

Il contenzioso nel franchising

A dispetto della scarsità di pronunce giurisprudenziali edite, aventi ad oggetto i contratti di franchising – scarsità dovuta essenzialmente da un lato alla frequente presenza di clausole arbitrali nei contratti di franchising, dall'altro alla frequenza di accordi transattivi – questi ultimi sono caratterizzati da un **notevole tasso di litigiosità**. Ciò è dovuto a vari fattori, alcuni dei quali comuni a tutti i rapporti di lunga durata e di una notevole complessità – come appunto il franchising – altri invece legati alle peculiarità dei rapporti in franchising.

In linea generale, quando un contratto è “completo”, cioè regola il rapporto in ogni suo risvolto ed evenienza, distribuendo in modo tendenzialmente equo costi e benefici dell'operazione, esso si rivela, secondo una prospettiva di analisi economica del diritto, come uno strumento di prevenzione delle controversie, perché il suo contenuto può essere stabilito in modo tale da rendere “spontaneo” l'adempimento dei contraenti e reso facilmente implementabile dal giudice (il quale dispone di tutte le informazioni a ciò necessarie), sì che rispettare gli obblighi (e dunque conformarsi al contratto) diventa per ciascun contraente più vantaggioso che non rispettarli.

Viceversa, qualora un contratto è “**incompleto**”, perché non tiene in considerazione le circostanze perturbatrici che sopravvengano alla sua conclusione e non ne disciplina gli effetti sul rapporto, o perché sussistono informazioni non verificabili da terze parti, si producono incentivi all'inadempimento in capo alla parte svantaggiata dalle sopravvenienze stesse. Ciò è appunto quello che può accadere nel caso dei contratti di franchising, che sono fisiologicamente “incompleti”, data l'impossibilità delle parti di disciplinare ogni aspetto del rapporto e l'incidenza di fattori sopravvenuti esterni, estranei alla volontà delle parti (quali ad esempio le condizioni di mercato) che possono incidere sugli obblighi contrattuali (si pensi ad esempio all'obbligo di esclusiva, all'obbligo di fatturato minimo, etc.). Tale aspetto è accentuato dal fatto che la L. n. 129/2004 regola quasi esclusivamente i requisiti formali e la fase pre-contrattuale, e non lo svolgimento del rapporto di *franchising*.

I fattori di litigiosità specifici dei contratti di *franchising* derivano essenzialmente dalle forti limitazioni di autonomia imprenditoriale generalmente incontrate dagli affiliati in franchising e dalla accentuata situazione di dipendenza, giuridica ed economica, dell'affiliato nei confronti dell'affiliante. Come è noto, infatti, l'affiliato in *franchising*, pur esercitando un'attività commerciale

autonoma – per la quale risponde in proprio ed è soggetto al **rischio d'impresa** come qualunque altro imprenditore - è **meno autonomo** di qualunque altro imprenditore commerciale, a causa dei vincoli molto stretti, previsti nel contratto di franchising, che lo legano tra l'affiliato e l'affiliante, e che condiziona notevolmente la sua attività, le sue decisioni, le sue scelte e, quindi, i suoi risultati.

Tale situazione di squilibrio tra le parti può favorire l'insorgere di un contenzioso, specialmente laddove l'affiliato non riesca a raggiungere i risultati economici che si attendeva e sui quali aveva fatto affidamento al momento della conclusione del contratto.

In linea generale, si può affermare che è interesse del franchisor cercare di risolvere, nei limiti del possibile, il conflitto con gli affiliati **senza che lo stesso sfoci in un vero e proprio contenzioso**, davanti all'autorità giudiziaria. Ciò non soltanto in considerazione del notorio stato di dissesto in cui versa ormai cronicamente il sistema giudiziario italiano (e che rende spesso inopportuno o inutile intraprendere una causa), ma anche per altre due ragioni:

- a) perché il franchisor ha generalmente l'interesse a che l'affiliato continui a far parte della propria rete in franchising (mentre un contenzioso ne provocherebbe inevitabilmente la fuoriuscita);
- b) perché un contenzioso non rappresenta di solito un fatto positivo per la rete in franchising, in termini di reputazione commerciale e di immagine.

