

DIRITTO E PROFESSIONE

# L'affiliazione commerciale

a cura di  
**Vincenzo Cuffaro**

**G. Giappichelli**



## L'affiliazione commerciale



© Copyright 2005 - G. GIAPPICHELLI EDITORE  
LINEA PROFESSIONALE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN 88-7524-043-4

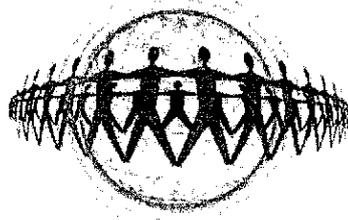
*Composizione:* CDR - Sistemi stampa di Maria Angela Roviera - Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

---



## Indice

	<i>pag.</i>
<i>Nuovi profili della contrattazione tra imprese</i> di Vincenzo Cuffaro	XI
1	
<i>Il franchising nel diritto comunitario</i> di <i>Laura Falcioni</i>	
1. Premessa	1
2. Definizione di “ <i>franchising</i> ”	3
3. Il contenuto del Regolamento CE n. 2790/99	11
4. Considerazioni conclusive	22
2	
<i>La nozione di franchising</i> di <i>Andrea Nervi</i>	
1. Premessa	25

	<i>pag.</i>
2. Inquadramento del tema; in particolare la c.d. franchigia	28
3. L'ambito della nuova disciplina	31
4. Il presupposto: la sperimentazione della formula commerciale sul mercato	36
5. Le ipotesi previste all'art. 2	40

## 3

La nozione di *know how*di *Tullia Torresi*

1. La nozione di <i>know how</i> nella disciplina comunitaria e nazionale: l'ambito di rilevanza della definizione contenuta nella novella sull'affiliazione commerciale	43
2. Il <i>know how</i> oggetto (necessario) del contratto di <i>franchising</i> . Le patologie	53

## 4

## La formazione del contratto e la responsabilità precontrattuale

di *Gaetano Dimartino*

1. Le linee evolutive della responsabilità precontrattuale	61
2. Informazioni precontrattuali obbligatorie e prescrizioni di forma	67
3. Gli obblighi di informazione e la formazione del contratto	74
4. Il contenuto dell'informazione precontrattuale	82
5. Ulteriori obblighi precontrattuali	86
6. L'azione di annullamento e il risarcimento del danno	92

## 5

## Forma e contenuto del contratto

di *Maria Alessandra Livi*

1.	Considerazioni introduttive	105
2.	La forma ed il contenuto “essenziale” ed “eventuale” del contratto di affiliazione commerciale	109
3.	La forma dell’accordo sugli elementi “accidentali” non disciplinati nell’art. 3, comma 4	131
4.	Il contenuto del contratto di affiliazione commerciale, sotto il profilo sostanziale: gli artt. 3 comma 3 e 5, legge n. 129/2004	133
5.	Durata del contratto di affiliazione commerciale: contratti di affiliazione commerciale a tempo determinato ed a tempo indeterminato	140
6.	<i>Segue</i> : la durata minima del contratto di affiliazione commerciale a tempo determinato	143
7.	<i>Segue</i> : la risoluzione del contratto per inadempimento	144
8.	<i>Segue</i> : il recesso dal contratto e la condizione risolutiva	148
9.	<i>Segue</i> : le condizioni di rinnovo del contratto di affiliazione commerciale a tempo determinato	154
10.	Alcune conclusioni	156

## 6

Il *franchising* e gli altri contratti della distribuzionedi *Francesco Di Ciommo*

1.	La nozione di <i>franchising</i> in dottrina e giurisprudenza	159
2.	Le figure contrattuali ritenute affini al <i>franchising</i>	166
2.1.	La concessione di vendita	169
2.2.	La commissione di vendita	173
2.3.	Agenzia e mediazione	175

	<i>pag.</i>
2.4. La somministrazione	178
2.5. I contratti di licenza d'uso di beni immateriali	180
2.6. La cessione di azienda, l'associazione in partecipazione e la <i>joint-venture</i>	181
3. La nozione di <i>franchising</i> nella legge n. 129/2004. Cenni e rinvio	183
4. Il <i>franchising</i> come espressione paradigmatica dei c.d. "contratti di distribuzione"	189
5. <i>Segue</i> : genesi e sviluppo della categoria dei contratti di distribuzione	192
6. Principi e tutele: il problema dell'applicabilità della legge n. 129/2004 agli altri contratti di distribuzione	198

## 7

## La disciplina delle controversie

di *Alessandro Trinchi*

1. Premessa	201
2. Ambito di applicazione e disciplina	205
3. Il tentativo di conciliazione	214
4. I soggetti abilitati	215
5. Natura obbligatoria della conciliazione	217
6. Le agevolazioni	217
7. Il procedimento	223
8. Osservazioni conclusive	226

## 8

## Profili di diritto transitorio

di *Nicoletta Muccioli*

1. Premessa	229
-------------	-----

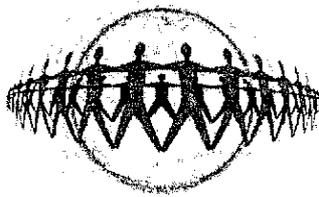
---

Indice

IX

*pag.*

2. *Jus superveniens* e “adeguamento” del contratto 233
3. “Neoformalismo” e contratti in corso 239
4. *Jus superveniens* e durata del contratto 246
5. L’annullabilità per false informazioni e contratti in corso 248



6

## **Il *franchising* e gli altri contratti della distribuzione**

---

di *Francesco Di Ciommo*

SOMMARIO

1. La nozione di *franchising* in dottrina e giurisprudenza. – 2. Le figure contrattuali ritenute affini al *franchising*. – 2.1. La concessione di vendita. – 2.2. La commissione di vendita. – 2.3. Il contratto di agenzia. – 2.4. La somministrazione. – 2.5. I contratti di licenza d'uso di beni immateriali. – 2.6. La cessione di azienda, l'associazione in partecipazione e la *joint-venture*. – 3. La nozione di *franchising* nella legge n. 129/2004. Cenni e rinvio. – 4. Il *franchising* come espressione paradigmatica dei c.d. "contratti di distribuzione". – 5. *Segue*: Le tipologie negoziali rientranti nella categoria dei contratti di distribuzione. – 6. Principi e tutele: il problema dell'applicabilità della legge n. 129/2004 agli altri contratti di distribuzione.

### 1. *La nozione di franchising in dottrina e giurisprudenza*

Il *franchising* costituisce una figura negoziale – anche detta affiliazione commerciale – che, nata alla fine dell'Ottocento negli

Stati Uniti ed emersa nella prassi della distribuzione commerciale in Europa già nella seconda metà dello scorso secolo<sup>1</sup>, è divenuta in breve modello di riferimento per l'intero settore da una sponda all'altra dell'Atlantico<sup>2</sup>.

In Italia, definire il *franchising* in termini unitari prima dell'entrata in vigore della legge n. 129/2004, considerata l'assenza di qualsiasi riferimento normativo, non si è rivelata impresa facile, tanto per la giurisprudenza quanto per la dottrina<sup>3</sup>.

Una prima definizione, storicamente identificabile verso la fine degli anni settanta, si rinviene nella dottrina secondo la quale «il *franchising* è il contratto mediante il quale una parte – il *franchi-*

<sup>1</sup> Per gli opportuni approfondimenti di carattere comparatistico, v. F. DE FRANCHIS, *Franchising in diritto comparato*, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1991, vol. VI, p. 308.

<sup>2</sup> Cfr., tra gli altri, A. ANTONELLI, *L'economia della rete nel contratto di franchising*, in *Disc. comm.*, 2000, p. 22; L. PINI, *Aspetti giuridici ed economici del franchising in Italia*, in *Economia e dir. del terziario*, 1994, p. 491; M. SABBADIN, *Evoluzione dei rapporti industria-distribuzione e sviluppo dei sistemi di franchising*, in U. DRAETTA-C. VACCÀ (a cura di), *I contratti della distribuzione commerciale. La disciplina comunitaria, l'ordinamento interno*, Milano, 1993, p. 175; e M. BARBUTO, *Il franchising nella distribuzione dei beni*, in *Società*, 1990, p. 1666.

<sup>3</sup> Malgrado l'assenza di riferimenti normativi atti a definire precisamente e in termini unitari il *franchising*, l'istituto in Italia ha goduto nella prassi una fortuna commerciale sempre crescente. Secondo le stime presentate nel "Franchising Congress" dello scorso maggio, l'incremento del fatturato del settore, rispetto all'anno precedente, è stato del 5,1% ed ha raggiunto i 15.413 milioni di euro. I dati dell'Assofranchising, elaborati su 65 delle 90 associate, descrivono risultati ancora migliori: secondo l'associazione di categoria, infatti, nel 2003 l'incremento annuo del giro d'affari del settore è stato del 15%, quello del numero dei punti vendita del 10%, la percentuale dei rinnovi contrattuali alla prima scadenza è stata del 92,8%, a fronte di una percentuale di del 2,7 di attività chiuse definitivamente. Inoltre, secondo le stime diffuse lo scorso aprile dell'osservatorio permanente dell'Università di Roma "La Sapienza", in Italia si contano 546 catene commerciali organizzate in forma di *franchising* che rispettano determinati parametri, per un totale di 42.000 punti vendita ed oltre 110.000 addetti. (Dati tutti riportati dal *Corriere della Sera* del 22 ottobre 2004).

*sor* – concede all'altra parte – *franchisee* – di esercitare, a determinate condizioni e sotto il controllo del concedente, un'attività, normalmente di produzione e presentazione dei servizi, avvalendosi nel reciproco interesse di mezzi comuni e, cioè, sia dei segni distintivi e di altri elementi di identificazione dell'azienda della concedente, sia dei brevetti di invenzione o di altre conoscenze e dell'assistenza tecnica della concedente stessa contro la prestazione corrispettiva da parte della concessionaria di un prezzo o compenso, normalmente composto sia di una parte fissa – diritto di entrata, *front money*, *entry free* – che di una parte variabile – canone o *royalties*»<sup>4</sup>.

Tale dottrina parte dalla distinzione tra “concessioni distributive” e “concessioni aggregative”, ritenendo che le prime «si esauriscono in un rapporto di scambio», mentre le seconde – a cui, per tale ragione, bisognerebbe riservare la qualificazione di *franchising* – finirebbero «per istituire un più intenso vincolo reciproco di identificazione riferibile ad un rapporto di associazione».

È di tutta evidenza come, a rigore, le concessioni che si realizzano attraverso il solo rapporto di scambio, esaurendosi nel mero trasferimento del diritto sulla cosa, non dovrebbero nemmeno rientrare nel concetto di distribuzione commerciale. Sotto questo profilo, dunque, la definizione suddetta coglie nel segno. Essa, tuttavia, ad un'analisi appena più approfondita appare eccessivamente restrittiva perché, in considerazione della sua formulazione tutta incentrata sul *franchising* di servizi, finisce per non ricomprendere alcune ipotesi di *franchising* molto diffuse nella prassi, come ad esempio il *franchising* di prodotto; figura quest'ultima che, in una prospettiva troppo escludente, sarebbe, dunque, risospinta sul versante delle concessioni distributive.

La risalente nozione appena ricordata, in definitiva, non tiene conto di come anche il *franchising* di prodotto (nel quale il *fran-*

---

<sup>4</sup> Così E. ZANELLI, *Il franchising*, in *Ann. Fac. Giur. di Genova*, 1977, p. 1090. Dello stesso Autore, v. anche *Il franchising nella tipologia delle concessioni tra imprese*, Milano, 1978.

*chisor* concede al *franchisee* di mettere sul mercato, secondo determinate modalità, suoi prodotti), ed a maggior ragione quello produttivo (nel quale il contratto ha ad oggetto principalmente il *know-how* necessario per produrre un certo bene), possano creare uno stretto rapporto di sinergie e collaborazione tra le parti che non si esaurisce in un mero rapporto di scambio<sup>5</sup>.

Con la diffusione sempre crescente del *franchising* nella prassi commerciale e con la comparsa di modelli contrattuali sempre più sofisticati, una parte della letteratura specialistica, verso la fine degli anni ottanta, ha sentito il bisogno di costruire una definizione più ampia del fenomeno. Il *franchising* è stato, così, descritto come un «sistema di collaborazione tra un produttore 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 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 denaro, 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 a conformarsi ad una serie di comportamenti prefissati dal primo»<sup>6</sup>.

