

## Durata e scioglimento del contratto di franchising

### 1. La durata del contratto.

Il contratto di franchising può essere stipulato sia a tempo indeterminato (cioè senza un termine di scadenza) che a tempo determinato (cioè con la previsione di una determinata scadenza temporale, decorsa il quale il contratto cessa).

Nella prassi, il contratto di franchising è generalmente stipulato a **tempo determinato**. La previsione di una scadenza contrattuale è giustificata, da un lato, dalla possibilità che l'eventuale mancato rinnovo costituisca uno stimolo per l'attività del franchisee, e, dall'altro, dal fatto che la previsione del rinnovo consente al franchisor di rinegoziare, alla scadenza, il contenuto del contratto da una posizione di forza, sul presupposto che il franchisee, piuttosto che rinunciare al rinnovo del contratto ed affrontare i rischi di una nuova attività, sia disposto ad accettare le nuove condizioni del franchisor.

Spesso si prevede la possibilità di un **rinnovo** del contratto o di proroga alla scadenza, per un ulteriore limitato periodo di tempo. Le clausole di rinnovo del contratto possono essere di varia tipologia; ad esempio sono frequenti le clausole che prevedono un termine entro il quale il franchisee deve manifestare la sua volontà di rinnovare il contratto, e la possibilità del franchisor di aderire alla richiesta, previa valutazione discrezionale o basata sul raggiungimento di determinati parametri (ad esempio il raggiungimento di determinati volumi di vendite, o il corretto adempimento degli obblighi contrattuali). Talvolta si prevede l'obbligo del franchisee di corrispondere al franchisor una determinata *fee*, di importo generalmente inferiore a quella iniziale.

La durata del contratto di franchising non è interamente rimessa alla libertà contrattuale delle parti. L'art. 3, 3° comma della L. 129/2004 prevede infatti che l'affiliante deve comunque garantire all'affiliato una **durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento** e comunque non inferiore a **tre anni**.

La norma predetermina quindi la durata minima del contratto di franchising, allo scopo di riequilibrare la disparità di potere contrattuale che può manifestarsi nella fase successiva alla stipulazione del contratto di *franchising*, ovviando, in particolare, al pericolo che il *franchisee*, per il fatto di avere effettuato investimenti nella fase iniziale del rapporto, accetti condizioni contrattuali gravose da parte del *franchisor*, il quale minacci di porre termine anticipatamente al contratto (attraverso l'esercizio del diritto di recesso), o di non rinnovare il contratto stesso. Per tale motivo, nonostante che il tenore letterale della norma si riferisca alla sola ipotesi di contratto di franchising a tempo determinato, è da ritenersi che la stessa trovi applicazione anche ai casi di contratti di franchising a tempo indeterminato.

La genericità e laconicità della norma fa sorgere alcuni delicati interrogativi. In primo luogo, la norma non definisce i concetti di investimento ed ammortamento. In proposito, deve ritenersi che con il termine investimento il legislatore abbia inteso riferirsi ai costi di impianto, inclusa l'eventuale fee di ingresso, ed esclusi i costi di gestione.

In secondo luogo, ci si interroga sui criteri con i quali debba essere valutata – dalle parti o, in caso di controversia, dal giudice, a seguito di consulenza tecnica - l'adeguatezza della durata stabilita per ammortizzare gli investimenti. La norma infatti fissa una determinata minima del contratto (che non può essere inferiore a 3 anni), ma al contempo stabilisce che il contratto deve avere comunque una durata sufficiente per ammortizzare gli investimenti del franchisee. La determinazione dell'effettiva durata minima del contratto di franchising non è quindi stabilita dalla legge, qualora l'ammortamento degli investimenti richieda un tempo superiore a tre anni; il che si verifica abbastanza frequentemente (si pensi ad esempio, al franchising alberghiero, in cui l'ammortamento non si realizza generalmente prima di 5 anni).