Ciò non significa, tuttavia, che il franchisor non debba reagire efficacemente e con fermezza di fronte a comportamenti illegittimi o inadempimenti contrattuali degli affiliati. Si pensi ad esempio ai casi di violazione degli obblighi di **non concorrenza**, o a utilizzi scorretti dei **segni distintivi** del franchisor, che per la loro gravità possono arrecare danni all'intera rete in franchising e che quindi richiedono un **tempestivo intervento in sede giudiziaria**.

Pertanto, è in linea di massima opportuno che il franchisor limiti il più possibile il ricorso alle vie giudiziarie, cercando di prevenire e/o di risolvere il conflitto in via extra-giudiziale, e limitando il ricorso alle vie legali ai casi in cui ciò sia indispensabile o comunque opportuno per tutelare l'immagine e la reputazione della propria rete in franchising.

Per raggiungere tale obiettivo è essenziale che il franchisor, oltre a dotarsi di moduli contrattuali adeguatamente predisposti, instauri con i propri affiliati un rapporto basato sulla reciproca fiducia – che è alla base di ogni rapporto di franchising - adottando un comportamento tale da venire incontro alle effettive esigenze degli affiliati.

Ciò premesso, analizziamo di seguito, sinteticamente, alcune delle principali cause di conflittualità tipiche del franchising.

1. Il contenzioso legato al pagamento del corrispettivo

Come è noto, il corrispettivo in favore dell'affiliante può essere determinato dalle parti in vario modo. Esso può essere infatti costituito da una **entry fee** iniziale e da **royalties** nel corso di rapporto, oppure soltanto da una di tali voci. Nel *franchising* di distribuzione è inoltre possibile che sia escluso qualsiasi corrispettivo diretto, e che al franchisor venga riconosciuto soltanto un corrispettivo indiretto costituito dal **prezzo della cessione di beni** al *franchisee*. Il tipo di corrispettivo prescelto si riflette inevitabilmente sulle condotte delle parti nel corso dello svolgimento del rapporto.

Così se nel contratto di *franchising* (di distribuzione) si esclude il diritto dell'affiliante a qualsiasi corrispettivo diretto, il franchisee ha generalmente maggiori incentivi a massimizzare le vendite, il che produce effetti positivi anche sul fatturato del *franchisor*. Tale assetto economico non trasmette invece maggiori incentivi agli affiliati a proteggere e sviluppare la formula commerciale e l'immagine della rete, e li riduce in capo all'affiliante, il quale è naturalmente spinto a concentrare le proprie risorse sulla produzione dei beni e/o sulla loro distribuzione (che costituisce l'unica fonte del suo reddito), piuttosto che nello sviluppo della formula commerciale e della rete.

Le **royalties** di importo **fisso** incentivano generalmente gli affiliati, più di quanto accada per le **royalties** in percentuale, a massimizzare le vendite, dal momento che, dedotta la somma fissa, tutti gli introiti saranno da essi appropriabili; pertanto, le stesse possono essere particolarmente adatte a regolare il profilo economico dei *franchising* di distribuzione, sempre che non siano talmente elevate da disincentivare l'ingresso nella rete di aspiranti *franchisee* particolarmente avversi al rischio.

Le **royalties variabili**, commisurate al giro di affari dell'affiliato, incentivano generalmente il *franchisor* a tutelare e valorizzare la formula commerciale e l'immagine della rete. Tale modalità di determinazione del corrispettivo, non prevedibile *ex ante*, espone il franchisor al rischio della condotta opportunistica da parte del franchisee, dato che qualora quest'ultimo riduca il proprio giro di affari (impiegando le proprie risorse in altro modo, magari in attività concorrenziali) riduce allo stesso tempo il corrispettivo per il franchisor.

Per tale motivo, nella prassi si prevede spesso nei contratti di *franchising*, il cui corrispettivo sia stabilito in tale modo, che l'affiliante abbia il diritto di **controllare** i documenti contabili dell'affiliato, e/o l'obbligo per quest'ultimo di superare una determinata soglia minima di affari (ovvero di riconoscere al *franchisor* una somma fissa minima, indipendente dal giro d'affari realizzato dal *franchisee*), oppure ancora l'obbligo di acquistare dal *franchisor* un quantitativo minimo di beni.

