

CORTE DI CASSAZIONE — Sez. I — 8 settembre 2003 n. 13071 — Pres. Genghini — Est. Di Amato — P.M. Sepe (concl. diff.) — R. (avv. Vrenna) c. O.I. s.r.l. e a. (avv. Cosmelli).

(Cassa App. Genova 10 maggio 1999).

[1668/132] Concorrenza (disciplina della) - Attività del concorrente - Concorrenza sleale - In genere - Atti compiuti dal terzo - Responsabilità ex art. 2598 c.c. - Esistenza di una relazione di interessi tra terzo ed imprenditore avvantaggiato - Sufficienza - Fattispecie. (C.c., art. 2943, 2598).

*Il principio secondo il quale la concorrenza sleale deve ritenersi fattispecie tipicamente riconducibile ai soggetti del mercato della concorrenza, non configurabile, quindi, qualora non sussista il cosiddetto « rapporto di concorrenzialità », non esclude la sussistenza di un atto di concorrenza sleale anche nel caso in cui tale atto sia posto in essere da colui il quale si trovi con il soggetto avvantaggiato in una particolare relazione, in grado di far ritenere che l'attività sia stata oggettivamente svolta nell'interesse di quest'ultimo; peraltro, a detto fine, è insufficiente la mera circostanza del vantaggio arrecato all'imprenditore ricorrente, ma neppure occorre che sia stato stipulato con questi un pactum sceleris, essendo invece sufficiente il dato oggettivo consistente nella esistenza di una relazione di interessi tra autore dell'atto ed imprenditore avvantaggiato, in carenza del quale l'attività del primo può integrare un illecito ex art. 2043 c.c. non un atto di concorrenza sleale (nella specie, un rappresentante di commercio di tre diverse imprese aveva compiuto atti diretti a sviare la clientela di un imprenditore in favore di una impresa da lui non rappresentata; la Suprema Corte, in applicazione del succitato principio, ha cassato la sentenza impugnata, la quale aveva ritenuto la responsabilità del rappresentante di commercio ex art. 2598, c.c., anche in mancanza di prova della esistenza di una relazione di interessi tra il predetto e l'imprenditore concorrente avvantaggiato dall'atto di concorrenza sleale) (1).*

(Massima ufficiale).

(*Omissis*). — 1. I ricorsi, proposti avverso la stessa sentenza, devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Con un unico complesso motivo il ricorrente R. lamenta la violazione dell'art. 2598 c.c. ed il vizio di motivazione, assumendo che erroneamente la Corte d'appello aveva ritenuto che l'atto di concorrenza sleale possa essere posto in essere da un terzo anche in assenza di una particolare relazione o rapporto o collegamento con l'imprenditore che ne trae vantaggio; al contrario, secondo il ricorrente, pur non essendo necessario un *pactum sceleris* tra il terzo e l'imprenditore, sarebbe comunque necessaria una relazione per effetto della quale l'attività del terzo deve ritenersi svolta nell'interesse del concorrente; in altre parole, sarebbe necessario un collegamento tale da far pensare che il terzo voglia avvantaggiare l'imprenditore e, conseguentemente, tale da far presumere che l'imprenditore sia consapevole dell'operazione o consenziente. Nella specie, invece, la Corte di merito aveva escluso la prova di un collegamento tra il R. e la G.L. di B. s.n.c. ed aveva ipotizzato che il R. avesse agito nel proprio esclusivo interesse per soppiantare nel mercato genovese il rappresentante della O.I. s.r.l., piazzando i prodotti delle ditte da lui rappresentate.

Con un unico complesso motivo (riportato *sub* n. 4 nell'esposizione unitaria del controricorso e ricorso incidentale) la O.I. s.r.l. lamenta la violazione dell'art. 2598 c.c., in quanto la responsabilità della G.L. doveva essere affermata per il solo fatto che l'attività del R. ne aveva oggettivamente perseguito l'interesse; la ricorrente lamenta altresì che il collegamento tra la G.L. e il R. sia stato negato dalla sentenza impugnata, malgrado non fosse altrimenti spiegabile la promozione da parte del secondo dei prodotti della prima.

2. I ricorsi di R. e della s.r.l. O.I. devono essere esaminati congiuntamente in quanto strettamente connessi; entrambi i ricorsi, infatti, toccano il tema della interposizione del terzo nell'attività di concorrenza sleale e il ricorso della s.r.l. O.I. investe anche l'accertamento del ruolo assunto nella vicenda dall'imprenditore concorrente.