A tal proposito, non è chiaro se tale valutazione debba essere effettuata *ex ante*, considerando le prevedibili prospettive di recupero degli investimenti del *franchisee* al momento della conclusione del contratto, oppure *ex post*, alla luce degli effettivi costi di impianto sostenuti dall'affiliato, su indicazione dell'affiliante nel corso del rapporto. In ogni caso, è opportuno che le parti stabiliscano la durata del contratto molto attentamente, considerando con esattezza il tempo di ammortamento necessario (avvalendosi se del caso di un esperto o di una perizia tecnica, sottoscritta da entrambe le parti).

Cosa accade qualora le parti abbiano previsto un termine di durata del contratto inferiore a tre anni, o comunque un termine inferiore a quello sufficiente per l'ammortamento degli investimenti effettuati dal *franchisee*?

Poiché l'art. 3, 3° comma della L. n. 129/2004 è una norma imperativa, deve ritenersi che la violazione della stessa produca la **nullità** della clausola contraria. Tuttavia, poiché la durata minima del contratto è legata ad un dato variabile quale l'ammortamento dell'investimento, sembra difficilmente ipotizzabile una automatica sostituzione della clausola nulla con la durata legale, secondo il meccanismo di cui agli artt. 1419 e 1339 del Codice civile.

Di conseguenza, qualora il franchisor abbia sospeso l'adempimento del contratto prima del termine necessario all'ammortamento degli investimenti, lo stesso sarà tenuto al risarcimento dei danni in favore del franchisee. Viceversa, qualora si accerti che il termine stabilito contrattualmente era sufficiente all'ammortamento degli investimenti, nessuna responsabilità potrà ricadere sul franchisor, dato che il contratto era legittimamente cessato per scadenza del termine.

## 2. Il recesso.

Si distinguono dal punto di vista giuridico due tipologie di recesso, ben diverse tra loro:

- il recesso **ordinario** (o *ad nutum*);
- il recesso **straordinario** (o per giusta causa).

Il **recesso ordinario** è la **facoltà di porre termine al contratto** in virtù della mera **volontà** di una delle parti, indipendentemente dall'esistenza di alcun inadempimento a carico dell'altra parte. Il contraente a cui venga attribuita tale facoltà può quindi sciogliere l'accordo semplicemente perché vuole farlo, senza alcuna necessità di giustificare la sua decisione, nè di addurre alcuna violazione del contratto a carico della controparte.

Questo tipo di recesso ha una diversa disciplina a seconda che il contratto di franchising sia a tempo **indeterminato** o a tempo determinato. Nel primo caso, ciascuna delle parti può sempre **recedere in qualsiasi momento**, anche in mancanza di espressa clausola contrattuale, previo **congruo preavviso**, in virtù del principio generale che esclude la perpetuità dei vincoli obbligatori.

In generale, la durata minima del periodo di preavviso lasciata all'autonomia delle parti. Tuttavia, la Legge n. 129/2004 sul franchising, prevedendo un periodo di durata minima di 3 anni, esclude indirettamente la possibilità di prevedere contrattualmente la possibilità (quanto meno per il *franchisor*) di recedere dal contratto prima di tale termine. Pertanto, qualora il franchisor intenda recedere dal contratto, dovrà essere dato al franchisee un preavviso tale da consentirgli l'ammortamento degli investimenti, a pena di illegittimità del recesso stesso.

Se le parti non hanno previsto il periodo di preavviso, e sorga controversia su tale punto, la congruità di tale periodo stesso sarà valutata dal giudice, in base al canone generale della buona fede contrattuale; in concreto, il giudice valuterà una serie di elementi, come la durata complessiva del rapporto precorso, l'aspettativa della controparte alla continuazione del rapporto, gli eventuali investimenti sostenuti dalla parte che subisce il recesso, l'ammontare dello stock giacente nel magazzino, etc. Per eliminare l'incertezza legata alla discrezionalità del giudice, è opportuno prevedere nel contratto il periodo di preavviso per il recesso, quantificandolo in misura congrua.

