuramente è difficile configurare un vero e proprio diritto soggettivo in capo all'affiliato alla prosecuzione, tuttavia, alcuni Autori ritengono che lo stesso possa far valere l'ingiustificata interruzione della relazione commerciale sulla base dell'obbligo di buona fede *in executivis* nonché *ex* art. 9, L. 192/1998 sulla subfornitura.[[97]](#footnote-97)

Parte della dottrina rileva, però, che il generico rinvio alla buona fede *in executivis*, in relazione a questa fattispecie, sia difficilmente operabile, posto che il contratto alla scadenza del termine non è più efficace, né la disciplina sul *franchising* impone al *franchisor* un generico dovere di buona fede postumo.

Appare, così, più ragionevole la riconducibilità alla fattispecie di abuso di dipendenza economica *ex* art. 9 Legge subfornitura, peraltro notoriamente ricollegata al dovere generale di buona fede nelle relazioni contrattuali, *sub specie* di interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, poiché quest'ultima fattispecie prescinde dall'esistenza di un contratto ancora efficace.[[98]](#footnote-98)

Un autore ricollega a questa particolare previsione la fattispecie del contratto scaduto e non rinnovato.[[99]](#footnote-99)

Si nota, tuttavia, come una tale fattispecie, sia di difficile realizzazione nella prassi posto che, il vincolo legislativo della durata minima commisurata al tempo necessario al recupero degli investimenti specifici, esclude di fatto la permanenza di una dipendenza economica dell'affiliato (quantomeno sotto il profilo della dipendenza da investimenti idiosincratici) alla scadenza del termine e dunque in sede di eventuali trattative per il rinnovo del contratto.

L'esistenza ed il rispetto del termine minimo sembrerebbe in ultima analisi escludere *in nuce* il rischio di una interruzione arbitraria della relazione da parte del *franchisor*.

V'è da dire, però, che qualora si accogliesse la tesi per cui il *franchising* a tempo indeterminato non è soggetto direttamente o indirettamente al termine minimo di durata di cui all'art. 3, comma 3°, L. 129/2004, allora l'art. 9 L. 192/1998, potrebbe costituire valido (ed unico) rimedio contro un recesso arbitrario del *franchisor* dal *franchising* a tempo indeterminato (a meno che non si voglia fare esclusivo affidamento, sulla scia della recente Cassazione[[100]](#footnote-100), al principio di buona fede e correttezza).

\*\*\*

BIBLIOGRAFIA

**BORTOLOTTI**, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, CEDAM, 2004.

**BUSSANI**, *I contratti moderni*, franchising in Tratt. di dir. civ. a cura di Sacco.

**CAGNASSO-COTTINO**, *Contratti commerciali*, in Tratt. di dir. comm., diretto da Cottino, IX, Padova, 2000

**CASSANO E VACIAGO**, *La nuova legge sul franchising*, Giur.It. 2005, p. 440 e ss.

**COGGI,** *I contratti di franchising : organizzazione e controllo di rete,* a cura di Luciano Pilotti, Roberto Pozzana. Milano, Giuffrè, 1990

**COLANGELO,** *L' abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Giappichelli, 2004

**COLANGELO,** *Franchising. La legge quadro. Finalmente?* in Foro it. 2004

**COLANGELO**, *Prime note di commento alla normativa in materia di Franchising*, Corriere Giuridico, N. 7/2004 p. 851 ss.

**COTTINO**, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970

**CREA**, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa,* ESI, 2011

**CUCCHI**, *Il contratto di franchising: valutazioni di convenienza, struttura e clausole, formulario*, Napoli, 2004

**CUFFARO**, *L'affiliazione commerciale*, Giappichelli ed.

**DASSI**, *Il contratto di franchising*, Collana diretta da P. Cendon

**DE GUTTRY***, Il problema della "termination" nel contratto di franchising,* Milano, Tipicità e atipicità dei contratti, 1983

**DE NOVA – LEO – VENEZIA**, *Il Franchising*, IPSOA, 2004

**DE NOVA***, La nuova legge sul franchising,* in Contratti, IPSOA, 2004, p. 762 ss.

**DELLI PRISCOLI**, *Franchising e tutela dell’affiliato*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, 2004

**DELLI PRISCOLI**, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione,* in Riv. Dir. Comm., 2004, p. 1166 ss

**DI GREGORIO**, *Mancata protrazione del rapporto di affiliazione commerciale oltre la naturale scadenza*, Danno e Responsabilità, vol.10, fasc. 7, 2005, pag. 750

**DI PAOLO E DE CAROLIS**, *Riflessioni minime in tema di franchising alla luce della legge 6 Maggio 2004, n. 129*, Vita Notarile, 2004 pag. 1366 ss.