In generale si può affermare che la concorrenza sleale è fattispecie propria dei soggetti

del mercato in concorrenza, perciò il rapporto di concorrenzialità costituisce il presupposto della sua configurabilità, anche se non occorre, come risulta dalla lettera dell'art. 2598, n. 3, c.c., che l'atto di concorrenza sia posto in essere direttamente dall'impresa concorrente (Cass. 18 dicembre 1991 n. 13623; Cass. 15 marzo 1985 n. 2018; Cass. 16 aprile 1983 n. 2364). Secondo la giurisprudenza consolidata di questa Corte, perché un atto possa qualificarsi come di concorrenza sleale è sufficiente che sia stato posto in essere da parte di chiunque si trovi, rispetto all'imprenditore avvantaggiato dal comportamento lesivo, in una particolare relazione, per effetto della quale la sua attività possa ritenersi obiettivamente svolta nell'interesse del concorrente. A tal fine non si richiede un *pactum sceleris* tra l'imprenditore concorrente e il terzo, essendo invece sufficiente, ma necessario, il dato oggettivo di una relazione di interessi (Cass. 25 luglio 1986 n. 4755), tale da legittimare il terzo a porre in essere atti che procurino un vantaggio all'imprenditore concorrente (Cass. 11 aprile 2001 n. 5375); non basta, invece, il mero dato oggettivo del vantaggio arrecato all'imprenditore concorrente.

Orbene, tali principi non sono stati seguiti dalla Corte di merito nel giudizio sulla responsabilità del R., partendo dall'erroneo presupposto che la riferibilità della condotta del terzo all'imprenditore concorrente non sarebbe necessaria per affermare, a titolo di concorrenza sleale, la responsabilità del terzo.

Infatti, la Corte di merito ha ritenuto la responsabilità del R. a titolo di concorrenza sleale, argomentando che «l'uso del pronome "chiunque" da parte del legislatore per indicare il soggetto attivo degli atti di concorrenza autorizza a ritenere che tali atti possano provenire anche da chi non si trova in rapporto di collegamento funzionale (dipendente, agente, rappresentante, concessionario ecc.) con l'imprenditore (eventualmente) oggettivamente avvantaggiato dalla condotta del predetto soggetto attivo». Al contrario, come si è detto, il fatto che l'attività del terzo corrisponda all'interesse dell'impresa concorrente non è sufficiente, da solo, a far considerare il terzo come interposto in un'attività di concorrenza sleale; a tal fine, è invece necessario che l'attività del terzo possa, se non collegarsi ad un incarico del concorrente, almeno inserirsi nell'ambito di rapporti con il concorrente tali da far pensare che il terzo, con la propria attività, abbia inteso realizzare proprio quegli interessi al cui soddisfacimento detti rapporti erano funzionali. In difetto della riferibilità, almeno indiretta, dell'attività del terzo all'imprenditore concorrente viene meno il presupposto della fattispecie costitutiva degli atti di concorrenza sleale; in altre parole, l'attività del terzo può eventualmente anche integrare gli estremi di un illecito ex art. 2043 c.c. (in relazione al quale però nella specie la s.r.l. O.I. non ha proposto alcuna domanda), ma non un illecito concorrenziale. La sentenza impugnata deve, pertanto, essere cassata in relazione alla affermazione di responsabilità del R. e questa Corte deve pronunciare nel merito considerato, come subito si dirà, che non sono necessari ulteriori accertamenti in fatto.

Per quanto detto il punto decisivo, ai fini del giudizio di responsabilità per concorrenza sleale, è quello della riferibilità alla società G.L. dell'attività posta in essere dal R. In proposito, la sentenza impugnata, dopo avere ricordato che il R. non era agente o rappresentante della G.L., ma di altre società, ha escluso che la riferibilità della condotta del R. alla G.L. potesse essere desunta, ex art. 2729 c.c., dal mero dato oggettivo del vantaggio che la stessa ne poteva trarre. La Corte di merito ha ritenuto, infatti, che l'indizio desumibile dall'obiettivo vantaggio non era univoco in quanto ben si poteva ipotizzare che il R. avesse agito nell'esclusivo interesse proprio, cioè al fine di soppiantare il rappresentante della società O.I. nel mercato genovese, piazzando i prodotti delle ditte da lui rappresentate e tra queste della N.P. s.r.l., che commercializzava prodotti con i segni distintivi «E.O.» ed «Er.O.».

Ciò consente, da un lato, di concludere che la censura proposta dalla s.r.l. O.I. — oltre ad essere infondata, nella parte in cui prospetta una violazione dell'art. 2598 c.c., atteso che, come si è detto, la condotta del terzo in tanto può configurare un illecito concorrenziale in quanto tale condotta sia riferibile almeno indirettamente ad un imprenditore concorrente — è inammissibile nella parte in cui, senza censurare la motivazione della sentenza impugnata, pretende di dare un significato diverso all'elemento indiziario valutato dalla Corte di merito con motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici.

D'altro canto, come si è anticipato, l'accertata non riferibilità all'imprenditore concor-

rente della condotta del terzo non concorrente, consente a questa Corte di pronunciare nel merito e di rigettare la domanda di risarcimento dei danni da atti di concorrenza sleale proposta nei confronti di R. (*Omissis*)

(1) [1668/132] Art. 2598 c.c. e soggetti (attivi e passivi) degli atti di concorrenza sleale.