Partendo da tale ampia definizione, la dottrina più recente, osservando la prassi – per la verità, molto eterogenea –, ha enucleato tre specie di *franchising*. Si definisce, dunque, “*franchising* distributivo” quello nel quale l'affiliante produce i beni, ovvero li seleziona, oppure li fa produrre a terzi per proprio conto, per poi distribuirli, *in toto* o in parte, attraverso i propri affiliati. Il “*franchising* di servizi” si caratterizza, invece, per il fatto che l'affiliato

---

<sup>5</sup> Cfr. G. FAUCEGLIA, *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1988.

<sup>6</sup> Così A. FRIGNANI, *Il franchising*, Torino, 1990; ID., *Franchising*, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma, 1989, XIV, p. 1; e sostanzialmente negli stessi termini R. RINALDI, *Il franchising*, in *Riv. dir. ind.*, 1988, I, p. 93; e C. VIGNALI, *Il franchising nella prassi commerciale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, I, p. 238.

non distribuisce alcun prodotto, ma si limita ad offrire al mercato un servizio per la cui prestazione egli si avvale del *know-how*, dei segni distintivi, dell'assistenza e dell'esperienza nel settore dell'affiliante. Infine, si ha "*franchising industriale*" quando l'affiliato è interessato a produrre direttamente, sulla scorta delle indicazioni, delle licenze e del *know-how* ricevuti dall'affiliante, i beni che poi egli stesso, sempre sotto il marchio dell'affiliante, immette sul mercato<sup>7</sup>.

Da parte sua, nel nostro ordinamento, la giurisprudenza cominciò ad occuparsi del *franchising* nel 1982, anno della più datata pronuncia italiana in materia<sup>8</sup>. Ci vollero, tuttavia, alcuni anni per i primi tentativi pretori volti ad enucleare una nozione unitaria di *franchising*<sup>9</sup>; e solo nel 1992 si azzardò la prima definizione tendenzialmente completa. A farlo fu il pretore di Milano che, muovendosi sulla scia del Regolamento CEE n. 4087/88<sup>10</sup>, qualificò il *franchising* in termini di «contratto innominato per il quale due imprese si associano al fine di realizzare la loro parziale integrazione, con la concessione da parte del *franchisor*, dietro corrispettivo finanziario, dell'utilizzazione dei propri segni distintivi e del suo patrimonio di cognizioni tecniche, prestando la relativa assi-

---

<sup>7</sup> Cfr. F. LOMBARDI, *Il franchising: definizioni, elementi, figure affini*, in *Vita notarile*, 2002, III, p. XCIV; E. MONTELEONE, *Il franchising e la distribuzione dei carburanti*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1998, p. 245; nonché G. DE NOVA, *Franchising*, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1991, vol. VI, p. 296.

<sup>8</sup> Trib. Milano, 30 aprile 1982, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2042.

<sup>9</sup> Cfr. Pret. Lecce, 24 ottobre 1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 198, a tenore della quale «si ha contratto di *franchising* quando vi è una parziale integrazione tra impresa principale ed imprese minori, e quindi la creazione di una struttura decentrata e, in qualche modo, unitaria»; nonché Pret. Lecce, 9 febbraio 1990, *ibidem*, secondo cui «si ha contratto di *franchising* quando l'impresa minore utilizza l'insegna dell'impresa maggiore, il rapporto ha carattere durevole, vi è ingerenza nella libertà di gestione dell'impresa minore da parte dell'impresa maggiore, mentre non occorre che siano previste *royalties* ed *entry free*».

<sup>10</sup> Cfr. U. ALEOTTI, *Il franchising ed il diritto comunitario*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 1999, p. 7.

stenza, a favore del *franchisee*; il quale a sua volta si impegna a preservare l'identità e l'immagine commerciale della rete distributiva contraddistinta da segni distintivi oggetto di concessione, nonché ad evitare che del patrimonio di cognizioni e tecniche acquisite si giovino dei concorrenti»<sup>11</sup>.

Si è fatto cenno al Regolamento CEE n. 4087/88, oggi in verità superato (per gli opportuni approfondimenti si rinvia al capitolo I di questo volume), il quale – considerato che i contratti in parola migliorano la distribuzione delle merci e la prestazione dei servizi, in quanto consentono ai produttori di creare reti di distribuzioni dinamiche e uniformi con investimenti modesti, ed asseverato che ciò rappresenta un bene per la concorrenza ed un vantaggio per i consumatori – stabiliva esenzioni circa l'applicazione dell'art. 85, par. 3, Trattato CEE, ad alcune categorie di accordi di *franchising*. Tale normativa, emanata il 30 novembre 1988, rappresenta l'unico riferimento legislativo in cui, prima della legge n. 129/2004, era possibile rintracciare una definizione del contratto in esame.

A tenore della definizione comunitaria, 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»; mentre, per «accordo di *franchising* si intende un accordo con il 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», accordo che necessariamente deve riguardare sia gli obblighi connessi all'uso di una denominazione e/o di un'insegna commerciale comune per presentare in modo uniforme in bene, sia il *know-how* e l'assistenza tecnica continua.

Anche soltanto scorrendo le definizioni appena ricordate, vien fatto di notare come il *franchising*, almeno sino all'entrata in vigo-

---

<sup>11</sup> Pret. Milano, 21 luglio 1992, in *Contratti*, 1993, p. 173.

re della legge n. 129/2004, non rientrasse in alcuno schema contrattuale tipico del nostro sistema civile, sicché la sua operatività in Italia si è sempre spiegata in ragione dell'art. 1322, comma 2, c.c., ai sensi del quale le parti possono concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina legislativa particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico<sup>12</sup>.

Come già queste prime considerazioni non hanno mancato di svelare, il *franchising* si colloca di pieno diritto tra i contratti c.d. di distribuzione, anche intesi nell'accezione che verrà chiarita più avanti (v. i parr. 4 e 5), ed anzi di questi rappresenta, con tutta probabilità, il miglior paradigma, visto che consente di realizzare il massimo grado di integrazione commerciale, sia verticale (e cioè tra *franchisor*, anche detto affiliante, e *franchisee*, anche detto affiliato) che orizzontale (e cioè tra gli affiliati dello stesso affiliante), pur mantenendo imprescindibile il presupposto dell'autonomia imprenditoriale dei soggetti coinvolti nell'operazione negoziale<sup>13</sup>. Proprio alla luce di quanto previsto dalla legge n. 129/2004, tale circostanza appare tutt'altro che meramente descrittiva del fenomeno *franchising*, ed anzi – come più diffusamente si vedrà *infra* –

<sup>12</sup> Cfr. A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising*, Milano, 1999, p. 45; L. DI LIDDO, *Le vicende del rapporto di franchising*, in *Contratti*, 1994, p. 473; U. PERFETTI, *La tipicità del contratto di franchising*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 29.

<sup>13</sup> Cfr. A. FRIGNANI, *Nuove riflessioni in tema di franchising*, in *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged buy-out, Hardship clause, Countertrade*, Torino, 1996; e P. GNINATI, *Franchising*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, II, p. 44. Anche per la giurisprudenza il *franchising* è il contratto di distribuzione con il maggior grado di integrazione commerciale, tanto che, nel dubbio, quando sia astrattamente possibile qualificare una certa fattispecie negoziale come commissione o concessione di vendita, ovvero come agenzia o ancora come *franchising*, secondo i nostri tribunali deve preferirsi il ricorso a tal ultima figura solo se, nel caso di specie, «l'integrazione tra rivenditore e società di distribuzione raggiunge un grado elevato» e si dà «vita ad una rete omogenea, caratterizzata da un'elevata uniformità di immagine» (così Trib. Crema, 23 novembre 1994, in *Contratti*, 1996, p. 52).

essa impone, a chi voglia tentare di definire correttamente l'ambito applicativo della recente normativa, di svolgere una riflessione a tutto tondo sui contratti in qualche modo riconducibili al concetto di distribuzione commerciale.

## 2. Le figure contrattuali ritenute affini al franchising

Nelle dinamiche di mercato i canali di distribuzione possono creare rapporti "diretti" tra produttore e consumatore o rapporti "mediati" dall'intervento di imprenditori che si interpongono tra il produttore e i consumatori. In questo secondo caso, la rete commerciale può essere organizzata in modo tale da rendere la distribuzione "esclusiva", "selettiva" o "intensiva"; è anche possibile che i tre modelli siano tra loro interpolati<sup>14</sup>. In concreto, la scelta del produttore circa l'organizzazione della sua rete distributiva può essere attuata attraverso l'utilizzazione di propri collaboratori e ausiliari subordinati<sup>15</sup>, ovvero attraverso la stipulazione di un contratto di distribuzione con ausiliari autonomi<sup>16</sup>, o con altri

<sup>14</sup> Cfr. V. ROPPO, *I contratti di della distribuzione integrata*, in *Economia e dir. terziario*, 1994, p. 177.

<sup>15</sup> Gli ausiliari subordinati sono dipendenti dell'imprenditore il cui ruolo si caratterizza per il fatto che essi, nell'espletamento delle loro mansioni, entrano in rapporti con i terzi in nome e per conto dell'impresa. Sono figure tipiche nella prassi commerciale che, per lo più, hanno trovato anche a livello normativo un proprio inquadramento. Il riferimento più immediato, come ovvio, è agli institori, ai procuratori ed ai commessi. Più in generale, il fenomeno rappresentato dalla apertura di succursali con insegne dell'imprenditore apicale, gestite direttamente da ausiliari di quest'ultimo secondo le indicazioni dello stesso e soggette al suo controllo diretto, è definito "succursalisimo".

<sup>16</sup> Gli ausiliari autonomi sono molto spesso collaboratori stabili dell'impresa. È il caso degli agenti di commercio, i quali normalmente sono legati da un rapporto duraturo con l'imprenditore. Meno comune è il caso dell'impresa che organizzi la sua rete distributiva facendo leva su collaboratori

imprenditori a seconda delle esigenze del caso. In quest'ultima eventualità, è evidente che le caratteristiche del mercato di riferimento, inteso sia in senso geografico che merceologico, così come le esigenze specifiche dei soggetti coinvolti nel caso concreto, incideranno significativamente sulla scelta, tra i tanti "modelli" possibili, del contratto più adatto.

Il *franchising*, rispetto agli altri contratti che possono essere utilizzati da chi voglia organizzare la propria rete distributiva<sup>17</sup>, ha come suo tratto saliente il fatto di legare tra loro imprenditori economicamente indipendenti, dei quali uno, quello in posizione apicale, rinuncia a sviluppare una sua rete di distribuzione diretta sia per evitare gli alti costi d'avviamento sia per traslare una parte del rischio economico dell'operazione su altri soggetti, mentre questi ultimi rinunciano ad una frazione dell'autonomia che spetterebbe loro nella gestione della propria impresa, al fine di poter godere delle opportunità di guadagno offerte dall'inserimento nella rete che così prende forma. A ben vedere, però, risultati simili possono essere raggiunti anche attraverso la stipulazione di accordi che, invece di figurare come *franchising*, vengono ricondotti nell'alveo della vendita in esclusiva, della concessione di vendita, della commissione, dell'agenzia, della concessione ed altro ancora.

Il collegamento tra il *franchising* e le altre figure negoziali appena menzionate non si ferma qui. Infatti fino ad oggi, in considerazione dell'assoluta atipicità che prima della legge n. 129/2004 caratterizzava il *franchising*<sup>18</sup> – e, dunque, dell'esigenza che so-

---

occasionalmente – mandatari, spedizionieri, commissionari – incaricati, di volta in volta, di singoli affari.

<sup>17</sup> Come ovvio, non rientrano in tale categoria le c.d. unioni volontarie o i consorzi di distribuzione, e cioè gli accordi tra grossisti e dettaglianti, molto diffusi soprattutto nel settore alimentare, né i consorzi e le cooperative di consumo. Il *franchising* si differenzia da tali figure principalmente in quanto esso stabilisce un'integrazione molto intensa tra singoli imprenditori che operano a livelli diversi della catena distributiva.

