

CRISTIANO CICERO

Affiliazione commerciale: legge n. 129/2004

SOMMARIO: 1. L'affiliazione commerciale nell'ordinamento italiano – 2. *Franchising* e concessione di vendita – 3. Gli obblighi precontrattuali di comportamento – 4. L'obsolescenza del *franchising* – 5. La litigiosità che caratterizza il *franchising* – 6. *Franchising* e contratti domestici.

1. L'affiliazione commerciale nell'ordinamento italiano

Il *franchising*, fino all'entrata in vigore della l. n. 129/2004, pur avendo acquisito spessore sociale, non aveva dignità di tipo legale.

Il termine *franchising* è derivato da una prassi sorta dopo la guerra di Secessione nel sud degli Stati Uniti d'America. Il fine economico del contratto di *franchising* è di creare una rete di distribuzione con caratteri organizzativi, segni distintivi e marchi omogenei che risultino facilmente individuabili dai clienti. Si possono infatti rinvenire caratteri tipici della somministrazione di beni e servizi, ma anche della licenza di marchio e d'insegna per non dimenticare il patto di esclusiva.

La l. 6 maggio 2004, n. 129, in *G.U.* n. 120 del 24 maggio 2004, intitolata *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, ha dunque introdotto nel nostro ordinamento il contratto di "affiliazione commerciale", italianizzazione di *franchising*, che – pertanto – diviene tipico. Va osservato che già in Francia una legge del 1975 vietava l'uso di termini stranieri nell'offerta e nella vendita di beni e servizi. La dottrina si è occupata del tema nell'immediatezza della legge, spesso con contributi trattatistici di diverso impegno e valore. Tra i più approfonditi ricordo il volume curato da Vincenzo Cuffaro, "*L'affiliazione commerciale*", edito per i tipi di Giappichelli nel 2005.

Già in tempi anteriori all'entrata in vigore della legge n. 129 del 2004 il *franchising* (industriale, riferito alla produzione di beni; di intermediazione; di prestazione di servizi) era molto diffuso, come accennato, nella prassi

contrattuale, e sia la dottrina¹ sia la giurisprudenza² avevano avuto occasione di esprimersi su differenti profili specifici.

In particolare, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha affermato che il contratto di *franchising* tra due società “costituisce espressione del principio di libertà di iniziativa economica privata garantito dall’art. 1322 c.c. e ancora prima dall’art. 41 Cost., il quale consente e tutela l’aggregazione e l’affiliazione e comunque la collaborazione di imprese. Ne deriva che detto contratto attiene a materia disponibile in quanto espressione della libertà di scelta nello svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale”³.

In assenza di una normativa interna, non deve tacersi l’esistenza di una fonte sovranazionale, il Regolamento comunitario n. 4087/88, che all’art. 3 formula una nozione di *franchising*: “a) per *franchising* si intende un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti d’autore, *know-how* o brevetti da utilizzare per la rivendita di beni o per la prestazione di servizi ad utilizzatori finali; b) per accordo di *franchising* si intende un accordo col quale un’impresa, l’affiliante, concede ad un’altra, l’affiliato, dietro corrispettivo finanziario diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un *franchising* allo scopo di commercializzare determinati tipi di beni e/o servizi; esso comprende almeno gli obblighi connessi:

- all’uso di una denominazione o di un’insegna commerciale comune e di una prestazione uniforme della sede e/o dei mezzi di trasporto oggetto del contratto;

- alla comunicazione da parte dell’affiliante all’affiliato di un *know-how*;

- alla prestazione permanente, da parte dell’affiliante all’affiliato, di

¹ Limitando le citazioni alle trattazioni di carattere generale, v. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p. 274 ss.; G. ZUDDAS, *Il franchising*, Perugia, 1991, e Id., *Somministrazione, Concessione di vendita, Franchising*, in *Tratt. di dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2003, p. 271 ss.; G. FAUCEGLIA, *Il franchising*, Milano, 1988; A. FRIGNANI, *Il franchising*, Torino, 1990, e Id., voce *Franchising*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989; E. ZANELLI, voce *Franchising*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, p. 884 ss.; G. DE NOVA, voce *Franchising*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, VI, Torino, 1991, p. 296 ss.; M. CARTELLA, voce *Concessione di vendita – Franchising*, in *Enc. dir., Agg.*, I, Milano, 1997, p. 350 ss.; O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, in *Tratt. di dir. comm.*, IX, diretto da Cottino, Padova, 2000, p. 140 ss.; S. TONOLO, voce *Franchising internazionale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm., Agg.*, II, Torino, 2003, p. 393 ss.