**FABBIO**, *L’abuso di dipendenza economica*, Giuffrè Ed., 2006.

**FARINA**, *Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor*, OBBLIGAZIONI E CONTRATTI, dicembre 2011, p. 806 ss.

**FAUCEGLIA,** *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*. Quaderni di Giurispurdenza Commerciale/100, 2004

**FICI**, *Il Franchising,* in I contratti di collaborazione - Trattato dei Contratti, a cura di Sirena Pietro.

**FINESSI**, *La tipizzazione del contratto di franchising e i profili problematici della l. 6 maggio 2004 n. 129 (prima parte)*, Studium Iuris, 2004, p. 1477 ss.

**FINESSI**, *La tipizzazione del contratto di franchising e i profili problematici della l. 6 maggio 2004 n. 129 (seconda parte)*, Studium Iuris, 2005 p. 27 ss.

**FRIGNANI,** *Factoring, leasing, franchising, venture capital, leveraged buy-out, hardship clause, countertrade, cash and carry, merchandising, know-how, securitization,* Giappichelli, 1996

**FRIGNANI**, *Franchising, la nuova legge*, Giappichelli Editore, 2004

**FRIGNANI**, *Il contratto di Franchising, Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Giuffrè Editore, edizione 2012.

**FRIGNANI,** *Il franchising,* Utet, 1990

**FULCO**, *Al via la nuova disciplina del contratto di "franchising"*, Diritto e pratica delle società, 2004

**GABRIELLI**, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale, Contratti d'impresa e restrizioni verticali*, Milano, Giuffrè, 2004.

**GALGANO**, *Diritto del commercio internazionale*, CEDAM, Padova, 2004.

**GRANIERI**, *Il tempo e il contratto, itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Giuffè, 2007.

**GRASSI-AMOROSO-BONANNI**, *Il franchising,* IPSOA, Milano, 1992

**KINDLER**, *Questioni attuali del contratto di franchising in Germania*, Giur. Comm. 2000, I, p. 683.

**LAS CASAS**, *Osservazioni in tema di recesso dal contratto e tutele*, in www.comparazionedirittocivile.it

**LIVI**, *Forma e contenuto del contratto*, in L'affiliazione commerciale, a cura di V. Cuffaro,

**MARRONE**, *Il franchising*, Milano, Giuffrè, 2004

**NATOLI**, *L'abuso di dipendenza economica: il contratto e il mercato,* Napoli 2004.

**NERVI**, in CUFFARO, *L'affiliazione commerciale,* Giappichelli, 2005

**NIVARRA**, *Alcune osservazioni in tema di franchising e abuso di dipendenza economica,* in Aa.Vv., Studi in onore di Gerhard Schricker, Milano, 2005

**OPPO**, *I contratti di durata*, in Riv. Dir. Comm, I, 1943

**OSTI**, *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica,* in Mercato, concorrenza e regole, 1999

**PADOVINI**, *Il recesso*, in Tratt. Rescigno-Gabrielli, I, I contratti in generale, 2, Torino, 1999

**PANDOLFINI**, *Il manuale del Franchising, la disciplina normativa la giurisprudenza, i modelli contrattuali,* in TRIPODI-PANDOLFINI-IANNOZZI.

**PARDOLESI**, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979

**PETERS**, *Una legge per il franchising*, Dir. Commercio Internazionale, 2004, 2, p.323 ss.

**ROPPO**, *Trattato del contratto*, Giuffrè ed.

**SALAMONE**, *I contratti della distribuzione*, in Trattato di dir.civ., diretto da Lipari e Rescigno, Vol III, Obbligazioni III, I Contratti

**TANZARELLA**, *La nuova disciplina del* franchising, Rassegna diritto civile 2005, p. 559 ss.

**TASSONE**, *"Uncoscionability" e abuso di dipendenza economica,* in Riv. dir. priv., 2001

**TOSCHI VESPASIANI**, *Prime note di commento della legge 6 maggio 2004, n. 129, recante norme per la disciplina del contratto di affiliazione commerciale o franchising*, in Studium Iuris, 11, 2004., pag. 1353 ss.