1. La sentenza annotata offre lo spunto per alcune considerazioni sulla problematica attinente alla individuazione dei soggetti (attivi e passivi) dell'attività di concorrenza sleale (1).

Nella scienza economica la concorrenza si è identificata con quella forma di mercato caratterizzata da una pluralità di operatori, nessuno dei quali è in grado di influire con le proprie decisioni sull'andamento delle contrattazioni. Come è noto, la teoria neoclassica attribuisce fondamentale rilievo alla posizione di equilibrio della concorrenza perfetta, perché reputa che in essa il mercato realizzi un assetto economico improntato ad efficienza ed equità.

Sul versante della regolamentazione giuridica si è, poi, evidenziato che, mentre la Costituzione raccoglie, in ambigua ed oscillante norma, la tradizione liberale e cattolica e socialista, e finisce per proporre una sorta di dirigismo totalitario dell'economia, i trattati europei sciogliendosi, invece, dalla territorialità degli Stati, costituiscono uno Stato senza frontiere, un mercato regolato dalla libera concorrenza (2). In tale ottica si è anche evidenziato che allo sguardo dei « padri fondatori » la concorrenza doveva apparire un affare privato, per il quale era utilizzabile il codice civile; ossia la disciplina degli atti di concorrenza sleale, dettata dagli art. 2598-2601 (3).

Nell'epoca attuale, in un contesto caratterizzato dalla globalizzazione dell'economia, in tutti quei settori dell'ordinamento giuridico — come ad esempio quelli del diritto lavoro, commerciale ed industriale — in cui l'ambito di operatività delle norme non è più delimitato dalla territorialità dei singoli Stati ma dal mercato, si è posto il delicato compito di procedere ad un'armonizzazione dell'ordinamento statale con quello sovranazionale (norme comunitarie, norme di trattati internazionali ecc.) che sempre con maggiore incisività regolano il libero scambio delle merci (4).

Le considerazioni ora svolte, che meriterebbero ben altro respiro in ragione della loro rilevanza socio-economica impongono, rimanendo al settore in esame, la preliminare considerazione che la normativa codicistica — di cui l'art. 2598 c.c. costituisce significativa parte — sembra oggi assumere un ruolo, a ben vedere, limitato a regolare la concorrenza, come una mera, anche se rilevante, variante della globalità dei rapporti intercorrenti tra operatori economici. Tale sfera di operatività delle disposizioni codicistiche appare, infatti, chiara solo che si consideri che tutte le tematiche attinenti agli accordi, comportamenti, intese che, per riguardare la libertà di concorrenza, siano per i loro riflessi suscettibili di incidere sulla funzionalità del mercato, sono ora oggetto della normativa contenuta nella l. n. 287 del 1990 (c.d. « legge antitrust »), volta a veicolare — attraverso

(1) Sulla concorrenza v., per tutti, in dottrina: GHIDINI, *Della concorrenza sleale* (Art. 2598-2601), in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, Milano 1991, sub art. 598, 37 ss.; AULETTA, MANGINI, *Concorrenza*, in *Commentario del codice civile* a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Libro quinto del lavoro* (Art. 2584-26019), Bologna-Roma 1973, sub art. 2598, 215; ROTONDI, *Diritto industriale*, Padova 1965; GUGLIEMMETTI, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova 1961; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano 1959; e, più di recente, MARTORANO, *La concorrenza*, in *Manuale di diritto commerciale* a cura di BUONOCORE, Torino 2001, 585 ss.

(2) Cfr. in tali precisi termini: IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1998, 23.

(3) Così IRTI, *op. cit.*, 96, per il quale il mercato, quindi, « non riceve né garanzie né tutele costituzionali: esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile, a un regime, normativamente inferiore, che non tocca la concezione organica dell'economia nazionale » sicché « il diritto della concorrenza e degli scambi appare, appunto, come diritto privato, immeritevole di sostegno e di protezione costituzionale ».

(4) Per la c.d. « delocalizzazione del diritto », e cioè per la suddivisione dell'intero globo in una pluralità di spazi economici, sicché « questa distribuzione è ora la vera costituzione della terra », cfr. SCHMITT, *L'ordinamento planetario dopo la seconda guerra mondiale* (1962), in *L'unità del mondo*, trad. it. di CAMPI, Roma 1994, 339, cui adde, ID., *Il nomos della terra*, trad. it. di CASTRUCCI, Milano 1991, 243 s.

Tra gli studiosi italiani cfr. IRTI, *Norma e luoghi (problemi di geo-diritto)*, Bari 2001; RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari 1991, 204 s., che, con riferimento proprio alle problematiche sull'azienda e sulla concorrenza, sottolinea il valore della normativa comunitaria (anche nelle forme « minori » in cui essa si esprime) a conferma — che la Corte costituzionale avvalora con l'autorità di un articolato ragionamento — della vocazione extra-statale del diritto dei traffici commerciali.

il disposto dell'art. 1, comma 4, della suddetta legge (secondo il quale l'interpretazione delle norme che individuano le fattispecie vietate « è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza ») — nel nostro assetto ordinamentale gli art. 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea, contribuendo così alla formazione di un unico mercato economico, come passaggio obbligato per una futura unità politica dell'Europa (5).