Il **mancato pagamento** del corrispettivo da parte dell'affiliato può essere in generale legato al verificarsi di due situazioni:

- a) in sede di **avvio** dell'attività in franchising (*start up*), dagli elevati costi per investimento sostenuti inizialmente dall'affiliato (spesso su indicazione del franchisor) e dagli scarsi introiti derivanti dall'attività;
- b) nel **corso del rapporto**, da situazioni di tensione finanziaria, legate alle sfavorevoli condizioni di mercato.

Nell'ipotesi a), può essere opportuno prevedere che, in una fase iniziale del rapporto, le *royalties* siano di importo più ridotto rispetto a quello che verrà fissato dopo il termine della fase di start up, o addirittura sospeso, in rapporto a quanto già versato dall'affiliato a titolo di *entry fee* e/o dell'ammontare degli investimenti sostenuti dall'affiliato.

Nell'ipotesi b), cioè di problemi di pagamento delle *royalties* dovute alla scarsa redditività dell'attività dell'affiliato in conseguenza di sfavorevoli situazioni di mercato, può essere opportuno che il franchisor – dopo avere attentamente valutato l'effettiva situazione finanziaria dell'affiliato e le effettive ragioni della mancata redditività – venga temporaneamente incontro alle esigenze dell'affiliato in modo da cercare di risollevare la situazione in cui lo stesso si trova e ripristinare le condizioni di normalità dei pagamenti. Ciò in quanto è (anche) interesse del franchisor che i propri affiliati svolgano la propria attività in modo redditizio, essendo ciò la principale condizione che consente una regolarità nei pagamenti delle *royalties*.

Tale obiettivo può essere perseguito essenzialmente con due strumenti, che possono essere adottati alternativamente o congiuntamente:

- a) cercando di migliorare, nei limiti del possibile, la redditività dell'affiliato, adottando, a seconda della tipologia dell'attività e della struttura della rete, una serie di iniziative quali l'incremento/miglioramento delle politiche promozionali/pubblicitarie e di marketing della rete, una revisione dei costi dei prodotti/servizi agli affiliati e al mercato, l'ideazione di nuovi prodotti/servizi, etc.;
- b) cercando di venire incontro all'affiliato dal punto di vista finanziario, sospendendo temporaneamente la riscossione delle *royalties* fin quanto la situazione dell'affiliato non raggiunga un livello di sufficiente redditività.

2. Il contenzioso legato all'esclusiva

E' frequente nei contratti di franchising la previsione di clausole di **esclusiva** in favore dell'affiliato, in base alle quali è fatto divieto al *franchisor* di affiliare altri soggetti nell'area in cui opera il *franchisee* (o di operare egli stesso in quell'area mediante punti vendita diretti). Tali clausole, limitando la concorrenza in suo favore e garantendo al franchisee maggiori prospettive di guadagno, mira a promuovere la redditività dell'investimento effettuato, incentivando così la decisione di entrare a far parte di una rete di franchising; essa potrebbe altresì incentivare l'affiliato ad investire per incrementare il proprio giro d'affari, favorendo indirettamente il *franchisor* allorché il corrispettivo a lui dovuto sia commisurato al fatturato del *franchisee*.

Tuttavia, la mancanza di concorrenza, che costituisce l'effetto dell'esclusiva in favore dell'affiliato, può incentivare **comportamenti opportunistici** di quest'ultimo, il quale - soprattutto nel caso in cui il corrispettivo sia calcolato attraverso royalties in percentuale sul fatturato - potrebbe essere indotto a trascurare l'attività in *franchising* per dedicarsi ad attività simili e concorrenziali. Per tale ragione, generalmente le clausole di esclusiva nel franchising sono reciproche, in quanto accanto all'esclusiva in favore del franchisee si prevede l'obbligo di quest'ultimo di astenersi dal vendere o produrre beni o servizi diversi da quelli oggetto del *franchising* (ovvero un'esclusiva in favore del franchisor).

D'altra parte, un'esclusiva in favore del *franchisor* cui non si accompagna quella in favore del *franchisee*, oltre a disincentivare l'aspirante affiliato dall'ingresso nella rete di *franchising* e l'affiliato dall'investire in maniera ottimale durante il rapporto, può disincentivare il *franchisor* dall'adempiere esattamente le proprie obbligazioni nei confronti dell'affiliato, e in primo luogo a fornirgli l'assistenza necessaria all'impiego della formula commerciale.