**VACCA'**, *Franchising: una disciplina in cerca di identità,* in Contratto e Impresa, 2004

**VIOLANTE**, *Recesso unilaterale nel contratto di franchising*, nota a ORDIN.TRIB.BARI, 8 aprile 2005.

**ZANELLI,** *Il Franchising*, in Trattato di diritto privato, a cura di Pietro Rescigno, 11, Torino, 1984

**ZUDDAS**, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising,* Torino*,* Giappichelli, 2003.

Indice

CAPITOLO I

AFFILIAZIONE COMMERCIALE. PROFILI GENERALI.

1. *Cenni sulle origini.*
2. *Dall’atipicità alla tipizzazione normativa.*
3. *La definizione nelle fonti comunitarie e nella Legge 129/2004.*
4. *Tipologie di franchising, profili economici, interessi delle parti, elementi caratterizzanti del contratto.*

CAPITOLO II

LA DEBOLEZZA CONTRATTUALE DELL’AFFILIATO.

1. *L’indipendenza normativa, la dipendenza economica del franchisee.*
2. *Abuso di dipendenza economica. Brevi cenni sull'applicabilità dell'art. 9, Legge 192/1998 al contratto di franchising.*
3. *L'investimento specializzato come fattore di dipendenza economica. Natura e tipologie.*

CAPITOLO III

PROBLEMATICHE SULLA DURATA MINIMA DEL CONTRATTO DI FRANCHISING

1. *Il profilo della durata come elemento centrale nella disciplina della Legge 129/2004.*
2. *La ratio della durata minima. Art. 3, comma 3° L. 129/2004.*
3. *La lacuna normativa sul contratto a tempo indeterminato e dubbi sulla disciplina applicabile.*
4. *Il franchising a tempo determinato. Aspetti problematici sulla violazione della durata minima.*
5. *Il rinnovo del contratto dopo la scadenza del termine.*
1. **E. ZANELLI**, Il franchising, cit. p. 58 [↑](#footnote-ref-1)
2. **L. DELLI PRISCOLI**, Franchising e tutela dell'affiliato, p. 9 ss. [↑](#footnote-ref-2)
3. **GRASSI – AMOROSO - BONANI**, *Il franchising*, Buffetti Ed., 1989, p. 4 [↑](#footnote-ref-3)
4. **A. FINESSI**, *La tipizzazione del contratto di franchising e i profili problematic*i, STUDIUM IURIS, 2004 p. 1477. [↑](#footnote-ref-4)
5. “*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi non aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico*”, art. 1322 C.C. [↑](#footnote-ref-5)
6. *“L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.”, art. 41 Cost.* [↑](#footnote-ref-6)
7. **Cass, 20 giugno 2000, n. 8376**. “Il contratto di “franchising” o di affiliazione commerciale tra due società costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall’art. 1322 c.c. e ancor prima dall’art. 41 Cost., il quale consente e tutela l’aggregazione e l’affiliazione e comunque la collaborazione di imprese. Ne deriva che detto contratto attiene a materia disponibile in quanto espressione della liberà di scelta nello svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale, con la conseguenza che le controversie nascenti dal contratto medesimo, compresa quella relativa alla facoltà di recesso della società affiliata prima del termine finale previsto dal contratto, sono compromettibili in arbitrato rituale.” [↑](#footnote-ref-7)
8. **A. FRIGNANI**, *Franchising, la nuova legge*, pagg. 3 ss. [↑](#footnote-ref-8)
9. **CASO “PRONUNPTIA”, 161/1984**. Sono da segnalare, ulteriori tentativi definitori della giurisprudenza italiana. In particolare, si fa riferimento alla pronuncia del Pretore di Lecce del 1989 il quale affermava l'esistenza di un contratto di franchising “quando vi è una parziale integrazione tra imprese principali e imprese minori, e quindi la creazione di una struttura decentrata e, in qualche modo, unitaria”. (**PRET. LECCE, 24 ottobre 1989**).

