

L'associazione ha lo scopo di promuovere lo studio e la collaborazione scientifica fra gli studiosi del diritto civile.

A tal fine l'associazione favorisce lo svolgimento di attività di interesse giuridico generale anche con indagini di politica legislativa, partecipa a iniziative e progetti di istituzioni italiane, estere e sovranazionali, collabora con soggetti pubblici e privati, redige pareri ed esprime opinioni su questioni giuridiche internazionali, comunitarie, nazionali e regionali, organizza convegni, dibattiti, confronti e altre tipologie di incontri culturali, promuove la costituzione di commissioni di studi, conferisce premi e borse di studio, cura pubblicazioni anche di raccolte di leggi d'interesse nazionale ed internazionale e realizza ogni altra attività reputata utile per il perseguimento dello scopo*.

* Art. 2 dello Statuto della «Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile» (in forma abbreviata S.I.S.D.I.C.), Atto Notar Giovanni Cesaro del 7 aprile 2005, Rep. n. 3619/serie 1. Registrato a Napoli il 21 aprile 2005.



SISDIC



ATTI

Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile

DIRITTO COMUNITARIO E SISTEMI NAZIONALI: PLURALITÀ DELLE FONTI E UNITARIETÀ DEGLI ORDINAMENTI

Atti del 4° Convegno Nazionale

16-17-18 aprile 2009

Grand Hotel Quisisana - Capri



Edizioni Scientifiche Italiane

trebbe dover essere affatto diverso da quello a cui attribuire rilevanza ai fini della responsabilità nei confronti dei terzi e quest'ultimo a sua volta potrebbe dover essere diverso da quello a cui attribuire rilevanza per individuare la responsabilità dei diversi nodi della rete.

Ma le perplessità più forti rispetto alla richiesta, nei termini sopra riferiti, di una nuova e complessiva disciplina in materia di reti organizzate attraverso contratti bilaterali, si nutrono nei confronti dell'asserita distonia fra le regole oggi vigenti e quelle auspicabili ai fini del corretto funzionamento delle reti.

Sembra, infatti, che la disciplina oggi vigente, anche a livello comunitario, non sia del tutto incapace di leggere le relazioni (oggi definite) reticolari così come si asserisce.

Così, per esempio, sotto il profilo dell'interpretazione, ai fini dell'attribuzione di rilevanza alle interdipendenze potrebbero già essere sufficienti gli art. II-8:101 e II-8:102 del DCFR.

Quanto detto, ovviamente, non significa che le nuove forme di produzione di tipo reticolare non richiedano interventi legislativi volti a garantire il corretto funzionamento delle stesse, significa solo che prima di intervenire occorre verificare lo scarto fra soluzioni dell'ordinamento e risposte auspicabili.

VINCENZO MELI

IMPRESA, MERCATO, CONCORRENZA: L'INFLUENZA DEL DIRITTO COMUNITARIO SULL'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA CODICISTICA DELLA CONCORRENZA

1. La presente sessione, dedicata alla riconcettualizzazione del diritto dell'impresa alla luce del diritto comunitario, propone ai relatori il tritico «impresa, mercato, concorrenza». La possibilità, non meno della necessità di selezionare un profilo tra i molti possibili mi ha indotto ad optare per l'analisi dell'impatto del diritto comunitario della concorrenza sull'applicazione giurisprudenziale di quella parte della disciplina interna dell'impresa che attiene, appunto, alla concorrenza.

Passaggio preliminare è, dunque, l'individuazione dei due contesti posti in correlazione.

Da un lato, riferendomi al diritto comunitario della concorrenza non limito tale espressione al diritto comunitario *antitrust*. Del diritto della concorrenza devono considerarsi parte, infatti, anche le discipline poste a tutela dei consumatori, ed in particolare quelle dirette a tutelare la loro libertà di scelta. Quali che siano le spiegazioni contingenti dell'adozione di tali discipline (alle quali, in ambito comunitario, non è estranea l'esigenza di uniformare le diverse legislazioni nazionali in nome della libertà di circolazione dei beni e dei servizi), al pari delle norme *antitrust* esse sono ascrivibili all'obiettivo della creazione o del mantenimento di un regime di concorrenza non falsata¹.

¹ Che le discipline di tutela del consumatore possano iscriversi in questa cornice lo testimonia, del resto, sul piano storico, la vicenda statunitense (con l'emendamento apportato, attraverso il *Wheeler-Lea Act* del 1938, al *Federal Trade Commission Act* del 1914, che in precedenza tutelava solo i concorrenti): su quello teorico, il riconoscimento della centralità del consumatore in un sistema che possa definirsi concorrenziale a partire dall'economia neoclassica e l'importanza della corretta informazione dei consumatori, quale uno dei parametri comportamentali individuati, ai fini della valutazione in termini di *workable competition*, dalla Scuola di *Harvard* dell'economia industriale, che per lungo tempo ha ispirato l'applicazione del diritto *antitrust* americano.

Dall'altro lato, riferendomi al diritto interno della concorrenza, non intendo il diritto *antitrust* interno. Questo nasce già infatti come ricaduta del diritto comunitario maturo, del quale è sostanziale filiazione e al quale deve essere anche esplicitamente orientata la sua interpretazione (così esige l'art. 1, comma 4, della l. 10 ottobre 1990, n. 287). Proprio per questo suo evidente rapporto con la matrice comunitaria – fattosi sempre più stretto grazie al processo di modernizzazione sfociato infine nel Reg. 1/03 –, il diritto *antitrust* nazionale rientra esso stesso tra i riferimenti da tenere in considerazione per verificare l'impatto dei principi comunitari *antitrust* nell'ordinamento interno.

Obiettivo della mia trattazione sarà, dunque, rilevare l'influenza che il diritto comunitario della concorrenza, inteso nel senso ampio testé spiegato, di fonte o ispirazione comunitaria, ha esercitato sull'interpretazione e l'applicazione di quel complesso di norme collocate nel Libro V del codice civile del 1942, che risulta riassunto sotto la dizione di disciplina della concorrenza² e comprende fondamentalmente le disposizioni dall'art. 2595 all'art. 2601 c.c. (alle quali possono aggiungersi anche quelle successive, in materia di consorzi), con il suo ovvio epicentro nell'art. 2598 c.c.

Un sistema che, nelle posizioni della giurisprudenza, all'impatto del diritto comunitario ha resistito sostanzialmente intatto per almeno un ventennio³. Anche dottrina, peraltro, si è registrata una certa riluttanza ad avviare una riflessione critica sul rapporto tra i due ambiti⁴.

² Non possiamo invece riferirci, per evidenti limiti di spazio, a quella congerie di norme, di carattere pubblicistico, con ricadute concorrenziali, raggruppabili sotto la dizione di regolazione amministrativa del mercato, che hanno come è noto rappresentato – e in parte rappresentano tutt'oggi – la vera sfida all'affermazione di un ordine concorrenziale nel nostro paese.

³ Secondo L. NIVARRA, *La concorrenza. Le disposizioni generali*, in *Jus*, 1998, p. 469 ss., «La prima sensazione che si prova a scorrere queste norme, alle quali il codice del 1942 aveva riconosciuto addirittura valore di "disposizioni generali", è di totale obsolescenza o, nella migliore delle ipotesi, di malinconica residualità: sensazione, sia chiaro, in larga misura giustificata (specie con riguardo agli artt. 2595 e 2596, perché, viceversa, l'art. 2597 impone un ragionamento un poco più articolato) e, appunto per questo, motivo di un certo disagio per l'interprete costretto a lavorare in spazi sempre più angusti». Antitetica l'opinione di M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *www.dereconomics*, marzo 2005, secondo il quale «Guardando retrospettivamente e col senno di poi, si potrebbe dire che da queste disposizioni, attraverso l'attenta individuazione della ratio e l'uso accorto del ragionamento analogico, si sarebbe potuta costruire una disciplina organica e moderna della concorrenza, pur nella limitatezza dei dati offerti dal legislatore, e pur in mancanza di una legislazione *antitrust* nazionale».

⁴ Basti pensare che anche un giurista illuminato come Tullio Ascarelli, che pure aveva ben colto l'importanza del diritto *antitrust* comunitario ed era convinto fautore

Le influenze del diritto comunitario sulla disciplina codicistica della concorrenza, in effetti, non si cominciano ad avvertire in dottrina in modo diffuso se non sul finire degli anni Sessanta, con l'avvio di un ampio dibattito sugli interessi tutelati dalla disciplina della concorrenza sleale, che conosce una notevole vivacità fino agli anni Ottanta, per poi declinare⁵.