Per ridurre questo rischio, nei contratti di franchising nei quali non sia prevista un'esclusiva in favore del franchisee si prevede generalmente l'obbligo del *franchisor* di non aprire punti vendita diretti nella zona di attività del *franchisee*, e/o di osservare la parità di trattamento nei confronti di tutti gli affiliati.

3. Il contenzioso legato ai mancati guadagni dell'affiliato

Buona parte del contenzioso legato al contratto di franchising deriva dal mancato percepimento da parte dell'affiliato dei **guadagni** sperati, o comunque prospettati dal franchisor prima della conclusione del contratto. Tali prospettazioni sono spesso contenute nel c.d. **business plan**, cioè nelle previsioni circa la redditività della futura attività del franchisee, che, con varie modalità, spesso il franchisor sottopone all'aspirante franchisee – pur in assenza di alcun obbligo in tal senso - nella fase delle trattative, per invogliarlo ad entrare a far parte di una rete in franchising. Tali previsioni possono essere formulate nel modo più vario, con maggiore o minore grado di dettaglio e di verosimiglianza, con maggiore o minore riferimento all'effettivo mercato nel quale opererà l'affiliato, etc.

Poiché il *business plan* generalmente non entra a far parte del contratto, rimanendo estraneo al regolamento contrattuale, le previsioni che sono in esso contenute non sono vincolanti per il franchisor; di conseguenza, il fatto che il franchisee non consegua poi effettivamente i profitti che erano stati previsti nel business plan non provoca, in linea generale, alcuna responsabilità in capo al franchisor nei confronti del franchisee.

In questo senso, in alcune decisioni sono state respinte le domande di risarcimento dei danni che il franchisee aveva avanzato nei confronti del franchisor, sulla base di previsioni di redditività che

durante il trattative il franchisor aveva consegnato al franchisee, e che si erano poi rivelate non veritiere. I giudici hanno infatti ritenuto che, poiché tale previsione non era entrata a far parte del testo contrattuale, il *franchisor* non aveva assunto alcun impegno nei confronti del *franchisee* circa il profitto derivante dall'affiliazione.

Del resto, i profitti derivanti da un'attività in franchising sono connessi in larga misura alle capacità del *franchisee* – che è un imprenditore autonomo e sopporta il rischio d'impresa - alle condizioni di mercato (non facilmente prevedibili) e a circostanze esterne (ad es. la concorrenza nel settore). Non può quindi configurarsi, in linea generale, un obbligo del franchisor (e una conseguente responsabilità) affinché il franchisee consegua un determinato profitto, dato che esso dipende anche, in varia misura, da circostanze estranee al *franchisor*. Se un tale obbligo fosse previsto, non ci troveremmo di fronte ad un contratto di franchising ma ad altro tipo di rapporto, più simile ad un rapporto di lavoro subordinato.

Tuttavia, qualora il *business plan* si riveli inesatto o falso, e su di esso il franchisee abbia fatto affidamento nel corso delle trattative, maturando un'aspettativa circa il ritorno economico che gli deriverà dall'attività, il *franchisee* è legittimato ad ottenere l'**annullamento** del contratto di franchising per dolo del *franchisor*, con conseguente **risarcimento del danno**. Inoltre, qualora le affermazioni non veritiere circa i possibili profitti derivanti dall'affiliazione siano contenute in un messaggio pubblicitario (si pensi ad es. all'ipotesi in cui siano prospettati guadagni certi per l'affiliato, quando invece gli stessi dipendono dalle più diverse variabili, o siano stati omessi costi aggiuntivi rispetto a quelli reclamizzati), può ricorrere un'ipotesi di **pubblicità ingannevole**, ai sensi del D.lgs. n. 146/2007, con conseguente legittimazione del *franchisee* a chiedere l'intervento dell'AGCM, e la conseguente irrogazione di sanzioni pecuniarie al franchisor.

Di qui l'importanza di redigere un *business plan* che sia **veritiero** – in considerazione della situazione reale di mercato nella zona del franchisee e dei risultati effettivamente conseguiti da altri affiliati in condizioni simili o comunque paragonabili - e sia comunque redatto con criteri **prudenziali**, in modo da non ingenerare false aspettative nell'affiliato, con conseguente incentivo al contenzioso.