² Trib. Crema, 23 novembre 1994, in *Contratti*, 1996, p. 52; Trib. Milano, 23 novembre 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 382; Trib. Roma, 20 aprile 1995, in *Giur. merito*, 1996, p. 262.

³ Cass., 20 giugno 2000, n. 8376, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1327.

un'assistenza in campo commerciale o tecnico per la durata dell'accordo".

Volendo ridurre il discorso all'essenziale, basti poi richiamare la definizione di *franchising*, quasi standardizzata, elaborata in dottrina anteriormente alla vigenza della legge n. 129: ovvero, "quel sistema di collaborazione tra un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (*franchisor*) ed un distributore (*franchisee*), giuridicamente ed economicamente indipendenti l'uno dall'altro, ma vincolati da un contratto, in virtù del quale il primo concede al secondo la facoltà di entrare a far parte della propria catena di distribuzione, con il diritto di sfruttare, a determinate condizioni e dietro il pagamento di una somma di danaro, brevetti, marchi, nome, insegna o addirittura anche una semplice formula o segreto commerciale a lui appartenente; inoltre il primo si obbliga a certi rifornimenti di beni o servizi, mentre il secondo si obbliga a conformarsi ad una serie di comportamenti prefissati dal primo"⁴. In questo senso, il contratto di *franchising* si configura quale contratto bilaterale di durata (e andrebbe rilevata l'assenza nel nostro codice e nell'ordinamento in genere di una normativa dei contratti di durata, regolamentazione di recente invece introdotta nel codice argentino), a prestazioni corrispettive, d'impresa⁵.

2. Franchising e concessione di vendita

La complessità del contenuto del contratto di *franchising*, e la conseguente difficoltà di inquadramento della fattispecie, ha spesso reso difficoltoso tracciare la demarcazione tra questo e la concessione di vendita⁶, mediante la quale, al fine di procedere alla commercializzazione dei prodotti del concedente in un determinato territorio, viene stabilmente attribuito al concessionario il diritto di rivendere i prodotti fabbricati dal concedente dei quali egli ha acquistato la proprietà⁷. Soprattutto, è comune ai due istituti la concessione da parte di un'impresa principale (concedente-*franchisor*) a favore di un'altra autonoma impresa (concessionario-*franchisee*) della facoltà di svolgere in stretta collaborazione una determinata attività commerciale protratta nel tempo, che rientra nell'oggetto e nell'ambito dell'attività svolta dalla prima. La collaborazione tra *franchisor* e *franchisee* è più intensa di

⁴ Il virgolettato è di O. CAGNASSO-G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 140.

⁵ M. CARTELLA, voce *Concessione di vendita* – *Franchising*, cit., p. 350.

⁶ M. CARTELLA, voce *Concessione di vendita* – *Franchising*, cit., p. 351.

⁷ G. ZUDDAS, *Somministrazione, Concessione di vendita*, *Franchising*, cit., p. 354.

quella che si instaura tra concedente e concessionario. Il *franchisee* si inserisce nella catena di *franchising* con l'obbligo di uniformarvisi, e di presentarsi come l'immagine del *franchisor*, al punto da dare all'esterno un'impressione di identificazione in lui della figura del *franchisor*⁸.

La l. 6 maggio 2004, n. 129, contiene all'art. 1, 1° co., la definizione di *affiliazione commerciale*: "l'affiliazione commerciale (*franchising*) è il contratto, comunque denominato, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio, allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi". Precisa il 2° co. che "il contratto di affiliazione commerciale può essere utilizzato in ogni settore di attività economica". Il 3° co. espone una serie di definizioni che costituiscono interpretazioni autentiche: "a) per *know-how*, un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato; per segreto, che il *know-how*, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile; per sostanziale, che il *know-how* comprende conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali; per individuato, che il *know-how* deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità; b) per diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale; c) per *royalties*, una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche; d) per beni dell'affiliante, i beni prodotti dall'affiliante o secondo le sue istruzioni e contrassegnati dal nome dell'affiliante".

Il successivo art. 2 estende l'applicazione della nuova normativa al caso in cui l'affiliante consenta all'affiliato il diritto di sfruttare l'affiliazione allo scopo di stipulare accordi di affiliazione con i terzi, nonché al contratto con il quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno

⁸ R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, p. 86; G. SANTINI, *Il commercio*, Bologna, 1979, p. 165.

spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale individuata dall'art. 1, comma 1, della legge.

