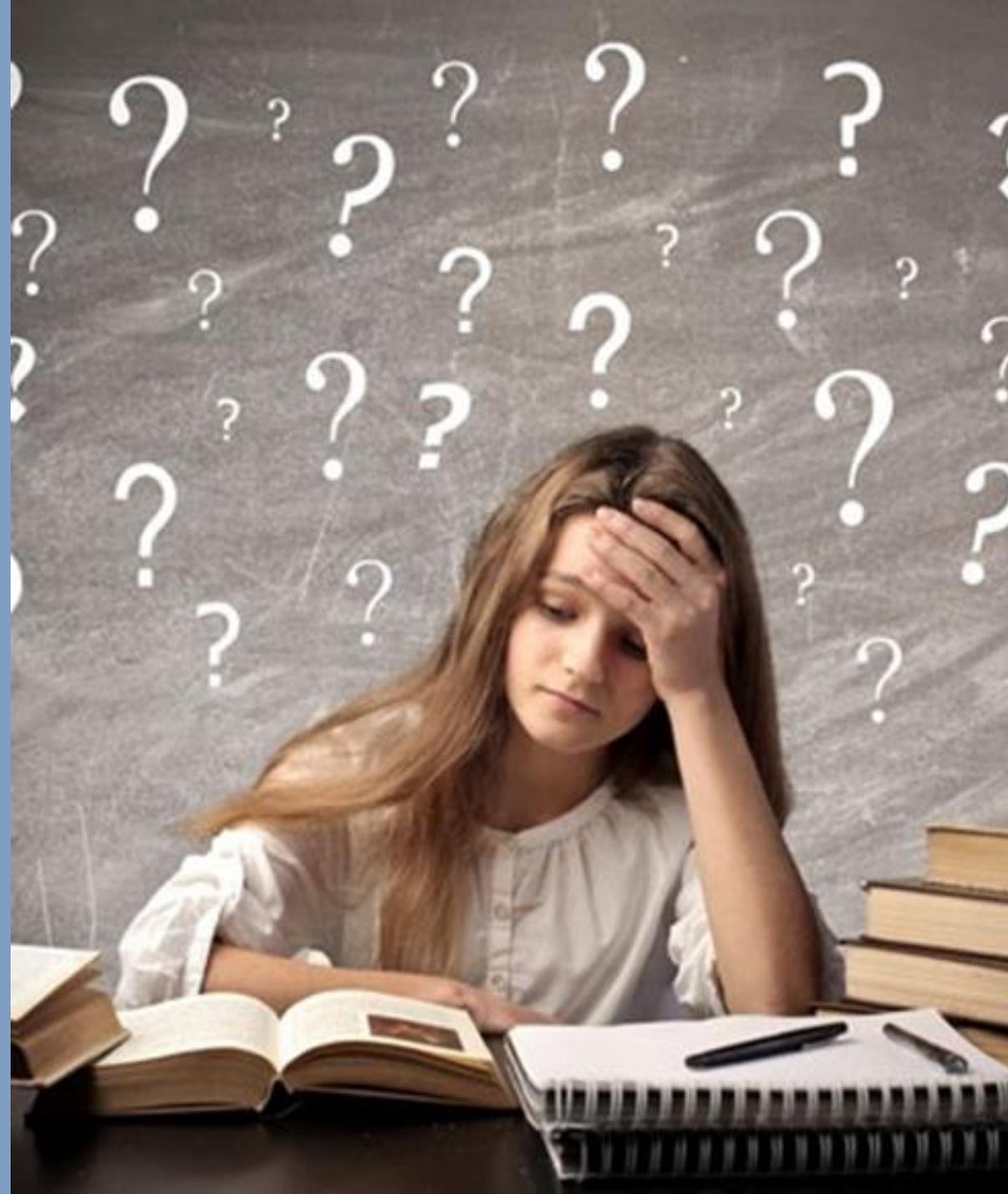


IL GIOCO DELLA CONCORRENZA

Dott.ssa Susanna Lopopolo - Dottore di Ricerca e Assegnista in Diritto
commerciale, Università di Bari
susanna.lopopolo@uniba.it

© *All rights are reserved*

**NOZIONE DI
CONCORRENZA**



➤ **LA CONCORRENZA DEGLI ANTICHI**

Idea archetipa di **mercato** come «**luogo naturale di libero scambio fra gli individui**» al quale è assegnata una funzione socialmente utile. Ma perché tale funzione si realizzi è necessario che gli scambi avvengano senza frodi e senza intimidazioni, tra soggetti portatori di libere volontà e quindi capaci di negoziare «alla pari» e al giusto prezzo.

- **CRIMEN MONOPOLII** (Aristotele, IV a.c.; papiri del 3.000 a.C. circa che menzionano monopoli privati sulla lana e sui tessuti nell'antico Egitto; codice di Hammurabi del 1800 a.C. circa; leggi della città-stato sumera di Lagash del 2400 a.C. circa).

➤ **LA CONCORRENZA MEDIEVALE E MODERNA** (c.c.dd. economie precapitalistiche)

Il libero commercio e il divieto di monopolio sono i pilastri del modello organizzativo dei mercati dell'Europa medievale e moderna, ma si diffondono e rafforzano le organizzazioni corporative delle attività produttive (*collegia* romani) in funzione di garanzia della qualità dei prodotti: nel tempo, esse rappresentano una deroga sempre più pervasiva alla libertà di mercato, giustificata da ragioni di utilità sociale relative ad alcune produzioni di beni e servizi.

➤ **MERCANTILISMO** (XVII – XVIII secolo)

Sostituisce l'idea antica e medievale di un ordine naturale delle cose e di un naturale equilibrio fra le attività umane con l'ideale dello **sviluppo economico**. Muta la concezione del potere pubblico (monarchico) rispetto all'economia: lo Stato moderno assume fra i propri compiti quello di sostenere gli investimenti produttivi che possono contribuire allo sviluppo economico (es. Compagnie coloniali).

Nascita dei monopoli legali creati dal potere sovrano (es. monopoli a favore di inventori e stampatori)

➤ **LIBERISMO ECONOMICO** (fine del XVIII secolo in poi...)

L'ideale dello sviluppo economico permane, ma la funzione sociale dei monopoli legali è duramente criticata in quanto espressione di un rapporto di fedeltà/protezione fra imprese e Stato (di matrice feudale) che limita la potenziale espansione delle iniziative economiche degli individui: lo Stato deve solo garantire la libertà dei commerci e degli scambi; lo sviluppo sarà garantito dalla “mano invisibile” del mercato (Adam Smith).

Il termine concorrenza inizia ad assumere l'accezione di “competizione”, “rivalità” per il conseguimento di un premio (profitto): non serve più solo a garantire la formazione del giusto prezzo e l'ordine naturale degli scambi, bensì anche (e soprattutto) a stimolare l'innovazione e lo sviluppo economico. Il problema principale da affrontare è quello degli “eccessi” di concorrenza e delle conseguenze antisociali che ad essi si connettono poiché la concorrenza lasciata a se stessa porta inevitabilmente alla formazione di monopoli a seguito di pratiche predatorie o alla formazione di cartelli (c.d. ordoliberalismo), con ricadute negative sul c.d. *consumer welfare*.

- Nella fase più recente, l'idea guida è quella per cui la tutela della concorrenza si identifica non più con la tutela di una certa struttura di mercato ma come una disciplina volta a realizzare un **ottimale funzionamento del mercato**, con l'obiettivo di realizzare il massimo benessere del consumatore. Il bene giuridico «concorrenza» consiste in una certa modalità di funzionamento della competizione fra imprese, in un **processo dinamico** nel quale:
 - a) lo strumento principale di concorrenza è costituito dall'**innovazione tecnologica o commerciale**, traducendosi in miglioramenti dell'offerta rivolta dalle imprese ai consumatori;
 - b) il successo dell'impresa dipende dal **giudizio finale dei consumatori** che devono essere in grado di esprimere una consapevole libertà di scelta;
- Nascita delle Autorità Amministrative Indipendenti (*Federal Trade Commission; AGCM; Bundeskartellamt; Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*): c.d. public enforcement
- Sviluppo di rimedi privatistici (disciplina della concorrenza sleale e *private antitrust enforcement*).