<sup>18</sup> In questo senso per considerazioni ulteriori rispetto a quelle formulate in altri scritti già citati, v. F. FERRARI, *Il contratto di distribuzione quale con-*

prattutto la giurisprudenza ha sempre avvertito di rintracciare tipi contrattuali alla cui disciplina normativa far di volta in volta riferimento per colmare la lacuna legislativa –, la letteratura giuridica ha abbondantemente indagato, oltre che le differenze tra le figure in parola, anche gli elementi di contatto tra le stesse<sup>19</sup>.

Muovendosi in questa prospettiva, una parte della dottrina è giunta addirittura ad affermare che il *franchising* è «un fascio di rapporti ed il trasferimento di un fascio di diritti che si dipana in un complesso di prestazioni a loro volta tipiche ... di diversi possibili rapporti, ad es. di licenza ... di somministrazione o di appalto ... di locazione o affitto o comodato di beni ... necessari all'esercizio dell'impresa del concessionario, o necessari all'identificazione di questa come impresa aggregata»<sup>20</sup>. Da tale affermazione si ricava netta l'impressione che nel *franchising* sia quasi inevitabile la commistione tra caratteri propri di diverse tipologie negoziali; la qual cosa crea problemi ermeneutici in relazione al caso in cui uno o più elementi di un certo tipo contrattuale tendano a prevalere determinando circostanze tali da rendere più complicati l'inquadramento della fattispecie e, di conseguenza, l'individuazione della normativa applicabile. E ciò anche in considerazione del fatto che, come è stato notato, nell'ambito in esame, «se in astratto è possibile delineare, anche con una certa esattezza, i confini di ogni singola figura, nella pratica tali distinzioni risultano molto sfumate, se non incerte»<sup>21</sup>.

Alcuni dei tipi contrattuali sopra citati verranno sinteticamen-

---

*trato (non) contemplato dalla convenzione di Vienna*, in *European Legal Forum*, 2000, p. 7.

<sup>19</sup> In proposito, v. P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contratto e Impresa*, 1990, p. 43.

<sup>20</sup> E. ZANELLI, *Il franchising*, II, *La tipologia del contratto di franchising come concessione aggregativa*, in *Ann. Genova*, 1977, pp. 1089-1169.

<sup>21</sup> Così F. BACCHINI, *Le nuove forme speciali di vendita ed il franchising*, Padova, 1999, p. 277.

te trattati nei prossimi paragrafi per evidenziare analogie e differenze con il *franchising*.

## 2.1. La concessione di vendita

Il *franchising* presenta notevoli affinità con la concessione di vendita, soprattutto quando questa è data in esclusiva<sup>22</sup>.

La concessione di vendita è un contratto atipico con cui «un soggetto, agendo in veste di acquirente-rivenditore, assume stabilmente l'incarico di curare la commercializzazione in una determinata zona dei prodotti di un fabbricante, in cambio di una posizione privilegiata nella rivendita»<sup>23</sup>, e per farlo, normalmente, si obbliga ad utilizzare ed esporre i segni distintivi del concedente oltre che ad accettare entro certi limiti l'ingerenza di questo nella gestione della sua attività commerciale<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> In proposito, tra gli altri, v. D. SEGA, *Franchising e concessione di vendita a confronto*, in *Arch. civ.*, 2001, p. 3; nonché M. CARTELLA, *Concessione di vendita – Franchising* [voce aggiornata nel 1997], in *Enc. dir.*, vol. I, p. 327; O. CAGNASSO, *La concessione di vendita. Problemi di qualificazione*, Milano, 1983, p. 220.

<sup>23</sup> F. BORTOLOTTI, *Concessione di vendita*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, Torino, 1982. Per l'ampia letteratura in tema, v., tra gli scritti più aggiornati, G. ZUDDAS, *Somministrazione e concessione di vendita, franchising*, Torino, 2003; L. DELLI PRISCOLI, *Atipicità della concessione di vendita e disciplina applicabile*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 477; L. D'ALESSANDRO, *Concessione di vendita: descrizione del fenomeno e profili sistematici*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 71; I. CASERTA, *La concessione di vendita tra subordinazione e collaborazione*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 549. Per la giurisprudenza più recente, v. Cass. 22 ottobre 2002, n. 14891, in *Contratti*, 2003, p. 58, con nota di V. TIMPANO; Cass. 22 febbraio 1999, n. 1469, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1813, con nota di M. COSTANZA, in *Disc. comm.*, 2000, p. 177, con nota di E.M. TRIPODI, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, p. 303, con nota di G. MEDRI, in *Contratti*, 1999, p. 782, con nota di L. ZAPPATA, in *Giur. it.*, 1999, c. 1653, con nota di O. CAGNASSO; e Pret. Cosenza, 15 febbraio 1999, in *Foro nap.*, 1999, p. 288, con nota di L. D'ARCANGELO.

<sup>24</sup> Negli Stati Uniti non esiste letteratura in tema di concessione di vendi-

La funzione del contratto in parola si coglie «nella finalità di contemperare l'esigenza del produttore industriale di non assumere i costi e i rischi connessi alla distribuzione dei prodotti con l'altrettanto rilevante esigenza dallo stesso avvertita di non disinteressarsi alla loro commercializzazione, stante lo stretto legame esistente tra produzione e distribuzione»<sup>25</sup>. È, come evidente, la stessa medesima esigenza che sottende alla conclusione di un contratto di *franchising*.

È bene a questo punto chiarire che, quando si parla di concessione di vendita, si fa riferimento ad una eterogenea gamma di ipotesi che possono essere sostanzialmente divise in due categorie: da un lato, vi è la semplice fornitura di beni, con obblighi reciproci di compravendita da parte di concedente e concessionario, a cui accede esclusivamente l'obbligo per quest'ultimo di evidenziare ai consumatori il legame tra i beni ed il concedente; dall'altro, vi è il caso in cui il contratto si arricchisce della clausola di esclusiva territoriale (che può funzionare bilateralmente o, al contrario, unilateralmente<sup>26</sup>) e/o della clausola con cui il concessionario si obbliga a promuovere la commercializzazione dei prodotti e magari anche ad acquistare periodicamente determinati quantitativi di beni dal committente. Nel primo caso, il contratto sarà, a seconda delle circostanze, qualificabile come vendita o come somministrazione (e questa eventualità si avrà, in particolare, quando il contratto ha ad oggetto una pluralità di prestazioni distribuite nel tempo). Nel secondo caso, invece, il negozio assumerà caratteristiche tali da farlo rientrare a pieno titolo tra i contratti della distribuzione.

---

ta vista la scarsa attenzione che la prassi ha dedicato all'istituto. Viceversa, in Europa la concessione di vendita è molto utilizzata in Francia, Germania ed Italia, pur non essendo disciplinata a livello legislativo, mentre in Belgio l'istituto è stato fatto oggetto di tipizzazione normativa.

<sup>25</sup> A. BALDASSARI, *I contratti di distribuzione*, Padova, 1989, p. 475.

<sup>26</sup> Per gli opportuni approfondimenti, v. A. ALIBRANDI, *Note sull'elemento dell'esclusiva nel contratto di agenzia ed in quello di concessione di vendita*, in *Arch. civ.*, 1995, p. 321.

Le ragioni di somiglianza tra i rapporti commerciali scaturenti dalla concessione di vendita, intesa come contratto della distribuzione, ed il *franchising* sono evidenti, a partire dal fatto che entrambi sono rapporti di durata nei quali si crea una effettiva integrazione verticale tra le parti imprenditoriali coinvolte<sup>27</sup>; elemento, quest'ultimo, certamente estraneo ad altri contratti pur operanti nel campo della distribuzione, quali, ad esempio, la somministrazione<sup>28</sup>.

Altrettanto evidenti, però, sono i profili di differenza tra gli stessi. Infatti, nella concessione di vendita che opera come contratto di distribuzione in senso tecnico, il concedente vende e si impegna a vendere per il futuro i suoi beni all'intermediario senza trasferire *know-how* e senza necessariamente impegnare il concessionario a seguire un particolare *modus operandi* nella rivendita (circostanze da cui non si prescinde in caso di *franchising*). E ciò spiega perché il concessionario, oltre a non subire normalmente divieti contrattuali relativi all'esposizione di propri marchi ed insegne, non è tenuto a pagare *royalties* o diritti di entrata nella rete, e ha come suo unico obbligo l'acquisto, ed eventualmente la

---

<sup>27</sup> Tale integrazione nella prassi arriva sino al punto che il contratto spesso contempla nel suo oggetto anche la concessione di licenze sull'uso di marchi e del nome del concedente per lo svolgimento della pubblicità, o per l'indicazione degli stessi nella carta stampata e nell'insegna del concessionario. Inoltre, è frequente il caso del concessionario che si impegna contrattualmente a svolgere campagne pubblicitarie per promuovere il prodotto in concessione, e/o a praticare determinate politiche di prezzi e di sconti.

<sup>28</sup> CAGNASSO, *La concessione di vendita*, cit., p. 395, osserva a riguardo che il *franchising* costituisce rispetto alla concessione di vendita «ora un modello tendenzialmente più ricco di elementi, ora un modello differenziato»; esso in definitiva «ha un'area di applicabilità che si estende al di là di quella propria della concessione di vendita mentre, nell'ambito in cui i due schemi contrattuali si sovrappongono, il *franchising* tendenzialmente contiene ulteriori connotati rispetto alla concessione di vendita, in funzione dello scopo perseguito dalle parti di accentuata integrazione tra l'impresa produttrice e quella di distribuzione». Cfr. O. CAGNASSO-M. IRRERA, *Concessione di vendita, merchandising, catering*, Milano, 1993, p. 31.

rivendita, della merce; mentre nel *franchising* le *royalties* e i diritti di entrata costituiscono di norma la parte caratterizzante il corrispettivo dovuto dall'affiliato all'affiliante<sup>29</sup>. Inoltre, mentre quest'ultimo istituto – come detto – può riguardare, oltre che la vendita di beni, anche la prestazione di servizi e la stessa produzione, la concessione riguarda soltanto la vendita di beni.

Dai brevi rilievi ora svolti è facile intendere perché la giurisprudenza abbia affermato che «in virtù di una corretta qualificazione dei rapporti tra le parti, al di là del *nomen iuris* "concessione di vendita" figurante nel testo contrattuale, è ravvisabile un rapporto contrattuale riconducibile alla figura del *franchising* quando l'integrazione tra rivenditore e società di distribuzione raggiunge un tale grado di intensità da potersi attagliare al rapporto la definizione che di tale contratto fornisce l'art. 1, n. 3, lett. b) del Reg. CEE n. 4087/88»<sup>30</sup>. Osservazione che ha il merito di evidenziare come, in

<sup>29</sup> Secondo la sentenza della Corte di Giustizia CE 28 gennaio 1986, causa n. 161/84, in *GUCE* 15 gennaio 1987, n. L 13, p. 39, pubblicata in *Disc. comm.*, 1986, fasc. 1, con nota di MORERA, e in *Foro pad.*, 1986, I, p. 129, con nota di RINOLDI, «Si definiscono contratti di distribuzione in "*franchising*" quelli in forza dei quali il concessionario si limita a vendere taluni prodotti in un negozio che reca l'insegna del concedente; i contratti di distribuzione in "*franchising*" si differenziano dai contratti di concessione di vendita o da quelli che vincolano rivenditori autorizzati in un sistema di distribuzione selettiva che non implicano né l'uso di una stessa insegna, né l'applicazione di metodi commerciali uniformi, né pagamento di diritti in compenso dei vantaggi conseguiti».

<sup>30</sup> Trib. Crema, 23 novembre 1994, in *Contratti*, 1996, p. 52, con nota di BERTI. La sentenza prosegue rilevando che, in caso di danno patito dall'acquirente, per stabilire se questi può agire a titolo risarcitorio direttamente nei confronti del concedente, deve farsi riguardo all'immagine che, nella fattispecie concreta, la società concedente ed i singoli concessionari danno di sé sul mercato, creando nei consumatori l'affidamento che trattasi di un unico soggetto che opera sul territorio attraverso vari rivenditori. Sulla base del principio di apparenza vengono decise anche pronunce in materia di responsabilità civile del *franchisor* per danni patiti dal consumatore finale, il quale ha ottenuto la prestazione del servizio, ovvero ha acquistato il prodotto, direttamente dal *franchisee*. Così, ad esempio, Pret. Milano, 21 luglio 1992, in *Contratti*, 1993, p. 173, con nota di DE NOVA.

definitiva, sia proprio il grado di integrazione, che le parti vogliono perseguire tramite il contratto di distribuzione tra loro realizzato, a determinare la scelta tra una concessione di vendita, che realizza una integrazione meno intensa, ed un'affiliazione commerciale<sup>31</sup>.