Un'altra pronuncia, pone l'accento sulla centralità della *“franchise”*, intesa come insieme di diritti immateriali, vedendosi nel *franchising* una forma contrattuale “con cui una parte (impresa principale o concedente) concede all'altra parte (impresa satellite o concessionaria) di esercitare, a determinate condizioni, e sotto il controllo della concedente, un'attività, normalmente di produzione e prestazione di servizi, avvalendosi, nel reciproco interesse di mezzi comuni, e cioè sia dei segni distintivi e di altri elementi di identificazione dell'azienda della concedente, sia dei brevetti di invenzione o di altre conoscenze e dell'assistenza tecnica della concedente stessa. A fronte dell'oggetto della concessione sta l'oggetto delle controprestazioni dovute dal concessionario al concedente, consistenti in un compenso nelle sue varie forme, ma anche impegni di astensione ed obblighi di *“facere”*. **TRIB. CHIETI 29 ottobre 1987**. [↑](#footnote-ref-9)
10. **Reg. CEE 4087/88.** [↑](#footnote-ref-10)
11. L’art. 1 della Legge 129/2004 si occupa infatti di fornire una definizione che ricalca quella prevista dall'art. 1 del Reg. 4087/88; ciò sembra confermare l'intenzione del legislatore di avvalersi di una formula di *franchising* ispirata ai principi deontologici e alla prassi contrattuale già sperimentata in Europa ed in Italia. [↑](#footnote-ref-11)
12. **A. FINESSI**, *La tipizzazione del contratto di franchising e i profili problematici della legge 6 maggio 2004, n. 129,* STUDIUM IURIS, 2004, p. 1480-1481. [↑](#footnote-ref-12)
13. **A. FRIGNANI**, *Franchising, la nuova legge*, p. 45 ss. [↑](#footnote-ref-13)
14. **A. NERVI,** in CUFFARO, *L'affiliazione commerciale,* GIAPPICHELLI, 2005. [↑](#footnote-ref-14)
15. **F. BORTOLOTTI**, *Il contratto di franchising. La nuova legge sull'affiliazione commerciale. Le norme antitrust europee*, CEDAM, 2004. [↑](#footnote-ref-15)
16. **L. DELLI PRISCOLI,** *Franchising e tutela dell'affiliato, p.10 e ss.* [↑](#footnote-ref-16)
17. **G. COLANGELO,** *Prime note di commento alla normativa in materia di Franchising,* CORRIERE GIURIDICO, n.7/2004, p. 852 ss. [↑](#footnote-ref-17)
18. **FRIGNANI.** Franchising, op. cit. [↑](#footnote-ref-18)
19. Si allude alla disciplina di cui alla **Legge 192/1998** sulla subfornitura nelle attività produttive ed al **D.Lgs. 9 Ottobre 2002, n. 231** sui ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali. [↑](#footnote-ref-19)
20. **L'articolo 6 della Legge 129/2004** così recita: “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.” (comma 1°). “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.” (comma 3°). [↑](#footnote-ref-20)
21. **COLANGELO,** *Franchising. La legge quadro. Finalmente?* In Foro It. 2004, p. 43 [↑](#footnote-ref-21)
22. Prima su tutte, la Legge 192/1998, che vieta l'abuso di dipendenza economica promanante dal suo art. 9. [↑](#footnote-ref-22)
23. **L. DELLI PRISCOLI**, *Franchising e tutela dell'affiliato,* p. 120 [↑](#footnote-ref-23)
24. In giurisprudenza, **Trib. Bari, 22 ottobre 2004**. In dottrina sono di questo avviso, **BORTOLOTTI**, *Il contratto di franchising*, p. 84, nota 8; **M. BUSSANI**, *Contratti moderni,* p. 219; **G.COLANGELO**, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, p. 856; **G. DE NOVA**, *Il franchising*, p. 6; **DI GREGORIO**, *Mancata protrazione del rapporto di affiliazione commerciale oltre la naturale scadenza*, Danno e Responsabilità, 2005, p. 750; **L.DELLI PRISCOLI**, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione* in Riv. Dir. Comm., 2004, p. 1166 ss; **A. FRIGNANI**, *Franchising, la nuova legge*, p. 48 nota 54; **L. NIVARRA**, *Alcune osservazioni in tema di franchising e abuso di dipendenza economica*, in Aa.Vv., Studi in onore di Gerhard Schricker, Milano, 2005, p. 445 ss.; **C. VACCA'**, *Franchising: una disciplina in cerca di identità*, in Contratto e Impresa, 2004, p. 893 ss.; **M. CIAN,** *La nuova legge sull'affiliazione commerciale,* Le nuove leggi civili commentate, vol. 5; p. 1157 e 1166. [↑](#footnote-ref-24)