2. In un'opera sulla concorrenza — da considerarsi sempre attuale per avere avuto il merito di avere anticipato molte delle problematiche che continuano ad essere ancora oggi oggetto di ampio dibattito — dopo la precisazione che l'art. 2598 c.c. deve servire di misura per la valutazione del comportamento dell'imprenditore, si è affermato che, in relazione all'atto di concorrenza sleale, sia il soggetto attivo che quello passivo devono essere imprenditori, e cioè devono essere persone fisiche o giuridiche che svolgono attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi (6), inducendo a tale conclusione l'argomento storico e quello teologico (7), nonché l'argomento dogmatico e quello letterale (8).

Mentre su tale punto è sorta qualche voce di dissenso (9), è, invece, opinione comune che si richieda per la configurabilità di un atto di concorrenza sleale anche il c.d. « rapporto di concorrenza », riscontrabile allorché gli operatori economici agiscano in un medesimo mercato (nelle sue variabili rappresentate dai beni, spazio e tempo) ed offrano (o domandino) beni o servizi suscettibili di soddisfare i medesimi bisogni (o bisogni simili o succedanei o complementari) dei consumatori (10).

In giurisprudenza si è giunti ad analoghi approdi, essendosi più volte affermato che il requisito

(5) Sulla disciplina comunitaria applicabile alle imprese v., per tutti: TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 2003, 593 ss.

Va ricordato al riguardo che la disciplina comunitaria della concorrenza è fondata sul criterio del divieto che vuole in principio vietate tutte le intese che ricadono nella previsione dell'art. 81, n. 1, del Trattato, a meno che non siano « esentate » ai sensi dell'art. 81, n. 3. La competenza a dichiarare inapplicabile il divieto è ora attribuita alla Commissione; a decorrere dal 1° maggio 2004 detta competenza spetterà (regolamento del Consiglio 16 dicembre 2002 n. 1/2003, in *G.U.C.E.*, 4 gennaio 2003 n. 1/1) anche alle autorità nazionali di concorrenza ed i giudici nazionali avranno la competenza ad applicare direttamente l'art. 81, n. 3, del Trattato (cfr. sempre TESAURO, *op. cit.*, 638).

(6) Così Mosco, *La concorrenza sleale*, Napoli 1956, 161, che tuttavia precisa come l'attività economica non possa essere occasionale ma debba essere continuata, anche se non ha importanza la sua durata.

(7) Al riguardo, cfr. Mosco, *op. cit.*, 160, che ricorda come in tutti i Paesi a regime liberale la repressione della concorrenza sleale nasca come rimedio apprestato dallo Stato per raffrenare abusi ed inasprimenti della lotta tra imprenditori e « per garantire, così, nel limite del possibile, che il regime di libera concorrenza torni a vantaggio della massa degli imprenditori e della collettività dei consumatori », e « non si riduca invece a strumento di non tutelabili egoismi di pochi imprenditori destituiti di ogni scrupolo ».

(8) Cfr. Mosco, *op. cit.*, 161, secondo cui un argomento solido e sicuro a conforto del suo assunto può ricavarsi dal n. 1 dell'art. 2598, dove il riferimento agli atti idonei a creare confusione e all'attività di un concorrente « sembra necessariamente presupporre la qualità di imprenditore vuoi nel soggetto passivo vuoi in quello attivo ». In tali sensi cfr., tra gli altri, GHIDINI, *op. cit.*, 58.

(9) Ritengono, infatti, che soggetto dell'illecito ex art. 2598 c.c. possa essere anche un non concorrente AULETTA, MANGINI, *op. cit.*, 215 ss. secondo i quali a favore della estesa applicazione della disposizione in esame depone l'argomento che la legge ritiene opportuno proteggere la clientela contro determinati atti sicché non vi è ragione di ritenere che la tutela sia limitata solo agli atti di determinati soggetti.

