

## La sperimentazione della formula commerciale nel franchising

Lo *start up* di una rete in *franchising* presenta, dal punto di vista giuridico, delle peculiarità rispetto a quello di una normale attività d'impresa. Tali peculiarità sono in gran parte dovute a due **obblighi**, previsti in capo al *franchisor* dalla **L. n. 129/2004** sull'affiliazione commerciale, ovvero:

- a) l'obbligo "*per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale, di avere **sperimentato sul mercato la propria formula commerciale***" (art. 3, comma 2, L. n. 129/2004);
- b) l'obbligo di inserire l'affiliato in *franchising* "*in un **sistema** costituito da una **pluralità di affiliati distribuiti sul territorio***" (art. 1, comma 1, L. n. 129/2004);

Tali obblighi implicano che l'avvio di una rete in *franchising* non possa avvenire in un unico momento, ma debba essere preceduto:

- a) da un periodo di **sperimentazione** della formula commerciale;
- b) dalla instaurazione di rapporti contrattuali con **più soggetti** (affiliati).

Purtroppo, le norme in questione – come altre della L. n. 129/2004 – non brillano certo per chiarezza e completezza. Al contrario, esse sono estremamente vaghe ed indeterminate, e danno quindi luogo a numerosi e gravi **dubbi interpretativi**, quali ad esempio i seguenti:

- a) che cosa si intende per "**sperimentazione della formula commerciale**", e quindi: **come e dove** essa deve avvenire, da **chi** deve essere condotta e con quale **durata**?
- b) **come** dare luogo ad una **rete** in franchising, composta da più affiliati, dal punto di vista contrattuale?
- c) quali sono le **conseguenze**, dal punto di vista giuridico, di una **mancata o insufficiente sperimentazione**, o del mancato inserimento del (primo) franchisee in una rete?

Tali incertezze rischiano di ostacolare la creazione di una rete in franchising, creando difficoltà tra gli operatori. Vediamo, tuttavia, se e come è possibile dissiparne alcuni e fornire qualche utile criterio operativo.

Partiamo dall'ultimo profilo, quello delle conseguenze in caso di non ottemperanza. Pur non essendovi concordia tra gli autori, si ritiene per lo più che stipulare un contratto di franchising senza avere sperimentato (adeguatamente) la formula commerciale o senza avere creato una rete di affiliati dia luogo a conseguenze assai gravi, ovvero alla **nullità** del contratto, con conseguenti pretese di **risarcimento dei danni in capo all'affiliato**.

Si tratta quindi di aspetti da **valutare e regolamentare con molta attenzione** in fase di *start up* di una rete in franchising.

Il primo passo obbligato da effettuare per dare vita a una rete in franchising è dunque la sperimentazione della formula commerciale. La finalità di tale previsione legislativa è quella di obbligare il franchisor a “testare” sul mercato la bontà e la tenuta della propria formula commerciale (o *franchise package*) prima di poter realizzare una vera e propria “rete” di affiliazione commerciale, in modo da garantire un minimo di **serietà ed affidabilità** alla rete in *franchising*, e quindi di evitare che i *franchisee* possano essere coinvolti in iniziative commerciali scarsamente collaudate, se non addirittura truffaldine.

La sperimentazione della formula commerciale non può quindi essere condotta in via ipotetica o astratta, ma deve essere **seria ed effettiva**. Ciò significa che il *franchisor* deve testare il proprio modello di *business* (ambito commerciale, oggetto, modalità esecutive, bacino di utenza etc.) “sul campo”, cioè sul **mercato di riferimento**. Quest’ultimo si identifica in un’area geografica sufficientemente grande in rapporto alla tipologia di attività oggetto della futura rete in franchising, e potrà essere in Italia o all’estero.

La serietà della sperimentazione implica che quest’ultima non possa avere durata irrisoria, ma debba essere condotta per un **tempo sufficiente** a testare effettivamente il sistema, in modo che possa produrre un risultato attendibile e/o sufficientemente remunerativo. La sperimentazione non potrà certo quindi avere una durata di pochi giorni o settimane, ma neppure dovrà durare necessariamente anni; in linea di massima, **un anno** (corrispondente ad un esercizio finanziario) è generalmente considerato il periodo temporale di riferimento minimo, ma in concreto potrebbe non essere sufficiente. Si noti che la stessa L. n. 129/2004 ammette che la sperimentazione possa avere durata inferiore a 3 anni, dato che l’art. 4, 1° comma, lett. a), prevede che l’attività del franchisor può essere stata esercitata per meno di tre anni, ai fini dell’obbligo di consegna dei bilanci all’aspirante affiliato.

Nella prassi, la sperimentazione è talvolta condotta **personalmente dal franchisor**, cioè tramite la propria stessa struttura. Accade tuttavia più frequentemente che essa sia condotta dal franchisor tramite soggetti **terzi** (c.d. unità pilota). In quest’ultimo caso la sperimentazione viene condotta attraverso un contratto (che prende il nome di **pilotage** o *pre-franchising*).