25. In quest'ultimo caso, nella misura in cui il *franchisor* abbia ingenerato un legittimo affidamento in capo al *franchisee* circa la continuazione del rapporto, ad esempio esortandolo ad effettuare nuovi investimenti. [↑](#footnote-ref-25)
26. L'analisi del fenomeno dell'*hold up* monopolistico e degli investimenti suscettibili di tutela sotto il profilo dell'abuso di dipendenza economica è affrontato da **P. FABBIO** in, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, Giuffrè Ed, 2006. [↑](#footnote-ref-26)
27. Si allude alla normativa *antitrust* e, più specificamente, al **Regolamento n. 2790** e relative ***Guidelines***in materia di restrizioni verticali. [↑](#footnote-ref-27)
28. Paradigmatica, la disciplina sulla durata minima del contratto di *franchising* contenuta nella **Legge 129/2004**. [↑](#footnote-ref-28)
29. **P. FABBIO**, L''abuso di dipendenza economica, p. 268 e ss. [↑](#footnote-ref-29)
30. **P. FABBIO,** *L'abuso,* op. cit. p. 286. [↑](#footnote-ref-30)
31. Ad es. **PARDOLESI**, *I contratti di distribuzione*, p. 326 ss, ma anche **OSTI**, *Riflessioni sull'abuso di dipendenza economica*, p. 59 [↑](#footnote-ref-31)
32. **P. FABBIO,** L'abuso, op. cit. [↑](#footnote-ref-32)
33. **Ibidem**, cit. p. 287 [↑](#footnote-ref-33)
34. **OPPO**, *I contratti di durata*, *Riv. Dir. Comm.*, 1943, I, p. 174 [↑](#footnote-ref-34)
35. **V. FARINA**, Interruzione brutale del rapporto di franchising. Abuso di dipendenza economica e recesso del franchisor, *Obbligazioni e Contratti,* 2011, p. 806 [↑](#footnote-ref-35)
36. Così, **GRANIERI**, *Il tempo e il contratto*, p. 218 [↑](#footnote-ref-36)
37. **GRANIERI**, op. cit. p. 223. Nel medesimo senso, **V. FARINA,** *Interruzione brutale del rapporto di franchising,*  p. 807 [↑](#footnote-ref-37)
38. **COLANGELO**, op. cit. p. 855 [↑](#footnote-ref-38)
39. Lo segnala, **C. CREA**, *Reti contrattuale e organizzazione dell'attività d'impresa,* p 283 [↑](#footnote-ref-39)
40. **PARDOLESI**, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, cit. p. 393 [↑](#footnote-ref-40)
41. **CASS. 5 aprile 1994**, *Sté VAG France c. Sté Ets Gantier*. Il caso riguardava un contratto di durata a tempo indeterminato in cui il concessionario invocava la condanna della controparte al pagamento di *dommages-interêt* per *rupture abusive u contract* da parte dello stesso concedente, nonostante quest'ultimo avesse rispettato il termine di preavviso. Cosicché l'induzione a compiere un investimento idiosincratico, in Francia, è di per sé stesso indice di abusività dell'esercizio di una situazione soggettiva astrattamente legittima. [↑](#footnote-ref-41)
42. **UCC, II LIBRO "Sales", SECTION 2-302**, che così recita: "If the court as a matter law finds the contract or any clause to have been uncoscionable ***at the time it was made the contract***, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of te contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any uncoscionable clause as to avoid any uncoscionable result. [↑](#footnote-ref-42)
43. United States of America v. Hume. [↑](#footnote-ref-43)
44. Caso **Zapatha v. Dairymart** del 1980. Il caso è citato da **B. TASSONE**, *"Uncoscionability"* e Abuso di dipendenza economica, p. 529 e ss. La Corte si era rifiutata di dichiarare "*uncoscionability"* la clausola di recesso *ad nutum,* sulla circostanza che l'attore non aveva effettuato *"specific investments"* irrecuperabili oltre la relazione contrattuale. [↑](#footnote-ref-44)
45. **FAUCEGLIA**, *Il franchising. Profili sistematici e contrattuali,* Milano, 1988, p. 94 ss.; **PARDOLESI**, voce *“Contratti di distribuzione”*, in Enc giur. Treccani, IX, Roma, 1988, p. 11, **FRIGNANI,** *Il franchising*, Torino, 1990, p. 115 ss [↑](#footnote-ref-45)
46. In questo senso, **A. FRIGNANI**, Il franchising, p. 81. [↑](#footnote-ref-46)