In giurisprudenza si deve attendere ancora per vedere, sia pure sporadicamente, evocati nell'interpretazione della disciplina interna concetti mutuati dal diritto comunitario della concorrenza⁶. In determinati contesti (basti pensare alla *vexata quaestio* dell'applicazione dell'obbligo di contrarre, ex art. 2597 c.c., al di fuori dello specifico ambito del monopolio legale), un'evoluzione giurisprudenziale non si è mai registrata e la prepotente irruzione del diritto *antitrust*, comunitario prima e nazionale poi, più che mutare gli orientamenti consolidati ha semplicemente provocato il superamento dei temi in discussione⁷.

Delimitato il contesto in cui muoversi, lo stesso titolo suggerito dagli organizzatori induce a verificare in che rapporti si pongano i concetti posti oggi in dibattito – impresa, mercato, concorrenza – rispettivamente nel diritto comunitario e in quello codicistico della concor-

di un'analoga legge interna, nel suo approccio agli istituti industrialistici domestici ebbe un atteggiamento prudente e sostanzialmente conservatore, tendendo a separare nettamente i diversi contesti anziché ricondurli ad un quadro unitario di principi. In proposito, si veda M. LIBERTINI, o.l.c.

⁵ Mi limiterò a ricordare P. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, *passim* e, prima ancora, Id., *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, I, p. 181 s.; P.G. JAEGGER, *Valutazione comparativa d'interessi e concorrenza sleale*, ivi, 1970, I, p. 5 s.; G. GHIDINI, *Scelta della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, *passim*; L.C. UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevanza empirica*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, p. 105 s.; C. SANTIAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, *passim*; M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, Catania, 1977-1979, II, *passim*. Sull'evoluzione dottrinale, si veda M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, Padova, 1999, p. 575 ss.

⁶ Si vedano, tra le prime pronunce che richiamano i principi comunitari in tema di concorrenza, Trib. Milano, 22 marzo 1976, in *Giur. am. dir. ind.*, 1976, p. 100; Trib. Milano, 5 luglio 1979, ivi, 1979, p. 620; App. Milano, 24 novembre 1978, ivi, 1978, p. 72; App. Milano, 30 marzo 1979, ivi, 1979, p. 415, pronunciate su ipotesi di boicottaggio.

⁷ Così M. LIBERTINI e P.P. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1995, XI, p. 480 ss. Si vedano anche L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, Art. 2597, Milano, 1992, *passim*; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, p. 20 ss.

renza, per accertare se il primo abbia, in tutto o in parte, cambiato l'impostazione del secondo.

Dirò subito che il tema ha rilevanza perché la fondamentale differenza tra i due sistemi posti a confronto, almeno nella loro impostazione originaria, è che il primo si pone come un ordinamento del mercato ed il secondo come un ordinamento dell'impresa; differenza che appare evidente fin dalla costruzione della nozione stessa d'impresa.

2. La nozione di impresa presa in considerazione dal diritto comunitario della concorrenza è quanto mai ampia. La sua formulazione «abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento». Alla luce di tale nozione, si sono potute ritenere destinate alle prescrizioni in materia di concorrenza, tra l'altro, federazioni sportive⁸ e ordini professionali⁹, ma anche singole persone fisiche, sprovviste di organizzazione, esercenti attività professionali¹⁰ o artistiche¹², ovviamente senza alcuna distinzione tra soggetti pubblici e privati.

Il confine oltre il quale tale nozione non si spinge è, appunto, quello dell'attività non definibile come economica, perché non caratterizzata dall'esistenza di uno scambio svolgentesi tendenzialmente in termini di corresponsività delle prestazioni. Ne restano costantemente fuori, pertanto, quegli enti che «svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale. Tale attività si fonda infatti sul principio della solidarietà nazionale e non ha alcuno scopo di lucro. Le prestazioni corrisposte sono prestazioni stabilite dalla legge e indipendenti dall'importo dei contributi»¹¹. Per le medesime ragioni di assenza di «economicità»,

⁸ Corte giust., 23 aprile 1991, c. 41/90, Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH, in *Racc.*, 1991, p. 1979, par. 21.

⁹ Commissione CE, 27 ottobre 1992, IV/33.384 e 33.378 - Distribuzione di pacchetti turistici in occasione della Coppa del mondo di calcio 1990, in *GUCE*, 12 novembre 1992, L.326, p. 31; Trib. primo grado, 26 gennaio 2005, T-193/02, Laurent Piau c. Commissione CE, in *Racc.*, 2005, p. 209.

¹⁰ Corte giust., 12 settembre 2000, cause riunite c. 180/98 e 184/98, Pavlov e a. c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, in *Racc.*, 2000, p. 6451; Corte giust., 19 febbraio 2002, c. 309/99, Wouters e a. c. Algemeen Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, *ivi*, 2002, p. 1577.

¹¹ Corte giust., 18 giugno 1998, c. 35/96, Commissione c. Repubblica italiana (spedizionieri doganali), in *Racc.*, 1998, p. 3851.

¹² Commissione CE, 26 maggio 1978, relativa IV/29.559 - RAI/UNITEL, in *GUCE*, 15 giugno 2006, L.157, p. 39.

¹³ Corte giust., 17 febbraio 1993, cause riunite c. 159/91 e c. 160/91, Christian Pateet c. Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Lan-

la Corte di giustizia nega la qualifica d'impresa alle «attività che si collegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri non presentano carattere economico che giustifichi l'applicazione delle norme sulla concorrenza previste dal Trattato»¹⁴.

Come anticipato, da tale costruzione si evidenzia un preciso ordine di priorità tra quei concetti posti in relazione dialettica dibattuto in questa sede: al primo posto non v'è l'impresa, bensì il mercato. Il diritto comunitario individua, cioè, in primo luogo, l'esistenza di un'occasione di scambio economico; applica quindi i principi di libera concorrenza, elevati ad obiettivi del Trattato, a qualunque entità, pubblica o privata, che operi su quel mercato e che, dunque, definisce impresa.

Dal diritto comunitario dei consumatori, che abbiamo detto costituire l'altra gamba del diritto della concorrenza, si ricava una conferma di questa impostazione. Neppure qui, infatti, ci si preoccupa di definire l'impresa, ma piuttosto di tracciare la linea di demarcazione tra il soggetto della tutela, cioè il consumatore, e qualunque soggetto pro-

guedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava), in *Racc.*, 1993, p. 637, par. 18. È vero che, a mio avviso contraddittoriamente, in altra occasione, la Corte ha ritenuta impresa «un fondo pensione incaricato della gestione di un regime pensionistico integrativo, istituito da un accordo collettivo stipulato tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori di un determinato settore, l'iscrizione al quale sia stata resa obbligatoria dalle autorità pubbliche per tutti i lavoratori di tale settore e che funzioni in base al principio della capitalizzazione svolgendo un'attività economica in concorrenza con le società assicurative», ritenendo che «Né la mancanza di fini di lucro né il perseguimento di una finalità sociale sono sufficienti a privare tale fondo della sua qualità d'impresa ai sensi delle regole di concorrenza del Trattato» così Corte giust., 21 settembre 1999, c. 67/96, Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, *ivi*, 1999, p. 5751; tuttavia, l'esclusione degli enti previdenziali dal perimetro dell'impresa, più volte ribadito, fino a pronunciare assai recenti - si veda Corte giust., 5 marzo 2009, c. 350/07, Kattner Stahlbau GmbH c. Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, inedita (reperibile su <http://eur-lex.europa.eu>); si veda, in precedenza, Corte giust., 22 gennaio 2002, c. 218/00, Cisal c. INAIL, in *Racc.*, 2002, p. 691 - può considerarsi ormai acquisita.

¹⁴ Si veda Corte giust., 26 marzo 2009, c. 113/07P, Selex Spa c. Eurocontrol, reperibile nel sito <http://curia.europa.eu>. La Corte ha negato la qualifica imprenditoriale ad un'organizzazione internazionale di carattere regionale svolgente funzioni di controllo della sicurezza nel settore della navigazione aerea alla quale partecipano diversi Stati europei, membri e non dell'Unione Europea (*Eurocontrol*), accusata da *Selex*, società italiana appartenente al gruppo Finmeccanica attiva nel settore della progettazione e realizzazione di sistemi di gestione del traffico aereo, di avere abusato della propria posizione dominante nello svolgimento delle proprie attività di normalizzazione tecnica, ricerca e sviluppo e consulenza a favore delle amministrazioni degli Stati membri per l'esplicitamento di gare di appalto aventi ad oggetto la fornitura di apparecchiature e sistemi ATM (*air traffic management*).

fessionale sua controparte – attuale o potenziale – nell'ambito delle diverse relazioni di mercato che le differenti discipline prendono in considerazione. La definizione di professionista è così sostanzialmente ricavata per esclusione dalla figura di consumatore¹⁵.