Il contratto di affiliazione commerciale deve essere redatto per iscritto a pena di nullità (art. 3). Si tratta dunque di un contratto formale che conferma la tendenza alla rinascita delle forme propria del neoformalismo di derivazione comunitaria, già noto in diverse materie, se soltanto si pensa alla disciplina sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50), dei contratti di viaggio (d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111), della multiproprietà (d.lgs. 9 novembre 1998)⁹.

Per la costituzione di una rete di affiliazione commerciale l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale (art. 3, 2° co.).

Qualora il contratto sia a tempo determinato, l'affiliante dovrà comunque garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni. È fatta salva l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti (art. 3, 3° co.).

Il contratto deve inoltre espressamente indicare (art. 3, 4° co.):

a) l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività;

b) le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato;

c) l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante;

d) la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato;

e) le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato;

f) le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione;

g) le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso.

3. *Gli obblighi precontrattuali di comportamento*

L'art. 4 della legge è norma finalizzata a garantire trasparenza ai contratti di affiliazione commerciale: "almeno trenta giorni prima della sottoscrizione di

⁹ N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, spec. p. 30 ss.

un contratto di affiliazione commerciale l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato dei seguenti allegati, ad eccezione di quelli per i quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citati nel contratto:

a) principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio;

c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale;

d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante;

e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni;

f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrari, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy*".

L'art. 6, rubricato *Obblighi precontrattuali di comportamento*, afferma che "l'affiliante deve tenere, in qualsiasi momento, nei confronti dell'aspirante affiliato, un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede e deve tempestivamente fornire, all'aspirante affiliato, ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessari o utili ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, a meno che non si tratti di informazioni oggettivamente riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi" (art. 6, 1° co.). L'aspirante affiliato, in base al 3° co. dell'art. 6, "deve tenere in qualsiasi momento, nei confronti dell'affiliante, un comportamento improntato a lealtà, correttezza e buona fede e deve fornire, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non

espressamente richiesti dall'affiliante”.

L'art. 8 afferma che “se una parte ha fornito false informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 del codice civile nonché il risarcimento del danno, se dovuto”. Imponendo l'applicazione della norma codicistica sul dolo, le false informazioni sono così equiparate ai “raggiri usati da uno dei contraenti” *ex art. 1439 c.c.* D'altronde, non pare dubbio che le false informazioni integrano quella che è l'attività richiesta per l'esistenza del dolo (lo ha insegnato la più profonda dottrina in argomento)¹⁰, ovvero l'inganno (*machinatio*) e la determinazione dei motivi nella vittima. Non diversamente la giurisprudenza reputa che le dichiarazioni menzognere di uno dei contraenti possono essere causa di annullamento del contratto per dolo quando siano idonee a indurre in errore, senza il quale il consenso non sarebbe stato raggiunto¹¹.

Infine, ai sensi dell'art. 9, rubricato *Norme transitorie e finali*, “le disposizioni della presente legge si applicano a tutti i contratti di affiliazione commerciale in corso nel territorio dello Stato alla data di entrata in vigore della legge stessa” (1° co.). “Gli accordi di affiliazione commerciale anteriori alla data di entrata in vigore della presente legge se non stipulati a norma dell'articolo 3, comma 1, devono essere formalizzati per iscritto secondo le disposizioni della presente legge entro un anno dalla predetta data. Entro lo stesso termine devono essere adeguati alle disposizioni della presente legge i contratti anteriori stipulati per iscritto” (2° co.).

4. *L'obsolescenza del franchising*

Dovendo discorrere di obsolescenza, una prima annotazione è inevitabile. *Il franchising* pur conosciuto nella prassi sconta per svariate motivazioni uno scarso contenzioso giurisprudenziale. In tal senso, oserei affermare che siamo davanti a un fenomeno curioso, in cui i repertori giurisprudenziali in via

¹⁰ Il riferimento, com'è ovvio, va a A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 500; altresì, C.A. FUNAIOLI, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 743; più di recente, A. GENTILI, voce *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*², Milano, 2000, p. 665; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 2001, p. 813; F. CEPPI, *Il dolo nei contratti*, Padova, 2001, spec. p. 56; R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto*³, I, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 554.

¹¹ Cass., 8 gennaio 1980, n. 140; Cass., 28 ottobre 1993, n. 10718, in *Foro it.*, 1994, I, c. 423; Cass., 3 aprile 2003, n. 5166.

eccezionale non testimoniano la vitalità di un istituto. A differenza di altri contratti, *in primis* mi viene da pensare al *rent to buy*, assai poco utilizzato già nella c.d. crisi economica, e verosimilmente anche in futuro, in cui l'assenza di giurisprudenza è l'effetto della desuetudine dell'istituto, questo non può dirsi del *franchising*, utilizzato nella pratica degli affari, sebbene talvolta non risultino chiari i confini rispetto ad altri contratti "domestici", con particolare riferimento alla concessione di vendita.