MACRO-CONCORRENZA

in senso soggettivo: come libertà di iniziativa economica (art. 41 della Costituzione), e quindi come diritto di agire nel mercato liberamente e intraprendere qualsivoglia attività imprenditoriale;

in senso oggettivo: come situazione di mercato, e quindi come diritto di libero accesso al mercato

- Intese restrittive della concorrenza
- Abuso di posizione dominante
- Concentrazioni

MICRO-CONCORRENZA

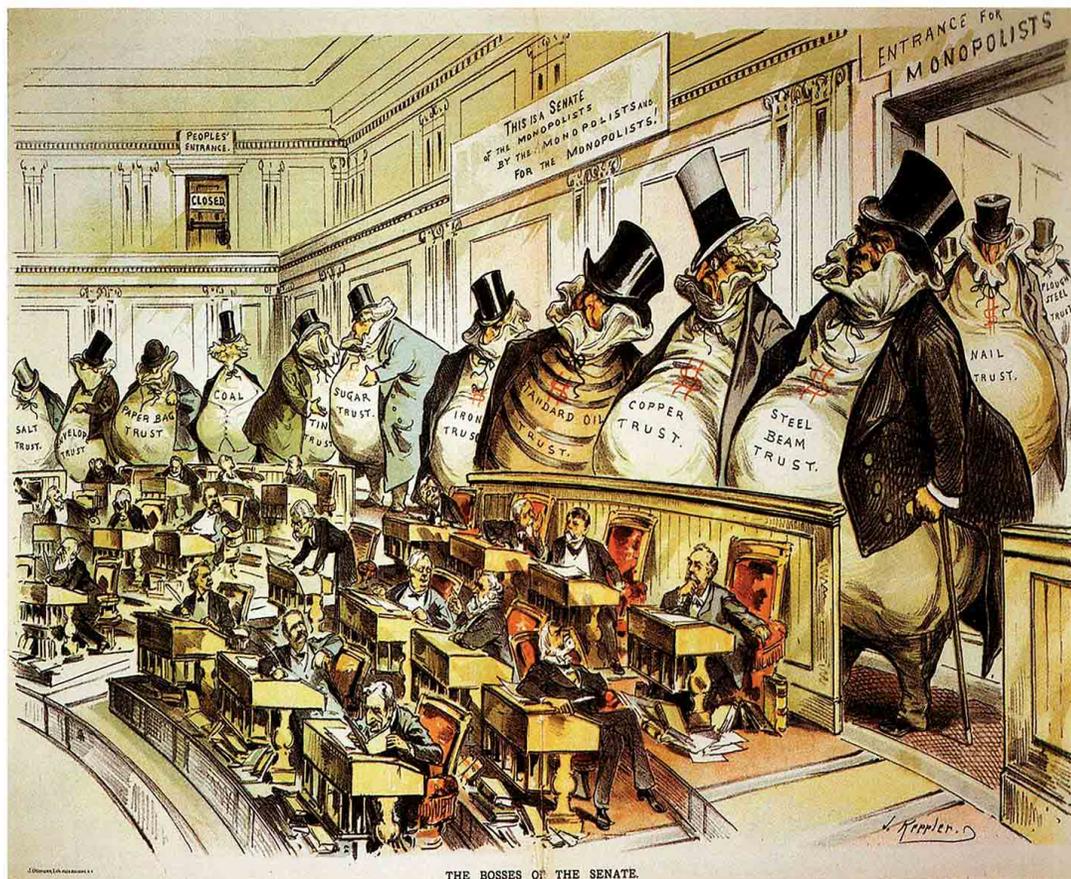
Forma di concorrenza tra imprenditori rappresentata dall'utilizzazione diretta o indiretta da parte di un imprenditore di mezzi o tecniche non conformi ai «principi della correttezza professionale» e idonei a danneggiare l'azienda di un concorrente.

- Limiti legali e convenzionali della concorrenza (artt. 2596 e 2597 c.c.)
- Atti di concorrenza sleale (artt. 2598 - 2601 c.c.)

MACRO-CONCORRENZA
(ANTITRUST)



LE ORIGINI DELL'ODIERNA DISCIPLINA ANTITRUST



➤ Caso Standard Oil

Nel 1881, la Standard Oil di Rockefeller costituisce un Trust che raggiunge il 90% dell'intero mercato petrolifero. Nel tempo, il Trust restringe il mercato attraverso accordi preferenziali con le ferrovie, il controllo degli oleodotti e mettendo in atto pratiche anticoncorrenziali volte ad estromettere i concorrenti più piccoli dal mercato.

➤ SHERMAN ACT 1890

➤ 15 maggio del 1911

La Corte Suprema degli Stati Uniti ordinò lo spaccettamento della Standard Oil Company in 34 società.

IN EUROPA

- **Trattato di Roma istitutivo della CEE (1957)**
introduzione del primo nucleo comune di norme antitrust sul modello nordamericano in tema di intese, abuso di posizione dominante e aiuti di Stato (artt. 81-89 attuali artt. 101-109 Trattato FUE);
- Regolamento europeo sulle concentrazioni (Reg. n. 4064/1989), modificato con il Reg. n. 139/2004;
- **DIGITAL MARKETS ACT (2022)**

IN ITALIA

- Carta Costituzionale del 1948: il principio della libertà di concorrenza non era stato previsto.
- Dopo l'adesione dell'Italia al Trattato di Roma e l'ingresso nella CEE gli interpreti ravvisarono la fonte costituzionale della libertà di concorrenza nell'**art. 41 Cost.** che enuncia la libertà d'iniziativa economica, sostenendo che solo un mercato libero, governato dal principio di concorrenza, può garantire agli imprenditori la libertà di accesso al mercato, la crescita endogena dei più efficienti e la espulsione dal mercato degli operatori inefficienti.
- Nel 1990 fu varata dal Parlamento italiano la prima **legge antitrust interna L. n. 287 del 10 ottobre 1990** che recepiva le disposizioni del Trattato di Roma e del regolamento sulle concentrazioni e creava in Italia l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) detta Autorità Antitrust.
- Solo nel **2001** con la legge Costituzionale n. 3, che ha novellato l'**art. 117, nel comma 2, lett. e)** è stata affermata la tutela della concorrenza come principio costituzionale, oltre che come materia di competenza esclusiva dello Stato.

I - PRINCIPIO DI SUPREMAZIA (ART. 1, COMMA 4, L. 287/90)

“L’interpretazione delle norme antitrust nazionali è effettuata in base ai principi dell’ordinamento della CE in materia di disciplina della concorrenza”.

E’ un criterio che consente in sede applicativa di recepire le interpretazioni che la giurisprudenza comunitaria fa dei principi espressi negli artt. 101 (ex 81) – 109 (ex 89) Tratt. ex CEE oggi FUE (Funzionamento dell’Unione Europea) come modificato dal Trattato di Lisbona del 2007 e dalle altre fonti del diritto Antitrust.

II - CRITERIO DELLA BARRIERA MOBILE

determina **l’applicazione residuale della legge nazionale** rispetto a quella comunitaria in ragione dell’applicazione della legge comunitaria ogni qualvolta venga ravvisato **“il pregiudizio al commercio fra gli Stati membri”** (art. 101, 1° comma, ex 81 Tratt. FUE) e della legge nazionale nel caso di alterazioni della concorrenza **“nel mercato nazionale o in una sua parte rilevante”** (art. 2, comma 2, l. 287/90).

L’AGCM italiana è tenuta a sospendere l’istruttoria relativa a fattispecie per le quali sia iniziata, anche in un momento successivo, una procedura d’infrazione presso la Commissione CE.

CRITERI DI
COORDINAMENTO

III - PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

nei settori che non sono di esclusiva competenza della Commissione CE questa può operare soltanto se gli obiettivi dell'azione proposta, in considerazione della sua rilevanza e dei suoi effetti, possano essere meglio realizzati dagli organi della Comunità piuttosto che dalle Autorità dei singoli Stati Membri.

Lo scopo è quello di rendere incisiva e uniforme l'applicazione della disciplina antitrust comunitaria nell'intero territorio dell'Unione.

IV - PRINCIPIO DI DECENTRAMENTO (REG. N. 1/2003)

Alcune competenze della Commissione CE (come le autorizzazioni in deroga per categorie relative alle intese restrittive della concorrenza ai sensi dell'art. 101 Tratt. FUE e la revoca delle autorizzazioni stesse) possono essere rimesse ai singoli Stati membri al fine di alleggerire e snellire il carico di lavoro della Commissione UE.