3. Se guardiamo all'estensione della fattispecie impresa soggetto della nostra disciplina codicistica della concorrenza, la sua distanza dal modello comunitario non è in apparenza apprezzabile. Ciò che sotto il profilo soggettivo si coglie nell'applicazione di detta disciplina è, infatti, una notevole semplificazione rispetto alla macchinosità della fattispecie costruita ai fini dell'applicazione dello statuto civilistico dell'imprenditore.

È appena il caso di ricordare che, dopo alcune norme con portata depistante – gran parte delle quali peraltro cadute con l'abrogazione dell'ordinamento corporativo –, nel Libro V, sia pure in un contesto ancora fuorviante (Del lavoro nell'impresa, recita la rubrica del Titolo II), la cui natura ideologica è stata autorevolmente descritta, viene definito quello che in realtà è il destinatario della disciplina commercialistica che caratterizza l'intero libro, nel quale confluisce, come è noto, la maggior parte delle norme che dovevano trovare posto in un nuovo codice di commercio: l'impresa, la cui definizione viene però inizialmente all'iscrizione nel registro delle imprese fa riferimento l'art. 2195 c.c.) subiettivizzata, facendo riferimento a colui che la esercita, cioè l'imprenditore. Si abbandona così il sistema oggettivo, delineato dal codice di commercio del 1882, per cui la disciplina commerciale risultava applicabile in virtù dell'esercizio per professione abituale di atti di commercio (art. 8), per approdare, secondo l'opinione dei più, ad un sistema che, purché ci si intenda sul corretto significato del termine, può definirsi «soggettivo»¹⁶.

L'art. 2082 c.c. detta invero una definizione alquanto ampia, nella quale non è difficile far rientrare la nozione economica di impresa. Tuttavia, al momento di utilizzare la definizione per collegare una disciplina, la definizione subisce un processo di progressiva scarnificazione, il cui obiettivo è giungere, per un verso, ad escludere dalla nozione giuridica talune attività pur sicuramente definibili come econo-

miche¹⁷, organizzate e professionalmente esercitate; per un altro, ad individuare, secondo criteri attinenti alla natura ed alle dimensioni dell'attività, la sola categoria di imprenditore/impresa rilevante per l'applicazione della disciplina che segue.

Sotto il primo profilo, non rientrano, dunque, nella nozione giuridica di impresa le attività c.dd. libero-professionali (art. 2238 c.c.), né le attività svolte dagli enti pubblici che non «hanno per oggetto esclusivo o principale un'attività commerciale» (art. 2201 c.c.).

Sotto il secondo profilo, il processo di sottrazione alla fattispecie delle sub-fattispecie piccola impresa, per un verso, e impresa agricola per l'altro, approda all'attribuzione di rilevanza, ai fini della disciplina civilistica dell'impresa, alla sola impresa commerciale medio-grande, che è l'unica in realtà dotata di un proprio «statuto»¹⁸.

Tutto questo vale, però, appunto, ai fini dell'individuazione dell'impresa alla quale applicare un peculiare statuto civilistico. Ma *quid* allorché si devono applicare discipline diverse, e, segnatamente, le norme in materia di concorrenza? Scorrendo il codice, in effetti, in esse la qualificazione soggettiva dei destinatari della disciplina sembra rimanere sullo sfondo, dato che i riferimenti all'impresa come soggetto della disciplina si fanno alquanto radi.

Nell'art. 2595 c.c. si parla di concorrenza, ma non si menziona l'impresa¹⁹.

Nell'art. 2596 c.c., «Limiti contrattuali della concorrenza», non si dice che le parti dei patti *ivi* contemplati debbano essere imprese.

All'impresa ci si riferisce nell'art. 2597 c.c., ma in realtà la fattispecie è «impresa in condizione di monopolio legale». Nella storia giurisprudenziale, questa norma, nonostante tentativi dottrinali, peraltro ri-

¹⁷ *Contra* G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 12^a ed., Torino, 2006, p. 45, il quale però non chiarisce per quale ragione l'attività del medico o dell'avvocato non sarebbe attività economica.

¹⁸ Sulle motivazioni ideologiche sottostanti a questa singolare tecnica normativa, si vedano F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, *passim* e R. TETI, *Codice civile e regime fascista*, Milano, 1990, *passim*.

¹⁹ Come è noto, si tratta di norma di principio rimasta subito monca del riferimento ai «limiti stabiliti [...] dalle norme corporative», sicuramente superata nel richiamo, tutt'altro che di spirito liberale, agli «interessi dell'economia nazionale» e inutile in quello ai «limiti stabiliti dalle leggi». I tentativi di rivitalizzarla, attraverso richiami al parametro costituzionale ed ai principi comunitari, non hanno del resto conosciuto grande seguito. Si vedano P. MARCHETTI, *o.c.*, p. 211 ss; G. GHIDINI, *I limiti negoziali alla concorrenza*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, IV, Padova, 1981, p. 89 ss. Più recentemente, M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 518, ha richiamato la norma tra gli argomenti a supporto della propria costruzione normativa della correttezza professionale di cui al n. 3 dell'art. 2598, c.c.

¹⁵ Per la ricostruzione della figura di consumatore e le difficoltà applicative cui ha dato luogo, si veda C.E. MAYR, *Il parametro del consumatore*, in *AIDA*, 2008, 274.

¹⁶ Nega che si possa parlare di ritorno alla costruzione soggettiva dell'impresa P. SPADA, *Impresa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. comm., VII, Torino, 1992, p. 37.

masti minoritari²⁰, non è infatti mai stata considerata dalla giurisprudenza una disposizione generale sull'obbligo di contrarre delle imprese in posizione dominante, bensì una norma speciale, il cui ambito soggettivo di applicazione è ristretto a determinati soggetti, ai quali norme pubblicistiche abbiano riservato lo svolgimento di un'attività economica²¹.

Nell'art. 2598 c.c., il soggetto dell'atto di concorrenza sleale è addirittura «chiunque»; la confondibilità è con «i prodotti e l'attività di un concorrente»; l'impresa compare nell'appropriazione di pregi; si inaugura di nuovo nella disposizione di cui al n. 3, lasciando quale traccia sistematica il riferimento all'«idoneità» a danneggiare l'altrui azienda». Nessun riferimento all'impresa compare nella norma sulla legittimazione all'azione di concorrenza sleale (art. 2601 c.c.).

L'impresa ricompare nelle norme sui consorzi (l'art. 2602 c.c. ne contempla come oggetto lo «svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese»).

La giurisprudenza ritiene tuttavia, talvolta implicitamente, talvolta esplicitamente, a seconda delle norme poste in applicazione, che il destinatario delle norme richiamate sia l'imprenditore come definito nell'art. 2082 c.c.²². Se è vero, infatti, che nella prassi vengono ricomprese anche talune attività positivamente escluse dalla stessa nozione giuridica di imprenditore²³, la tendenza espansiva si arresta dinanzi alle attività libero-professionali e la spiegazione che viene data per questa limitazione ruota proprio intorno alla nozione di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c. Sul tema la Suprema Corte è intervenuta non molti anni fa²⁴, affermando, in tema di concorrenza sleale, che «presupposto giuridico per la legittima configurabilità di un atto di concorrenza sleale

è la sussistenza di una situazione di concorrenzialità tra due o più imprenditori (e la conseguente idoneità della condotta di uno dei due concorrenti ad arrecare pregiudizio all'altro, pur in assenza di danno attuale), così che la normativa dettata, in materia, dall'art. 2598 c.c. non può ritenersi applicabile ai rapporti tra professionisti (nella specie, avvocati). La nozione di azienda di cui al n. 3 dell'art. 2598 sopra citato, difatti, coincide con quella di cui al precedente art. 2555, stesso codice, sicché (pur essendo innegabile che, sotto il profilo meramente ontologico, studi di liberi professionisti siano, di fatto, per personale, mezzi tecnici impiegati e quant'altro, assimilabili ad una azienda) l'intento del legislatore, inteso a differenziare nettamente la libera professione dall'attività d'impresa». In sintesi, la disciplina della concorrenza sleale non si applicherebbe ai professionisti perché essa richiama il danno all'azienda e la nozione di azienda di cui al n. 3 dell'art. 2598 c.c. coincide con quella di cui al precedente art. 2555 c.c., la quale collega l'azienda all'impresa; ne deriva che, al di là della possibile similitudine di fatto tra studi di liberi professionisti e aziende, essi aziende non sono, perché, appunto, l'azienda viene dall'art. 2555 c.c. collegata all'impresa²⁵.