## 2.2. La commissione di vendita

La commissione è un contratto, risalente alla prassi commerciale dell'Alto Medioevo europeo, che viene definito dall'art. 1731 c.c. in termini di mandato, e precisamente di mandato avente ad «oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionario». Oggi, a seguito dell'emersione di più moderne figure negoziali nel campo della distribuzione, l'istituto ha perso l'importanza di un tempo e la sua utilizzazione è rimasta circoscritta ad alcuni settori specifici – quali la compravendita di titoli di borsa, di metalli pregiati, di prodotti di antiquariato o gioielleria – e, per lo più, a vicende di compravendita internazionale<sup>32</sup>.

Evidentemente, l'affinità tra commissione e *franchising* riguarda esclusivamente il caso della commissione di vendita, e cioè di quella particolare figura negoziale con la quale un imprenditore, produttore o a sua volta intermediario, dà mandato ad un altro soggetto di vendere qualcosa per conto del mandante, ma a nome dello stesso mandatario<sup>33</sup>. E ciò sempre che il mandato in que-

---

<sup>31</sup> In ragione delle considerazioni sviluppate nel testo, non appare del tutto convincente la tesi (v. BACCHINI, *op. cit.*, p. 291) per cui la concessione di vendita rispetto all'affiliazione commerciale si porrebbe in un rapporto di *species a genus*.

<sup>32</sup> Cfr. M. SIRRI-R. ZAVATTA, *Il contratto di commissione in ambito internazionale*, in *Corriere trib.*, 2003, p. 3813; P. DE SALVIA, *Il contratto di commissione nei rapporti commerciali internazionali*, in *Fisco*, 1997, p. 5166; M. G., *Commissione (contratto di) in diritto comparato*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. comm., vol. III, Torino, 1988, p. 178.

<sup>33</sup> Cfr. F. GIORDANO, *Contratto di commissione e mandato senza rappresentanza*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 171; M. COSTANZA, *Commissione (con-*

stione, nel caso concreto, sia atto a creare un rapporto continuato nel tempo tra committente e commissionario, perché, in caso contrario – e cioè quando la commissione si traduca in un'operazione lampo (anche detta "spot") che esaurisce il rapporto –, essa nulla ha a che vedere con il *franchising*.

Come la concessione, anche la commissione sotto alcuni profili può essere accostata all'affiliazione commerciale, e ciò in quanto il commissionario e l'affiliato sono entrambi imprenditori operanti sul mercato in nome proprio; inoltre, non può certo escludersi che nel contratto di commissione vi possano essere clausole di esclusiva e pattuizioni relative alla stabilità del rapporto ovvero all'obbligo da parte del commissionario di rispettare i dettami tecnici e di marketing del committente.

Al di là dei profili appena cennati, sotto molti altri aspetti la commissione si differenzia significativamente dall'affiliazione commerciale. Alla stessa stregua della concessione, ad esempio, la commissione non contempla l'ipotesi che il committente dia al commissionario un mandato riguardante la prestazione di servizi o la produzione di beni. Inoltre, anche nella commissione la vendita dei beni non avviene sotto l'insegna del committente; anzi, nel caso in parola, in netta contrapposizione rispetto a quanto avviene in materia di *franchising*, può ben dirsi – visto che il commissionario deve vendere a suo nome – che quest'ultimo sia tenuto a far riferimento il meno possibile al committente, nel cui interesse vende. Proprio per questo, il commissionario riceve le provvigioni dal committente in proporzione agli affari che riesce a concludere; mentre l'affiliato non solo non riceve nulla dall'affiliante, ma, al contrario, normalmente è tenuto a versare a quest'ultimo *royalties* periodiche come corrispettivo per l'utilizzazione delle licenze che egli utilizza per realizzare il suo fatturato.

Un ulteriore, e assai significativo, elemento differenziale tra la commissione di vendita e l'affiliazione commerciale concerne la pro-

---

tratto di), in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, vol. III, Torino, 1988, p. 167; A. LUMINOSO, *Commissione (contratto di) (diritto commerciale)*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VII.

preponente e il terzo»<sup>35</sup>. Si tratta, in definitiva, di un'attività materiale, al contrario di quanto si è visto per la commissione, che ha per oggetto il compimento di particolari atti giuridici e cioè «l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionante» (art. 1731 c.c.). Malgrado ciò, il codice civile italiano, all'art. 1746, richiama tra gli obblighi degli agenti quelli che incombono al commissionario – con l'eccezione dello “star del credere” disciplinato dall'art. 1736 c.c. – se non sono esclusi dalla natura del contratto. Il che determina un indubbio collegamento tra le regole stabilite per il commissionario e quelle predisposte per l'agente<sup>36</sup>.

Nella sua struttura tipica, il contratto d'agenzia condivide con il *franchising* esclusivamente l'autonomia imprenditoriale delle due parti, la stabilità del rapporto di collaborazione e la gestione, in qualche modo inevitabilmente congiunta, del rischio derivante dalla collocazione di prodotti e di servizi sul mercato<sup>37</sup>. Tuttavia, la prassi ha evidenziato l'esistenza di numerosi casi in cui l'agente s'impegna a compiere una serie di attività ulteriori rispetto a quelle che potremmo definire, per l'appunto, tipiche<sup>38</sup>. Tali attività, che normalmente rappresentano la risposta concreta a particolari esigenze com-

<sup>35</sup> Così BALDASSARI, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 4.

<sup>36</sup> Cfr. E.M. TRIPODI-A. FRATINI, *Agenti, rappresentanti e commissionari*, LIV ed., Roma, 2004, pp. 306-307. Vedi anche E. ROTONDI-M. ROTONDI, *L'agenzia nella giurisprudenza*, II ed., Milano, 2004.

<sup>37</sup> Anche quando nel *franchising*, per come è redatto il contratto, possa apparire che il rischio economico derivante dalla scarsa o mancata collocazione nel mercato del prodotto o del servizio possa incombere solo sul *franchisee*, in sostanza, a ben vedere, esso incombe necessariamente ed inevitabilmente anche sul *franchisor* perché il cattivo andamento di un punto vendita gestito da un affiliato rischia di produrre danni, quantomeno di immagine, alla catena distributiva nel suo complesso. Viceversa è a dirsi per quanto riguarda il rischio dell'inadempimento dei contratti stipulati con gli acquirenti del prodotto o del servizio, visto che tale rischio, nel caso del *franchising*, al contrario di quanto accade nell'agenzia, grava esclusivamente sull'affiliato.

<sup>38</sup> Cfr. O. CAGNASSO, *Agenzia*, voce del *Digesto disc. priv.*, Sez. comm., vol. I, Torino, 1987, p. 41 ss.; R. BALDI, *Agenzia*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988; AA.VV., *Agenzia e franchising*, atti a cura di Chiavesati, Padova, 1991; G. TRIONI, *Il contratto di agenzia*, Padova, 1994.

merciali, spesso mantengono solo una funzione complementare rispetto alla prestazione principale oggetto del contratto; quando, invece, esse assumono un ruolo di maggiore importanza, si pone per l'interprete il problema di comprendere se le stesse siano idonee a mutare la funzione economico-sociale dell'agenzia. E ciò, malgrado la giurisprudenza e la dottrina siano per lo più concordi nel ritenere che di regola l'inserimento nel contratto di agenzia di contenuti eccedenti la tipologia codicistica non sia idoneo ad alterare la natura del rapporto, visto che tali elementi si iscrivono «nell'ambito di un generico obbligo di collaborazione che grava sull'agente e che gli impone di adottare quegli accorgimenti necessari a rendere possibile la conclusione del maggior numero di contratti»<sup>39</sup>.

Le principali differenze tra il *franchising* e l'agenzia possono essere colte nel fatto che l'agente, al contrario dell'affiliato, è e resta comunque un ausiliario dell'imprenditore, tanto che, pur agendo (anche) per conto proprio, lo fa sempre in nome del preponente; inoltre, e proprio per questo, l'agente è remunerato con una provvigione sugli affari andati a buon fine, mentre il *franchisee* ricava un reddito di impresa derivante dalla differenza tra i ricavi ed i costi della sua attività.

Ferme le considerazioni ora svolte, va rilevato che nella pratica le differenze tra agenzia e *franchising* possono stemperarsi sino a rendere le due figure contigue. Infatti, può accadere che in un contratto di agenzia il preponente chieda al proprio agente di promuovere la vendita dei suoi prodotti utilizzando determinate modalità di marketing, gadget, tecniche di approccio, insegne, documenti informativi predisposti dallo stesso preponente ovvero predisposti dall'agente, ma secondo le indicazioni ricevute dal preponente. In queste circostanze è evidente che l'oggetto del contratto di agenzia si può arricchire sino a ricomprendere elementi tipici del *franchising*, quali il *know how*. Quando ciò si verifica, la differenza tra le due tipologie negoziali si continua a cogliere nel fatto che, mentre l'agente deve limitarsi a promuovere la conclu-

<sup>39</sup> Ancora BALDASSARI, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

sione dei contratti e riceve una retribuzione commisurata al volume d'affari promosso, il *franchisee* esercita la sua attività di impresa al fine di concludere in prima persona i contratti, visto che gli effetti diretti degli stessi ricadono esclusivamente su di lui. È questa la ragione per cui nell'agenzia è il proponente a remunerare l'agente, mentre nel *franchising* è l'affiliato a remunerare l'affiliante, in ragione del fatto che quest'ultimo lo mette in condizioni di svolgere attività d'impresa trasferendogli l'«insieme» delle facultà e dei diritti di cui si è già avuto modo di dire.

Una funzione economica analoga a quella svolta dall'agenzia è propria della mediazione. Le due figure, tuttavia, appaiono molto diverse dal punto di vista strettamente giuridico, in quanto l'agente è un soggetto su cui il proponente conta per sviluppare la sua rete distributiva – ed infatti tra i due vi è un rapporto contrattuale di collaborazione –, mentre il mediatore non è legato alle parti del contratto e dunque non può essere individuato come un cardine fisso di una rete distributiva. Ai sensi dell'art. 1754 c.c. il mediatore è «colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza»<sup>40</sup>. Lo stesso è a dirsi per il procacciatore d'affari.

#### 2.4. La somministrazione

Ai sensi dell'art. 1559 c.c., la somministrazione è il contratto con cui «una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a

---

<sup>40</sup> In tema di mediazione, per gli opportuni approfondimenti, tra gli altri, v. E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione e la giurisprudenza, tra spunti ricostruttivi e dubbi applicativi*, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 419; B. TROISI, *La mediazione come atto del procedimento di formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 37; ID., *La mediazione*, Milano, 1995; A. LUMINOSO, *La mediazione*, Milano, 1993; A. MARINI, *La mediazione – Art. 1754-1765*, Milano, 1992; N. VISALLI, *La mediazione*, Milano, 1992. Sulla figura del procacciatore di affari, v. O. CASTELLANA-A. MARINELLI-E.M. TRIPODI, *Il procacciatore d'affari – Profili civilistici, amministrativi, previdenziali, assistenziali e fiscali*, VII ed., Roma, 2003.

eseguire, a favore dell'altra, prestazioni periodiche o continuative di cose»<sup>41</sup>. Già da questa lapidaria definizione legislativa si evince come la somministrazione, quando abbia ad oggetto il trasferimento della proprietà di "cose", possa essere inquadrata nel concetto di vendita obbligatoria, visto che il suo effetto non è quello di trasferire immediatamente la proprietà, bensì di conseguire tale effetto al momento dell'esecuzione delle singole prestazioni, dovute *ex contractu*, oppure, nel caso di prestazione continuata, a mano a mano che la fornitura viene prestata.