AMBITO DI APPLICAZIONE OGGETTIVO

GEOGRAFICO

Area geografica o parte del territorio nazionale in cui DOMANDA e OFFERTA di certi prodotti sono REGOLARI e COSTANTI, ossia con **condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee**.

Intero territorio nazionale (se vi sono al suo interno condizioni di concorrenza sufficientemente omogenee) ovvero zona geografica più limitata che, per le peculiari condizioni di domanda e offerta sufficientemente omogenee, deve essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue dove mancano le stesse condizioni di concorrenza.

Es. caso del trasporto aereo (area di operatività del vettore aereo vs. tratte)

MERCEOLOGICO

Mercato dei prodotti identici, affini o intercambiabili tra loro nella valutazione dei consumatori (per la natura, le caratteristiche, il prezzo e l'impiego).

Es. latte o banane (caso United Brands): in virtù della non sostituibilità delle diverse tipologie di latte in commercio (per caratteristiche organolettiche, prezzo ed altre valutazioni proprie dei consumatori) è possibile distinguere tanti mercati quanto meno per il latte fresco, il latte UHT, il latte per l'infanzia e il latte senza lattosio, non essendo i destinatari dell'offerta di ciascuna di queste tipologie di prodotto sostituibili con quelli dell'altra tipologia elencata.

AMBITO DI APPLICAZIONE SOGGETTIVO

Soggetti che esercitano un'attività d'impresa, intendendosi per impresa (secondo la nozione elaborata dalla Corte di Giustizia UE e recepita anche in Italia) **qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico** (individuale, collettivo, ente pubblico o società privata, persona giuridica e non), dalla sua organizzazione e dalle sue modalità di finanziamento.

Ambito più ampio di quello dell'art. 2082 c.c., che assoggetta al diritto della concorrenza i professionisti intellettuali e i relativi Ordini Professionali, le associazioni imprenditoriali di categoria, il titolare di un brevetto che lo abbia concesso in licenza, l'artista o il lavoratore autonomo che sfruttino economicamente la propria arte o lavoro, l'amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato ecc.

- Per i **gruppi societari** l'orientamento prevalente negli ultimi 10 anni è nel senso di considerarli come un soggetto unitario, anche se formato da tante società giuridicamente autonome e distinte, poiché si fa leva sulla **unitarietà economica del gruppo di imprese** piuttosto che sulla indipendenza giuridica. Di conseguenza le operazioni infragruppo non saranno sanzionabili come intese restrittive della concorrenza, in quanto provenienti da soggetti distinti, bensì come abuso collettivo di posizione dominante, come se si trattasse di comportamenti posti in essere da un unico soggetto in posizione dominante sul mercato.

INTESE RESTRITTIVE DELLA
CONCORRENZA



ART. 2, L. 287/90

«1. Sono considerati intese gli **accordi** e/o le **pratiche concordate** tra imprese nonché le **deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.**

2. Sono vietate le intese tra imprese che abbiano **per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza** all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con altri contraenti, condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun rapporto con l'oggetto dei contratti stessi.

3. Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto.

ESENZIONI INDIVIDUALI (art. 4 l. antitrust – art. 101, co. 2, TFUE) → Le autorizzazioni sono rilasciate per un periodo limitato e sono sempre revocabili dall'AGCM:

- ✓ le intese diano luogo a **miglioramenti delle condizioni di offerta** sul mercato di certi beni o servizi;
- ✓ producano un **sostanziale beneficio per i consumatori**;
- ✓ non comportino **restrizioni della concorrenza** che **non siano strettamente necessarie** (principio di necessità e proporzionalità degli effetti anti-concorrenziali);
- ✓ **non** comportino **l'eliminazione della concorrenza** da una parte sostanziale del mercato;
- ✓ “tener conto della necessità di **assicurare la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale**” delle imprese italiane.

Condizione discriminatoria volta a favorire le imprese italiane a scapito di quelle comunitarie o extracomunitarie (in contrasto con l'art. 18 TFUE che vieta ogni discriminazione sul piano della nazionalità per i cittadini come anche per gli operatori economici della UE) e potrebbe fungere anche da norma protezionistica in contrasto con gli obiettivi generali del mercato unico europeo che deve essere “altamente competitivo” ex art. 3 TUE. Questa considerazioni hanno portato a ritenere la disposizione in parola contraria ai principi del diritto antitrust europeo e, per il principio di supremazia del diritto UE su quello nazionale, non applicabile.

ESENZIONI PER CATEGORIA → sono previste da appositi Regolamenti comunitari ed hanno per oggetto

- ✓ Gli accordi verticali (Reg. 2790/1999);
- ✓ Gli accordi di Ricerca e Sviluppo (R&S) – (Reg. 1217/2010);
- ✓ Gli accordi di specializzazione (Reg. 1218/2010);
- ✓ Il settore della distribuzione e vendita automobilistica (Reg. 461/2010)

ABUSO DI POSIZIONE
DOMINANTE



ART. 3, L. 287/90

«1. È vietato **l'abuso da parte di una o più imprese** di una **posizione dominante** all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato:

- a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori (manca la fattispecie della ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento, presente nell'art. 2 sulle intese, poiché la compartimentalizzazione dei mercati non rientra di regola tra gli obiettivi dell'impresa in posizione dominante, la quale ha semmai l'interesse opposto a concentrare);
- c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi (pratiche leganti o *tying contracts*);

«*posizione in cui si trova una impresa che le consente di **influire notevolmente sul mercato** e di tenere un **comportamento relativamente indipendente** dagli altri **operatori concorrenti** e dalle **aspettative dei consumatori**» [sentenza Corte Giust. CE 27/76, 14 febbraio 1978, caso United Brands vs Commission, seguita dal secondo caso storico Hoffmann vs La Roche, CGCE, C-85/76, 13 febbraio 1979].*

Le pratiche discriminanti o escludenti

L'essential facility doctrine (di origine nordamericana) si è formata e sviluppata, a partire dal 1912 *leading case* quello della *Railroad*, in relazione all'accesso ad infrastrutture di pubblica utilità non replicabili o non facilmente replicabili per le quali si poneva l'esigenza di un accesso multiplo da parte di più operatori per garantire la pluralità dell'offerta sul mercato di riferimento.

Successivamente tale teoria è stata adattata per risolvere controversie derivanti dalla chiusura dei mercati delle *information technologies* provocata da abusi del diritto di *copyright* o di IPRs (brevetti, disegni o modelli industriali).

- Il primo caso in Europa è stato il caso Magill (Decisione Comm. C-89/205/CEE, 21.12.1988 *Magill TV guide vs BBC, ITP, RTE*; Trib. CEE, T-70/89, 10 luglio 1991; CG, 6.4.1995 – cause riunite C-241/91 e C-242/91) in cui tre emittenti televisive britanniche (BBC, RTE e ITV) si erano rifiutate di comunicare i loro palinsesti alla società irlandese Magill, impedendole in tal modo di realizzare una guida televisiva settimanale generale. La Corte ha affermato in quella sede che il rifiuto di cedere tali informazioni integrava un abuso di posizione dominante (*i.e.* un abuso del diritto d'autore sui palinsesti) in quanto ostacolava l'emergere di un prodotto nuovo che le emittenti non offrivano e quindi la creazione di un nuovo mercato, oltre che apparire il **rifiuto di concedere la licenza non giustificato rispetto alla necessaria tutela del diritto di privativa**. Inoltre la licenza sui palinsesti appariva condizione indispensabile per l'accesso al mercato a valle e dunque simile ad una **infrastruttura irreplicabile, infungibile o insostituibile**.

- Standard Essenziali (*Standard Essential Patents* o SEPs) nel settore della tecnologia degli *smartphone*, in cui la EFD è stata superata attraverso la fissazione dell'obbligo di licenze a condizioni FRAND (*Fair Reasonable and Non-Discriminatory*) **Corte di Giustizia (nota come caso Huawei, C-170/2013, del 16.7.2015)**
-

Sono state così fissate nel dettaglio quattro condizioni di legittimità per l'esercizio (non abusivo) dell'azione di contraffazione:

- ✓ Deve esserci stato un **avvertimento al presunto contraffattore** di addebito della contraffazione (una costituzione in mora) da parte del titolare del SEP;
- ✓ Il **titolare del SEP deve avere manifestato la sua volontà incondizionata di stipulare una licenza** a condizioni FRAND;
- ✓ Il titolare del SEP deve aver avanzato una proposta di licenza a condizioni FRAND;
- ✓ Il presunto contraffattore deve aver attuato tattiche dilatorie volte inequivocabilmente ad evitare la conclusione dell'accordo di licenza.

