

Il patto di non concorrenza nel franchising

Dato che il franchising si caratterizza essenzialmente per la trasmissione dal franchisor al franchisee di un complesso di facoltà e diritti (il c.d. *franchise package*), tra i quali il know-how, è essenziale per il franchisor proteggere e tutelare tale complesso non soltanto durante il contratto, ma anche (e soprattutto) dopo il termine del contratto stesso. Ciò è possibile attraverso il **patto di non concorrenza post-contrattuale**, che non a caso costituisce una clausola molto frequente nei contratti di franchising (e non solo).

In generale, con il patto di non concorrenza il franchisee si obbliga a **non svolgere attività in concorrenza** con quella esercitata dal franchisor, per un certo periodo di tempo. La funzione principale di tale clausola è appunto quella 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 dei concorrenti**.

Come l'esclusiva, anche il patto di non concorrenza non è un elemento essenziale del contratto di franchising, cioè non è automaticamente inserito nel contratto, e quindi se non è espressamente previsto nel contratto non è operante tra le parti. Si noti che, per effetto dell'obbligo di non concorrenza, il franchisee non può comunque esercitare attività in concorrenza con quella esercitata nell'ambito del contratto di franchising, **a prescindere dal fatto che si tratti di concorrenza sleale** o meno. In altri termini, anche se l'attività concorrenziale è svolta con mezzi leciti (e quindi non si tratta di concorrenza sleale) al franchisee non è consentito svolgere tale attività.

Il patto di non concorrenza può essere riferito sia al periodo in cui è vigente il contratto di franchising, sia per un periodo di tempo **successivo** al suo scioglimento. In questo secondo caso si ha appunto il patto di non concorrenza post contrattuale.

In tal caso, il patto serve al franchisor per evitare che il franchisee, dopo la fine del contratto, riacquistando la possibilità di gestire in modo autonomo la propria impresa, eventualmente anche nello stesso ramo commerciale e nella stessa zona in cui operava durante il rapporto di *franchising*, sottragga all'ex affiliante la clientela con la quale aveva avuto contatti in precedenza, o comunque sfrutti le conoscenze e l'esperienza acquisita nell'ambito della rete in franchising a suo vantaggio, danneggiando conseguentemente il franchisor e l'intera rete.

Tuttavia, frequentemente l'obbligo di non concorrenza post contrattuale ha anche un'altra finalità, indiretta ma non meno importante; esso serve anche come **deterrente nei confronti di una estinzione anticipata del contratto** da parte del franchisee. Quest'ultimo infatti, sapendo di non

poter (legittimamente) esercitare la stessa attività che svolgeva nella rete per un certo periodo di tempo dopo il termine del rapporto con il franchisor, è disincentivato a fuoriuscire dalla rete, e, al contrario, incentivato a rimanervi, magari rinnovando il contratto.

Diversamente da quanto spesso si ritiene, **non** è richiesto per la validità di un patto di non concorrenza il pagamento di un **corrispettivo** in favore del franchisee. Il che naturalmente non vieta che, nell'economia generale del contratto di franchising, si tenga conto di tale patto, ad esempio in relazione all'esclusiva o alle royalties che devono essere corrisposte dal franchisee.

E' invece richiesta per la validità del patto la **specificata sottoscrizione** da parte dell'affiliato, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 del Codice civile, trattandosi di **clausola vessatoria** inserita nelle condizioni generali di contratto predisposte dal franchisor.

Il patto di non concorrenza è regolato dall'**art. 2596 del Codice civile**, il quale prevede che tale patto può avere una **durata massima di cinque anni** e deve essere circoscritto ad una **determinata zona** o a una **specificata attività**. Tuttavia, secondo la giurisprudenza prevalente l'art. 2596 del codice civile **non** si applica agli accordi tra soggetti che operano a diversi livelli della linea concorrenziale (c.d. **accordi verticali**), come appunto accade nel franchising. Di conseguenza, **un patto di non concorrenza inserito in un contratto di franchising non è soggetto ai limiti previsti dall'art. 2596 del Codice civile**; il che significa che in linea di principio le parti (e in particolare il franchisor) sono libere di disciplinare il patto di non concorrenza nel contratto come preferiscono.

Tuttavia, poiché il patto di non concorrenza produce l'effetto di comprimere la libertà di iniziativa economica dei contraenti, esso soggiace ai principi previsti dalle **norme antitrust**. I contratti di franchising, qualora abbiano effetti rilevanti sul mercato italiano (il che accade molto frequentemente), sono soggetti alle norme antitrust europee, e in particolare al **Regolamento CE n. 330/2010**, direttamente applicabile anche ai contratti di franchising stipulati in Italia.

Con riferimento ai patti di non concorrenza **post-contrattuale**, il Regolamento comunitario prevede che essi:

- a) devono essere **necessari per la protezione del know-how** del franchisor (il che di solito si verifica);
- b) devono riferirsi a beni o servizi **in concorrenza** con quelli oggetto del contratto di franchising;
- c) devono essere limitati ai **locali** in cui il franchisee ha operato durante il contratto;
- d) non possono avere una durata superiore a **un anno dopo il termine del contratto**.

La clausola contrattuale con cui si prevede l'obbligo di non concorrenza a carico del franchisee deve essere **molto attentamente redatta**, in modo da tutelare efficacemente gli interessi del franchisor.

In primo luogo, occorre precisare esattamente **quando un'attività si debba considerare come concorrenziale con quella del franchisor** (in rapporto alle caratteristiche dei prodotti, alla loro destinazione d'uso, all'identità del loro fabbricante, etc.). Ciò è opportuno per due motivi:

- a) per evitare che la clausola di non concorrenza possa essere ritenuta nulla in quanto eccessivamente ampia o indeterminata;
- b) per evitare incertezze circa l'applicazione della clausola, che possono essere fonte di contenzioso o comunque non tutelare gli interessi del franchisor in modo ottimale.

In secondo luogo, è opportuno regolamentare dettagliatamente l'ambito **soggettivo** di applicazione del patto di non concorrenza, per evitare che lo stesso possa essere facilmente **aggirato** dal franchisee. In questo senso, è opportuno prevedere il divieto per il franchisee di effettuare attività concorrenziale in ogni modo, sia direttamente che (come spesso si verifica) o **indirettamente** (ad esempio tramite società controllate o partecipate, parenti, prestanomi, cessioni o affitto di azienda, etc.).

In caso di inadempimento del patto di non concorrenza post-contrattuale da parte del franchisee, il franchisor può tutelare efficacemente i propri interessi promuovendo un **ricorso d'urgenza i sensi dell'art. 700 C.p.c.**, con il quale può essere ottenuto dall'Autorità Giudiziaria un provvedimento inibitorio, cioè un ordine all'ex affiliato di **cessare l'attività concorrenziale** dallo stesso effettuata. Si tratta di un provvedimento che può dunque avere conseguenze assai pesanti per l'ex franchisee.

Sotto un diverso profilo, il franchisor può ottenere il **risarcimento dei danni** subiti per effetto dell'attività in concorrenza esercitata dall'ex franchisee. Tale risarcimento è notevolmente facilitato, dal punto di vista quantitativo, dall'inserimento nel contratto di un'apposita **clausola penale**, ricollegata alla violazione dell'obbligo di non concorrenza.

Milano, gennaio 2013

Avv. Valerio Pandolfini