47. **Art. 7, comma 1°** Codice deontologico Assofranchising: "Il contratto di franchising potrà avere durata determinata o indeterminata." [↑](#footnote-ref-47)
48. **G. COLANGELO**, P*rime note di commento alla normativa in materia di* franchising, in Obbligazioni e Contratti, n. 7, 2004, p. 855 ove parla di "sonno improvviso" di cui è stato colto il legislatore. [↑](#footnote-ref-48)
49. **C. LEO**, in **G. DE NOVA - C. LEO - A. VENEZIA**, *Il franchising,* IPSOA, 2004, p. 33 [↑](#footnote-ref-49)
50. **M. CIAN**, *La nuova legge sull'affiliazione commericale,*Nove leggi civili commentate, p.1166 il quale richiama DE NOVA, *Nuovi contratti,* Torino, 1994, p. 225 ss. che riteneva non invocabile in senso opposto il principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede. [↑](#footnote-ref-50)
51. Sul tema della recedibilità dai contratti a tempo indeterminato, più di recente, è intervenuta una pronuncia della Corte di Cassazione secondo la quale il recesso unilaterale rappresenta una causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo determinato, rispondendo all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio, la quale è in sintonia con il principio di buona fede nell'esecuzione del contratto; tuttavia, non trattandosi di principio inderogabile che coinvolga interessi pubblici o generali, le parti possono derogare alla recedibilità *ad nutum,* purché la rinuncia, sia pure implicita, investa direttamente la stessa recedibilità; **CASSAZIONE, 19/8/2004, n. 16269** in Rep. Foro It., 2004 *Lavoro (rapporto),* n. 1557. Il caso riguardava un rapporto di prestazione d'opera professionale il quale recava la disciplina pattizia soltanto di alcune ipotesi di inadempimento. Tale previsione secondo la Corte, in difetto di specifiche determinazioni ulteriori, non può incidere sulla recedibilità *ad nutum* che rappresenta la causa estintiva ordinaria del rapporto dedotto nella specie. [↑](#footnote-ref-51)
52. Lo sostenevano **FAUCEGLIA,** *Il franchising. Profili sistematici e contrattuali,* Milano, 1988, p. 94 ss.; **PARDOLESI**, voce *"Contratti di distribuzione"* in Enc. giurid. Treccani, IX, Roma, 1988, p. 11 [↑](#footnote-ref-52)
53. Ancora, con riguardo al principio della libera recedibilità dal contratto di *franchising*, autorevole dottrina segnala la circostanza per cui, se nessuna delle parti abbia previsto nelle pattuizioni una durata determinata, ciò è indice dell' insicurezza nutrita verso il rapporto e del reciproco desiderio di "conservare una via di fuga", così, **A. FRIGNANI,** op. cit., p. 81, nota 158. Nello stesso ordine di idee, **BUSSANI**, *Contratti moderni,* Factoring. Franchising. Leasing. in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, p. 208 ss.; **C. LEO**, op. cit., p. 33 ss. [↑](#footnote-ref-53)
54. La ricostruzione di queste teorizzazioni è citata da **A. FICI**, *I contratti di collaborazione*, a cura di P. SIRENA, p. 1055, nota 297 [↑](#footnote-ref-54)
55. **PADOVINI**, *Il recesso*, in I contratti in generale*,* a cura di E. Gabrielli, I, p. 1385 ss, citato in **A. FICI**, op. cit., p. 1055, nota 297 [↑](#footnote-ref-55)
56. Ferma restando l'adesione a quella teoria che vede nello schema generale della somministrazione, una disciplina suscettibile di applicazione analogica a tutti i rapporti di durata; su tutti, **COTTINO**, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione,* in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 87 [↑](#footnote-ref-56)
57. **CAGNASSO - COTTINO**, *Contratti commerciali,* in Tratt. di dir. comm., diretto da COTTINO, IX, Padova, 2000, p. 145. [↑](#footnote-ref-57)
58. **A. LAS CASAS**, *Osservazioni in tema di recesso dal contratto e tutele,* p. 8, in, www.comparazionedirittocivile.it [↑](#footnote-ref-58)
59. **L'art. 1569 c.c.**, infatti, fa riferimento ad un termine di preavviso "...stabilito dagli usi o, in mancanza, congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione". [↑](#footnote-ref-59)
60. **L. DELLI PRISCOLI**, *Franchising e tutela dell'affiliato,* op. cit., p. 130 [↑](#footnote-ref-60)