Qualche riflessione va compiuta sull'obsolescenza, ovvero sulla questione della desuetudine. Nel diritto civile si è soliti trattare il problema della desuetudine nei casi migliori, liquidandolo, in poche righe. Quasi che il problema sia di poca rilevanza. Il che non è. Non può non notarsi l'ampio numero di istituti oramai scarsamente utilizzati, se non addirittura abbandonati ovvero desueti. Nel diritto civile classico l'es. più eclatante è il contratto di anticresi, non più oggetto di stipule già dagli anni '80 del ventesimo secolo, sebbene tuttora vigente¹².

In un *obiter* della Corte Costituzionale, nella sentenza del 2 novembre 1999, n. 416, si legge che l'assoluto primato delle fonti scritte esclude ogni rilevanza della consuetudine *contra legem* (da non confondersi con la desuetudine, che invece qualifica il fenomeno della cessazione della consuetudine perché in disuso o per il formarsi di una consuetudine contraria o incompatibile con la precedente), poiché esso comporta necessariamente che la legge non possa essere abrogata, in modo esplicito o implicito, che da legge posteriore. La non osservanza della legge, intesa come la pratica del contegno contrario a quello prescritto dalla legge, si rileva che non solo non potrebbe mai abrogare la legge esistente, ma non potrebbe dar vita ad un nuovo paradigma di legittimità, e quindi neanche legittimare se stessa.

La Corte Costituzionale distingue chiaramente la desuetudine dalla consuetudine *contra legem*, non ammettendo che anche le norme scritte possano divenire "desuete", e relega la desuetudine al diritto non-scritto, considerando la desuetudine il fenomeno opposto di una precedente consuetudine.

Ciò che a mio avviso è di maggiore interesse è una diversa caratterizzazione della desuetudine, se essa, intendo dire, possa essere concepita come mera disapplicazione della norma. Leggendo Riccardo Guastini, la desuetudine sarebbe il comportamento (abituale) consistente nella mancata osservanza o applicazione della norma, con la precisazione che una norma non dovrebbe essere abrogata da un comportamento¹³. Rimane tuttavia da spiegare come

¹² Rimando, se lo si concede, al mio *Anticresi*, in *Cod. civ. Comm.*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2010, *passim*.

¹³ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1998, p. 522.

un comportamento umano possa “far svanire” una norma scritta.

Alla domanda se la desuetudine possa abrogare una norma scritta tendenzialmente si rende una risposta negativa. La risposta emerge da un’analisi delle fonti normative. Per quanto riguarda l’ordinamento giuridico italiano, è l’art. 15 disp. prel. c.c., letto unitamente all’art. 8 disp. prel. c.c., che subordina gli usi alla legge scritta, di più, l’art. 15 disp. prel. c.c., stabilisce che le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l’intera materia già regolata dalla legge anteriore.

In senso contrario andrebbe ricordato l’insegnamento di Hans Kelsen¹⁴. Osservando il particolare rapporto tra validità e efficacia (tra *Sollen* e *Sein*) in una norma mai applicata né obbedita, egli sostiene che la desuetudine sia, per così dire, una consuetudine negativa che toglie validità alla norma. Una norma può perdere la sua validità [*Gültigkeit*] per il fatto che costantemente non la si applichi né la si obbedisca, cioè per desuetudine. La desuetudine avrebbe allora la funzione di abolire la validità di una norma esistente.

Francesco Carnelutti sosteneva che come il diritto nasce da sé (nella specie della consuetudine), il diritto allo stesso modo può morire da sé (nella desuetudine). Bisogna tener presente che per Francesco Carnelutti (a differenza di Hans Kelsen, il quale sostiene che “it must be assumed that any legal norm, even a statutory norm, may lose validity by desuetudo”) la desuetudine può operare solo sulla norma consuetudinaria e non sulla legge scritta.

Il problema dell’abrogazione per desuetudine si spiega, in termini kelseniani, alla luce del principio di effettività. Ovverosia, la norma perde validità per desuetudine perché non è stata mai seguita o applicata. In questo caso, vi è la perdita di efficacia prolungata nel tempo che spezza l’equilibrio tra validità ed efficacia.