L'affinità tra il tipo negoziale appena definito e il *franchising* – che, certo, poggia principalmente sul carattere continuativo dei rapporti obbligatori che nascono da entrambi i negozi in parola – può cogliersi esclusivamente nella misura in cui la somministrazione abbia ad oggetto, tra l'altro, l'obbligo da parte del somministrato di promuovere le vendite dei prodotti del somministrante. A tal proposito, è bene, rinviare a quanto si dirà più avanti nel par. 5, dove, tra l'altro, si evidenzieranno i profili per cui il contratto di somministrazione può compiutamente essere definito, in presenza di determinate circostanze, un contratto della distribuzione – e forse anche, tecnicamente, un contratto "di distribuzione" –, pur non consentendo un penetrante controllo da parte dell'impresa sui suoi canali distributivi.

L'utilizzazione del contratto di somministrazione, come strumento atto ad organizzare e gestire la rete distributiva di un certo prodotto, può offrire numerosi vantaggi sia al somministrante che al somministrato, in quanto il primo si assicura un quantitativo minimo sicuro di beni venduti ed il rivenditore, da parte sua, può evitare di comprare grandi quantitativi di merce, così riducendo il rischio di avere prodotti invenduti da conservare in magazzino.

---

<sup>41</sup> Tra gli studi più recenti sulla somministrazione, si segnalano ZUDDAS, *op. cit.*; R. BOCCHINI, *Somministrazione di servizi*, voce dell'*Enc. dir.*, aggiornamento-IV, Milano, 2000, p. 1105; ID., *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999; F. BANDIERA, *La determinazione dell'oggetto del contratto nella somministrazione e la c.d. esclusiva «implicita»*, in *Contratto e Impresa*, 1998, p. 687; e O. CAGNASSO, *Somministrazione (contratto di)*, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1997, vol. XIV, p. 467.

Ciò detto, appaiono evidenti, finanche nel caso di somministrazione con obbligo di rivendita, le differenze tra il rapporto che viene ad instaurarsi in forza di tale istituto e quello nascente dalla costituzione di un *franchising*. Infatti, nella somministrazione giammai il somministrato assume obblighi inerenti alle modalità con cui egli rivenderà il prodotto del somministrante, così come quest'ultimo mai trasferisce al primo *know-how* e brevetti, né si riserva il diritto di controllare direttamente l'attività di rivendita al fine di uniformare la stessa a quella eventualmente realizzata da altri somministrati.

## 2.5. I contratti di licenza d'uso di beni immateriali

Parlando di "licenza" si fa normalmente riferimento al contratto atipico con cui il diritto di godimento su di un bene immateriale – quale ad esempio un brevetto, un marchio o un dato *know how* – è concesso dal titolare alla controparte per un certo periodo avverso un certo corrispettivo, definito *royalty*, che nella prassi viene articolato in una somma di entrata, pagata inizialmente, ed eventualmente in versamenti periodici, spesso parametrati al volume d'affari sviluppato dal concessionario della licenza<sup>42</sup>.

La licenza è un elemento essenziale del *franchising* e costituisce, anche nella definizione del contratto di cui all'art. 1, comma 1, legge n. 129/2004, parte fondamentale e caratterizzante del negozio istitutivo del rapporto di affiliazione. Tuttavia, a parte questo aspetto, le due figure negoziali non rischiano di confondersi in quanto esse perseguono obiettivi diversi e vengono utilizzate in condizioni economico-commerciali diverse. In questa prospettiva,

---

<sup>42</sup> Per gli opportuni approfondimenti, si segnalano B. CORTESE, *Il trasferimento di tecnologia nel diritto internazionale privato – Licenza e cessione di privative industriali e know-how*, Padova, 2002; M. INTROVIGNE, *Contratto di licenza*, [aggiornamento-2000], in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 215; A. TORRONI, *Il contratto di licenza di brevetto*, in *Vita not.*, 1998, suppl. al n. 1, p. CLXXII; e S. SANDRI, *I contratti di licenza in Italia*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, I, p. 43.

può notarsi come, mentre nel *franchising* la licenza d'uso dei beni immateriali è strumentale a consentire all'affiliato di vendere prodotti o prestare servizi in modo omogeneo agli altri affiliati della stessa rete distributiva, il contratto di licenza in sé non ha nulla a che fare con l'esistenza di una rete distributiva e, anzi, molto spesso è funzionale alla realizzazione da parte del concessionario di prodotti nell'interesse o per conto del concedente (è il caso dei rapporti di subfornitura).

In definitiva, può dirsi che l'esistenza di una concessione con cui l'affiliante mette a disposizione dell'affiliato propri beni immateriali per la durata del contratto è elemento imprescindibile del *franchising*; ma certo una licenza pura e semplice non integra minimamente i requisiti perché si possa parlare di contratto di affiliazione commerciale, né tanto meno di contratto di distribuzione.

## 2.6. La cessione di azienda, l'associazione in partecipazione e la *joint-venture*

Ai sensi dell'art. 2555 c.c., «l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa»<sup>43</sup>. Il *franchising*, in quanto contratto per sua natura finalizzato a trasferire all'affiliato l'organizzazione, il *know how*, l'esperienza e spesso anche gli strumenti tecnici tramite i quali quest'ultimo svolgerà la sua attività economica sotto l'insegna dell'affiliante, può, soprattutto in presenza di un trasferimento massiccio di “*expertise*” e “*technalities*”, apparire contiguo ad un contratto di cessione di azienda. Il problema della differenziazione delle due figure è stato trattato e risolto in modo convincente dalla giurisprudenza di legittimità, a cui – considerata l'impossibilità in questa sede di approfondire ulteriormente la riflessione in materia – sembra opportuno far riferimento. Secondo la Corte di Cassazione, «il contratto di *franchising* prevede il trasferimento di alcune facoltà imprenditoriali specifi-

<sup>43</sup> Per gli opportuni approfondimenti, cfr. AA.VV., *Azienda – Contributi per un rinnovato concetto generale*, a cura di E. Viganò, Padova, 2000.

camente determinate e non del complesso unitario dei beni mobili ed immobili, materiali ed immateriali, concessi in godimento in quanto organizzati per la produzione di beni e servizi, per cui non può ritenersi che l'ipotesi contrattuale in questione realizzi una cessione (o affitto) dell'azienda *ex art. 36, legge n. 392/78*<sup>44</sup>.

Con il termine *joint-venture* si fa normalmente riferimento a fenomeni contrattuali della prassi commerciale inquadrabili nella cooperazione internazionale tra imprese, volti a realizzare, tra l'altro, rapporti di consorzio, di sub-fornitura, di *licensing* (incrociato, corrente, corrente e futuro), di *joint-bidding*, di controllo societario, di distribuzione in generale e finanche di *franchising*<sup>45</sup>. La più importante differenza tra l'affiliazione commerciale e la *joint-venture* sta nel fatto che nella seconda molto spesso vi è un rapporto di finanziamento tra i partner coinvolti nell'affare comune: in cambio di tale finanziamento il finanziatore ottiene un posto nel consiglio di amministrazione e/o una quota sociale all'interno della compagine finanziata, in modo tale da poter esercitare un qualche controllo sull'attività di quest'ultima. Inoltre, molto spesso la *joint-venture* viene costituita in modo tale da far nascere una nuova società partecipata dalle imprese coinvolte nell'affare comune, invece che attraverso la stipulazione di contratti di collaborazione<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Cass. 23 agosto 1990, n. 8618, in *Arch. locazioni*, 1990, p. 41.

<sup>45</sup> Per gli opportuni approfondimenti, v. G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese - Il contratto di joint venture*, Milano, 1998; G. FABIANO, *La joint venture nel quadro degli ordinamenti internazionali: brevi cenni sui tratti strutturali e sulle tipologie*, in *Nuova rass.*, 1997, p. 163; M.C. ANDRINI, *Associazioni temporanee di imprese*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, in *Trattato* diretto da Galgano, vol. II, Torino, 1995, p. 1473; C. VACCÀ, *Joint-venture (aspetti contrattuali)*, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1992, vol. VIII, p. 50; K.R. HARRIGAN, *Joint venture*, Padova, 1988. Per una valutazione critica della giurisprudenza italiana più recente, v. A. FORCHINO, *Associazione in partecipazione, joint venture corporations e associazione temporanea di imprese a confronto*, nota a Cass., sez. III, 17 maggio 2001, n. 6757, in *Corriere giur.*, 2002, p. 85.

<sup>46</sup> Su questi profili, v. D. CORAPI, *Joint-venture (aspetti societari)*, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1992, vol. VIII, p. 74.

L'associazione in partecipazione è considerata un contratto di collaborazione. Ciò in quanto, attraverso la costituzione di un'associazione in partecipazione, l'associante attribuisce all'associato una partecipazione agli utili della propria impresa, o di singoli affari, verso il corrispettivo di un determinato apporto personale e/o materiale, ma senza che possa mai configurarsi un'ipotesi di gestione congiunta dell'attività economica. Gli effetti giuridici dei rapporti con i terzi, infatti, ricadono esclusivamente sull'associante, sebbene il relativo rischio patrimoniale di fatto incomba anche sull'associato, visto che il verificarsi di una circostanza patrimoniale negativa può incidere sulla produzione di utili da parte dell'impresa, utili sui quali normalmente l'associato vanta diritti *pro-quota*. Proprio sotto questo profilo va colta la principale differenza tra il *franchising* e l'associazione in partecipazione, posto che nell'affiliazione commerciale i terzi normalmente rispondono direttamente al *franchisee*, mentre quest'ultimo non partecipa agli utili dell'affiliante.

### 3. La nozione di *franchising* nella legge n. 129/2004. Cenni e rinvio

Svolta, seppure sommariamente, l'analisi delle figure contrattuali in qualche modo affini al *franchising*, ed evidenziate le ragioni di somiglianza e di differenza tra i diversi istituti, come anticipato, arriva il momento di porsi alcune domande relative all'ambito di applicazione della legge n. 129/2004. In particolare, l'occasione appare propizia per cominciare a condurre un'indagine volta a comprendere se la legge in parola sia applicabile al *franchising* in quanto tale, ovvero soltanto ad alcuni tipi di affiliazione commerciale, e se, una volta individuati gli elementi essenziali che descrivono il modello negoziale che viene inciso dalle nuove norme, questi consentano di ritenere operative tali norme anche fuori dallo stretto ambito dell'affiliazione commerciale in quanto compatibili con altre tipologie negoziali utilizzate in Italia nell'ambito della distribuzione.

Per condurre la riflessione di cui si sono appena tracciate le linee essenziali, è bene partire dal considerare come la recente normativa abbia tra i suoi (in verità pochi<sup>47</sup>) pregi quello di offrire una definizione dell'affiliazione commerciale che, in qualche modo, e pur scontando le obiettive difficoltà del caso<sup>48</sup>, tipizza il modello

<sup>47</sup> L'intervento del legislatore italiano, pur animato da propositi più che apprezzabili, si è tradotto in una disciplina esclusivamente di carattere precontrattuale, peraltro tutta incentrata su obblighi di natura formale finalizzati a garantire che entrambe le parti – in barba ad ogni inevitabile e naturale asimmetria informativa – abbiano una conoscenza realistica e tendenzialmente completa del contenuto del contratto e dell'operazione commerciale nel suo complesso. A sprazzi, la legge n. 129/2004 mostra qualche afflato maggiormente garantista, che tuttavia non basta a determinare, nell'ambito di applicazione della stessa, la nascita di compiuti principi giuridici in grado di operare in modo efficiente nel senso (almeno sulla carta) voluto dal legislatore. È il caso, ad esempio, della norma in cui si prevede che «l'affiliante deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale» (art. 3, comma 2), senza tuttavia stabilire quale sia l'effetto del mancato rispetto di tale previsione: impossibilità di applicare la legge, risolubilità del contratto, nullità ovvero annullabilità dello stesso, mero risarcimento per responsabilità precontrattuale, o altro ancora?

La conseguenza prevista all'art. 8 per il caso in cui una parte, violando la legge, abbia fornito all'altra false informazioni – tema che, evidentemente, rappresenta il vero *vulnus* del recente articolato –, non solo appare mal congegnata dal punto di vista logico-lessicale, visto che non è dato comprendere quale sia il contributo concettuale apportato dalle parole «se dovuto» con cui la norma si chiude, ma finisce – e qui il dato più rilevante – per tradursi nella mera riconduzione normativa della fattispecie tra le cause di annullabilità del contratto. In definitiva – pur a voler ammettere l'ipotesi, tutta da dimostrare, che la norma da ultimo citata voglia ricomprendere tra le cause di annullabilità anche il semplice dolo incidente –, la legge n. 129/2004 non attribuisce alla parti del contratto di *franchising* nessun nuovo strumento di tutela rispetto a quelli tradizionalmente apprestati dal codice civile. Tale circostanza è sospetta di inefficienza. L'annullamento, infatti, al contrario del recesso previsto in materia dei contratti del consumatore, non è strumento agile da utilizzare, se non altro perché gli effetti definitivi della relativa domanda giudiziaria sono tutt'altro che immediati. Ce n'è quanto basta per rendere banale, proprio perché ovvio, ogni riferimento all'immagine della montagna che ha partorito il topolino.