L'esclusione delle libere professioni dalla nozione d'impresa nell'ambito del diritto della concorrenza potrebbe apparire di rilievo tutto sommato limitato: del resto, è inutile nasconderselo, affermati i principi, la stessa giurisprudenza comunitaria poi incontra in questo campo forti resistenze politiche alla loro coerente applicazione²⁶. È tuttavia la motivazione di tale esclusione a rivelare che la distanza dall'impianto comunitario non è puramente quantitativa, ma risponde ad una diversità di costruzione dei rapporti tra i concetti in gioco. Mentre, come visto, la prassi e la giurisprudenza comunitarie muovono dalla centralità del mercato, nella nostra giurisprudenza codicistica il punto di partenza è, invece, pur sempre l'impresa in senso giuridico: è sulla base della fattispecie impresa che si determina cosa è il mercato e, quindi, chi debba essere soggetto alla disciplina della concorrenza. La pur rilevata flessibilità nell'uso della nozione non vale cioè a smentire una costruzione soggettiva della disciplina della concorrenza, in contrasto

²⁵ Per l'inclusione dei professionisti tra i soggetti della concorrenza sleale si esprime anche G. FLORIDIA, *Concorrenza sleale e pubblicità*, in AA.Vv., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2001, p. 309 ss., sulla base dell'idea che il fondamento della disciplina sia la tutela di un diritto soggettivo alla lealtà della concorrenza.

²⁶ Basti pensare alla vicenda delle tariffe forensi, con la imbarazzata e imbarazzante pronuncia pregiudiziale Corte giust., 19 febbraio 2002, c. 35/99, Arduino c. Compagnia Assicuratrice RAS S.p.a., in *Racc.*, 2002, p. 1529.

²⁰ Si veda, in particolare, M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi di contrarre*, in *Tratt. dir. comm.* Galgano, IV, Padova, 1981, p. 310 ss.

²¹ Si veda C. OSTI, *o.c.*, p. 21 ss.

²² Si vedano G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*. Art. 2598-2601, Milano, 1991, p. 44 ss.; A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, 6ª ed., Milano, 2009, p. 17 s.

²³ La giurisprudenza in materia di concorrenza sleale, pur non senza contrasti, ha infatti ritenuto applicabile la disciplina all'impresa esercitata da un ente pubblico non economico, agli enti pubblici territoriali, all'ACI, agli enti fieristici, ai concessionari di pubblici servizi. Si vedano N. ABRIANI e G. COTTINO, *La concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. comm.* Cottino, II, Padova, 2001, p. 279 ss.

²⁴ Cass., 13 gennaio 2005, n. 560, in *Giur. it.*, 2005, p. 1177. Si vedano anche Trib. Bologna, 14 settembre 2006, in *Merit.*, 2007, 3, p. 36, che ritiene necessaria la qualifica di imprenditori, ai sensi dell'art. 2082 c.c. e App. Genova, 20 marzo 2002, in *Dir. ind.*, 2002, p. 395, che esclude l'applicabilità della disciplina della concorrenza sleale tra professionisti, ritenendo che essa sia applicabile solamente all'imprenditore commerciale.

prassi e giurisprudenza comunitarie, per cui il diritto *antitrust* è volto a tutelare la concorrenza e non il concorrente³⁰. Nell'impostazione descritta, infatti, la disciplina codicistica mira proprio a tutelare il concorrente, non nel senso, ovvio, che essa deve pur sempre essere azionata da un concorrente interessato ad agire in quanto vittima dell'atto di concorrenza sleale, ma in quello che il parametro di valutazione dell'illiceità delle condotte dell'agente finisce spesso con l'essere l'interesse del concorrente a non subire una concorrenza eccessivamente aggressiva.

Eppure, negli ultimi anni, la giurisprudenza interna ha dato numerosi segni nel senso di un tentativo di aggiornamento del proprio bagaglio concettuale alla luce del diritto comunitario della concorrenza. Difficile è dire se tale operazione sia stata coronata dal successo o se, come penso, non essendosi mai con chiarezza affrontato il nodo del rapporto tra diritto del mercato e diritto dell'impresa, si sia per il momento finiti col combinare elementi del primo in un contesto che resta saldamente ancorato al secondo.

Non deve dunque stupire se gli effetti dell'innesto dei principi comunitari avvenga sporadicamente, in modo assai diseguale, non sempre pertinente, evidenziando persistenti tensioni non risolte.

Vediamo, dunque, quali sono i principi comunitari con i quali la giurisprudenza che applica le norme del codice si confronta e verifico chiama quali conseguenze dovrebbe avere la conformazione ad essi degli orientamenti giurisprudenziali interni. Precisiamo ancora una volta che tali principi attengono all'ambito dell'*antitrust* così come a quello della tutela della libertà di scelta del consumatore.

5. Le prescrizioni comunitarie in materia di *antitrust* direttamente applicabili alle imprese sono, com'è noto, il divieto delle intese restrittive della concorrenza e quello degli abusi di posizione dominante, di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato CE (ora, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea)³¹. Comportamenti collusivi e utilizzazione del

con la impostazione rigorosamente oggettiva tipica del diritto comunitario.

4. La centralità dell'impresa nella disciplina codicistica della concorrenza trova conferma anche sotto un altro aspetto. Sulla sua base si spiegano anche le permanenti limitazioni alla legittimazione attiva all'azione di concorrenza sleale, riservata agli imprenditori concorrenti ed alle associazioni imprenditoriali. Ogni proposta dottrinale volta a ricomprendere i consumatori e le loro associazioni tra i soggetti passivi dell'atto di concorrenza sleale²⁷ si è così scontrata con un muro invalicabile, che neppure il ricorso alla Corte costituzionale – la quale, sul finire degli anni Ottanta, dichiarò in modo piuttosto sbrigativo manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 2601 c.c. sollevata dal Tribunale di Milano – ha potuto scalfire²⁸.

Ancora in anni recenti, la Corte di cassazione, nella importante pronuncia a Sezioni Unite che ha aperto ai consumatori l'esercizio delle azioni risarcitorie per danni da violazione di norme *antitrust*, rimarcava la distinzione di fondo tra diritto *antitrust* e disciplina della concorrenza sleale, facendo riferimento ad una diversità di interessi tutelati. Ha affermato, infatti, la Corte, che «la diversità di ambito e di funzione tra la tutela codicistica dalla concorrenza sleale e quella innanzi detta della legge *antitrust* esclude si possa negare la legittimazione alla azione davanti al G.O. ai sensi dell'art. 33, n. 2, della l. n. 287 del 1990, al consumatore, terzo estraneo alla intesa. Contrariamente a quanto ritenuto da Cass., n. 17475 del 2002, la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»²⁹.

Se la disciplina codicistica della concorrenza è disciplina degli imprenditori, la concorrenza da essa tutelata è dunque un sistema di relazioni interimprenditoriali. Ed è comprensibile che da queste affermazioni generali possa derivare nella prassi decisionale il mantenimento di una prospettiva opposta a quella descritta da un noto *refrain* di

²⁷ Si veda soprattutto C. SANTAGATA, o.c., *passim*.

²⁸ Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 59, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2158. L'ordinanza di rimessione è Trib. Milano, 7 febbraio 1980, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 74.

²⁹ Cass., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 111 ss., con nota di A. GENOVESE, *Risarcimento del danno in favore del consumatore che conclude il contratto attraverso di un'intesa vietata: l'inverecito delle Sezioni Unite*.

³⁰ Si veda in tal senso, per l'ultima, in senso cronologico, riproposizione di tale adagio, la Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, *Bruxelles*, 9.2.2009 C(2009) 864 definitivo, par. 6. Se ne consiglia la lettura nel testo inglese, acquisibile tra i materiali all'indirizzo web: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>, dato che la versione italiana citata si caratterizza per imbarazzante sciattezza.