(10) Cfr. per tutti sul punto: MARTORANO, *op. cit.*, 603, il quale per quanto riguarda il rapporto di concorrenza evidenzia, appunto, come debba trattarsi di c.d. « concorrenza prossima », ossia intercorrente tra due soggetti che si rivolgono allo stesso mercato, cioè ricavandosi dall'art. 2598, n. 3, c.c., che costituisce il paradigma generale dell'atto di concorrenza sleale e che parla di atti idonei a « danneggiare l'altrui azienda, cioè a sviare la clientela ». Precisa però l'autore come non occorra che la comunanza di clientela sia attuale, essendo sufficiente anche la mera potenzialità della concorrenza prossima, come avviene quando, pur operando le due imprese su mercati diversi, vi siano concrete prospettive di espansione dell'una o di entrambe sul mercato dell'altra (identità del c.d. « mercato di sbocco ») ovvero, quando, pur trattando prodotti o servizi diversi e non succedanei, vi siano concrete possibilità che l'una o entrambe amplino la loro sfera di attività includendo i prodotti o servizi dell'altra. Per l'assunto che prodotti differenti possono essere fungibili e idonei a

soggettivo richiesto è la qualifica di imprenditore del soggetto agente, la cui condotta viene a pregiudicare l'attività di altro imprenditore (11); ed essendosi anche precisato, per quanto riguarda il rapporto di concorrenza, che gli imprenditori devono rivolgersi alla stessa fascia di consumatori, offrendo loro lo stesso prodotto o lo stesso servizio (12), o offrendo sul mercato oggetti che, seppure diversi, vengano presentati però in forma tale da divenire (o da essere fatti apparire) validi surrogati di prodotti merceologicamente diversi (13).

Si è assistito ad opera della dottrina ad un graduale ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 2598 c.c., essendosi in tale direzione affermato che i presupposti voluti dalla legge in rapporto all'attività imprenditoriale sono soddisfatti se tale attività è presente o futura, sicché è configurabile una concorrenza sleale in presenza di atti di una impresa, già operante nel mercato, volti ad impedire ad altra (nascente) impresa la formazione di una propria clientela, o in presenza di atti messi in essere da impresa, che si accinga ad iniziare l'attività economica (o che l'abbia solo progettata), sempre che detti atti siano diretti ad alterare la regolare dinamica del mercato, attraverso un'attività di discredito di quanti già esercitano attività affini. Nella stessa ottica di una interpretazione estensiva del dato normativo, sono state reputate, poi, sanzionabili condotte volte a danneggiare imprese già poste in stato di liquidazione o di fallimento, pervenendosi ancora una volta a conclusioni meritevoli di ampia adesione — oltre che per quel generalizzato disfavore verso condotte capaci comunque di alterare l'ordinato andamento del mercato — anche perché si manifesta in tali fattispecie l'esigenza di difendere le imprese da condotte suscettibili di intaccarne, in un momento di crisi, la residua redditività con gravi pregiudizi per una pluralità di soggetti (ad esempio: creditori della impresa fallita; lavoratori dell'azienda ceduta dal curatore fallimentare con finalità liquidatorie del patrimonio assoggettato alla procedura concorsuale) (14).

Si è ritenuto che anche gli enti pubblici, in quanto soggetti capaci di svolgere attività economica in modo professionale (cfr. art. 2093 e 2201 c.c.) (15), possano fungere da soggetti (attivi o passivi) della concorrenza sleale; e che debba essere patrocinata in materia una nozione di impresa capace di includere anche le associazioni tra liberi professionisti (16). Anche in giurisprudenza si è statuita la configurabilità della concorrenza sleale allorché gli atti arrechino pregiudizio ad un imprenditore in fase di organizzazione della sua attività (17); ad una società che sebbene sciolta, non sia

---

soddisfare bisogni analoghi o complementari, sì da potere essere oggetto di concorrenza sleale, v.: ROTONDI, *op. cit.*, 462; ASCARELLI, *op. cit.*, 199, cui *adde*, in argomento, MOSCO, *op. cit.*, 180 ss., il quale sottolinea come ai fini dell'accertamento della concorrenza sleale, i concetti di scienza economica siano particolarmente utili per la determinazione del concetto di affinità fra beni e servizi, richiamando al riguardo i criteri della fungibilità di beni (o dei servizi), della succedaneità ed, infine, quello della strumentalità (in base al quale sarà facile affermare l'affinità di attività, ad esempio, tra chi fabbrica una macchina e chi fabbrica pezzi di ricambio di quella).

(11) Cfr. per un riferimento all'art. 2082 c.c.: App. Roma 7 settembre 1987, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, 291; Trib. Roma 23 luglio 1954, in *Giur. it.*, 1955, I, 2, 149, cui *adde*, per lo stesso indirizzo, Cass. 11 aprile 2001 n. 5375; Cass. 20 maggio 1997 n. 4458; Cass. 26 aprile 1978, in questa *Rivista*, 1978, I, 1680; Pret. Torino 4 giugno 1987, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1988, 270.

(12) Così Trib. Milano 11 novembre 1994, in *Dir. ind.*, 1995, 41.

(13) Così App. Milano 15 novembre 1994, in *Dir. ind.*, 1995, 835, cui *adde*, per l'affermazione che il rapporto di concorrenza sussiste « tra imprenditori la cui attività miri a soddisfare uno stesso o analogo bisogno e che si svolge nei confronti di una stessa categoria di consumatori ed in un medesimo ambito territoriale », Trib. Napoli 22 maggio 1990, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, 563.