<sup>48</sup> Cfr., tra gli altri, L. PETERS, *Franchising: to legislate, or not to legislate, that is the question!*, in *Dir. comm. internaz.*, 1994, p. 615. Prima del recente intervento legislativo, FRIGNANI, *Franchising*, voce dell'*Enc. giur. Treccani*,

contrattuale in parola. Nel corso del presente paragrafo si tratterà l'argomento soltanto per brevi cenni, rinviando *ratione materiae*, per ogni ulteriore e necessario approfondimento, ai cap. 2 e 5 di questo commentario.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, «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 d'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».

Come evidente tale definizione, piuttosto che dell'impostazione comunitaria, è tributaria dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del *franchising* compiuta in Italia negli ultimi lustri ed appare sufficientemente ampia per ricomprendere molte delle figure di *franchising* evidenziate dalla prassi dei rapporti di distri-

---

cit., p. 5, osservava che «qualunque sia lo ... strumento di intervento, l'ambito di libertà contrattuale che esiste oggi ne verrebbe sicuramente ristretto. E tuttavia sono gli “abusi” di tale libertà che reclamano un intervento del legislatore. Intervento che potrà essere evitato, ad es. mediante una autoregolamentazione della categoria». Per i primi lavori monografici successivi all'entrata in vigore della legge n. 129/2004, cfr. F. CUCCHII, *Il nuovo contratto di franchising*, Napoli, 2004; F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising – La nuova legge sull'affiliazione commerciale – Le norme antitrust europee*, Padova, 2004; A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004; C. LEO-G. DE NOVA-A. VENEZIA, *Il franchising*, Milano, 2004; nonché E.M. TRIPODI-V. PANDOLFINI-P. IANNOZZI, *La disciplina del franchising in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè*. V. anche G. COLANGELO, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Com. giur.*, 2004, p. 851; ID., *Franchising: la legge quadro. Finalmente?*, in *Foro it.*, 2004, v. p. 41; E.M. TRIPODI, *La disciplina italiana del franchising. Brevi note alla legge 6 maggio 2004 n. 129*, in *Disc. comm. e servizi*, 2004, p. 511; e G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 761.

buzione<sup>49</sup>. Essa, infatti, oltre a confermare che non vi può essere *franchising* se manca l'autonomia giuridica ed economica tra affiliante e affiliati, pone l'accento sull'esigenza del corrispettivo, sul contenuto dell'«insieme di diritti» di cui l'affiliante concede all'affiliato la disponibilità e sulla finalità del contratto, consistente nell'inserire l'affiliato in una rete di distribuzione dell'affiliante sparsa sul territorio.

Per cogliere pienamente la nozione di *franchising* delineata dalla legge n. 129/2004, occorre concentrare l'attenzione, oltre che sul comma 1 dell'art. 1, appena riportato, sui commi 2 e 3 della stessa disposizione, e sui successivi artt. 2 e 3.

Di particolare interesse in questa prospettiva risulta proprio l'art. 2, rubricato «ambito di applicazione della legge», ai sensi del quale «le disposizioni relative al contratto di affiliazione commerciale, come definito all'art. 1, si applicano anche al contratto di affiliazione commerciale principale col quale un'impresa concede all'altra, giuridicamente ed economicamente indipendente dalla prima, dietro corrispettivo diretto o indiretto, il diritto di sfruttare un'affiliazione commerciale allo scopo di stipulare accordi di affiliazione commerciale con terzi, nonché al contratto col quale l'affiliato, in un'area di sua disponibilità, allestisce uno spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale di cui al comma 1 dell'art. 1».

L'art. 2, in definitiva, comprende nell'alveo delle figure di *franchising* a cui trova applicazione la legge n. 129/2004 due casi specifici che, secondo il legislatore, sarebbero stati esclusi a tenore della definizione di cui al solo art. 1<sup>50</sup>. Il primo caso è quello del contratto (nella prassi definito "*master franchising*") con il quale l'affiliante attribuisce all'affiliato, non già, o non solo, il diritto di commercia-

<sup>49</sup> Cfr. G. ROSSI-A. FRIGNANI-M. MENDELSON, *Il contratto di franchising: le proposte legislative travisano il modello comunitario?*, in *Contratti*, 1998, p. 64; e G. GALIMBERTI, *Il franchising*, Milano, 1991.

<sup>50</sup> Sulla esigenza legislativa di contemplare espressamente all'art. 2 il caso dello «spazio dedicato esclusivamente allo svolgimento dell'attività commerciale di cui al comma 1 dell'art. 1» è dato avanzare qualche riserva, visto che – a parere di chi scrive – tale fattispecie rientra comunque sotto la definizione di cui all'art. 1, comma 1.

lizzare determinati beni, bensì il diritto di concedere a terzi (*sub-affiliati*) la possibilità di commercializzare tali beni attraverso contratti di affiliazione che facciano salve le prerogative industriali dell'affiliante originario stesso, e cioè il *know-how*, i marchi, l'immagine e quant'altro egli vuole sia associato alla distribuzione in parola. Il secondo caso concerne l'ipotesi in cui un affiliato, all'interno di uno spazio più ampio e di una attività imprenditoriale complessa, quale può essere quella che sottende la gestione di un grande magazzino, dedica in via esclusiva un'area di sua disponibilità all'attività commerciale di vendita dei beni oggetto del rapporto di affiliazione secondo le modalità previste nel contratto che lo lega al suo affiliante (nella prassi definito "*corner franchising*").

Inoltre, i commi 2 e 3 dell'art. 1 e l'art. 3, in particolare nei commi 2 e 4, forniscono rispettivamente elementi utili ad interpretare correttamente le previsioni di legge ed elementi necessari per comprendere quali contenuti il contratto oggetto della legge in commento debba necessariamente avere. Per gli opportuni approfondimenti, sia sull'uno che sull'altro aspetto, si rinvia ai capp. II e V di questo volume.

Malgrado la disciplina, dedicata dalla legge n. 129/2004 alla definizione delle figure di *franchising* oggetto della recente normativa, appaia composita e frutto di elaborazione, in questa sede non può tacersi qualche dubbio che le nuove norme ingenerano circa il reale ambito di applicazione della legge. Dubbi che concernono alcuni tipi di affiliazione commerciale, ma che, in una prospettiva più generale, possono essere estesi anche alle figure contrattuali più affini al *franchising*.

Per quanto concerne l'applicazione della normativa in commento alle diverse tipologie di *franchising*, va innanzitutto evidenziato che la lettera della legge non chiarisce quale sia il corrispettivo a cui si fa riferimento nel comma 1 dell'art. 1, e cioè se deve trattarsi di corrispettivo finanziario o al contrario se basta qualunque tipo di corrispettivo, e se questo deve essere diretto o può essere anche indiretto. Così come non è del tutto chiaro se la nuova legge sia applicabile, oltre che al "*franchising* distributivo" e al "*franchising* di servizi", anche al "*franchising* produttivo".

La definizione del contratto di affiliazione offerta dalla recente legge sembra, *prima facie*, escludere la riconduzione sotto la normativa in parola di tal ultima tipologia negoziale – sempre che, sia chiaro, all'affiliato di produzione non sia stata anche affidata la commercializzazione diretta dei beni da lui prodotti, nel qual caso, come già accennato, si potrà parlare più generalmente di “*franchising industriale*”<sup>51</sup> –, e ciò in quanto alcuni elementi testuali muovono ad interpretare in questo senso le nuove norme.

Il primo di tali elementi va individuato nella circostanza per cui, tra i diritti che, secondo l'art. 1, comma 1, costituiscono l'«insieme» di cui l'affiliante concede la disponibilità agli affiliati, non vi sono elementi che richiamano direttamente il concetto di produzione, mentre gli elementi espressamente indicati sembrano per lo più concernere il concetto di commercializzazione di beni e di servizi. L'ulteriore elemento testuale che sembra escludere l'applicazione della legge anche al “*franchising produttivo*” si rinviene nella parte della norma da ultimi citata che fa riferimento «allo scopo di commercializzare determinati beni o servizi».

Ciò detto, non si può fare a meno di segnalare che vi sono almeno due argomenti di segno contrario. Per prima cosa va rilevato che, ad un'analisi più approfondita, tra i diritti la cui disponibilità deve essere concessa all'affiliato, vi sono alcune voci – in particolare, diritti d'autore, *know-how* e brevetti – che sembra possano costituire, senza problemi, anche il contenuto pregnante di un “*franchising produttivo*”. Inoltre, qualora l'affiliante sia determinato a concedere ad uno o più affiliati in *franchising* la produzione per meglio distribuire la stessa su un certo territorio e così meglio servire la catena distributiva del prodotto stesso, non sembra si possa immediata-

---

<sup>51</sup> Nessun elemento contenuto nella legge n. 129/2004 pare escludere l'applicazione della stessa quando l'affiliante concede all'affiliato sia la facoltà di produrre, seguendo le sue indicazioni, i beni da vendere, sia la disponibilità «di un insieme di diritti» atti a consentire l'inserimento dell'affiliato nella rete distributiva dell'affiliante così che egli possa commercializzare direttamente ciò che produce, sempre – come ovvio – sotto l'insegna, con la denominazione commerciale e con il marchio dell'affiliante.

mente escludere a livello logico che l'inserimento dell'affiliato produttore nella rete produttiva e distributiva dell'affiliante abbia come scopo l'ottimale commercializzazione dei beni o dei servizi.

Un'ultima considerazione, che sembra incoraggiare un'interpretazione non restrittiva dell'ambito applicativo della legge, concerne l'opportunità e la coerenza di una scelta nazionale di politica del diritto che, mentre disciplina per la prima volta in Italia il *franchising* al fine di tutelare le parti del contratto, e segnatamente la parte presumibilmente più debole sotto il profilo informativo<sup>52</sup> – il tutto, particolare non secondario, malgrado non vi fosse nessuna necessità in tal senso dettata da obblighi europei –, si espone, se oggetto di un'interpretazione eccessivamente formalista ed escludente, al rischio di creare ingiustificate disparità di trattamento tra contratti di affiliazione commerciale che ricadono sotto l'ombrello protettivo della nuova normativa e contratti che non condividono, spesso a causa di circostanze poco significative, tale sorte. La qual cosa, a prediligere la strada ermeneutica più restrittiva, potrebbe anche giustificare qualche dubbio di legittimità costituzionale della legge n. 129/2004.

#### 4. *Il franchising come espressione paradigmatica dei c.d. "contratti di distribuzione"*

In più occasioni nel presente capitolo si è presentato il contratto di *franchising* come un negozio tipicamente destinato a realizzare rapporti tra imprenditori interessati ad operare, a livello diverso, nell'ambito della stessa organizzazione distributiva di un prodotto o di un servizio. In linea con tali considerazioni, si è altresì già avuto modo di affermare, per la verità sin qui con una certa dose di apoditticità, che l'affiliazione commerciale, per le sue caratteristiche intrinseche, rappresenta un'espressione paradigmatica dei c.d. "contratti di distribuzione"; locuzione, quest'ultima, con la quale si può fare riferimento, in generale, ai contratti che operano in materia di

<sup>52</sup> Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Milano, 2000.

distribuzione, ma che, adottando un più elevato livello di tecnicismo, occorrerebbe aver cura di utilizzare soltanto con riguardo a quei contratti che, secondo una ricostruzione dottrinale sulle cui tracce ci si muoverà nel prosieguo, possono essere ricompresi in una categoria unitaria in quanto accomunati da problematiche comuni che meritano di ricevere soluzioni giuridiche omogenee<sup>53</sup>.