³¹ Fuori contesto è, ai nostri fini, il controllo delle concentrazioni, al quale, del resto, qualche autore nega la natura di istituto *antitrust*, attribuendogli un ruolo re-

potere economico per restringere unilateralmente la concorrenza o sfruttare le controparti rappresentano dunque il portato esclusivo del diritto *antitrust* comunitario (e nazionale). L'interpretazione e l'applicazione di tali divieti aprono le porte alla discussione tipica del contesto *antitrust*, sulle finalità della disciplina, sul modello di concorrenza da tutelare, sul *consumer welfare*, ecc., e all'analisi delle connesse *technicalities* (mercato rilevante, barriere all'ingresso, posizione dominante, ecc.).

Si badi, conseguenza della due previsioni è che al di fuori dei comportamenti che in esse possono ricadere non sono concepibili azioni delle imprese rilevanti per il diritto della concorrenza. Detto altrimenti: al di fuori di questi limiti è dunque irrilevante qualunque evento o comportamento concorrenziale per quanto possa creare danni, difficoltà o addirittura pericolo per la stessa sopravvivenza di qualche concorrente. Come vedremo, ciò vale, in particolare, con riferimento ai comportamenti unilaterali escludenti, che sono considerati rilevanti solo quando posti in essere da imprese dotate di un potere di mercato qualificabile come posizione dominante.

D'altro canto, la normativa di origine comunitaria a tutela della libertà di scelta del consumatore vieta, se vogliamo descriverla sinteticamente in termini generali, ogni inganno, perpetrato attraverso la comunicazione di informazioni false o ambigue, ovvero attraverso l'omessa informazione, così come ogni di tipo aggressivo, tesa a coartare la volontà del consumatore stesso. È quanto trova adesso posto nella disciplina delle pratiche scorrette, accolta nel Codice del consumo, a seguito dell'attuazione della Direttiva 2005/29/CE.

Ne deriva che una giurisprudenza in ambito concorrenziale che voglia fare propri i principi comunitari dovrebbe a) reprimere decisamente le intese restrittive della concorrenza, osservando tuttavia le eccezioni a tale repressione che il diritto comunitario ha messo sempre più dettagliatamente a punto; b) sanzionare i comportamenti unilaterali solamente laddove in questi sia ravvisabile un attacco al corretto funzionamento del mercato e solo se essi possano avere come effetto il peggioramento oggettivo delle condizioni di concorrenza su tale mercato; c) tutelare la libertà di scelta del consumatore.

Cosa di tutto ciò emerge dalla nostra giurisprudenza che applica le norme del codice?

Per ciò che riguarda i comportamenti concertati restrittivi della concorrenza, si può rilevare che, dal punto di vista della tipologia empiri-

golatorio; così M. GRUJO, *The Theory and Practice of Antitrust. A Perspective in the History of Economic Ideas*, in *Storia del pensiero economico*, 2006, 2, p. 33.

rica, essi possono tradursi in una mera rinuncia a competere, sfociante nella collusione su elementi sensibili delle politiche commerciali, così come in azioni concertate il cui obiettivo è mettere in difficoltà altri, escluderli da un mercato o impedire l'accesso ad esso.

Il mero accordo per non competere è, nel codice, materia trattata dall'art. 2596 c.c. (e da quelle norme che di esso costituiscono specificazioni, quale il divieto di concorrenza dell'alienante l'azienda, dell'agente, del prestatore di lavoro, del socio di società di persone, dell'amministratore di società di capitali). L'accordo mirante a colpire terzi soggetti (tipicamente, il patto di boicottaggio) trova invece il suo ideale ambito di considerazione nell'art. 2598 c.c.

L'art. 2596 c.c., com'è noto, formula un giudizio piuttosto indulgente in merito all'ammissibilità dei patti limitativi della concorrenza³². Esso pone, quali soli limiti a tali pattuizioni, la loro durata, che non può essere ultraquinquennale, e la necessità che siano oggettivamente e territorialmente circoscritte.

La *ratio* della disposizione, per opinione comune, non è del resto la tutela della concorrenza, bensì quella della libertà economica individuale contro le autolimitazioni su base negoziale, che risultano eccessive³³.

Sul piano sostanziale, il disposto dell'art. 2596 c.c. appare senz'altro superato dal divieto delle intese restrittive della concorrenza di cui all'art. 81 del Trattato CE prima, e all'art. 2 della l. n. 287 del 1990 poi. Tuttavia, la Corte costituzionale, nel 1982, respinse la questione di costituzionalità della norma, sollevata dal Tribunale di Milano con riferimento all'art. 41 cost.³⁴, con una pronuncia che, a dispetto della

³² A. VANZETTI e V. DI CATALDO, o.c., p. 659, definiscono «assai rudimentale» la disciplina in essa contenuta.

³³ In tal senso già la Relazione ministeriale al codice civile, n. 1045. Sul punto, si veda G. GHIDINI, *Limiti negoziali*, cit., p. 24. Per una decisa negazione di qualunque contenuto antimonopolistico dell'art. 2596, si veda L. NIVARRA, o.c., *passim*.

³⁴ Corte cost., 16 dicembre 1982, n. 223, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 384. Affermò la Corte: «La libertà di concorrenza tra imprese ha, come è noto, una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi».

Naturalmente la libertà di concorrenza comprende pure la possibilità di autolimitazione mediante accordi, la quale non turba necessariamente il gioco della libera concorrenza, anzi talvolta può agevolarlo (come nel caso di accordi intesi ad evitare l'emarginazione di imprese più deboli e le conseguenti formazioni di posizioni di monopolio o di quasi monopolio ovvero di oligopolio, da parte delle imprese più forti). Naturalmente detta autolimitazione non può superare quei limiti che l'ordinamento

conseguenza dimostrata per tutti i valori in gioco, appare piuttosto conservatrice, se si considera che essa pose sullo stesso piano diritto individuale all'autolimitazione nella concorrenza e interesse pubblico allo svolgimento non autolimitato della concorrenza che, invece, il diritto *antitrust* pone in termini di rapporto tra eccezione (il diritto all'autolimitazione) e regola (il divieto di qualunque restrizione della concorrenza).

Anche la giurisprudenza della Corte di cassazione sull'art. 2596 c.c. ha più volte privilegiato il profilo della libertà individuale. Ciò emerge in pronunce anche molto distanti tra loro nel tempo.

In una pronuncia del 1981³⁵ si legge che «deve ritenersi valido, ai sensi dell'art. 2596 c.c., il patto di non concorrenza che faccia divieto ai contraenti di rifornirsi di una determinata merce presso determinati produttori allorché tale riferimento comporti, unicamente la funzione di delimitare le zone e le attività patteggiatamente precluse». Ancora nel 1995³⁶ la Suprema Corte, sul presupposto della non applicabilità retroattiva della legge *antitrust* italiana, affermava che «il contratto, con il quale due società italiane, operanti nel territorio nazionale quali concessionarie per la vendita di autoveicoli della stessa fabbrica, fissino un reciproco divieto di negoziare con clienti non residenti nelle rispettive zone, non è affetto da invalidità, nella disciplina previgente a quella introdotta in via innovativa dall'art. 2 della l. n. 287 del 1990, sotto il profilo di contrasto con i regolamenti CEE n. 83 e n. 123 del 1985,

giuridico pone nell'interesse individuale o in quello della collettività (per quanto concerne il diritto comunitario, cfr. in proposito l'art. 85 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea).

Da questo angolo visuale va considerata la disposizione impugnata, la quale appunto prevede dei limiti all'accordo intervenuto tra imprenditori per coordinare la propria azione e regolare i reciproci rapporti, prescrivendo le restrizioni superiormente indicate.

Essa non comprime dunque la libera concorrenza ma detta condizioni di validità e di efficacia alle autolimitazioni che, nella materia, siano intervenute negoziatamente tra imprenditori [...]. È ben vero che dai lavori preparatori si ricava che l'intento principale dei compilatori del codice fu quello di «evitare un'eccessiva compressione della libertà individuale nel perseguimento di un'attività economica» (cfr. Rel. min. al c.c. n. 1045). Ma tale intento non esclude che la norma si risolva anche nella protezione dell'interesse collettivo, impedendo eccessive restrizioni alla libertà di iniziativa economica e tutelando così, nella misura – sia pure modesta – espressa dalla norma stessa, il mercato nelle sue oggettive strutture». La Corte rinviava poi all'emanazione di una legge *antitrust* l'apprestamento nell'ordinamento giuridico italiano di una disciplina idonea «ad assicurare la effettiva tutela del mercato, oggettivamente considerato, sotto il profilo concorrenziale a soddisfare così le esigenze della moderna vita economica».