In caso di mancato o insufficiente preavviso, il recesso è ugualmente valido ed efficace, ma la parte recedente sarà tenuta al **risarcimento del danno** in favore dell'altra parte. Qualora a recedere senza congruo preavviso sia il franchisor, il risarcimento in favore del franchisee sarà generalmente costituito dai mancati utili netti che il franchisee avrebbe realizzato durante il periodo di preavviso e dalle spese sostenute dallo stesso per l'organizzazione e la promozione delle vendite in previsione della maggior durata del rapporto (investimenti non recuperabili, stock di prodotti). Naturalmente, è possibile (ed anzi consigliabile) che le parti prevedano espressamente nel contratto le conseguenze in caso di mancato o insufficiente preavviso, ad es. prevedendo un risarcimento del danno (clausola penale) a carico della parte che recede.

Nei contratti a tempo **determinato** – che come si è detto rappresentano l'ipotesi più frequente nel franchising – invece, le parti **non possono recedere liberamente**, salvo che tale possibilità sia espressamente prevista nel contratto. In tal caso, i contratti di franchising di solito non contemplano la facoltà di recedere per il franchisee, perché il franchisor ha interesse che il franchisee rimanga vincolato dal contratto per tutta la durata del contratto di franchising. E' invece frequente che il franchisor si riservi al possibilità di recedere dal contratto. Anche in tal caso il recesso dovrà comunque consentire la durata minima del contratto prevista dalla legge, in precedenza descritta.

Un caso che si verifica abbastanza spesso è quello in cui, una volta scaduto il termine finale di un contratto di franchising a tempo determinato, le parti **proseguano** la propria relazione commerciale. In questo caso, il contratto diventa automaticamente a tempo indeterminato, e quindi, come si è visto rima, entrambe le parti possono recedere anche in assenza di previsione contrattuale in tal senso, previo congruo preavviso.

Il **recesso straordinario o per giusta causa**, diversamente da quello ordinario, presuppone un **inadempimento** imputabile a una delle parti, che causa un danno al contraente che lo ha subito o che comunque abbia minato il rapporto fiduciario tra le parti. In questo caso, il recesso equivale sostanzialmente alla risoluzione per inadempimento.

Un'altra ipotesi in cui opera il recesso straordinario è quando si verifica un evento tale da **non consentire la prosecuzione del rapporto** (es. una delle parti è assoggettata a procedure concorsuali, messa in liquidazione, cambiamento del controllo azionario – *change of control*, etc.).

### 3. La risoluzione per inadempimento.

Come in ogni contratto, qualora una delle parti si renda inadempiente, l'altra parte ha diritto di risolvere il contratto, ai sensi degli artt. 1453 e ss. del Codice civile. In tal caso si pone il problema di valutare, ai sensi dell'art. 1455 c.c., se l'inadempimento (del franchisee o del *franchisor*) sia di **gravità e importanza** tale da giustificare la risoluzione del contratto per inadempimento.

Relativamente al contratto di franchising, la rilevanza dell'inadempimento ai fini della risoluzione deve essere valutata con particolare attenzione e rigore, in considerazione degli effetti che la risoluzione stessa provoca su entrambe le parti. Sotto questo profilo, si è osservato che la gravità dell'inadempimento dovrebbe essere valutata non tanto limitatamente al singolo contratto, bensì in relazione alla **rete di franchising nel suo complesso**. Ad esempio, il mancato pagamento di una partita di merce da parte del franchisee potrebbe non essere di rilevanza tale da portare alla risoluzione del contratto, mentre ben più grave potrebbe essere l'inottemperanza del *franchisee* alla presentazione della merce o di assistenza alla clientela, che in quanto tale potrebbe incidere sia sul rapporto fiduciario tra *franchisor* e *franchisee* che sull'immagine del sistema distributivo.

Inoltre, come accade per tutti i contratti di durata, il contratto di franchising può essere risolto solo qualora ricorra un inadempimento tale da menomare la **fiducia** circa la regolarità degli adempimenti futuri. In questo senso, lo sporadico inadempimento da parte del franchisee delle obbligazioni pecuniarie (relative, ad esempio, al pagamento delle *royalties*, o delle partite di merce) o delle obbligazioni di fare e non fare (relative, ad esempio, all'osservanza delle prescrizioni del manuale operativo fornito dal franchisor) sul medesimo gravanti, difficilmente può condurre ad una declaratoria di risoluzione del contratto – provocando, invece, il semplice obbligo del *franchisor* di risarcire il danno - se non all'esito di un esame, caso per caso, dell'importanza dell'inadempimento stesso, in rapporto alla eventuale perdita di immagine dell'intera rete, e/o di fiducia da parte del franchisor.