Sotto il profilo aziendalistico, per "distribuzione commerciale" si intende il complesso di attività che consentono all'imprenditore, da cui parte il processo creativo, di far giungere il prodotto o il servizio al consumatore finale, il quale acquista ciò che gli interessa verso il corrispettivo di un prezzo in denaro<sup>54</sup>. La diffusione che negli ultimi trent'anni hanno registrato in tutto il mondo progredito figure negoziali che è possibile ricollegare al concetto aziendale di distribuzione, come sopra enucleato, si deve principalmente ad un'evoluzione spuria delle forme teoriche più elementari di distribuzione, quelle cioè in cui: o il produttore vende ad uno o più rivenditori i prodotti ed i servizi da lui realizzati affinché questi in totale autonomia li collochino sul mercato del consumo come meglio credono (distribuzione indiretta); o, viceversa, il produttore colloca lui stesso sul mercato i prodotti e i servizi da lui realizzati senza servirsi di intermediari (distribuzione diretta).

Oggi, più che in passato, è assai improbabile sia che il produttore, considerati gli alti costi di avvio e di mantenimento, decida di concentrare i suoi sforzi imprenditoriali sulla formazione

---

<sup>53</sup> Corretta appare la percezione che la giurisprudenza italiana ha avuto del problema. Tra le pronunce in materia, v. Trib. Catania, 29 febbraio 1988, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 12, secondo cui: «l'articolata realtà dei contratti di distribuzione renderebbe pressoché impossibile la riconduzione ad un tipo ideale, comunque definito, proiettando gravi ombre sulle conseguenze che se ne vogliono derivare sul piano disciplinare. Il contratto di distribuzione non sarebbe quindi una nuova figura contrattuale, indicando piuttosto un *genus* complessivo sotto il quale andrebbero riunite le fattispecie negoziali attinenti in qualche modo al processo di distribuzione commerciale, cioè ai complessi meccanismi che colmano la distanza tra produzione e consumo».

<sup>54</sup> Tale nozione, coeva ai primi scritti giuridici italiani in materia, si deve a R. MELE, *Sistemi distributivi aziendali*, Padova, 1976.

di una rete di vendita diretta, sia che – all’opposto – egli scelga di cedere il bene da lui realizzato ad un intermediario senza svolgere alcuna influenza sul modo in cui quest’ultimo lo metterà in commercio, così rischiando che il marchio e l’immagine, sui quali egli ha investito ingenti risorse, possano perdere *appeal* a causa, ad esempio, di una cattiva presentazione dei prodotti ai potenziali consumatori da parte dell’intermediario. I contratti di distribuzione attualmente servono proprio – e di qui la loro complessità – a riempire il vuoto che separa l’ipotesi pura della distribuzione diretta dall’ipotesi pura della distribuzione indiretta, così da consentire ai diversi soggetti economici coinvolti nella catena distributiva di governare il processo tenendo insieme le diverse esigenze e cercando di tutelare al meglio gli interessi di tutti.

Nella letteratura giuridica, la locuzione “contratti di distribuzione” fa capolino in Italia verso la fine degli anni settanta del secolo scorso, quando, sulla scorta della variegata esperienza che la categoria aveva maturato nei più importanti ordinamenti di *common law*, ed in particolare negli Stati Uniti, la nostra dottrina comincia l’opera di approfondimento e sistematizzazione di fenomeni negoziali, in qualche modo nuovi, che si andavano diffondendo sempre più anche in Europa.

Oggi come allora, dopo diversi lustri di pratica e di teoria, non si rinviene, né in giurisprudenza né tantomeno a livello legislativo, una definizione in grado di segnare con certezza i confini della categoria in parola. E dunque sembra il caso di convenire con chi nel 1979 apriva l’introduzione del suo primo lavoro monografico – per l’appunto, intitolato “I contratti di distribuzione” – osservando che, quando si usa tale “espressione”, «l’unica ragionevole certezza è che ci si vuole riferire ad ipotesi in qualche modo attinenti al processo di distribuzione commerciale, cioè a complessi meccanismi che colmano le distanze tra produzione e consumo»<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Così R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, Napoli, 1979, p. 1. Per un’opinione critica circa la configurabilità della categoria “contratti di distribuzione” e circa l’utilità degli sforzi compiuti in tal senso, v. G. DE NOVA, *I nuovi contratti*, Milano, 1994. In proposito, v. tra gli altri anche L. DELLI

Sempre nel pionieristico e fortunato lavoro a cui si è appena fatto cenno, subito dopo la dichiarazione volta ad indicare l'ambiguità dell'espressione usata per definire o tentare di costruire la categoria negoziale in questione, si precisava che «in una prima accezione, i contratti di distribuzione ... sono tutti quelli che, stipulati fra operatori formalmente indipendenti, saldano i vari stadi della commercializzazione di un prodotto». Con ciò – oltre a confermare l'esigenza che i contratti in parola rientrino in operazioni economiche finalizzate alla distribuzione commerciale – viene individuata una prima importante caratteristica degli accordi giuridici appartenenti al *genus* in esame: le parti devono essere soggetti tra loro indipendenti, di modo che il rischio imprenditoriale dell'operazione ricada su ognuno nella misura di volta in volta delineata dal contratto.

#### 5. Segue: *Genesi e sviluppo della categoria dei contratti di distribuzione*

Volendo brevemente indagare le origini concettuali e pratiche della categoria in esame, potrebbe dirsi che “in origine era l'agenzia”, e cioè il contratto in forza del quale l'agente viene incaricato di promuovere, a fronte di una remunerazione, la vendita di prodotti o di servizi del committente, eventualmente curando anche la gestione del rapporto che scaturisce dalla vendita. Da tale schema negoziale, infatti, prima la dottrina e poi la giurisprudenza hanno preso le mosse per cominciare ad indagare gli aspetti peculiari dei contratti utilizzati nella distribuzione commerciale<sup>56</sup>. E ciò, se non

---

PRISCOLI, *I contratti di distribuzione come categoria unitaria*, nota a Cass., sez. lav., 16 febbraio 1993, n. 1916, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 789; e, per studi più recenti, E.M. TRIPODI (a cura di), *Distribuzione*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, a cura di P. Cendon, vol. XVI, Torino, 2004; G. CERIDONO, *I contratti di distribuzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. IV, Padova, 2003, 393; e A. DASSI, *I contratti di distribuzione*, Milano, 2002.

<sup>56</sup> Per gli opportuni approfondimenti, v. F. BORTOLOTTI, *Manuale di di-*

altro, perché, già negli anni settanta del secolo scorso, l'agenzia, almeno nel vecchio continente, rappresentava il modello più utilizzato dagli operatori economici per creare reti distributive di prodotti o di servizi, e più analiticamente disciplinato a livello legislativo.

Altra figura negoziale di forte impatto pratico operante nel settore, già allora, era rappresentata dalla somministrazione, in quanto contratto di durata con il quale l'imprenditore vende ad un acquirente un prodotto impegnandosi per un certo periodo a ripetere l'operazione di fornitura, secondo le modalità e la tempistica pattuite. È evidente, anche per quanto detto *supra*, che all'esito della stipulazione di un accordo di tal fatta – che per l'occasione prenderà il titolo di “somministrazione d'uso”<sup>57</sup> – l'acquirente può rivedere il bene o il servizio precedentemente acquistato, sicché attraverso la stipulazione di una serie di contratti di somministrazione il produttore può anche crearsi una rete per la distribuzione indiretta.

La più importante differenza tra i due modelli da ultimo censurati è costituita dalla circostanza per cui, nell'ambito della somministrazione, la proprietà dei beni passa dal somministrante al somministrato, laddove invece nell'ambito dell'agenzia tale passaggio di titolarità sui beni tra committente ed agente, non solo non è contemplata, ma non è neanche ammessa. Per questa ragione, il legislatore del 1942 sembra aver voluto ricondurre la vendita con patto di esclusiva proprio nell'alveo del contratto di somministrazione. Di talché, la giurisprudenza già subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, e così nei decenni seguenti,

---

*ritto commerciale internazionale* – vol. III: *La distribuzione internazionale – Contratti con agenti, distributori ed altri intermediari*, Padova, 2002.

<sup>57</sup> La somministrazione è figura contrattuale disciplinata dal nostro codice in modo unitario. Tuttavia, la prassi conosce ipotesi di somministrazione in cui il somministrato consuma in prima persona il prodotto oggetto del contratto (somministrazione c.d. di consumo) e ipotesi in cui il somministrato destina il prodotto ad un uso diverso e, in molti casi, ad una rivendita (somministrazione c.d. d'uso). In considerazione di ciò, la dottrina che ha studiato il fenomeno, revocando in dubbio l'unitarietà della figura codicistica, ha insinuato l'idea che l'art. 1560 c.c. sia dettato in vista di una somministrazione di consumo, mentre l'art. 1568 c.c. atterrebbe alla somministrazione d'uso.

ha sempre attribuito alla presenza di tale patto un ruolo determinante per applicare alla vendita in esclusiva le norme a tutela del somministrato, piuttosto che quelle a tutela dell'agente; laddove, al contrario, prima del 1942 la giurisprudenza aveva trattato questo tipo di vendita come contratto misto, costituito da elementi del mandato e della compravendita<sup>58</sup>.

Come evidenzia la migliore letteratura in materia, la presenza di una clausola di esclusiva è spesso sintomo dell'esistenza di un rapporto contrattuale di distribuzione. La qual cosa non vuol dire che ogni volta vi sia detta clausola il contratto in questione sia riconducibile alla categoria della somministrazione. Ciò in quanto, il contratto in esclusiva potrebbe non stabilire un obbligo di fornitura in capo al produttore, ma soltanto un obbligo di acquisto in capo all'intermediario<sup>59</sup>; ovvero perché il contratto in questione potrebbe essere sostenuto da una semplice causa di scambio, seppure proiettata nel tempo, mentre la causa dei contratti di distribuzione è senza dubbio più complessa giacché sempre incentrata sullo sbocco commerciale del bene, prodotto o servizio che sia. Circostanze queste ultime che, tra l'altro, confermano la non corrispondenza dei tipi codicistici ai tipi negoziali che possono farsi rientrare nell'ambito dei contratti di distribuzione.

Ad una attenta verifica, agenzia e somministrazione, così come disciplinati nel nostro codice civile vigente, sfuggono ad una propria identificazione come contratti di distribuzione in senso tecnico, in quanto, sebbene siano in concreto utilizzati per sviluppare segmenti della catena finalizzata alla commercializzazione di beni, in buona sostanza sono sostenuti ognuno da una causa propria che

---

<sup>58</sup> V., tra le altre, Cass. 15 luglio 1925, n. 2257, in *Foro it.*, Rep. 1925, voce *Esclusiva (contratto di)*, n. 1; e 22 febbraio 1932, n. 616, in *Foro it.*, 1933, I, p. 227, con nota di G. FERRI.

<sup>59</sup> La dottrina e la giurisprudenza trattano tale contratto come preliminare di più definitivi, costituiti dalle effettive singole operazioni di trasferimento di beni tra il produttore e l'intermediario. Ma in proposito, per gli opportuni approfondimenti e le relative considerazioni critiche, cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, in part. pp. 257-274.

giammai integra tutti i presupposti ritenuti indispensabili perché si possa compiutamente parlare di contratti di distribuzione. Per intenderci, mentre nell'agenzia il vincolo giuridico ed economico che lega committente e agente sarebbe troppo pervasivo, giacché il bene resta sempre nella piena disponibilità del committente sino al momento in cui si verifica il passaggio di titolarità direttamente in capo al consumatore; nella somministrazione tale vincolo appare troppo flebile visto che, anche nell'ipotesi di somministrazione d'uso, qualora il somministrato decida di non vendere quanto ricevuto dal somministrante, in mancanza di specifiche pattuizioni contrattuali ciò non avrebbe alcuna conseguenza.

Tali ultime osservazioni consentono di evidenziare un importante risultato ricostruttivo: perché un contratto rientri tecnicamente nell'ambito della categoria in parola, deve vantare alcune caratteristiche particolari che, a ben vedere, finiscono per allontanarlo dai tipi negoziali definiti nel nostro codice civile; sicché, inevitabilmente, i contratti di distribuzione appaiono dotati di una forte componente di atipicità<sup>60</sup>.

