

### L'esclusiva nel franchising

Una pattuizione molto spesso presente nei contratti di franchising è quella concernente l'**esclusiva**. La clausola di esclusiva obbliga uno o entrambi i contraenti (franchisor e franchisee) a non concludere con terzi contratti aventi oggetto determinate prestazioni (ad esempio, acquisto o vendita dei beni), all'interno di una determinata zona e per un certo tempo.

In generale, lo scopo primario del patto di esclusiva è quello di assicurare alle parti una **fetta sicura di mercato**: il franchisor ha la possibilità di poter contare su di uno sbocco per i propri beni, mentre il franchisee ha la possibilità di disporre di una zona "protetta", entro la quale non dover subire la concorrenza di altri distributori degli stessi beni.

L'esclusiva di acquisto (cioè l'obbligo da parte del franchisee di acquistare determinati beni solo da un determinato franchisor) dal punto di vista economico viene sostanzialmente a coincidere con l'**obbligo di non concorrenza**, in quanto anche se in linea teorica il divieto di acquistare i prodotti da terzi non impedirebbe al franchisee di vendere prodotti concorrenti, egli non può comunque procurarsi tali prodotti senza violare l'esclusiva di acquisto.

Nei contratti di distribuzione commerciale, l'esclusiva di acquisto è talvolta sostituita da clausole formalmente meno vincolanti, ma che tendono a realizzare un risultato analogo a quello di una vera e propria esclusiva (c.d. **esclusive di fatto**). Ciò accade ad esempio nel caso delle clausole che prevedono l'obbligo del distributore di acquistare dal produttore il suo intero fabbisogno, o un quantitativo minimo di beni; o nel caso dei c.d. *premi-fedeltà*, cioè degli sconti od altri vantaggi o incentivi economici attribuiti al franchisee in funzione di determinati risultati, raggiunti nella sua attività di vendita.

L'esclusiva può essere:

- di **territorio**; in tal caso il franchisor si impegna a non designare altri rivenditori in un determinato ambito spaziale, oppure il franchisee si obbliga a non vendere al di fuori di tale ambito. L'ambito territoriale dell'esclusiva può essere determinato anche facendo riferimento alla ubicazione di un determinato punto vendita ed alla distanza da esso da altri punti vendita (come è frequente nel franchising). E' inoltre possibile che l'esclusiva sia collegata non ad una zona territoriale ma ad un insieme di clienti, determinato o determinabile.

- di **prodotto**; in tal caso il franchisee si obbliga ad acquistare determinati beni esclusivamente presso il franchisor, e quindi a non distribuire prodotti diversi da quelli pattuiti, o il franchisor si obbliga a non distribuire i propri prodotti a soggetti diversi dal franchisee.

L' esclusiva può essere inoltre:

- **bilaterale**, cioè riguardare entrambe le parti;
- **unilaterale**, cioè riguardare una sola di esse.

Nel caso del franchising, l'esclusiva è spesso bilaterale: in tal caso, da un lato, il franchisee si obbliga a non vendere beni concorrenti rispetto a quelli del franchisor e di non rivendere beni o servizi di versi da quelli forniti dal franchisor; dall'altro, il *franchisor* si obbliga a non nominare nello stesso territorio altri franchisees per la distribuzione di determinati beni. La bilateralità (o reciprocità) dell'esclusiva nel franchising è funzionale a disincentivare comportamenti opportunistici da parte del franchisee, 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, se non fosse appunto previsto l'obbligo per il franchisee di astenersi dal vendere o produrre beni o servizi diversi da quelli oggetto del franchising.

L'esclusiva rappresenta un notevole incentivo a contrarre per l'affiliato, in quanto gli permette di non subire la concorrenza (c.d. *intra-brand*) di altri affiliati o dello stesso affiliante in un certo territorio o per determinati canali di vendita, e gli dà quindi maggiori garanzie di recuperare i costi di investimento che l'adesione al contratto di franchising comporta. D'altra parte, l'obbligo di acquisto esclusivo imposto al franchisee consente al franchisor di evitare che beni provenienti da fornitori terzi, i quali sfuggono a qualsiasi controllo qualitativo da parte del franchisor, vengano offerti ai consumatori nei punti di vendita appartenenti alla rete di franchising accanto ai prodotti contrattuali, provocando un danno all'immagine commerciale della rete, qualora risultino di qualità inferiore. Inoltre, il franchisor riesce ad impedire che prodotti provenienti da fornitori estranei alla rete profittino dei vantaggi connessi alla distribuzione in punti vendita appartenenti alla rete, senza sopportarne i relativi costi ed oneri.

Il patto di esclusiva può ritenersi, dunque, intimamente compenetrato nella funzione economica del contratto *di* franchising, in quanto contribuisce in modo determinante a salvaguardare la **comune identità e la reputazione della rete**. In questo senso, l'esclusiva costituisce il principale strumento per realizzare l'integrazione tra i vari affiliati con il franchisor che costituisce il tratto caratteristico delle reti in franchising, dato che il franchisee deve concentrarsi sulla commercializzazione dei prodotti del franchisor rinunciando alla vendita dei prodotti concorrenti.