L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA O POSIZIONE DOMINANTE RELATIVA

(art. 9, l.n. 192/1998 c.d. legge sulla subfornitura)

1. È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello **stato di dipendenza economica** nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui **una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi**. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di **reperire sul mercato alternative soddisfacenti**. (++) **Salvo prova contraria, si presume la dipendenza economica nel caso in cui un'impresa utilizzi i servizi di intermediazione forniti da una piattaforma digitale che ha un ruolo determinante per raggiungere utenti finali o fornitori, anche in termini di effetti di rete o di disponibilità dei dati.**

2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. (++) **Le pratiche abusive realizzate dalle piattaforme digitali di cui al comma 1 possono consistere anche nel fornire informazioni o dati insufficienti in merito all'ambito o alla qualità del servizio erogato e nel richiedere indebite prestazioni unilaterali non giustificate dalla natura o dal contenuto dell'attività svolta, ovvero nell'adottare pratiche che inibiscono od ostacolano l'utilizzo di diverso fornitore per il medesimo servizio, anche attraverso l'applicazione di condizioni unilaterali o costi aggiuntivi non previsti dagli accordi contrattuali o dalle licenze in essere.**

3-bis. Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia **rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato**, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso.

La posizione di dominanza può manifestarsi anche in relazione ad un **contratto o rapporto negoziale interprivatistico** tra imprese che si trovino tra loro in rapporto di **disequilibrio economico** e conseguentemente abbiano anche sul piano giuridico un palese disequilibrio di diritti e di obblighi.



CONCENTRAZIONI

Art. 5, L. 287/90

«1. L'operazione di concentrazione si realizza:

a) quando due o più imprese procedono a **fusione**;

b) quando uno o più soggetti in **posizione di controllo di almeno un'impresa** ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;

c) quando due o più imprese procedono alla **costituzione di un'impresa comune** che esercita stabilmente tutte le funzioni di un'entità autonoma. 2. [...] 3. [...]»

➤ **Effetto concentrativo:** *quell'alterazione dell'equilibrio economico di due o più entità che produce una modifica duratura del controllo (art. 3, reg. 139/2004), intendendosi per controllo quello dei fattori della produzione di un'impresa. Quindi in via interpretativa la concentrazione si può definire come **un effetto di riduzione del numero delle imprese concorrenti sul mercato in conseguenza di operazioni miranti all'eliminazione di alcuni soggetti o alla perdita della loro indipendenza sul mercato, che risulta prodromico ad un abuso di posizione dominante.***

- 1) l'indipendenza economica delle imprese interessate dal processo concentrativo (condizione che risulta mancante nel caso di imprese appartenenti ad un medesimo gruppo);
- 2) il carattere duraturo e stabile della modifica e degli effetti che l'operazione realizza.

Controllo preventivo sulle operazioni suddette, mediante un obbligo in capo alle imprese interessate di dare comunicazione dell'operazione al Garante per la Concorrenza e il mercato (che a seconda della quota di mercato interessata sarà il Garante europeo o nazionale); l'Autorità dovrà vagliare entro 30 gg. se l'operazione sia pericolosa o meno, facendo un giudizio prognostico *ex ante* sugli effetti anti- concorrenziali che dalla concentrazione potranno derivare (v. oltre).

Devono ricorrere cumulativamente (dal 1° gennaio 2013) le condizioni ex art. 16 l. 287/90: superamento delle soglie di fatturato nazionale della singola impresa e di quelle coinvolte;

Per molto tempo è stato utilizzato il c.d. **test di dominanza** (*“pericolo di costituzione o rafforzamento di una posizione dominante”*), poi sostituito con il nuovo Reg. 139/2004, art. 2, dal ***criterio dell'ostacolo significativo alla concorrenza effettiva***

- l'Autorità deve valutare se un'operazione concentrativa comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale e in caso affermativo **se questa posizione sul mercato sia idonea ad eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza dal mercato.**

Pertanto oggi il rafforzamento o la formazione di una posizione di dominanza creano solo una situazione presuntiva di incompatibilità della concentrazione ma resta solo come indicazione tipica ed esemplificativa di applicazione di un criterio più ampio, che è quello dell'*ostacolo significativo alla concorrenza effettiva*.

ENFORCEMENT ANTITRUST

- ✓ «**Doppio binario di tutela**» (PUBLIC E PRIVATE ENFORCEMENT) rappresentato dalla competenza parallela nell'applicazione delle regole antitrust di Commissione Europea e Autorità Nazionali di Concorrenza, da un lato, e giurisdizioni nazionali dall'altro;
- ✓ **Cumulabilità**;
- ✓ **Stretta complementarietà** (che si estrinseca principalmente in punto di onere probatorio); non sussiste un rapporto di tipo gerarchico («I consider that Regulation No 1/2003 and the case-law of the Court have not established **any *de jure* hierarchy or order of priority** between public and private enforcement of EU competition law and private actions for damages» (AG Mazar nel caso C-360/09, *Pfleiderer v. Bundeskartellamt*))

PUBLIC ENFORCEMENT

MODELLI DI DISCIPLINA:

- **PER SE CONDEMNATION** (primo modello storicamente attuato con lo Sherman Act): prevede la sanzionabilità per illiceità di ogni condotta che si presenti **conforme alla fattispecie astratta prevista dal legislatore** e che sia **atta a compromettere la concorrenza**;
- **RULE OF REASON** (per mitigare il rigore della per sé condemnation, fu introdotto il parametro della ragionevolezza): per sanzionare un illecito antitrust non è più sufficiente il mero riscontro di conformità della fattispecie concreta con la fattispecie astratta tipizzata dal legislatore, ma è necessario altresì verificare che l'effetto di una certa intesa in termini di alterazione della concorrenza non sia trascurabile ed insignificante, bensì tanto grave da **provocare un irragionevole pregiudizio concorrenziale**.
- **MISTO** (europeo ed italiano):
 - A) Si presumono non sanzionabili, poiché produttive di una alterazione irrilevante o ininfluyente sul libero gioco della concorrenza, (ma si tratta di presunzione semplice suscettibile di prova contraria) gli accordi restrittivi della concorrenza di minore portata, c.d. **intese bagatellari o de minimis**;
 - B) All'Autorità Antitrust è riconosciuto un potere discrezionale di stabilire, caso per caso e soppesando tutte le circostanze concrete, se un determinato accordo (pur restrittivo della concorrenza) produca effetti pro-concorrenziali, tali da compensare il pregiudizio arrecato alla libertà di concorrenza nel mercato e contribuendo al suo migliore funzionamento.



I POTERI DELL'AGCM

➤ **SANZIONATORI E CAUTELARI** (artt. 14-bis, 14-ter, 15).

Può comminare sanzioni amministrative di tipo pecuniario e non, contro cui è ammesso ricorso davanti al giudice amministrativo secondo le regole del nuovo Codice del Processo Amministrativo (art. 33, 1° comma, novellato dalla l. 104/2010).

Nel caso di concentrazioni illecite il Garante ha un ampio potere sanzionatorio che può comportare l'imposizione di sanzioni anche atipiche, quali le *misure di deconcentrazione* e le *modifiche degli accordi* necessarie per eliminare o attenuare alcuni o tutti gli effetti distorsivi della concorrenza (art. 19);

➤ **ISTRUTTORI** (art. 14)

Può assumere testimonianze, richiedere informazioni, esibizione di documenti, disporre ispezioni in collaborazione con altri organi dello Stato (GdF, Carabinieri e Polizia), disporre perizie e analisi economiche e statistiche.

Nell'esercizio di tali poteri i funzionari dell'AGCM sono pubblici ufficiali e sono vincolati al segreto d'ufficio e al segreto istruttorio.