Anche in questo caso, è poi generalmente opportuno che il *franchisor* venga incontro, nei limiti del possibile, all'affiliato che si trovi in condizioni di difficoltà, con gli strumenti prima descritti. Potrebbe inoltre essere opportuno consentire contrattualmente in tali ipotesi – qualora la situazione di crisi finanziaria sia comprovata e persistente nel tempo - di recedere dal contratto, senza pagamento di penali o con penali in misura ridotta.

4. Il contenzioso legato al patto di non concorrenza

Una considerevole fonte di contenzioso nel franchising è costituita dal **patto di non concorrenza post-contrattuale**, con il quale il franchisee si impegna a non svolgere attività in concorrenza con

quella esercitata dal franchisor, per un certo periodo di tempo dopo lo scioglimento del contratto. Si tratta di un patto molto comune nell'ambito dei contratti di franchising, e che ha la funzione principale di tutelare la reputazione e l'identità comune della rete, e di impedire che il *know-how* e l'assistenza prestata dal franchisor vadano a vantaggio dell'ex affiliato o dei concorrenti.

Poiché il patto di non concorrenza produce l'effetto di comprimere la libertà di iniziativa economica dei contraenti, anch'esso soggiace ai principi previsti dalle norme antitrust. Qualora infatti un contratto di franchising abbia effetti rilevanti sul mercato italiano, trova applicazione il **Reg.to CE n. 330/2010**, secondo cui i patti di non concorrenza post-contrattuale nell'ambito dei contratti di franchising sono legittimi solo se:

- a) sono necessari per la protezione del **know how** del franchisor);
- b) si riferiscono a beni o servizi **in concorrenza** con quelli oggetto del contratto di franchising;
- c) sono limitati ai **locali** in cui il franchisee ha operato durante il contratto;
- d) non hanno durata superiore a **1 anno** dopo il termine del contratto.

E' quindi importante che la clausola di non concorrenza post-contrattuale venga redatta in modo non contrastante da quanto previsto nel regolamento comunitario, allo scopo di non dare luogo ad un contenzioso.

5. Il contenzioso sullo scioglimento del contratto

Come in tutte le relazioni economiche di durata (c.d. *relational contracts*), anche nel caso del *franchising*, il momento dello **scioglimento del contratto** è particolarmente delicato. Infatti, mentre nella fase di esecuzione del contratto di *franchising* gli interessi delle parti tendono ad essere sostanzialmente coincidenti, nella fase di "*termination*" del rapporto essi tendono a divergere nettamente.

Da una parte, il *franchisor* tende a difendere l'elasticità e la sicurezza del proprio apparato distributivo, e, conseguentemente, potrebbe non avere interesse a protrarre il rapporto contrattuale; dall'altra, il *franchisee* ha l'esigenza di non perdere la clientela e di non vedere compromessi gli investimenti effettuati, e dunque potrebbe avere l'interesse, opposto al *franchisor*, ad un rinnovo del contratto, più o meno lungo.

Dal punto di vista economico, lo scioglimento di un contratto di franchising prima della sua naturale scadenza pone problemi molto rilevanti per entrambe le parti. Il *franchisee* si trova infatti nella situazione di non poter ulteriormente sfruttare gli investimenti effettuati per svolgere l'attività in franchising, e perde in gran parte l'avviamento di cui godeva in precedenza. Il *franchisor* subisce un inevitabile danno di immagine a seguito della chiusura del punto vendita e non dispone più

dell'accesso al mercato rappresentato dal punto vendita.

Si pone quindi l'esigenza di regolamentare le c.d. "condizioni di fine rapporto" in modo il più possibile **equo**, tutelando da una parte il *franchisee* rispetto agli investimenti realizzati in vista della progettata durata del rapporto, ma evitando, dall'altra, di creare una sorta di diritto soggettivo alla stabilità del rapporto, il quale, da un punto di vista giuridico, sarebbe inconciliabile con il dispiegarsi dell'autonomia privata - soprattutto nel caso di rapporti tra imprenditori - mentre, sotto il profilo economico, sarebbe del tutto illogico.