³⁵ Cass., 5 dicembre 1981, n. 6456, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1597.

³⁶ Cass., 28 luglio 1995, n. 8251, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1411.

atteso che questi, dando attuazione all'art. 85 del Trattato, si occupano esclusivamente della disciplina della concorrenza nel mercato comune, cioè nei rapporti fra imprese presenti in Paesi diversi». Pronuncia a mio avviso viziata da formalismo, nella quale, evidentemente, la sottolineatura della natura innovativa della legge *antitrust* italiana e della non applicabilità diretta del diritto comunitario laddove non si riscontrino il rischio del pregiudizio al commercio tra gli stati membri (peraltro interpretato in modo alquanto restrittivo) sottintende la totale indifferenza per quelli che sono comunque i principi ispiratori della già vigente normativa *antitrust* comunitaria.

Ancora piuttosto ambigua appare Cass., 21 agosto 1996, n. 7733³⁷, nella quale, al fine di ammettere la compromettibilità in arbitri di controversie relative ad un patto di non concorrenza, si legge che «sul piano dei principi, la libertà di iniziativa economica privata garantita dalla Costituzione (art. 41, comma 1), comprensiva (anche) della libertà di concorrenza tra imprese, attiene a materia sicuramente «disponibile» posto che essa è espressione della libertà di scelta e di svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale.

I limiti legali a sofferta libertà – *ivi* compresi quelli relativi alla autolimitazione negoziale della concorrenza, prevista e disciplinata, appunto, dall'art. 2596 c.c. – in quanto posti a tutela dell'interesse individuale o della collettività parimenti garantito dalla Costituzione (art. 41, commi 2 e 3) non mutano la natura «disponibile» dei diritti che costituiscono il contenuto della libertà medesima, ma incidono unicamente e specificamente sulla validità e/o sull'efficacia della fonte che li prevede, sia essa legislativa ovvero, come nella specie, espressione dell'autonomia privata (cfr. Corte cost., n. 223 del 1982)».

Ancora, da segnalarsi è Cass., 6 agosto 1997, n. 7266³⁸, la quale afferma, sulla base di un indirizzo consolidato, che il divieto di superare il quinquennio di durata del patto di non concorrenza vale solamente se il patto sia autonomo e distinto rispetto ad altro contratto tra le stesse parti cui accede, e rispetto al quale appaia occasionale, altrimenti non vale³⁹.

La giurisprudenza nel suo complesso ha continuato ad applicare l'art. 2596 c.c., anche se dopo l'entrata in vigore della legge *antitrust*

³⁷ In *Giust. civ.*, 1997, I, p. 1373.

³⁸ In *Foro it.*, 1997, I, c. 3179.

³⁹ Sul punto, si vedano A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *o.c.*, p. 660. Una spiegazione di tale indirizzo è fornita da G.M. BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato*, Milano, 2002, p. 21 s.

italiana soprattutto quella di merito prova a trovare la via della compatibilità tra previsioni di ispirazione così lontana⁴⁰.

In definitiva, può ritenersi che anche le oscillazioni registratesi in assenza di un chiaro divieto interno delle intese siano da considerarsi superate e che l'art. 2596 c.c. non possa più essere letto al di fuori dal quadro delle regole *antitrust*. Del resto, dopo l'entrata in vigore della legge *antitrust* italiana, appare ormai penetrata nella giurisprudenza l'idea che la violazione del divieto delle intese sia anche contrario alla correttezza professionale⁴¹.

La seconda manifestazione dell'agire concertato è quella che si traduce nell'attacco a terzi, tipicamente attraverso un boicottaggio collettivo. Qui la giurisprudenza interna, sviluppatasi sotto l'art. 2598 c.c., non sembra avere mai avuto dubbi sulla contrarietà di tale pratica alla correttezza professionale⁴², anche se non manca qualche pronuncia in cui la nota limitazione soggettiva della disciplina alle «imprese» produce risultati discutibili⁴³.

⁴⁰ Si vedano, ad es., Trib. Napoli, 21 settembre 1999, in *Giur.*, 2000, p. 807 per cui «Il patto di non concorrenza tra due imprenditori, avente precisi limiti spaziotemporali e privo di effetto limitativo della concorrenza, non configura un'intesa restrittiva della concorrenza vietata dall'art. 2 l. 10 ottobre 1990 n. 287»; Trib. Bologna, 11 novembre 2003, in *Dir. prat. soc.*, 2004, p. 64, secondo cui «L'art. 81 (ex art. 85) del trattato Ce vieta le intese tra imprese che abbiano come oggetto o effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. Per l'operatività del divieto è necessario, dunque, che l'accordo incida sul gioco della concorrenza nel mercato comunitario. Tale effetto non è ravvisabile quando una clausola di esclusiva contenuta in un contratto di somministrazione riguardi un ambito territoriale limitatissimo e circoscritto».

⁴¹ Si vedano ancora Trib. Roma, 23 dicembre 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 2333, secondo la quale, appunto, «Le intese vietate dalla l. n. 287 del 1990 sono suscettibili di essere valutate dal giudice adito in via cautelare al fine di accertare la sussistenza di comportamenti contrari alla correttezza professionale dettata dall'art. 2598, n. 3, c.c.»; Trib. Milano, 10 ottobre 1996, in *Dir. ind.*, 1997, p. 189 ss., che nega possa essere considerato comportamento sleale il mancato rispetto di un'intesa restrittiva della concorrenza.

⁴² Si vedano, ad es., Cass., Sez. un., 15 marzo 1985, n. 2018, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1663; Trib. Milano, 26 maggio 1994, in *Giur. amm. dir. ind.*, 1994, p. 759. Sul punto, si vedano G. GHIDINI, *Della concorrenza sleale*, cit., p. 328; N. ABRIANI e G. CORTINO, *o.c.*, p. 310 s.; G. FLORIDIA, *o.c.*, p. 323 s.; A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *o.c.*, p. 121 s.

⁴³ Si veda App. Roma, 21 aprile 1980, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 382, la quale, pur riconoscendo che l'azione dell'associazione dei giornalisti, che avevano convenuto con la federazione degli editori che questi rifornissero di giornali e periodici i soli rivenditori muniti del «tesserino di prelevamento» rilasciato dalla commissione paritetica costituita dalla medesima associazione, rappresentasse un boicottaggio secondario, nego-

In conclusione sul punto, il diritto delle intese restrittive della concorrenza appare considerato nella giurisprudenza codicistica, anche se le intese non aggressive (cioè non dirette immediatamente a danneggiare altre imprese) sembrano avere a lungo goduto di un trattamento non uniformemente censorio.

6. Gli attriti tra i principi di derivazione comunitaria e la disciplina interna della concorrenza sono emersi però con evidenza allorché si è trattato di affrontare il tema dei comportamenti unilaterali.

Il problema è connesso alla stessa *ratio* di una tipologia di inter-vento che, finché si svolge nella cornice dell'art. 2598 c.c. – e non direttamente in quella della legge *antitrust* –, vede la giurisprudenza impegnata in una difficile sfida per conciliare quello che nella sua maggioranza continua a vedere come un diritto degli imprenditori (vedi *supra*, par. 4) o, meglio, per gli imprenditori, con principi tratti da un diritto del mercato, sulla base dei quali dovrebbero essere sanzionati sempre e solamente quei comportamenti dai quali possa derivare un danno alla concorrenza e non unicamente al concorrente.

La questione non riguarda tanto le fattispecie di concorrenza sleale tipiche, quanto piuttosto quelle ricomprese in via interpretativa nella clausola di contrarietà alla correttezza professionale.

Nella prima categoria rientrano, innanzitutto, talune ipotesi nominate di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c. dunque, il divieto degli atti di confusione e quello dell'appropriazione di pregi altrui, che non hanno in effetti nulla a che vedere con le sopra ricordate prescrizioni *antitrust*, ma sono indubbiamente inscrivibili al diritto della concorrenza nel senso ampio sopra visto. La repressione degli atti di confusione e dell'appropriazione di pregi altrui, infatti, risponde sì agli interessi della categoria imprenditoriale, ma non v'è dubbio che essa contribuisca anche a tutelare la libertà di scelta dei consumatori e, dunque, a salvaguardare una concorrenza sulle prestazioni, con benefici, in ultima istanza, per un corretto funzionamento del mercato in generale. Direi, dunque, che qui già nel codice non sono dati motivi di attrito con una tutela general-concorrenziale, né mi pare che l'applicazione delle disposizioni considerate li abbia fatti emergere.