- **D'INDAGINE E CONOSCITIVI** (art. 12): si tratta delle indagini in sede istruttoria e delle indagini conoscitive generali su interi settori economici dove vi sia il sospetto di impedimenti o restrizioni della concorrenza (grande uso ne ha fatto il presidente Catricalà, v. indagine conoscitiva sui big data avviata congiuntamente al Garante per la Privacy).
- **CONSULTIVI** (artt. 21 e 22): potere di rilascio di pareri ex ante o di segnalazioni ex post al Governo o al Parlamento su progetti o proposte di legge durante l'iter di approvazione o successivamente alla loro approvazione, al fine di conoscere l'impatto concorrenziale di tali provvedimenti legislativi sul mercato.
- **IMPUGNATORI** (nuovo art. 21-bis introdotto con il I Decreto Monti del 6.12.2011 n. 201 Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici, art. 35-Potenziamento dell'Antitrust): si tratta di nuovi poteri di impugnativa giudiziaria e giurisdizionale avverso gli atti normativi, regolamentari e amministrativi delle pubbliche amministrazioni, quando essi violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

A partire dal 2006 (art. 14, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in L. 4 agosto 2006, n. 248) sono stati introdotti:

- **“IMPEGNI”** (ad opera dell’art. 14, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in L. 4 agosto 2006, n. 248) con il nuovo art. 14-ter, che hanno avuto grande “successo” perché consentono alle imprese di evitare la conclusione della procedura d’infrazione avviata contro di esse evitando altresì la sanzione, purchè propongano entro tre mesi dall’apertura dell’istruttoria “impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell’istruttoria. L’Autorità, valutata l’idoneità di tali impegni, può renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l’infrazione”.
- c.d. **programmi di clemenza** (ex art. 15, comma 2-bis), con i quali è stato attribuito all’AGCM il potere di non applicare la sanzione o di ridurla, qualora un’impresa abbia collaborato nell’accertamento di infrazioni, autodenunciandosi e fornendo informazioni o prove documentali fondamentali per la scoperta di intese segrete di particolare gravità.

I POTERI DEL GOVERNO IN MATERIA DI CONCENTRAZIONI (ART. 25)

➤ **Autorizzazione di operazioni concentrative** vietate ai sensi dell'art. 6 l.287/90

Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Industria, determina in linea generale e preventiva i criteri in base ai quali l'AGCM può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazioni vietate, semprechè esse non comportino l'eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali. L'Autorità in questi casi prescrive le misure necessarie per il ristabilimento delle condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato;

➤ **Interdittiva di operazioni concentrative**

Quando ad operazioni concentrative partecipino enti o imprese di Stati che non garantiscono l'indipendenza degli enti o delle imprese con norme equivalenti a quelle italiane, o applicano disposizioni discriminatorie nei confronti di imprese italiane, il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa delibera del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Industria, può entro 30 giorni dalla comunicazione dell'operazione, vietarla per ragioni legate alla tutela dell'economia nazionale.

PRIVATE ENFORCEMENT

Nel caso in cui l'illecito antitrust abbia anche arrecato un danno patrimoniale a singole imprese concorrenti o ai consumatori questi potranno agire in sede civile dinanzi alle Sezioni Specializzate dei Tribunali per le Imprese competenti per territorio (art. 33, 2° comma novellato dal d.l. 1/2012) ed ottenere:

- la **declaratoria di nullità dei contratti** viziati da intese o abusi di posizione dominante;
- il **risarcimento dei danni subiti**;
- **provvedimenti inibitori urgenti** (a seguito della condanna del Garante o parallelamente al procedimento antitrust)

Con la Direttiva 104/2014/UE recepita in Italia con il **D. Lgs. n. 3, 19 gennaio 2017** che ha disciplinato in maniera omogenea il Private Enforcement nel diritto Antitrust, imponendo soluzioni omogenee nei diversi ordinamenti sulla tutela privatistica conseguente ad illeciti antitrust, sono stati ripristinati i tre gradi del giudizio soliti nel processo civile che inizialmente mancavano nel processo di private enforcement antitrust.

MICRO-CONCORRENZA

UNFAIR



A partire dalla fine '800, con la scomparsa delle corporazioni delle arti e dei mestieri e delle loro giurisdizioni interne, si avverte l'esigenza di tutelare in sede giurisdizionale, sul versante dei **rapporti concorrenziali interprivatistici**, le imprese vittime di atti di concorrenza illecita.

Sulla base dell'Influsso della dottrina francese che distingue tra atti di concorrenza leale/lecita e sleale/illecita, questi ultimi vengono considerati sanzionabili dalla giurisprudenza italiana in forma di:

- a) **responsabilità extracontrattuale** ex art.1151 c.c. del 1865 - art. 2403 c.c. del 1942 - ERGO: l'illecito concorrenziale era solo fonte di risarcimento del danno;
- b) **tutela personale** e non reale (come quella della proprietà industriale sui beni immateriali);
- c) **limitazione soggettiva**, ossia la tutela va riconosciuta solo agli imprenditori che fossero in relazione di reciproca concorrenza, c.d. illecito civile proprio, rispetto alla generica responsabilità aquiliana.

➤ **Convenzione di Unione di Parigi (1883)** secondo il testo modificato all'Aja nel 1925 introduce l'**art.10-bis**

1. **“Costituisce un atto di sleale concorrenza ogni atto di concorrenza contrario agli usi onesti in materia industriale o commerciale”** (Clausola generale fondata su un meccanismo di etero-integrazione degli ordinamenti di ciascun Paese aderente, attraverso gli usi considerati onesti e diffusi nel campo del commercio e dell'industria)

2. L'art 10-bis tipizza inoltre due categorie di atti di concorrenza sleale:

2.1. Gli **atti di confusione**, idonei a creare confusione con i prodotti di un concorrente (solo tutela del marchio);

2. 2. gli **atti di denigrazione** e le **false allegazioni** di natura tale da screditare i prodotti di un concorrente.

➤ **Codice civile del 1942** si prospettano diverse novità:

1) viene rinvenuto nell'art. 41 Cost. il fondamento costituzionale del principio di concorrenza;

2) si introduce un **corpo di norme sulla concorrenza sleale (artt. 2598 e ss.)** che assegna agli imprenditori un vero e proprio **diritto soggettivo alla lealtà della concorrenza** la cui tutela giudiziale va ben oltre il risarcimento del danno che chiamiamo tutela in forma specifica (l'inibitoria) (responsabilità contrattuale e non extracontrattuale o aquiliana);

3) Introduzione dei limiti legali e contrattuali della concorrenza e dell'obbligo di contrattare del monopolista (art. 2597 c.c.).

«La concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli **interessi dell'economia nazionale** e nei **limiti stabiliti dalla legge** e dalle **norme corporative**».

L'ultima parte che si riferisce alle **norme corporative** è stata implicitamente abrogata per effetto dell'abolizione del sistema corporativo.

L'espressione "**Interessi dell'economia nazionale**" è una formula priva di precettività se le scelte di politica economica non si traducono in leggi di stampo pubblicistico che esprimono quelli che sono i valori e gli interessi che la politica economica dello Stato esprime nei diversi momenti e contesti storici si pensi alle leggi sulla nazionalizzazione delle imprese e all'opposto quelle sulla privatizzazione degli enti pubblici, oppure alle norme sugli aiuti di Stato poste dall'ordinamento comunitario per orientare la politica economica di tutti i Paesi dello spazio UE etc.).

Per quanto riguarda i **limiti legali** questi sono contenuti in una serie di norme sparse nel codice civile

LIMITI LEGALI
DELLA
CONCORRENZA
(ART. 2595 C.C.)

1) DIVIETO DI CONCORRENZA DEL LAVORATORE SUBORDINATO: deriva dal generale **obbligo di fedeltà** posto dall'art. **2105 c.c.**, che a sua volta costituisce una applicazione del più generale **principio di correttezza contrattuale** (Libertini-Lezioni), a carico del lavoratore subordinato e si articola in due parti:

1.1. Divieto di trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con il proprio datore di lavoro.

Sono sanzionabili sia le condotte poste in essere direttamente dal lavoratore sia quelle per interposta persona (ossia indirette);

1.2. Divieto di divulgare notizie attinenti all'azienda e ai metodi di produzione o di farne uso in modo da poter arrecare un pregiudizio;

La norma si riferisce a qualunque informazione aziendale (e non solo a quelle segrete) che abbia un valore economico tale per cui la sua divulgazione possa danneggiare economicamente l'imprenditore (es. dati sulla clientela, sulle strategie d'impresa, sui suoi investimenti futuri ecc.).