(14) Cfr. al riguardo per tutti: MOSCO, *op. cit.*, 162 ss.; MARTORANO, *op. cit.*, 603.

(15) Per l'affermazione che l'art. 2598 c.c. sia applicabile anche agli enti pubblici economici v. per tutti GHIDINI, *op. cit.*, 34.

(16) Cfr. sul punto MARTORANO, *op. cit.*, 604, secondo cui nulla esclude la possibilità di una applicazione analogica ai rapporti tra soggetti esercenti la medesima attività economica, anche se non qualificabili come imprenditori (come, appunto, i liberi professionisti), ricorrendo la medesima *ratio* di mantenere entro limiti competitivi corretti il libero esercizio dell'attività economica.

(17) Così Cass. 6 maggio 1980 n. 2996, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1408, nonché, sempre per l'orientamento secondo cui la concorrenza sleale può concretizzarsi prima dell'avviamento dell'attività di impresa, Cass. 16 dicembre 1994 n. 10728 (in *Foro it.*, 1996, I, 2198, con nota di MONTARULI, *Denominazione di enti collettivi: tra tutela dell'impresa e diritti della personalità*), che ha anche evidenziato come la concorrenza sleale possa avverarsi per usurpazione anche per fatti che si verificano in fase organizzativa e che risultino preparatori e strumentali all'inizio dell'attività; App. Bologna 21 gennaio 1993, in *Soc.*, 1993, 497; Pret. Milano 23 dicembre 1986, in *Foro it.*, 1986, I, 2567.

ancora estinta, perché posta in liquidazione (18); ovvero ad una società dichiarata fallita (19). Ed ancora, si è rimarcata l'indifferenza della natura pubblica dell'impresa ai fini dell'esperibilità dell'azione ex art. 2598 c.c. a favore o contro l'impresa stessa (20), mentre — in difformità con quanto sostenuto in dottrina — si è negato da numerose decisioni di giudici di merito la legittimazione all'azione di concorrenza sleale con riferimento a rapporti tra professionisti intellettuali (21).

3. In materia di concorrenza sleale la tematica forse di più difficile soluzione attiene alla c.d. « concorrenza per interposta persona », che si configura quando l'atto di concorrenza sia messo in essere da un soggetto estraneo al rapporto di concorrenza.

Va premesso che la configurabilità di atti anche indiretti di concorrenza (art. 2598 c.c.), la prescrizione che, ai fini di un atto di concorrenza sleale, il dolo e la colpa sono richiesti soltanto per la condanna al risarcimento del danno e alla pubblicazione della sentenza (art. 2600, comma 1, c.c.), ed infine la regola secondo cui in caso di accertamento degli atti di concorrenza la colpa si presume (art. 2600, comma 3, c.c.), costituiscono elementi tutti che hanno, senza dubbio alcuno, favorito una tendenza espansiva della disciplina sulla concorrenza sleale (22).

È opinione comune in dottrina e in giurisprudenza che l'imprenditore risponde per gli atti di concorrenza sleale compiuti dai propri dipendenti (lavoratore subordinato, commesso ed ausiliario) o da lavoratori autonomi (mandatari, agenti), o anche da imprenditori legati tra loro da rapporti di collaborazione (cessionari di vendita, fornitori sulla base di contratti di lavorazione per conto di altri).

Se l'atto di concorrenza è compiuto dai suddetti soggetti dietro specifico incarico o su sollecitazione o istigazione del concorrente, questi risponde ex art. 2598 c.c. in via diretta e per fatto proprio, avendo cooperato nella commissione dell'atto illecito.

Una diversa soluzione deve, ovviamente, seguirsi nei casi in cui manchi qualsiasi forma di

(18) Cfr. per l'applicazione dell'art. 2598 c.c. all'impresa in liquidazione: Cass. 17 aprile 1991 n. 4096, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 546. *Contra*, però, App. Milano 24 novembre 1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1972, 1521.

(19) Cfr. sul punto Trib. Roma 13 febbraio 1992, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, 451, che argomenta per riconoscere la configurabilità di concorrenza sleale dalla possibilità di ripresa dell'attività, ad esempio, a seguito di riabilitazione, cui *adde*, nello stesso senso, App. Milano 19 novembre 1954, in *Riv. dir. ind.*, 1955, II, 28; Trib. Milano 22 febbraio 1994, *ivi*, 1954, II, 354. *Contra*, App. Firenze 23 maggio 1964, in *Giur. tosc.*, 1964, 909, e Trib. Napoli 26 aprile 1954, in *Foro pad.*, 1954, I, 1187, che hanno escluso l'applicazione dell'art. 2598 c.c. a favore del fallimento in ipotesi in cui era stata negata l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa.

(20) Cfr. Cass. 23 settembre 1993 n. 9665 per il riconoscimento della tutela ex art. 2598 c.c. anche all'ente pubblico, che svolge attività d'impresa e per il solo fatto che tale attività è imprenditoriale, senza che conseguentemente rilevino elementi come il pubblico interesse a cui tale attività tende o la maggiore economicità dei costi, e il diverso approccio al mercato per la vendita del prodotto.