Nella prassi, i contratti di franchising spesso consentono al *franchisor* di recedere liberamente dal contratto prima del termine, mentre non consentono tale possibilità all'affiliato, per non compromettere gli investimenti in termini di know-how sostenuti dal *franchisor*, e, soprattutto, per garantire a quest'ultimo il percepimento delle royalties per tutta la durata del contratto. Ciò può provocare tuttavia il sorgere di un contenzioso qualora il *franchisee*, per i motivi più vari, non intenda proseguire il rapporto con il *franchisor*, e non potendo legittimamente recedere, invochi presunti inadempimenti del *franchisor* pur di raggiungere tale risultato.

Può essere tuttavia opportuno, per disincentivare possibili contenziosi promossi da affiliati i quali non intendano e proseguire nel rapporto, prevedere nel contratto la possibilità anche per l'affiliato di **recedere anticipatamente**, regolamentando l'esercizio di tale facoltà in vario modo, a seconda delle peculiarità della singola catena in franchising. Prevedere e regolamentare le ipotesi di recesso per l'affiliato può infatti consentire di prevenire o evitare situazioni che altrimenti sfocerebbero in un contenzioso.

Si potrebbe in tal senso prevedere che:

- a) il recesso dell'affiliato sia possibile solo a partire da un determinato anno di durata del contratto (ad esempio, a partire dal terzo anno di durata);
- b) l'affiliato debba dare un determinato preavviso, in misura fissa o in misura via via decrescente a seconda del periodo in cui l'affiliato recede in rapporto alla durata residua del contratto (ad esempio, 6 mesi di preavviso se il recesso è esercitato nel terzo anno di durata del contratto, 4 mesi se è esercitato nel quarto anno, etc.);
- c) l'affiliato sia tenuto al pagamento di un importo a titolo di penale per il recesso anticipato, anche in questo caso di importo fisso oppure variabile (ad esempio, Euro 10.000,00 se il recesso è esercitato nel terzo anno di durata del contratto, Euro 5.000,00 se è esercitato nel quarto anno, etc.).

Una problematica rilevante che si presenta successivamente allo scioglimento del contratto di *franchising* è costituita dalle **merci giacenti** presso il *franchisee* al momento dello scioglimento del rapporto. Non è, infatti raro che, al termine del contratto, permangano presso il *franchisee* quantitativi anche ingenti di scorte invendute (materie, prime, semilavorati, prodotti finiti). Tale situazione può rappresentare quindi un rilevante rischio imprenditoriale per il *franchisee*, il quale, dopo avere investito nell'acquisto dei beni oggetto della propria attività, si trova spesso ad essere

impossibilitato a vendere le giacenze, non potendo utilizzare più i segni distintivi del *franchisor*, ed essendo spesso vincolato da un patto di non concorrenza post-contrattuale.

Non sussiste, in via generale, alcun obbligo giuridico – di natura né contrattuale, né extracontrattuale – che imponga al *franchisor* il riacquisto delle giacenze al momento dell'estinzione del rapporto. Tuttavia potrebbe profilarsi un obbligo in tal senso, in base al dovere buona fede di cui all'art. 1375 c.c. - inteso come obbligo di salvaguardare l'utilità altrui nei limiti di un non apprezzabile sacrificio – in alcuni casi, come ad esempio:

- a) qualora le merci siano giacenti presso il *franchisee* per effetto di accordi imposti dal *franchisor* e sotto le direttive di quest'ultimo;
- b) qualora l'entità dello *stock* sia stata fissata in misura esorbitante rispetto alle capacità finanziarie del *franchisee* o rispetto al tempo medio di rotazione del settore;
- c) qualora lo *stock* sia stato rinnovato dal *franchisee* in prossimità della scadenza contrattuale, e lo stesso *franchisee* confidava in buona fede nel rinnovo del contratto.

E' quindi opportuno regolamentare nel contratto la sorte delle scorte invendute al momento dello scioglimento, prevedendo ad esempio una autorizzazione da parte del *franchisor* al *franchisee* a porre in vendita i beni, entro un determinato limite di tempo, usufruendo dei segni distintivi del *franchisor*, o la facoltà del *franchisor* di acquistare le scorte, ad un determinato prezzo ed entro un determinato periodo di tempo.

Milano, settembre 2012

Avv. Valerio Pandolfini