Tali divieti cessano con la cessazione del rapporto di lavoro però possibile stipulare, in pendenza del rapporto di lavoro, un patto di non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del contratto di lavoro (art. 2125 c.c.) che deve a pena di nullità:

- a) avere forma scritta;
- b) contenere la pattuizione di un corrispettivo a favore del lavoratore che potrà essere corrisposto anche anticipatamente e inglobata nello stipendio;
- c) essere contenuto entro determinati limiti di oggetto, di tempo e di luogo (5 anni per i dirigenti, 3 per tutti gli altri dipendenti). Se previsto un termine di durata maggiore esso si riduce a quello legale.

2) DIVIETO DI CONCORRENZA DELL'AGENTE DI COMMERCIO (art. 1743 c.c.)

Contratto di agenzia che preveda un **diritto di esclusiva reciproco**: nella zona geografica di esclusiva dell'agente, quest'ultimo non possa assumere l'incarico di trattare gli affari di due imprese che siano tra loro concorrenti, così come l'impresa/imprenditore preponente non può affidare ad altri agente l'incarico di concludere affari nella stessa zona.

È derogabile.

Per il tempo successivo allo scioglimento del contratto opera la previsione dell'art. 1751-bis c.c. per cui, se nulla è previsto dalle parti, il divieto non potrà considerarsi efficace e l'agente potrà compiere liberamente attività anche in concorrenza. Se, invece, viene pattuito esplicitamente allora la norma stabilisce (come per il lavoratore subordinato ex art. 2125 c.c.) che sono necessari a pena di nullità alcuni requisiti per il patto di non concorrenza relativo al periodo successivo quello di cessazione del contratto di agenzia:

- a) forma scritta *ad substantiam*;
- b) limite di luogo (stessa zona) e di oggetto (stesso genere di beni o servizi del contratto di agenzia);
- c) limite di durata (non più di 2 anni derogabile *in melius*);
- d) deve esser prevista un'indennità a favore dell'agente di natura non provvigionale.

3) DIVIETI NEL DIRITTO SOCIETARIO

1. Il **socio di s.n.c.** (ex art. 2301 c.c.) e il **socio accomandatario di s.a.s.** (per effetto del rinvio che l'art. 2318 fa alle norme sulle s.n.c.) “non può senza il consenso degli altri soci, **esercitare per conto proprio o altrui una attività concorrente con quella della società, né partecipare come socio illimitatamente responsabile ad altra società concorrente**”.

Tali norme vengono estese dalla giurisprudenza anche al socio di maggioranza e al socio unico di società di capitali.
La violazione del divieto può essere causa di esclusione del socio (per violazione di un obbligo di legge) e di risarcimento del danno.

2. Gli **amministratori di s.p.a.** (art. 2390) sono gravati dal divieto di svolgere in proprio o per conto di terzi un'attività economica concorrente in forma di impresa individuale, nonché di assumere la qualità di soci illimitatamente responsabili, o di amministratori o direttori generali in società concorrenti, salvo autorizzazione dell'assemblea.

Inoltre tale divieto si estende ai **liquidatori**, nonché ad **amministratori e liquidatori di s.a.p.a.** e agli **amministratori di cooperative**. Manca il riferimento al divieto di concorrenza per gli **amministratori e liquidatori della s.r.l.** ma si può ricavare dal sistema.

La violazione del divieto può comportare la revoca per giusta causa dell'amministratore e il risarcimento del danno.

Si tratta, in ogni caso, di previsioni derogabili essendo ammessa l'autorizzazione sia statutaria (come previsione generale e astratta per tutti i casi di attività in concorrenza) sia assembleare (come autorizzazione specificamente data a fronte di un singolo caso di attività in concorrenza).

4) **DIVIETO DELL'ALIENANTE D'AZIENDA** (art. 2557 c.c.) = affitto e usufrutto per tutta la loro durata

Tale divieto comporta solo un impedimento (per 5 anni) ad **iniziare una nuova attività economica** (e non anche a proseguire attività preesistenti al trasferimento di azienda) che, per l'oggetto l'ubicazione o altre circostanze, sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta.

La funzione è quella di tutelare l'avviamento, che costituisce uno dei beni (immateriali) dell'azienda stessa, così da evitare lo sviamento di clientela dal precedente titolare dell'attività d'impresa al titolare successivo. Ecco perché si applica il divieto anche in caso di retrocessione dell'azienda dall'usufruttuario o affittuario al nudo proprietario o ad un altro affittuario o usufruttuario.

Applicazione estensiva ai casi di:

- a) divisione ereditaria;
- b) liquidazione di una società di persone, con assegnazione dell'azienda ad un socio e di liquidazione monetaria agli altri soci che la giurisprudenza equipara alla cessione di quote sociali e di aziende sociali;
- c) assunzione di partecipazioni in società di persone con responsabilità illimitata oppure assunzione di funzione gestoria in società di capitali.

Il patto limitativo della concorrenza è ammesso a condizione che:

- a) sia **circoscritto per il luogo e per l'oggetto**, ad una determinata zona e per una determinata attività, e se manca tale requisito il patto è nullo;
- b) sia circoscritta nel tempo e non abbia durata superiore a 5 anni; la maggiore durata si riduce *ex lege*.

Deve essere **provato per iscritto** (forma scritta *ad probationem*);

- Come si coordinano l'art. 2 sulle intese restrittive della concorrenza della legge antitrust e l'art. 2596 c.c.?

→ tutte le intese restrittive della concorrenza che interessano il mercato nazionale o una sua parte rilevante sarebbero assoggettate **all'art. 2 l. 287/1990** in via esclusiva, essendo la stessa **assorbente rispetto all'art. 2596 c.c.** per la sua organicità nonché per la natura pubblicistica della legge antitrust;

→ l'art. 2596 c.c. continuerebbe ad avere un **ambito di applicazione residuale**, solo e limitatamente agli **accordi (bilaterali o plurilaterali) che producano** i loro effetti solo tra le parti senza alcuna ripercussione negativa sulle dinamiche del mercato o di una sua parte rilevante, ovvero che producano **effetti restrittivi della concorrenza sul mercato al di sotto della soglia de minimis rilevante per le intese**.

LIMITI
CONTRATTUALI
DELLA CONCORRENZA
(ART. 2596 C.C.)

- Come si coordinano l'art. 2596 c.c. e l'art. 2604 c.c. relativo alla durata dei **consorzi**?

CONSORZI: contratti conclusi tra imprenditori con cui si istituisce un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive attività d'impresa che possono avere ad oggetto anche il contingentamento della produzione o altre limitazioni reciproche della concorrenza (**CONSORZI con funzione ANTICONCORRENZIALI**).

L'art. 2603, comma 3, c.c. prevede che possano essere costituiti consorzi per il contingentamento della produzione o degli scambi, oltre che per il coordinamento degli stessi; dunque l'oggetto del consorzio può essere anticoncorrenziale e integrare gli estremi di una vera e propria intesa. Così facendo gli imprenditori consorziati riescono a tenere alto il prezzo dei propri prodotti sul mercato ottenendo un profitto marginale più alto.

- Art. 2604: se nulla è previsto nel contratto, la durata del consorzio è di 10 anni;
- Art. 2596 c.c. prevede un limite di 5 anni.

Quest'antinomia si può ragionevolmente risolvere guardando allo **scopo principale del consorzio**:

- a) se è quello di regolare la concorrenza tra i consorziati allora la durata massima dovrà essere di 5 anni, come disposto dall'art. 2596;
- b) se invece lo scopo principale è raggiungere un accordo cooperativo fra le imprese consorziate allora si dovrà applicare l'art. 2604 (M. Libertini)

«Chi esercita un'impresa in regime di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni oggetto dell'attività d'impresa, osservando la parità di trattamento» (**enti pubblici o concessionari di pubblici servizi** che operino in regime di monopolio legale)

La funzione di questa norma è quella di rendere fruibili i beni o i servizi resi in regime di monopolio da qualunque utente. Vi è dunque una tutela del diritto dell'utenza alla fruizione dei servizi gestiti in regime di esclusiva legale (es. art. 1679 c.c. relativo ai concessionari di trasporto di linea per le persone).

Interferenza con la fattispecie dell'abuso di posizione dominante per rifiuto di contrattare o per applicazione di condizioni diverse per prestazioni equivalenti.