Sul versante opposto, l'inadempimento da parte del franchisor agli obblighi relativi alla trasmissione dei segni distintivi e del *know-how*, come pure all'assistenza e collaborazione nei confronti del franchisee, è suscettibile di provocare la risoluzione del contratto di franchising, qualora siano di entità tale da incidere sulla concreta possibilità per il franchisee di svolgere la sua attività d'impresa secondo i dettami ed in applicazione del *know-how* che caratterizzano la catena in franchising. In questo senso, la Corte d'Appello di Milano in una sentenza del 4 giugno 1996 ha dichiarato la risoluzione di un contratto di franchising per violazione dell'obbligo di esclusiva previsto contrattualmente a carico del franchisee, ritenendo che tale obbligazione fosse, nel caso specifico, di importanza tale da condizionare la stessa stipula del contratto da parte del franchisor.

L'importanza dell'inadempimento deve essere inoltre valutata anche in relazione agli eventuali inadempimenti **reciproci** delle parti. Qualora infatti sia il franchisor che il franchisee si rendano inadempienti ai propri obblighi contrattuali, il giudice in sede di contenzioso dovrà valutare quale delle due parti si sia resa responsabile degli inadempimenti maggiormente rilevanti, mediante un giudizio comparativo dei comportamenti delle parti, indipendentemente dal profilo cronologico degli inadempimenti stessi.

Per eliminare l'incertezza circa la possibilità di risolvere il contratto per inadempimento, è assai diffusa la prassi di prevedere nel contratto di franchising una **clausola risolutiva espressa**, con la quale le parti predeterminano ex ante quali violazioni contrattuali siano suscettibili di provocare la risoluzione del contratto, sottraendo pertanto al giudice la discrezionalità nello stabilire l'importanza dell'inadempimento.

Gli inadempimenti che fanno scattare la clausola risolutiva espressa nei contratti di franchising – e che devono essere indicati espressamente e in modo specifico nella clausola stessa – sono generalmente relativi ad obblighi del franchisee, relativi ad esempio a:

- a) mancato acquisto dei minimi di prodotti o mancata realizzazione del fatturato minimo;
- b) mancato o ritardato pagamento della merce nei termini contrattualmente stabiliti;
- c) violazione dell'esclusiva o del patto di concorrenza;
- d) violazioni attinenti ai segni distintivi e ai diritti di proprietà industriale del franchisor;
- e) divulgazione di informazioni riservate.

#### 4. Le conseguenze dello scioglimento del contratto

Verificatosi lo scioglimento del contratto, Il franchisor deve preoccuparsi di evitare che la clientela tenda ad identificare l'ex franchisee con il prodotto e la sua azienda produttrice e che, nei casi più gravi, l'ex franchisee svii parte della clientela verso la concorrenza. E' quindi opportuno, nell'interesse del franchisor, prevedere che l'ex franchisee **cessi di presentarsi alla clientela nella veste di appartenente alla rete**, al fine di evitare di ingenerare confusione nella stessa clientela circa il soggetto al quale rivolgersi per ottenere la fornitura dei prodotti o l'assistenza tecnica.

Per evitare o diminuire le conseguenze dell'"associazione mentale" operata dai clienti tra il franchisee che operava nella loro zona ed i prodotti del franchisor, generalmente si prevede:

- a) il divieto per l'ex franchisee di continuare a commercializzare i prodotti, salvo il completamento della fornitura di prodotti già ordinati dai clienti;
- b) il divieto per l'ex franchisee di continuare ad utilizzare il marchio, i segni distintivi e il materiale pubblicitario del franchisor;
- c) l'assunzione da parte del franchisor degli obblighi di garanzia nei confronti dei clienti, salvo che si preveda che tale obbligo continui ad essere in capo all'ex franchisee (nel qual caso il franchisor dovrà continuare a fornirgli il materiale di ricambio e l'assistenza tecnica).