61. In questo senso, **A. FRIGNANI**, op. cit., p. 82; **M. CIAN**, op. cit., p. 1166; **FINESSI**, *La tipizzazione del contratto di* franchising *e i profili problematici della l. 6 maggio 2004, n.129 (prima parte),* in *Studium iuris,* 2004, p. 1487; **M.A. LIVI**, op. cit., p. 142; **DE NOVA**, *Franchising,* in *Digesto comm.,* VI, Torino, 1991, p. 763 ss, il quale sostiene che il recesso del *franchisor* in un contratto di *franchising* a tempo indeterminato, debba considerarsi inefficace prima che sia decorso il termine sufficiente per l'ammortamento degli investimenti sostenuti dal *franchisee* e comunque prima dei tre anni. In senso divergente **F. BORTOLOTTI**, op. cit., p. 59. [↑](#footnote-ref-61)
62. **M.CIAN**, *La nuova legge,* op.cit., p. 1166 [↑](#footnote-ref-62)
63. **M.CIAN**, op.cit., p. 1166 [↑](#footnote-ref-63)
64. Come proposto da **G. DE NOVA** in DE NOVA - LEO - VENEZIA , *Il franchising,* p. 34 [↑](#footnote-ref-64)
65. **M. CIAN**, La nuova legge, op. cit. p. 1167. Contra **F. BORTOLOTTI**, *La nuova legge sul franchising,* in Contr. impresa, 2004, p. 118, secondo cui "non può esserci dubbio sul fatto che il requisito della durata minima non si applica nel caso in cui le parti abbiano optato per un contratto a tempo indeterminato. Ciò significa che, scegliendo questa soluzione, il *franchisor* potrà recedere dal contratto con il preavviso previsto contrattualmente ed il *franchisee* potrà appellarsi solo a norme di carattere generale ove ritenga tale recesso troppo breve per poter recuperare gli investimenti effettuati." [↑](#footnote-ref-65)
66. La soluzione è condivisa da **U. VIOLANTE**, *Recesso unilaterale nel contratto di franchising,*nota a **TRIB. BARI**, **Ordinanza 8 aprile 2005,** in Obbligazioni e Contratti, n. 10, 2005, p. 987, ove si pone l'accento sulla natura di *lex specialis* della disposizione di cui all'art. 1373, comma 2°, che costituirebbe il referente normativo a cui guardare per l'individuazione della disciplina sul recesso unilaterale, tutte le volte che la regolamentazione legale del tipo contrattuale è priva di una norma sul recesso, come avviene nella disposizione di cui all'art. 3, comma 3°, L. 129/2004. [↑](#footnote-ref-66)
67. **V. PANDOLFINI** in TRIPODI-PANDOLFINI-IANNOZZI, *Il manuale del franchising, la disciplina normativa, la giurisprudenza, i modelli contrattuali,* Giuffré, 2005, p. 566 [↑](#footnote-ref-67)
68. **L. DELLI PRISCOLI**, op. cit., p. 107 ss. [↑](#footnote-ref-68)
69. Così, **P. KINDLER**, *Questioni attuali del contratto di franchising in Germania,* in Giur. comm., 2000, I, p. 683 ss. [↑](#footnote-ref-69)
70. **M. CIAN**, op. cit., p. 1165 [↑](#footnote-ref-70)
71. Un autore, **C. CREA**, op. cit., p. 293, sostiene che il richiamo al principio della "correlazione in concreto", sia pure implicito, equivale ad ascrivere alla disposizione una valenza assiologica - o eccedenza deontologica - a fronte della mera regola. [↑](#footnote-ref-71)
72. **FRIGNANI**, op.cit. p. 82 [↑](#footnote-ref-72)
73. **M. CIAN**, op. cit., p. 1165, **C. CREA**, op. cit. [↑](#footnote-ref-73)
74. Si veda, nella stessa prospettiva, l'ordinamento francese, all'**art. 1, comma 6°, décret n. 91-337,** che include, tra i dati che devono essere evidenziati nel documento informativo da allegare alla bozza di contratto da consegnare preventivamente all'aspirante affiliato "*la nature et le montant des déspences et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat devra engager avant de commencer l'exploitation"*. [↑](#footnote-ref-74)
75. **M. CIAN**, op. cit. [↑](#footnote-ref-75)
76. **V. FARINA**, *Interruzione brutale*, op. cit., p. 812 [↑](#footnote-ref-76)
77. **CIAN**, p. 1165 e **CREA**, p. 293 [↑](#footnote-ref-77)