Quale possibile soluzione di coordinamento?

- a) al monopolista di fatto si applicherà esclusivamente la legge antitrust;
- b) al monopolista legale, invece, per il quale è stabilita espressamente l'esenzione dell'art. 3 l. 287/90 si dovrebbe applicare esclusivamente l'art. 2597 c.c. nei casi di esenzione, salvi i casi di applicazione dell'art. 3.

OBBLIGO DI
CONTRATTARE DEL
MONOPOLISTA
(ART. 2597 C.C.)

PRESUPPOSTI APPLICATIVI EX ART. 2598, CO. 3 C.C.

1. Presupposto soggettivo: l'atto deve essere posto in essere da un imprenditore nei confronti di un altro imprenditore concorrente, direttamente o indirettamente.

➤ **Profilo merceologico:** imprese che producono beni o servizi identici...e i beni o servizi non affini (ad esempio l'intimo e la maglieria, oppure la pasta e i surgelati)?

La giurisprudenza, scrutinando queste situazione ha ritenuto sussistere il rapporto di concorrenzialità (anche solo potenziale e non attuale) se vi è la concreta possibilità, desumibile da circostanze di fatto riscontrabili nel caso concreto, che un imprenditore voglia estendere la propria attività ad un settore diverso ma vicino o affine a quello sul quale opera (c.d. **mercato di sbocco potenziale**)

➤ **Profilo geografico:** le imprese per essere in rapporto concorrenziale devono operare nello stesso territorio.
a. tra imprese piccole che operano a livello esclusivamente locale, che siano tra loro distanti geograficamente, non sussiste comunanza di mercato e dunque non c'è rapporto di concorrenza, anche se producono stessi beni e servizi, poiché si rivolgono ad una clientela diversa sotto il profilo geografico, della ubicazione (ad es. 2 bar o 2 pasticcerie di Catania e Milano);

b. invece, c'è rapporto di concorrenza tra imprese di grandi dimensioni che producono stessi beni o servizi, perché destinando i loro prodotti ad uno stesso mercato, che corrisponde all'intero territorio nazionale (ad. es. Barilla e Divella);

c. un'impresa che operi esclusivamente a livello locale (come per es. piccolo pastificio di Bari) e una che operi a livello nazionale (Pastificio Barilla o Divella). C'è concorrenza? Sì, se si considera che il mercato va riferito non soltanto al luogo di vendita ma anche alla sfera di NOTORIETÀ di una attività economica.

2. **Lesività potenziale:** che l'atto sia idoneo a danneggiare l'altrui azienda. La potenziale lesività è condizione sufficiente per la tutela reale (azione inibitoria) ma non anche per quella obbligatoria o risarcitoria, per la quale è necessario che ricorra un danno concreto e attuale, non essendo ammesso in via generale nel nostro ordinamento il risarcimento dei danni punitivi, come invece è consentito nei Paesi di Common Law.

➤ 3. **Presupposto oggettivo:** che l'atto si presenti non conforme ai principi della correttezza professionale (clausola generale della correttezza professionale)

LE FATTISPECIE ATIPICHE DI ATTI DI CONCORRENZA SLEALE

LA CLAUSOLA GENERALE DI "CORRETTEZZA PROFESSIONALE"

Nella formulazione originaria del '42 dell'art. 2598 s'intendeva far riferimento alla nozione di correttezza professionale che l'ordinamento corporativo aveva disciplinato per gli imprenditori e che era contenuta nella Carta del Lavoro. Caduto l'ordinamento corporativo, la clausola della correttezza professionale è stata reinterpretata secondo due diversi orientamenti che però non sono distanti sotto il profilo degli effetti conducono a risultati analoghi nel singolo caso concreto (es. della violazione di norme di diritto pubblico, come l'evasione di norme fiscali o previdenziali o della delocalizzazione illecita).

- La **tesi dell'auto-integrazione** (Di Cataldo): la correttezza professionale deve considerarsi norma autoreferenziale da interpretare alla luce dei principi costituzionali (quali art. 41 di libertà d'iniziativa economica, l'art. 2 Cost. sulla libertà, dignità e sicurezza degli individui, art. 3 Cost. principio di uguaglianza ecc.) da intendersi come riferimento a tutte le norme costituzionali che attengono alle relazioni economiche e imprenditoriali ed alla loro interferenza con le altre libertà fondamentali della persona.
- La **tesi dell'etero-integrazione** (Floridia): la correttezza professionale deve considerarsi come clausola di rinvio a valutazioni tratte dalle categorie imprenditoriali interessate (usi e consuetudini imprenditoriali) o dalla c.d. morale pubblica corrente intesa (v. Vanzetti – Di Cataldo) come quella valutazione che il giudice faccia di interpretazione dei fenomeni giuridici alla luce della propria etica, lasciandosi guidare dalle scelte espresse dal legislatore in altre disposizioni di legge (per esempio si dovrà avere riguardo ai principi espressi dalla legge antitrust e dalle norme sulla pubblicità ingannevole e comparativa, nonché al codice del consumo ed alla normativa consumeristica di matrice comunitaria, al fine di stabilire se una certa condotta sia pro-concorrenziale o anti- concorrenziale).

1. Le Comunicazioni ingannevoli o decettive c.d. Mendacio Concorrenziale

Qualsiasi tipologia di comunicazione o messaggio (anche al di fuori della pubblicità vera e propria) purché rivolto ai consumatori (per es. le etichette dei prodotti o la descrizione che ne venga fatta dal rivenditore sugli scaffali di un negozio oppure on line) che non corrispondano a verità ed idonea ad ingannarli, ossia da determinare modifiche nel comportamento del consumatore (ad es. inducendo i consumatori all'acquisto di un prodotto che altrimenti non avrebbero acquistato).

Assimilabile ai messaggi ingannevoli è la c.d. pubblicità subliminale che ricorre quando viene mimetizzato il messaggio pubblicitario camuffandolo o sotto forma di informazione redazionale (sui giornali o sulla carta stampata) oppure nelle opere cinematografiche o televisive sub specie di product placement (ora disciplinato con d.lgs. n. 28/2004).

2. Vendite sottocosto

vendite a prezzi notevolmente inferiori rispetto ai costi di produzione, più gli eventuali costi d'intermediazione sostenuti dal rivenditore, che si considerano illecite sulla base di due parametri individuati dalla giurisprudenza:

- ✓ l'intento monopolistico dell'operazione, ossia quando il sottocosto sia diretto ad eliminare dal mercato un concorrente;
- ✓ il carattere stabile o durevole dell'operazione sottocosto, per cui sono da considerare lecite le vendite sottocosto temporanee e promozionali (vendite di fine stagione, liquidazione merce per trasferimento della sede, etc.) mentre illecite quelle applicate durevolmente nel tempo.

3. La violazione di norme di diritto pubblico:

Di regola non c'è alcun automatismo tra queste violazioni e l'illecito anti-concorrenziale; pertanto sarà necessario fare una valutazione caso per caso che tenga conto non soltanto della violazione del principio di correttezza professionale, ma anche del ricorrere di altre condizioni.

- norme che pongono limiti, per es. sugli orari di apertura e chiusura dei negozi, o sui termini delle vendite promozionali di fine stagione, sui riposi settimanali ecc.);
- norme che pongono costi alle imprese (esempio lavoro nero, evasione di norme fiscali, etc);
- norme che pongono oneri (ad es. licenze o autorizzazioni amministrative per l'esercizio dell'attività) non sono di per sé fonte di illecito concorrenziale;
- violazione di norme penali (es. corruzione in appalti pubblici) comporta sempre un atto di concorrenza sleale che danneggia gli imprenditori concorrenti.

4. Storno dei dipendenti

- I. Teoria soggettiva o dell'*animus nocendi*: è illecito concorrenziale lo storno attuato al solo scopo di danneggiare l'organizzazione rivale. Critica: è sempre scivoloso il terreno dell'accertamento di stati soggettivi e personali oltre che essere sottile e impercettibile il confine tra vantaggio proprio e danneggiamento altrui.
- II. Teoria oggettiva (è stata accolta a partire dalla sentenza Cass. 1980 n°2296) che richiede una serie di comportamenti o indici oggettivi rivelatori dell'*animus nocendi*: la qualificazione tecnica del personale stornato; il numero dei dipendenti stornati; la concentrazione temporale degli episodi di storno; la presenza di una "talpa" interna preordinata alla disgregazione dell'organizzazione del lavoro; la denigrazione del concorrente; la preordinazione o correlazione dello storno rispetto alla sottrazione di segreti aziendali.