(21) Cfr. per tale indirizzo: Pret. Verona 13 novembre 1991, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 101; Trib. Milano 22 maggio 1995, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1996, 307, che ha negato la legittimazione all'azione di concorrenza sleale in capo ad uno studio associato di architetti, cui *adde* Pret. Monza 12 ottobre 1984, *ivi*, 1985, 253; App. Trento 14 aprile 1974, *ivi*, 1972, 749.

In senso contrario, e cioè per l'applicabilità ai professionisti intellettuali della disciplina concorrenziale, più di recente: Trib. Bologna 13 agosto 1998, in *Dir. ind.*, 2000, 36.

Ricorda TESAURO, *op. cit.*, 603 e nt. 25-28, che in diritto comunitario la nozione di impresa si presenta come ampia sì da comprendere qualsiasi entità — persona giuridica o fisica — che svolga una attività economicamente rilevante, industriale o commerciale o di prestazione di servizi, ivi compreso lo sfruttamento di un opera di ingegno e l'esercizio di una professionale libera (C. giust. CE 19 gennaio 1994, in causa C-364/92, E., in *Raccolta*, 143, punto 18), *ivi* compresa l'attività dell'avvocato (C. giust. CE 19 febbraio 2002, in causa C-35/99, A., *ivi*, I-1529, dove la qualificazione dell'avvocato come impresa è presupposta dall'affermazione della Corte circa la legittimità del sistema delle tariffe previsto dalla legge italiana), e del medico (C. giust. CE 12 settembre 2000, in cause riunite C-180 e 184/98, P., *ivi*, I-6451, punto 73 ss.) nonché un'attività artistica (C. giust. CE 8 giugno 1971, in causa C-78/70, D.G., *ivi*, 487, punto 18).

(22) Per GHIDINI, *op. cit.*, 78, tale tendenza va ravvisata nella crescente « attrazione » del titolo della responsabilità propria del terzo in quella dell'imprenditore concorrente, laddove un uso rigoroso dei criteri tradizionali di applicabilità della disciplina avrebbe comportato il concorso fra una responsabilità a titolo concorrenziale con una, per così dire, a titolo aquiliano « comune ».

partecipazione (materiale o di natura volitiva) da parte del concorrente al compimento dell'atto dell'agente.

Ed invero, nel caso in cui il dipendente, l'ausiliario o il collaboratore agiscano nell'ambito dei loro compiti o delle proprie incombenze, l'imprenditore concorrente risponde in via indiretta ex art. 2049 c.c. Se, invece, l'illecito è stato commesso al di fuori delle condizioni stabilite da quest'ultima norma codicistica, la responsabilità dell'imprenditore concorrente, rimasto estraneo alla commissione dell'illecito, si configura in presenza di un interesse obiettivo dell'imprenditore all'atto di concorrenza compiuto dal suo ausiliario (23). Si è ravvisato il fondamento di tale responsabilità nell'art. 2598, n. 3, c.c., visto come norma speciale rispetto alla disposizione generale dell'art. 2049 c.c., per essere la concorrenza sleale « una categoria speciale di illecito, soggetta a disciplina ispirata a criteri repressivi più rigorosi » (24).

In questa ottica, particolarmente rigorosa è stato anche precisato, per quanto attiene all'illecito commesso dal terzo, che occorre l'esistenza di un elemento oggettivo, nel senso che tra l'agente e l'imprenditore concorrente debba sussistere una particolare relazione per effetto della quale l'attività del primo deve reputarsi svolta anche nell'interesse dell'imprenditore, non essendo richiesto un *pactum sceleris* e neppure che la condotta venga attuata e deliberata da entrambi, posto che è sufficiente, appunto, che l'azione del « non concorrente », in virtù del rapporto che l'unisce all'imprenditore concorrente, risulti direttamente « collegata all'interesse dell'imprenditore » (25). In tal caso il terzo va ritenuto responsabile in solido con l'imprenditore che si sia giovato della sua condotta, mentre mancando del tutto siffatto collegamento tra il terzo autore del comportamento lesivo del principio della correttezza professionale e l'imprenditore concorrente del danneggiato, il terzo è chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2043 c.c. e non anche del successivo art. 2598 c.c., con tutte le conseguenti differenze in tema di prova dell'elemento psicologico dell'illecito *de quo* (26).

L'orientamento — seguito dall'annotata decisione — volto ad estendere l'operatività del divieto di concorrenza sleale è stato in dottrina oggetto di riserve sia perché detto orientamento rende responsabile l'imprenditore di atti compiuti da terzi non soggetti alla sua direzione e vigilanza e quindi al di fuori della sua sfera di controllo, sia perché rischia di qualificare come concorrenza sleale atti (ad esempio una manifestazione di critica), provenienti da qualsiasi terzo imprenditore per il solo fatto che coincidano oggettivamente con l'interesse del concorrente (27). Anche la giurisprudenza talvolta, in linea con l'indicato orientamento, ha ritenuto necessario un'attiva compartecipazione da parte dell'imprenditore avvantaggiato in presenza di atti illeciti messi in essere dal terzo (28).