Tuttavia l'esclusiva - a differenza di quanto accade in altri contratti, come ad esempio l'agenzia - non costituisce un elemento naturale del contratto di franchising, per cui il relativo patto entra a far parte del regolamento contrattuale **solo se previsto espressamente** dalle parti. Nella prassi, infatti, si riscontrano contratti di franchising in cui non è presente alcuna esclusiva territoriale, o esclusive molto limitate. Pertanto, in assenza di una espressa pattuizione di esclusiva, il franchisee non può vantare alcun diritto in tal senso, e non sussiste alcuna responsabilità contrattuale in capo al franchisor, qualora quest'ultimo si avvalga di altri distributori nello stesso mercato territoriale in cui opera il franchisee.

L'inadempimento del patto di esclusiva comporta generalmente la **risoluzione** del contratto; ciò sia in applicazione della norma generale dell'art. 1453 del Codice civile, trattandosi per lo più di inadempimento grave, sia in applicazione analogica dell'art. 1564 codice civile in tema di somministrazione, in quanto tale inadempimento è suscettibile di incidere direttamente nel rapporto di collaborazione fiduciaria tra le parti, e quindi di far venire meno la fiducia nell'esattezza dei futuri adempimenti. Sarà inoltre dovuto il **risarcimento del danno**, in misura pari ai mancati guadagni eventualmente derivanti dalla violazione dell'esclusiva.

Spesso comunque alla violazione dell'esclusiva è collegata una **clausola risolutiva espressa**; in tal caso, la violazione dell'esclusiva implica *ipso iure* la risoluzione del contratto. E' altresì frequente che l'ammontare del risarcimento del danno in caso di violazione dell'esclusiva sia predeterminato attraverso una **clausola penale**. Il soggetto leso potrà inoltre richiedere un provvedimento d'urgenza volto a **inibire** la violazione dell'esclusiva.

Oltre all'inadempimento contrattuale, la violazione dell'esclusiva da parte del franchisee può anche integrare un'ipotesi di concorrenza sleale, qualora egli, nell'esercitare un'attività in concorrenza con quella del franchisor, si avvalga delle notizie relative alla clientela e delle tecniche commerciali di cui sia venuto a conoscenza nel corso del contratto di franchising. In tal caso, il franchisor danneggiato avrà diritto anche al risarcimento dei danni non prevedibili (trattandosi di responsabilità extra-contrattuale) e potrà chiedere, ai sensi dell'art. 2599 c.c., che venga inibito al franchisee di svolgere l'attività concorrenziale.

**L'esclusiva ha effetti vincolanti esclusivamente tra le parti** (franchisor e franchisee), senza che possa configurarsi alcuna efficacia nei confronti dei terzi, i quali sono estranei agli obblighi reciprocamente assunti dai contraenti con la stipula del contratto e quindi non sono contrattualmente responsabili. Eventualmente i terzi potranno essere tuttavia responsabili a titolo di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 c.c., qualora siano consapevoli dell'esistenza dell'esclusiva, e si siano avvalsi di mezzi non conformi alla correttezza professionale, ad esempio procurandosi la merce con mezzi illeciti (in violazione di norme fiscali, penali o amministrative).

Se quindi, ad esempio, nel contratto di franchising tra Alpha (franchisor) e Beta (franchisee) è previsto un obbligo di esclusiva in favore di Beta, e Alpha stipula un contratto di franchising con Delta, per la distribuzione di prodotti analoghi a quelli distribuiti da Beta, nello stesso territorio (in tal modo violando l'obbligo di esclusiva), Alpha sarà contrattualmente responsabile nei confronti di Beta (e dunque sarà tenuta al risarcimento dei danni), mentre nessuna responsabilità vi sarà in capo a Delta nei confronti di Beta, fatta salva una eventuale responsabilità di tipo extra-contrattuale per concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 c.c.

Sotto il profilo *antitrust*, il **Regolamento n. 330/2010 CE** consente l'inserzione nei contratti di franchising di due tipi di clausole di esclusiva relativamente frequenti nella prassi, ovvero:

- la clausola con cui il franchisor riconosce al franchisee un territorio esclusivo, impegnandosi a non nominarvi altri franchisees (né lasciare che altri franchisees vi aprano nuovi punti vendita);
- la clausola con cui il franchisor si riserva la possibilità di decidere se nominare altri franchisees (ma questi non possono aprire nuovi punti vendita senza il suo consenso); in questo caso ciascun franchisee gode di una sorta di "esclusiva di fatto" nella misura in cui il *franchisor* è portato ad evitare la presenza di troppi franchisees nello stesso territorio, onde garantire a ciascuno un ambito di azione che gli consenta un guadagno sufficiente per sostenere gli oneri assunti con il contratto.

Milano, gennaio 2013

Avv. Valerio Pandolfini