Concentrando l'attenzione su queste caratteristiche, la dottrina è riuscita ad elaborare una definizione della categoria che, seppure controversa, appare in grado di descrivere il fenomeno in modo convincente e rigoroso, tanto da essere utilizzata anche dalla giurisprudenza<sup>61</sup>. Secondo tale definizione, i contratti di distribuzione sono «contratti quadro in forza dei quali un operatore economico assume, verso contropartita consistente nelle opportunità di guadagno che si legano alla commercializzazione delle merci contrattuali, l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti forniti dalla controparte; obbligo il cui adempimento postula la stipulazione di singoli contratti per l'acquisto a condizioni predeterminate dei prodotti da rivendere»<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Cfr., tra gli altri, DASSI, *op. cit.*

<sup>61</sup> Cfr. Cass. 17 dicembre 1990, n. 11960, in *Foro it.*, Rep. 1990, voce *Vendita*, n. 87.

<sup>62</sup> Così PARDOLESI, *op. cit.*, p. 297, del quale, sul punto, v. anche *Distribuzione (contratti di)*, voce del *IV Digesto dir. priv., Sez. comm.*, vol. V, Torino, 1990, p. 66. Sulla base di una tale definizione, la giurisprudenza si è chiesta

Questa definizione, tuttavia – come, peraltro, avvertito dalla stessa dottrina che l'ha proposta –, descrive solo una parte del fenomeno, e cioè quella relativa alla commercializzazione dei beni che il produttore fornisce agli intermediari; mentre certamente non è in grado di cogliere la variegata gamma delle situazioni in cui si sviluppa la prassi della distribuzione *tout court*, in cui, ad esempio, spesso accade che il soggetto al vertice della piramide distributiva non vende ai suoi intermediari prodotti da rivendere, bensì concede loro a titolo oneroso l'utilizzazione, per un tempo prestabilito, di risorse varie che questi ultimi adopereranno per realizzare la propria attività d'impresa. Ed è proprio questo il caso del *franchising*, nel quale non è affatto detto che vi sia un trasferimento di merci tra l'affiliante e l'affiliato<sup>63</sup>.

Le considerazioni appena formulate consentono di percepire facilmente la ricchezza delle tipologie contrattuali che la prassi della distribuzione può generare, così come ha generato negli anni, facendo leva sull'autonomia negoziale di cui i privati godono nei sistemi civili occidentali. Ed altrettanto facilmente, nella stessa prospettiva, possono cogliersi le difficoltà ricostruttive che sconta ogni operatore giuridico del settore quando, muovendosi in un ambito negoziale caratterizzato da forte atipicità, si trova a dover sta-

---

se sia possibile individuare nei contratti di distribuzione una causa unitaria, o se al contrario si debba parlare di contratti misti, con le conseguenze disciplinari che ne discendono. In proposito, cfr. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Contratto di distribuzione: causa negoziale autonoma e non contratto misto*, nota a Trib. Catania, 29 febbraio 1988, in *Foro pad.*, 1991, I, p. 222; e G. VETTORI, *Anomalia e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983.

<sup>63</sup> Come è stato notato, infatti, «in questo tipo di contratto, il “fenomeno” della compravendita (che, com'è noto, segna il momento di passaggio del bene e quindi dei rischi ad esso relativi) viene superato dalla previsione di un assetto organizzativo “interimprenditoriale” tendente al controllo dell'efficacia della politica di marketing, di immagine, del bene sul mercato, in modo da “condizionare” il consumatore anche nella fase successiva al passaggio della proprietà». Così BACCHINI, *op. cit.*, p. 283, ma lo stesso concetto è già in E.M. TRIPODI (a cura di), *Guida ai contratti di distribuzione*, Rimini, 1995, 137.

bilire concretamente, di volta in volta, quale norma si applica ad un dato problema o ad una data fattispecie.

Tutt'altro che secondaria appare, proprio in quest'ottica, l'osservazione secondo cui, a ben vedere, se a fini ricostruttivi e con intenti semplificatori si volessero ricondurre, come pure si è cercato di fare, i contratti di distribuzione nell'alveo unico della somministrazione codicistica, allora si dovrebbe ricorrere ad una radicale inversione di lettura del fenomeno perché la casacca del somministrato andrebbe consegnata al produttore mentre all'intermediario bisognerebbe riconoscere il ruolo di somministrante del servizio di distribuzione<sup>64</sup>.

Nella nostra migliore dottrina in argomento, la ricostruzione in termini unitari della categoria dei contratti di distribuzione ha trovato slancio quando nella prassi della distribuzione commerciale si sono imposti come nuovi schemi negoziali la concessione di vendita e il *franchising*<sup>65</sup>. L'emersione di questi due contratti ha, infatti, rafforzato la posizione di quanti ritenevano, da un lato, che fosse opportuno trattare in termini unitari alcune problematiche tipiche della distribuzione e, dall'altro, che si potesse parlare di contratti di distribuzione solo in presenza di una forte autonomia imprenditoriale ed economica tra produttore ed intermediario<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Così ancora PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, cit., p. 289.

<sup>65</sup> Cfr. R. PARDOLESI, *Contratto di franchising - risoluzione di diritto - provvedimenti d'urgenza*, nota a Trib. Milano, 30 aprile 1982, in *Foro it.*, 1982, II, p. 2042, il quale, proprio ragionando in tema di *franchising*, ribadisce la possibilità di trattare unitariamente i c.d. contratti di distribuzione, sempre che la relativa categoria sia circoscritta secondo determinati criteri. Lo stesso Autore (*I contratti di distribuzione*, cit., p. 87), tuttavia, ha altresì stigmatizzato la circostanza per cui, spesso, con il termine *franchising* si «tende a coprire l'intero spettro dei contratti di distribuzione».

<sup>66</sup> Così, tra gli altri, R. PARDOLESI, *I contratti di distribuzione*, voce dell'Enc. giur. Treccani, Roma, 1988, vol. IX; e BACCHINI, *op. cit.* Cfr. BALDI, *Il contratto di agenzia, la concessione di vendita, il franchising*, cit.; e C. CICERO, *Appunti sui contratti di distribuzione commerciale (agenzia e concessione di vendita, franchising, mediazione)*, in *Riv. giur. sarda*, 1997, p. 381.

## 6. *Principi e tutele: il problema dell'applicabilità della legge n. 129/2004 agli altri contratti di distribuzione*

In chiusura del rapido *excursus* sin qui svolto, giova notare come gli studi italiani sui contratti di distribuzione, ancora pochissimo tempo fa, osservavano che la categoria in parola, oltre ad avere confini incerti, contiene una serie di negozi atipici e di rapporti obbligatori innominati, i quali risultano di difficile inquadramento sistematico e rifuggono da qualsiasi principio protezionistico, sicché il distributore, sul piano giuridico, apparirebbe privo di tutele ulteriori, o semplicemente diverse, rispetto ad ogni altro contraente<sup>67</sup>.

A quest'ultimo profilo appare opportuno dedicare qualche rapida considerazione finale, visto e considerato che la legge n. 129/2004 è stata emanata proprio al fine di apprestare tutele e garanzie per chi conclude un contratto di *franchising*, ed in particolare per l'affiliato che normalmente rappresenta la parte debole del rapporto negoziale in parola.

La circostanza appena sintetizzata induce a riflettere sulla reale portata del recente intervento legislativo e sul reale ambito di applicazione dei principi che ne rappresentano la spina dorsale. In altre parole, giunti al termine della riflessione condotta in questo capitolo, appare opportuno chiedersi – come anticipato – se tali principi possano trovare applicazione esclusivamente alle fattispecie descritte agli artt. 1 e 2 della nuova legge o se, al contrario, al fine di garantire e tutelare al meglio gli interessi della parte debole del contratto, questi siano applicabili anche ad altri schemi negoziali destinati ad operare nel campo della distribuzione commerciale e sorretti da una causa affine a quella del contratto di affiliazione commerciale descritto dal legislatore.

La soluzione al quesito appena formulato, di qualunque tipo essa sia, ha importanti ricadute concrete. Infatti, ammettere l'applica-

---

<sup>67</sup> Cfr. BALDASSARI, *I contratti di distribuzione*, cit.; DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, cit.; e DASSI, *Contratti di distribuzione*, cit.

zione dei principi più significativi della legge n. 129 al di fuori dell'ambito, comunque ampio, che sembra essere stato descritto dal legislatore – e cioè ricomprendere nella sfera di efficacia di tali principi contratti che presentano caratteristiche affini e perseguono, nell'ambito dei rapporti di distribuzione, finalità commerciali analoghe a quelle dell'istituto oggetto diretto della legge – vuol dire certamente impedire elusioni della recente normativa che, già ad una prima lettura, altrimenti sembrano fin troppo agevoli da realizzare, *rectius* troppo facili da imporre alla propria catena distributiva da parte dell'affiliante restio ad accettare i nuovi principi protezionistici<sup>68</sup>.

Inoltre, scegliendo la soluzione favorevole all'applicazione in senso ampio dei principi in parola, si finisce per creare condizioni di garanzia e tutela contrattuale che risultano paritarie, in quanto in grado di funzionare anche a favore di operatori della distribuzione che utilizzano, per scelta o per necessità, istituti contrattuali simili al *franchising* enucleato dalla prassi, ma diversi dall'affiliazione commerciale descritta dalla legge n. 129/2004.

A confermare la bontà di una tale impostazione del problema, viene l'osservazione a tenore della quale, in realtà, il legislatore non sembra aver voluto creare, con la recente normativa, un'isola protetta riservata a chi utilizza il *franchising* di servizi o di beni descritto nel combinato disposto negli artt. 1 e 2 – che, se così fosse, come già accennato in chiusura del par. n. 3, si potrebbe giungere anche a revocare in dubbio la legittimità stessa della legge n. 129/2004 per contrarietà con l'art. 3 Cost.<sup>69</sup> –, bensì sembra

<sup>68</sup> Scorrendo gli artt. 1 e 3 della legge n. 129/2004 vien fatto di credere che, se si interpretasse il testo normativo in senso eccessivamente restrittivo ed escludente, l'affiliante potrebbe impedirne l'applicazione imponendo ai propri affiliati un contratto in cui, ad esempio, non vi sia alcuna previsione relativa alle «royalties» a lui dovute, e nel quale, tuttavia, il valore economico delle stesse potrebbe anche essere recuperato dall'affiliante attraverso una maggiorazione dei prezzi dei beni venduti, o dei servizi resi ai singoli affiliati, crescente al crescere del volume d'affari di questi ultimi.

<sup>69</sup> Ritenendo che le previsioni legislative introdotte nel 2004 siano volte esclusivamente ad imporre obblighi informativi, garanzie e tutele a favore di

aver voluto tradurre in regole certe, in quanto predefinite e dettagliate, i generali doveri di correttezza che incombono sui contraenti, così da garantire la massima trasparenza dell'operazione economica ed abbattere il più possibile l'asimmetria informativa inevitabilmente esistente tra parti contrattuali che operano a livelli diversi della catena commerciale. Esigenze, queste, che non sono legate in via esclusiva all'affiliazione commerciale, e che anzi sono proprie, tra l'altro, se non di tutti i contratti della distribuzione, almeno di tutti i contratti "di distribuzione"<sup>70</sup>.

---

chi stipula i contratti di affiliazione commerciale descritti dalla lettera del recente testo normativo, si rischia di discriminare sul piano contrattuale gli affiliati che stipulino contratti di *franchising* in cui, ad esempio, non sia previsto un corrispettivo diretto, ovvero che realizzino rapporti di affiliazione produttiva di beni e di servizi, piuttosto che di affiliazione commerciale, ovvero ancora che siano diretti a creare sistemi di distribuzione senza che l'affiliante abbia prima avuto modo di sperimentare sul mercato la propria formula commerciale e senza che il sistema distributivo sia già costituito da una pluralità di affiliati sparsi sul territorio. Tali contratti, infatti, resterebbero così esclusi dall'ambito applicativo della legge n. 129/2004.

<sup>70</sup> È bene, a questo proposito, altresì ricordare come nella dottrina giuridica italiana vi sia una corrente di pensiero che attribuisce un valore meramente descrittivo alle norme con cui il legislatore tipizza istituti evidenziati dalla prassi. Circostanza tal ultima da cui si ricava che, qualora la descrizione legislativa sia erronea o incompleta, è data all'interprete la possibilità di correggerla o integrarla. Tra gli altri, cfr. U. SCARPELLI, *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, 2000; N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994; E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000. E tra le opere meno recenti, v. U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959; e N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958.