78. **V. FARINA**, *Interruzione brutale*, op. cit., p. 813, il quale rileva come in questi ultimi termini si sia orientata la giurisprudenza francese che riconosce la legittimità dell'esercizio del diritto di recesso, ove sia stata accertata la spontaneità degli investimenti sostenuti, CASS. COMM., 7.10.1997, in Rev. dr. civ. , 1998, p. 130 ss. . In un altro caso, la stessa giurisprudenza ha riconosciuto l'abusività dl recesso del concedente che aveva indotto il partner a porre in essere "importants efforts d'investissement et de pubblicité", CASS. COMM., 5.4.1994, in Rev. dr. civ. , 1994, p. 773 ss. [↑](#footnote-ref-78)
79. **C. CREA**, op. cit., p. 292, cit. nota 434 [↑](#footnote-ref-79)
80. **C. CREA**, op. cit. p.295 [↑](#footnote-ref-80)
81. Come rileva **C. CREA**, op. cit., p. 296 [↑](#footnote-ref-81)
82. **A. FICI,** op. cit. [↑](#footnote-ref-82)
83. contra, **LIVI**, *Forma e contenuto del contratto,* in L'affiliazione commerciale, a cura di V. CUFFARO, p. 143 e nota 72 [↑](#footnote-ref-83)
84. **FRIGNANI, p. 81**, mette in evidenza come anche l'affiliato potrà dunque avere interesse ad una durata breve del rapporto. [↑](#footnote-ref-84)
85. In senso ancora contrario, **SALAMONE**, in Lipari Rescigno, il quale sottolinea come anche l'affiliante avrà potuto riporre un affidamento sulla stabilità del rapporto e alla presenza di una "certa struttura del sistema *franchising*". Per questo motivo né l'affiliato, né l'affiliante potranno recedere *ante tempus* (prima dei 3 anni o del tempo necessario all'ammortamento) neppure per giusta causa. L'autore, precisa però, che se le parti prevedano una espressa rinuncia al termine, sarà possibile lo scioglimento del vincolo. **DE NOVA**, p. 30-31, ritiene la clausola parimenti inefficace. [↑](#footnote-ref-85)
86. Va rilevato che alcuni autori, aderendo alla concezione su accennata della "correlazione in concreto", considerano le ipotesi sub b) e c) alla stessa stregua, in quanto in quest'ottica si attribuisce al termine triennale fissato dal legislatore una valenza esemplificativa e meramente residuale. Ciò che assume rilievo, secondo questa impostazione, è l'insufficienza *tout court* della durata dedotta in contratto. Uno su tutti **C. CREA,** op. cit. [↑](#footnote-ref-86)
87. **DE NOVA**, in DE NOVA-LEO-VENEZIA, op. cit. [↑](#footnote-ref-87)
88. **M. CIAN**, op. cit. [↑](#footnote-ref-88)
89. **G. DE NOVA,** op. cit. e **M. CIAN**, op.cit. [↑](#footnote-ref-89)
90. **V. FARINA**, op. cit., p. 813-814 [↑](#footnote-ref-90)
91. **CASS. 17.3.1981 n. 1539**, Rep. Foro It., Contr. in generale, p. 255; **CASS. 14.2.1974 n. 420**, Foro It. 1974, I, p.3092 [↑](#footnote-ref-91)
92. **CASS. 10.5.2005, n. 9747**, *Giust. Civ.*, 2006, I, p. 108 ss. [↑](#footnote-ref-92)
93. **CASS. 6.5.1978, n. 555**, *Rep. Foro It*., 1981, Contr. in generale, p. 225 [↑](#footnote-ref-93)
94. **C. LEO**, op. cit. , p. 29 [↑](#footnote-ref-94)
95. La tesi è condivisa da **A. FICI**, op. cit.. e, in modo parzialmente diverso da **A. FINESSI**, op. cit., p. 1468; la quale giunge alla stessa conclusione della sostituzione automatica ma su un assunto contraddittorio: da un lato, afferma che il criterio dell'ammortamento non abbia natura cogente e che dunque non sia nulla la clausola che preveda una durata minima inferiore al periodo necessario per ammortizzare gli investimenti e, dall'altro, che l'affiliato possa adire l'A.G. per la fissazione di una congrua durata o, in alternativa, per il risarcimento del danno., **DE NOVA**, *Franchising*, p. 763. L'autore, per la verità, ritiene non percorribile la via della sostituzione automatica ex. art. 1339 c.c., perchè, secondo lui, mancherebbe la norma sostitutiva. [↑](#footnote-ref-95)
96. **M. CIAN**, op. cit., p. 1167 [↑](#footnote-ref-96)
97. In questo senso, **M.A. LIVI**, *Forma e contenuto del contratto,* p. 155; **L. DELLI PRISCOLI**, op.cit., p. 125 ss.; NIVARRA, *Alcune osservazioni in tema di franchising e a.d.e.,* in Studi in onore di Gerhard Schricker, Milano, 2005, 445 ss. [↑](#footnote-ref-97)
98. **A. FICI,** op.cit., p. 1058 [↑](#footnote-ref-98)
99. **NATOLI**, op. cit., p. 24 e ss. [↑](#footnote-ref-99)
100. **CASS. 18.9.2009, n. 20106** [↑](#footnote-ref-100)