5. Sottrazione o utilizzazione di segreti aziendali

Una disciplina compiuta a tutela dei segreti aziendali la ritroviamo negli artt. 98-99 c.p.i. E' possibile il cumulo della tutela sulla proprietà industriale e sulla concorrenza sleale art. 2598 ss. c.c.

6. Cooperazione nell'altrui inadempimento

Istigazione alla violazione del dovere di fedeltà di un dipendente da parte di un terzo estraneo all'organigramma dell'impresa, che darà luogo al c.d. cumulo improprio di responsabilità contrattuale del dipendente (per violazione dell'obbligo legale di non concorrenza) ed extracontrattuale dell'istigatore (per concorrenza sleale del concorrente).

7. Concorrenza dell'ex dipendente

La giurisprudenza ha enunciato un principio a cui attenersi saldamente, secondo il quale "in assenza di un valido patto di non concorrenza, cessato il rapporto di lavoro cessa anche l'obbligo di fedeltà" ai sensi dell'art. 2105 c.c. (come anche l'obbligo di esclusiva per l'agente di commercio).

Pertanto è lecito nell'esercizio della propria attività professionale sfruttare le conoscenze precedentemente acquisite. Quindi non c'è illecito concorrenziale senza un patto di non concorrenza. In realtà non si tratta di un'autonoma categoria di illecito concorrenziale ma con essa s'intende rimarcare la pericolosità della concorrenza dell'ex dipendente e il conseguente atteggiamento di maggior rigore nel valutarlo da parte della giurisprudenza.

8. Concorrenza parassitaria.

Sistematica imitazione delle iniziative imprenditoriali di un concorrente (imitazione di prodotti, imitazione della pubblicità, di altre scelte di marketing) ma non avente carattere confusorio. Si parla anche di imitazione non confusoria (non riconducibile pertanto all'art. 2598 n.1)

Diversa è questa fattispecie da quella dall'aggancio parassitario che rientra nella previsione dell'art. 2598 n°2, la quale consiste nell'appropriazione e nello sfruttamento dell'altrui notorietà.

9. Boicottaggio

Il comportamento di chi attraverso il rifiuto proprio (boicottaggio primario) o altrui (boicottaggio secondario), di stipulare ed intraprendere rapporti commerciali con un determinato soggetto, impedisce l'accesso o la permanenza sul mercato ad un determinato imprenditore.

Il rifiuto è espressione della autonomia negoziale, ma se proviene da un monopolista legale che ha l'obbligo di contrattare con chiunque (art. 2597 c.c.) oppure se proviene da un monopolista di fatto o da un'impresa in posizione dominante, allora può integrare gli estremi di una violazione antitrust per abuso di posizione dominante o di una violazione di obbligo legale (art. 2597 c.c.).

Boicottaggio secondario: viene realizzato individualmente attraverso l'induzione di un imprenditore (rispettivamente istigatore o istigato) a non intrattenere rapporti con un concorrente del primo. Non si è mai dubitato dell'illiceità di questa condotta che può avere la sua fonte anche in accordi intercorsi tra l'istigatore e l'istigato, sub specie di intese restrittive della concorrenza. Si può trattare di accordi tra due o più imprenditori, ovvero assunti all'interno di un'associazione di imprenditori (ATI o consorzio).

LE FATTISPECIE TIPICHE DI ATTI DI CONCORRENZA SLEALE

1) ATTI DI CONFUSIONE

➤ ADOZIONE DI NOMI O SEGNI DISTINTIVI CONFONDIBILI CON QUELLI DI ALTRI IMPRENDITORI

Il riferimento ai nomi (da intendersi come segni denominativi) e segni distintivi (emblematici o figurativi ovvero misti) si deve interpretare in modo ampio, comprensivo dei segni registrati e tipici (ditta, insegna e marchio) come anche di quelli di fatto, non registrati o atipici (es. ditta irregolare, marchio preusato e nomi di dominio). Prima del C.P.I. solo i segni registrati potevano ricevere tutela dominicale *erga omnes*, mentre i segni non registrati e atipici solo tutela personale (concorrenza sleale). Nel 2005 il C.P.I. ha ricondotto anche i segni non registrati all'ambito di disciplina dei diritti sui beni immateriali di proprietà industriale. Pertanto si è ristretto ulteriormente l'ambito di applicazione, già residuale, dell'art. 2598 n.1.

➤ IMITAZIONE SERVILE DEI PRODOTTI

Può avere ad oggetto solo la forma o il "packaging" del prodotto purché abbiano i requisiti della novità e originalità (ossia quel minimo di capacità distintiva rispetto alle forme imposte dai prodotti) e non siano forme prive di novità, standardizzate e diventate comuni ad un'intera categoria di prodotti.

Non c'è possibilità di cumulo, ma alternatività tra tutela della concorrenza sleale e tutela brevettuale, sicché non ricadono nell'ambito di questa fattispecie le forme brevettabili (quelle funzionali e quelle ornamentali).

➤ compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente (clausola generale all'interno della categoria degli atti di confusione)

2) ATTI DI DENIGRAZIONE

➤ DENIGRAZIONE

E' qualificabile come denigrazione ogni forma di comunicazione, sia diretta ad un singolo soggetto che ad una collettività indistinta di soggetti, idonea a determinare il discredito ossia a far perdere il credito e la fiducia che un'impresa e i suoi prodotti si siano guadagnate sul mercato, ossia la reputazione commerciale di cui godono sul mercato.

➤ APPROPRIAZIONE DI PREGI

Attribuzione o vanteria alla propria impresa di pregi non realmente posseduti che invece siano patrimonio positivo di inerenza di un altro imprenditore concorrente (differenza tra mendacio concorrenziale e appropriazione pregi). Si deve verificare la sottrazione di pregi altrui con l'attribuzione degli stessi alla propria impresa.

I pregi illecitamente appropriabili sono considerati tutti i fatti riguardanti i caratteri dell'impresa, i risultati da essa conseguiti, le qualità dei prodotti o dei servizi che costituiscano motivo di apprezzamento per il pubblico e quindi di preferenza dell'impresa e delle sue prestazioni rispetto alle altre imprese.

➤ AGGANCIAMENTO PARASSITARIO (forma specifica di appropriazione di pregi che consiste nell'appropriazione dell'altrui notorietà)

Equiparazione del proprio prodotto o marchio poco noto a quello di un concorrente che gode di notorietà approfittando del credito di cui esso gode sul mercato e sfruttando il medesimo per trarre un ingiustificato vantaggio.

Non è necessario l'elemento delle mendacio né una specifica attribuzione di pregi ma deve esserci l'esplicita menzione del concorrente cui ci si aggancia o dei suoi prodotti (caso Geospirit - Moncler o Porsche - Ferrari).

SANZIONI

Art. 2599 c.c. → Le **azioni inibitorie** (sia positiva sia negativa) e **l'azione di rimozione** possono essere disposte sulla base del semplice accertamento oggettivo dell'illecito concorrenziale, ossia dell'accertamento dell'atto di concorrenza sleale, senza che rilevi lo stato soggettivo (dolo o colpa) né l'esistenza di un danno effettivo conseguente.

Tutela omologa è predisposta per tutte le violazioni di diritti IP o IPRs (Intellectual Property Rights): art. 124 C.P.I., art. 156 legge dir. aut. (l. 633/1941) e art. 33 l. antitrust (n. 287/1990).

Art. 2600 c.c. → Prevede **l'azione di risarcimento dei danni**, per la quale è necessaria la prova degli stessi presupposti ex art. 2043 c.c., ossia il dolo o la colpa del danneggiante e il danno conseguente alla condotta che si sia effettivamente realizzato. La colpa, però, si presume se sia stato accertato l'atto di concorrenza sleale.

Il giudice inoltre può condannare, su richiesta di parte, anche alla **pubblicazione della sentenza** (pubblicità commerciale a spese del soccombente), autonomamente dal risarcimento del danno.

obrigado

Dank U

Merci

mahalo

Köszi

спасибо

Grazie

Thank
you

mawruuru

Takk

Gracias

Dziękuję

Děkuju

danke

Kiitos