Diversamente opinando, potrebbe argomentarsi – *tertium datur* - che la desuetudine possa determinare la quiescenza della norma. Parrebbe, intendo dire, insostenibile argomentare che l’effetto della desuetudine sia l’invalidità della norma (come sostiene ad esempio Kelsen), quanto piuttosto la sua “quiescenza”. La norma desueta è una norma quiescente che attende di tornare alla vita, la quale ha perso, momentaneamente, la sua efficacia, sebbene non sia stata cancellata dall’ordinamento giuridico. Metaforicamente, la norma è assopita, in letargo, in attesa del risveglio.

Mi domando tuttavia se, vivendo oggi l’interprete l’epoca del diritto giurisprudenziale, del giudice-legislatore, e partendo dalla considerazione

¹⁴ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, New York, 1961, p. 119.

che il diritto oggi promana prima dalla società che dalla legge (*ius in fieri*) (rimanderei agli studi pregevoli di Paolo Grossi e di Nicolò Lipari)¹⁵, esso non possa scomparire per un mutamento del comportamento ascrivibile alla stessa società. L'interrogativo attiene al diritto privato e ancora di più al diritto penale.

5. *La litigiosità che caratterizza il franchising*

La litigiosità che caratterizza il contratto di affiliazione commerciale, nonostante lo scarso numero di sentenze, è piuttosto elevato, come ho scritto in precedenza (§ 4). Questo perché si tende a preferire l'accordo transattivo per sanare i conflitti insorti tra affiliato e affiliante.

La causa principale delle controversie è dovuta quasi sempre all'incompletezza del contratto. La legge sull'affiliazione n. 129/2004 ha le sue responsabilità al riguardo. Essa infatti disciplina nel dettaglio solo la fase precontrattuale, lasciando alle parti ampia discrezionalità sulla regolamentazione dello svolgimento dell'attività vera e propria. La legge non disciplina invece la fase che crea i problemi maggiori, attinente all'uscita dal contratto. La fase postcontrattuale, ancora oggi poco studiata, è del tutto abbandonata all'autonomia privata e sconta la mancanza del dettaglio legislativo. Si consideri, per comprendere l'importanza della questione, l'interesse alla stabilità nel tempo dell'utilità conseguita attraverso la stipulazione del contratto, l'interesse a ricevere assistenza in un tempo successivo all'esecuzione del contratto, l'interesse a una perdurante lealtà e fedeltà, l'interesse alla riservatezza e al segreto¹⁶.

Con la sentenza n. 11256/2018 la Corte di Cassazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, è giunta alla conclusione secondo cui il know-how non è un elemento essenziale del contratto di *franchising*, che quindi può sussistere anche se non è previsto dal contratto. Ciò posto, può senz'altro affermarsi che il requisito del *know-how*, ai fini della stipula del contratto di franchising, non costituisce elemento indefettibile del tipo.

La giurisprudenza di merito ha risolto la questione dell'assenza di esclusiva territoriale. Ci si domandava se in sua mancanza, l'affiliante possa fare concorrenza all'affiliato aprendo un nuovo punto vendita a distanza di

¹⁵ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

¹⁶ V. ora il saggio di E. BARGELLI, voce *Postcontratto*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 620 ss.; A. BERTOLINI, *Il postcontratto*, Bologna, 2019.

pochi metri. Secondo il Tribunale di Milano (sent. n. 2648/2017), anche in assenza dell'esclusiva territoriale, l'affiliante che fa concorrenza al proprio affiliato è inadempiente perché viola il principio di buona fede, legittimando la richiesta di risoluzione dell'affiliato.

6. Franchising e contratti domestici

Andando a concludere, credo che tra i maggiori problemi in argomento sia riscontrabile quello delle affinità tra *franchising* e contratti domestici (d'altronde in tema di *rent to buy* le cose vanno per modo di dire pure peggio, con la conseguenza della reale desuetudine del contratto, contandosi oggi più scritti sul tema che contratti stipulati), sì che spesso vi è in fase ermeneutica incertezza sulla qualificazione del tipo, con la conseguenza che il *franchising* è spesso ridotto al rango di mera clausola innestata nel tronco di altro contratto. Le affinità sono forti con la concessione di vendita, anche con l'agenzia, sol che si pensi che concessionario e franchisee agiscono in nome e per conto proprio. Se poi come si è detto neppure il *know how* è essenziale al *franchising* gli spazi di sovrapposizione si assottigliano quasi fino a scomparire. Il *franchising*, il "marketing dell'idea", in conclusione può dirsi, ritornando all'inizio del nostro intervento, che sebbene abbia spessore sociale tuttavia non abbia raggiunto ancora dignità di tipo legale.