Sempre nell'ambito delle figure tipizzate dall'art. 2598 c.c., l'influenza del diritto comunitario della concorrenza, ancora inteso *lato sensu*, si è invece chiaramente fatta sentire se si guarda al modo in cui

L'applicazione dell'art. 2598 c.c., in quanto si era di fronte ad un'associazione e non ad un'impresa.

si è evoluto il trattamento della denigrazione, con il progressivo superamento della tradizionale aversità della giurisprudenza per la comparazione, che è strumento tipicamente proconcorrenziale, infine fatta oggetto di apposita disciplina permissiva, di derivazione, appunto, comunitaria⁴⁴. Qui, effettivamente, non v'è dubbio che tra l'interesse a limitare l'aggressività concorrenziale, del quale generalmente sono portatori gli *incumbents*, e quello a svilupparla, comune ai *newcomers* ed ai consumatori, il secondo è infine prevalso, pur non senza fatica.

Tra le figure, non incluse nell'art. 2598 c.c., ma che possono ormai considerarsi tipiche, lo stesso discorso deve farsi ancora con riferimento alla pubblicità ingannevole (che può ormai essere considerata, appunto, fattispecie tipica, per effetto del d.l.g. 25 gennaio 1992, n. 74 che ha adesso lasciato il campo alla disciplina delle pratiche scorrette ingannevoli, di cui al Codice del consumo, per ciò che riguarda il rapporto *business to consumer*, e, per ciò che riguarda il rapporto *business to business*, alla disciplina della pubblicità ingannevole di cui al d.l.g. 2 agosto 2007, n. 145). Il passaggio dal vecchio mendacio a tale previsione ampia e dalla tolleranza della pubblicità redazionale non denigratoria alla illiceità della pubblicità redazionale *tout court* è, in effetti, un altro passo verso l'applicazione, senza eccessive scosse, della disciplina codicistica secondo un'ispirazione general-concorrenziale.

È vero – e vale per tutti i casi testé citati – che la giurisprudenza, come si ricordava, non ha mai compiuto quel passo che da essa ci si sarebbe attesi, adeguando il sistema di legittimazione all'azione all'ampliamento degli interessi in considerazione, ma quel che voglio sottolineare è che non può più dirsi, con riferimento a tali figure, che vi sia un sostanziale attrito tra generalità degli interessi in gioco e direzione della tutela. In pratica, pur alla fine di percorsi tormentati, la giurisprudenza ha qui scelto di schierarsi con le imprese desiderose di concorrere sulle prestazioni (e, quindi, con i consumatori), anziché con quelle che preferiscono affidare il proprio successo commerciale alla scorrettezza comunicativa.

In conclusione, i principi comunitari – e le regole introdotte nel nostro ordinamento su impulso comunitario – possono sotto questo profilo considerarsi effettivamente penetrati nella giurisprudenza che applica la disciplina codicistica della concorrenza.

7. Il problema comincia a porsi, invece, laddove si provi a verificare in che termini l'applicazione giurisprudenziale della clausola di

contrarietà alla correttezza professionale effettivamente esprima in prevalenza una comunanza di principi con il diritto comunitario della concorrenza con riferimento alla seconda categoria sopra individuata: cioè a quegli illeciti atipici, tradizionalmente ricompresi tra le pratiche contrarie alla correttezza professionale.

Qui, a ben vedere, si pone una questione di fondo.

Poiché il riferimento immediato è il diritto *antitrust* di impianto europeo, il confronto, al quale, come vedremo, la giurisprudenza non si sottrae, si svolge con una disciplina che non conosce altro illecito unilaterale se non quello compiuto dall'impresa in posizione dominante. Un comportamento, anche estremamente aggressivo, posto in essere da un concorrente non dotato di quel potere economico così qualificato non è un abuso, è un normale atto di concorrenza, e la disciplina non tutela certo l'impresa che, pur essendo altrettanto (o, addirittura, più) forte dell'aggressore, subisca danni per effetto di una risposta inadeguata all'attacco, magari dettata da insufficiente valutazione delle reali potenzialità dell'aggressore stesso. Tutto ciò risulta ancora più accentuato alla luce della recente Comunicazione della Commissione sull'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE⁴⁵, che si vuole ispirata ad un *effects-based approach* alle pratiche unilaterali escludenti, in nome del quale si ritiene che, per essere sanzionato quale abuso, un comportamento posto in essere da un'impresa in posizione dominante a) abbia quale potenziale effetto un pregiudizio alla concorrenza, che si traduca in un danno ai consumatori; b) sia idoneo, nel caso si tratti di un abuso di prezzo, a creare un effetto escludente o preclusivo nei confronti di imprese efficienti almeno quanto quella dominante; c) non possa essere giustificato alla luce di un complessivo guadagno di efficienza.

Tali indicazioni, che pure appaiono alla maggiore parte dei primi commentatori piuttosto parziali e confuse⁴⁶, rispondono comunque alla pressante esigenza di distinguere la normale azione concorrenziale di un'impresa che pure sia dominante, dalle azioni anticoncorrenziali, evitando di far discendere direttamente il divieto dalla natura dominante dell'impresa e dalle fisiologiche conseguenze della concorrenza (che può avere come effetto anche l'espulsione dal mercato di altre imprese).

Se questo è il quadro descritto dall'attuale prassi interpretativa comunitaria, una prassi giudiziaria nazionale conforme ai principi ispira-

⁴⁵ La si veda citata alla nota 30.

⁴⁶ Si vedano gli atti della *International conference on the recent developments in Antitrust Policy and the enforcement of art. 82*, tenutasi presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il 6 marzo 2009, in www.agcm.it.

⁴⁴ Si veda V. MELI, *La pubblicità comparativa tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giur. comm.*, 1999, I, p. 267.

tori della disciplina *antitrust* dovrebbe a) trattare in modo coerente con lo spirito delle prescrizioni *antitrust* fattispecie comuni a quell'ambito; b) non contemplare comunque interventi assolutamente estranei – quando non addirittura contrari – alla stessa logica general-concorrenziale che sottostà all'*antitrust*.

Per ciò che riguarda il punto a), importante è comprendere cosa nel disposto delle norme *antitrust* sia elevabile al rango di principio generale e cosa, invece, rappresenti aspetto peculiare, legato alla specifica esigenza di affrontare i problemi della concorrenza su una scala dimensionale che non sia inferiore ad una parte rilevante del mercato nazionale o, addirittura di quello comunitario. A mio avviso, il principio generale è quello della tutela di un quadro concorrenziale non falsato, dichiarato nell'art. 3, lett. g del Trattato CE, mentre la scelta di tutelarlo solo a fronte degli abusi da parte di imprese preventivamente definite in posizione dominante rappresenta la peculiarità della legislazione *antitrust*⁴⁷.

Se così è, ci si aspetterebbe dalla giurisprudenza che, nel selezionare i comportamenti meritevoli di sanzione, per un verso, tenesse conto dell'impianto general-concorrenziale e pro-efficientistico della normativa *antitrust*, senza peraltro ridurre la disciplina della concorrenza sleale ad una mera riproduzione di quella *antitrust* nazionale o comunitaria; per un altro, abbandonasse ogni difesa di interessi tutti interni al ceto imprenditoriale, non compatibili con la tutela e la promozione di un regime di libero mercato concorrenziale.

Se si guarda alla composita esperienza giurisprudenziale, soprattutto dell'ultimo ventennio – con accentuazione a partire dall'ingresso diretto dei principi del diritto *antitrust* nel nostro ordinamento attraverso la l. n. 287 del 1990 –, si rileva invece come in essa abbiano convissuto – e continuino a convivere – enfatiche affermazioni di principio volte a valorizzare l'interesse generale al buon funzionamento di un mercato concorrenziale, ma relegate al ruolo di *obiter dicta*⁴⁸; non

⁴⁷ Tanto si tratta di previsioni peculiari, che, come si vedrà, la legislazione statunitense considera rilevanti, a determinate condizioni, anche comportamenti anticoncorrenziali unilaterali non posti in essere da imprese che, secondo i parametri europei, sarebbero in posizione dominante.