Tra le problematiche che si presentano successivamente allo scioglimento del contratto di franchising, una delle più rilevanti è costituita dalle eventuali **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.

In via generale non sussiste alcun obbligo giuridico – di natura né contrattuale, né extracontrattuale – che imponga al franchisor il riacquisto delle giacenze. Tuttavia, il rispetto del principio della buona fede contrattuale di cui all'art. 1375 del codice civile - inteso come obbligo di salvaguardare l'utilità altrui nei limiti di un non apprezzabile sacrificio – può obbligare il franchisor a riacquistare le scorte del franchisee al momento dell'estinzione del rapporto, dato che in questo caso il sacrificio del franchisor per riacquistare le merci dal franchisee è di gran lunga inferiore a quello che quest'ultimo affronterebbe in caso di mancato riacquisto.

Tale obbligo può in particolare sussistere nei seguenti casi:

- 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;
- d) in caso di risoluzione del contratto per inadempimento del *franchisor*.

Restano, viceversa, esclusi dall'obbligo di riacquisto i beni acquistati di propria iniziativa dal franchisee, oppure quelli acquistati da quest'ultimo in pendenza di scioglimento del rapporto, soprattutto se in misura anomala rispetto alle partite usualmente ordinate.

E' comunque opportuno disciplinare espressamente tale aspetto nel contratto di franchising, prevedendo, ad esempio, un'opzione di acquisto dello stock in favore del franchisor ad un prezzo predeterminato (ad esempio pari al prezzo originario di vendita), da esercitarsi entro un determinato arco temporale, decorso il quale il franchisee potrà rivendere direttamente i prodotti sul mercato, entro un determinato limite di tempo, usufruendo dei segni distintivi del franchisor.

Nonostante che al momento dello scioglimento del rapporto il franchisee sia esposto al rischio di perdere gran parte della clientela di cui disponeva in costanza del rapporto – dato che quanto più il franchisee abbia affermato il nome del franchisor e della sua catena, tanto più la clientela cercherà verosimilmente lo stesso prodotto presso altri franchisee, vanificando l'avviamento - ove nulla sia previsto nel contratto, non può ammettersi alcuna pretesa del franchisee in ordine alla perdita dell'avviamento.

Si è tuttavia ritenuto che sussista un legame tra **indennità di clientela** e patto di non concorrenza, e che quindi possa spettare al franchisee un diritto in ordine alla clientela qualora quest'ultimo, a seguito dell'estinzione del rapporto, sia obbligato ad astenersi dallo svolgere attività concorrenziali nei confronti del franchisor. In presenza di una clausola di non concorrenza, il divieto da essa previsto dovrebbe, dunque, comportare un corrispondente diritto in capo al franchisee ad un corrispettivo *ad hoc*, oppure ad un'indennità di clientela. Per eliminare incertezze su tale profilo, è comunque opportuno disciplinare espressamente tale aspetto nel contratto.

L'art. 5 2° comma della L. n. 129/2004 dispone che l'affiliato è tenuto, sia durante che dopo la cessazione del contratto, ad osservare e a far osservare ai propri collaboratori e dipendenti un obbligo di riservatezza circa il contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale. La *ratio* della previsione è quella di tutelare la segretezza del know-how dell'affiliante rispetto ad eventuali iniziative fraudolente dell'affiliato, il quale intenda sfruttare abusivamente le conoscenze acquisite nel corso della durata del contratto.

La violazione di tale obbligo sarà fonte per il franchisor del diritto al risarcimento dei danni, i quali, in assenza di un'apposita clausola penale, dovranno essere valutati alla luce della specifica violazione e delle conseguenze da essa derivanti, essendo, in ogni caso, di difficile quantificazione. L'affiliato è tenuto al risarcimento nei confronti dell'affiliante in caso di violazione dell'obbligo di riservatezza a prescindere dalla dimostrazione che la violazione è intervenuta a causa del fatto illecito di un terzo (ad esempio, un ex dipendente infedele), salvo i casi di forza maggiore o il caso fortuito.

Milano, febbraio 2013

Avv. Valerio Pandolfini