Orbene, le riserve verso una nozione oggettivistica della responsabilità per concorrenza sleale, che ha trovato riscontro anche sul versante dei rapporti tra società controllante e controllata (29), sollecitano qualche considerazione di carattere più generale.

(23) In giurisprudenza per l'affermazione che vada data rilevanza all'obiettivo vantaggio prodotto al concorrente al punto che, ove tale interesse oggettivo sia dimostrato, la sua responsabilità si dovrebbe presumere, cfr. Trib. Torino 28 novembre 1985, in *Giur. piem.*, 1996, 232.

(24) Cfr. in tali sensi in motivazione: Cass. 10 luglio 1978 n. 3446, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1978, 69, e, più di recente, per l'affermazione che si tende — in presenza di un rapporto giuridico (lavoro subordinato, autonomo, preposizione ecc.) — a reputare « oggettivamente » responsabile il concorrente avvantaggiato: App. Bologna 17 luglio 1995, *ivi*, 1996, 401.

(25) In questi termini in motivazione: Cass. 18 dicembre 1991 n. 13623; Cass. 25 luglio 1986 n. 4755, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1986, 1989; Cass. 15 marzo 1985 n. 2018, *ivi*, 1983 e, per i giudici di merito, Trib. Milano 29 settembre 1988, *ivi*, 1988, 2335.

(26) In questi precisi termini, Cass. 11 aprile 2001 n. 5375, cit.

(27) Cfr., in tali sensi, AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO, *Impresa e lavoro*, IV, Torino 1984, 352 s., che dichiara di condividere l'opinione di quella dottrina che ritiene che anche in materia di concorrenza sleale un atto possa essere imputato al concorrente, in assenza della prova della sua diretta partecipazione al compimento dello stesso, solo sulla base e nei limiti dell'art. 2049 c.c. o, se si vuole, sulla base di un principio generale in materia di illecito di cui l'art. 2049 c.c. è espressione.

In argomento v. anche: GHIDINI, *op. cit.*, 85, nonché GUGLIELMETTI G. e G., *Concorrenza*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, III, Torino 1988, 314 ss.

(28) Così App. Milano 14 febbraio 1986, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1987, 2113; Trib. Milano 20 dicembre 1972, *ivi*, 1972, 349; Trib. Genova 12 giugno 1972, *ivi*, 929.

(29) Per la responsabilità della società controllante per gli atti di concorrenza sleale della società controllata v.: App. Milano 22 giugno 1988, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1988, 420, e per la

È stato sottolineato di recente come le c.d. « clausole elastiche » trovino in materia di concorrenza sleale un campo applicativo privilegiato, come è attestato tra l'altro dalla lettera dell'art. 2598, n. 3, c.c., nella cui previsione si è individuata una funzione, appunto, di « clausola generale di adeguamento dell'ordinamento », diretta a rispondere ad una « esigenza di elasticità di fronte ai comportamenti di mercato » (30). Tale tecnica legislativa, lasciando al giudice larghi spazi interpretativi, potrà agevolare una rielaborazione giurisprudenziale nei sensi auspicati da tempo da autorevole dottrina, e segnatamente verso indirizzi innovativi aventi come criterio di riferimento non quello concorrenziale (art. 41, comma 1, cost.) ma quello « sociale » (art. 41, comma 2, cost.): sintesi di tutti gli interessi extraimprenditoriali garantiti dalla Carta costituzionale (31).

In tale direzione è certamente apprezzabile un tentativo di rivisitazione dell'indicata nozione oggettivistica della responsabilità ex art. 2598 c.c. che — abbandonando la difesa ad ogni costo del mercato come bene in sé — esima l'imprenditore dalla suddetta responsabilità, allorquando non siano ravvisabili condotte ad esso imputabili né comportamenti pregiudizievoli per i consumatori.

GUIDO VIDIRI

---

responsabilità della società per gli atti del socio che si rivolgono obiettivamente a vantaggio della prima, Trib. Milano 8 giugno 1972, *ivi*, 1972, 209.

Condivide detto indirizzo in dottrina: GHIDINI, *op. cit.*, 87 ss.

(30) Così Cass. 9 giugno 1998 n. 5671, in *Guida al diritto*, 1998, n. 28, p. 16. In dottrina per un esaustivo esame delle clausole generali nell'attuale assetto ordinamentale, cfr. FABIANI E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile* diretta da PROTO-PISANI, IX, Torino 2003, 506-553, cui si rinvia per quanto attiene alla concorrenza sleale.

(31) Cfr., sul punto, GHIDINI, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano 1976, 819.