**Il pilotage non è un vero e proprio contratto di franchising**. E’ infatti vero che l’oggetto di tale contratto è sostanzialmente lo stesso di un contratto di franchising, cioè la concessione della disponibilità del c.d. *franchise package*. Tuttavia, nel caso del *pilotage* vi è una componente di rischio, legata all’assunzione dell’obbligo di sperimentare una determinata formula commerciale.

Per tale motivo, il corrispettivo che il soggetto sperimentatore corrisponde al franchisor (o meglio all’aspirante franchisor) non è costituito da *entry fee* o *royalties*, e comunque prevede **condizioni economiche più favorevoli** rispetto ad un normale contratto di franchising (cioè rispetto a quelle che verranno riconosciute agli affiliati nel sistema colaludato), dato che non si sa ancora se la formula commerciale avrà successo o meno. Inoltre, il contratto di *pilotage* è di solito di assai **più breve durata** del contratto di franchising (generalmente non più di un anno).

Si tratta dunque di un contratto atipico, nel quale i soggetti che assumono l’obbligazione di sperimentare una formula commerciale – ed assumono altresì altri obblighi, quali ad esempio quello di mantenere la massima riservatezza sul contenuto del know-how - **non godono delle norme di protezione che la L. n. 129/2004** riserva agli affiliati in franchising. Naturalmente nulla

vieta che lo stesso soggetto con il quale viene stipulato il contratto di *pilotage* divenga poi, una volta terminato (con successo) quest'ultimo, un vero e proprio affiliato, e concluda pertanto un (successivo) vero e proprio contratto di franchising.

E' altresì importante che il franchisor acquisisca e conservi la **documentazione** attestante che:

a) la sperimentazione è stata effettivamente **condotta**, per un periodo di tempo sufficientemente lungo, e che

b) è stata **superata positivamente** (giacché, in caso contrario, non potrebbe nascere una rete in franchising).

Sotto il primo profilo, è sufficiente conservare la **copia del contratto** di *pilotage*, o comunque del rapporto in base al quale è stata condotta la sperimentazione. Sotto il secondo profilo, il franchisor dovrà conservare le **risultanze** (positive) della sperimentazione: rendiconti, bilanci, relazioni, meglio se di terzi (ad esempio esperti o periti), etc. Il successo della sperimentazione dovrebbe essere infatti valutato in termini oggettivi, e non solo rimesso alle valutazioni, più o meno ottimistiche, del franchisor.

Terminata la fase di sperimentazione, si potrà passare alla vera e propria creazione della rete in franchising. Come è noto, il franchising è un contratto bilaterale, cioè con due parti: il franchisor e il franchisee. Tuttavia per dare luogo ad una rete in franchising sono necessari più contratti di franchising, cioè occorre che il franchisor abbia rapporti contrattuali con una pluralità di franchisee.

La necessità che l'affiliato in *franchising* debba fare parte di una rete di affiliati fa sorgere un problema. Posto che una rete si compone necessariamente di almeno due franchisee (oltre che del franchisor), è **necessario stipulare contemporaneamente (almeno) due contratti di franchising?**

La risposta sembra essere negativa. Infatti, posto che il franchisor deve avere già superato, con successo, la fase di sperimentazione, e posto che l'affiliato deve essere comunque inserito nell'ambito di una pluralità (seppur minimale) di affiliati, il franchisor potrà direttamente stipulare il primo (e per il momento, unico) contratto con il primo membro della (futura) rete, contratto che sarà **già qualificabile come franchising**, con conseguente applicabilità della L. n. 129/2004. Ciò in quanto elemento essenziale del franchising non è l'inserimento dell'affiliato in un sistema preesistente di *franchising*, bensì l'**obbligo** del franchisor di inserire il franchisee in un **sistema** di franchising.

Pertanto, qualora la rete non sia ancora esistente – cioè qualora il franchisor, terminata con successo la sperimentazione, non concluda contemporaneamente diversi contratti di franchising con altrettanti franchisee – il franchisor, dopo aver concluso il primo contratto (di franchising), è **tenuto a concludere, in tempi ragionevoli, almeno un altro contratto di franchising**, avente ad oggetto al medesima formula commerciale. Ove ciò non dovesse accadere, il franchisor risponderà per **inadempimento** nei confronti del (primo) franchisee.

In alternativa, è possibile **condizionare** sospensivamente (o risolutivamente) il primo contratto di franchising ad (almeno) un secondo contratto di franchising, entro un determinato tempo. Ma tale alternativa è più complicata e meno facilmente realizzabile dal punto di vista pratico.

Milano, aprile 2013

(Avv. Valerio Pandolfini)

Studio legale **Pandolfini**

Corso Milano, 27 – 20900 Monza (MB) – Tel. 039-2726476 – Fax 0399462219

info@studio-pandolfini.it [www.assistenza-legale-imprese.it](http://www.assistenza-legale-imprese.it)