⁴⁸ Si veda Cass., 26 novembre 1997, n. 11859, in *Dir. ind.*, 1998, p. 219: «Il criterio della correttezza professionale [...] non viene spiegato, come in passato si è fatto, in base ad una visione corporativa, che finirebbe con il legittimare una categoria professionale ad elaborare i propri sistemi di riferimento generale, imponendoli dunque alla collettività, [ma] deve trarsi essenzialmente dalla cennata nozione di concorrenza e dalla sua posizione, anche costituzionale, nel sistema. Valore guida è la libertà di concorrenza, la quale costituisce ad un tempo l'oggetto e la misura della tutela di cui

rare ipotesi di utilizzazione del tipico lessico *antitrust* nell'affrontare taluni tradizionali passaggi argomentativi nell'applicazione della disciplina della concorrenza sleale⁴⁹; interventi che riconducono senz'altro la scorrettezza professionale alla dimensione delle violazioni rilevanti ai fini *antitrust*⁵⁰; frequenti interventi che non hanno nulla a che vedere con una disciplina della concorrenza che non sia intesa in senso strettamente interimprenditoriale (oserei dire corporativo).

Sotto quest'ultimo profilo, si consideri, ad esempio, quella tradizionale fattispecie di concorrenza sleale che è lo storno di dipendenti, che in una logica general-concorrenziale, laddove non sia attuato con metodi o obiettivi di per sé scorretti (tipicamente, la denigrazione del concorrente o la sottrazione di segreti), non dovrebbe essere considerato diversamente da una concorrenza – anche aggressiva – sulla forza lavoro⁵¹ e che, invece, come si vedrà, viene giudicato ancorà sulla base dell'*animus nocendi*.

Nel 1998 si leggeva in una pronuncia della Cassazione⁵² che «la concorrenza illecita per mancanza di conformità ai principi della correttezza [...] deve essere [...] desunta dall'obiettivo che l'imprenditore concorrente si proponga, attraverso il menzionato passaggio, di vanificare lo sforzo di investimento del suo antagonista, creando nel mercato l'effetto confusorio, o discreditante, o parassitario capace di attrarre ingiustamente, a chi lo cagiona, il frutto dell'investimento (ossia, l'avviamento) di chi lo subisce». Sorprende che, ancorà nel 2008, si legga una serie di massime della Suprema Corte⁵³ del seguente tenore, «affinché lo storno dei dipendenti di un'impresa concorrente possa costituire atto di concorrenza sleale, sono necessari la consapevolezza nel soggetto agente dell'idoneità dell'atto a danneggiare l'altrui impresa ed

si discute». La decisione riguarda però un caso di denigrazione, sulla decisione del quale non mi pare che le riportate affermazioni abbiano poi alcuna concreta influenza.

⁴⁹ Si veda, ad es., Cass., 14 febbraio 2000, n. 1617, in *Foro pad.*, 2002, I, p. 32, in cui il requisito del rapporto di concorrenza viene argomentato esattamente in termini di mercato rilevante.

⁵⁰ Si veda, ad es., per un'affermazione generale in tal senso, Trib. Roma, 23 dicembre 1999, cit., secondo il quale «Gli illeciti previsti dalla legge *antitrust* valgono a specificare la clausola di correttezza nei rapporti tra imprenditori, sicché la repressione della concorrenza sleale può essere attivata solo in via sussidiaria, laddove cioè non ricorrano i presupposti perché scati il rimedio speciale *antitrust*».

⁵¹ Si veda M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 518 ss.; V. MELI, *Lo storno di dipendenti come atto di concorrenza sleale. Un uso giurisprudenziale della clausola di correttezza professionale*, in *Contr. impr.*, 1990, p. 165.

⁵² Cass., 9 giugno 1998, n. 5671, in *Studium iuris*, 1998, p. 1122.

⁵³ Cass., 23 maggio 2008, n. 13424, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 584; Cass., 7 marzo 2008, n. 6194, *ivi*, 2008, p. 582.

altresì *l'animus nocendi*, cioè l'intenzione di conseguire tale risultato, da ritenersi sussistente ogni volta che lo storno sia stato posto in essere con modalità tali da non potersi giustificare, in rapporto ai principi di correttezza professionale, se non supponendo nell'autore l'intento di recare pregiudizio all'organizzazione ed alla struttura produttiva del concorrente»⁵⁴.

L'animus nocendi, dunque, permane elemento qualificante l'illecito, secondo la migliore tradizione corporativa.

Ancora una critica può formularsi nei confronti di quell'indirizzo giurisprudenziale, anche esso tutt'oggi piuttosto vivo soprattutto nella giurisprudenza di merito, ma non smentito in principio dalla Cassazione, che censura come concorrenzialmente scorrette forme assortite di «concorrenza parassitaria»⁵⁵.

8. Come si diceva, rispetto ai comportamenti tipizzati nella prassi *antitrust*, trattati nel contesto della clausola di contrarietà alla clausola di correttezza professionale, talvolta si riscontra il richiamo alle corrispondenti fattispecie *antitrust*, tal altra il permanere di posizioni tradizionali. Per un richiamo, piuttosto acritico, alle fattispecie *antitrust*, basti pensare al rifiuto unilaterale di contrarre (boicottaggio primario).

⁵⁴ La vicenda trattata era quella della costituzione, da parte del socio di una società in nome collettivo, di una società a responsabilità limitata avente oggetto identico a quello della prima società, con l'assunzione nella nuova società di cinque dipendenti su undici già in forze alla vecchia impresa. Nel corso del giudizio di merito, quali comportamenti dell'autore dello storno, erano stati provati per taluno di essi l'invito a dimettersi e, per gli altri, il rafforzamento della volontà di interrompere il rapporto di lavoro.

⁵⁵ Si vedano Trib. Rimini, 14 febbraio 2007, in *Corr. merito*, 2007, 6, p. 731; Trib. Roma, 16 febbraio 2006, in *Giur. it.*, 2006, 7, p. 1430; Trib. Milano, 1 febbraio 2002, in *Riv. dir. ind.*, 2003, II, p. 148; Cass., 20 aprile 1996, n. 3787, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2808; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14479, in *D&G*, 2002, 40, p. 77, pur confermando la licità del comportamento di un dipendente di un'impresa, messi in proprio sfruttando i contatti coltivati nel corso del rapporto d'impiego, argomenta che «nel momento in cui l'ex dipendente utilizza in modo concorrenziale la professionalità così acquisita, si rendono applicabili le regole di correttezza professionale, che rinviava al buon costume commerciale. E che, per tal profilo, la linea di confine della correttezza possa individuarsi nel divieto della concorrenza parassitaria, volta a sviare a proprio vantaggio i valori aziendali di imprese preesistenti e in particolare di quella di provenienza». È il caso di rilevare che con l'espressione «concorrenza parassitaria» la citata giurisprudenza individua varie forme di sfruttamento di valori aziendali altrui e non tanto la fattispecie individuata in qualche remoto caso, consistente nell'imitazione sistematica delle iniziative imprenditoriali del concorrente (si vedano A. VANZETTI e V. DI CATALDO, *o.c.*, p. 120 s.).

Per una coesistenza di tradizione e tentativi di innovazione, basti invece pensare alla vendita sotto costo.

Per ciò che riguarda il rifiuto di contrattare, il possesso di una posizione dominante quale condizione di illiceità è da tempo consolidato. Già nel 1983, la Suprema corte⁵⁶ riteneva che «per costituire atto di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3, c.c., [il rifiuto di contrattare] deve ricollegarsi ad una posizione dominante di mercato, che non discende necessariamente dal diritto di esclusiva nella distribuzione di uno o più prodotti di marca, essendo sufficiente ad integrarla una situazione di predominio commerciale in base a cui si è in grado di determinare la propria politica di mercato senza tener conto di fonti di approvvigionamento concorrenziali, talché, valendosi del potere di supremazia rispetto agli altri soggetti operanti nel medesimo settore, merceologico e territoriale, si ha la possibilità di comportarsi, in misura notevole, in modo indipendente nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori. Nella ricostruzione giudiziale, una posizione di tal genere può emergere unicamente da una complessa valutazione comparativa dei soggetti dell'area di mercato, delle merci e delle loro caratteristiche, la quale non è resa dalla semplice rilevazione dei profili delle vendite di uno solo di quei protagonisti del commercio». Si tratta, invero, di una posizione che, se da un lato coglie l'importanza del possesso di una qualche misura di preminenza dell'agente come requisito necessario di un giudizio di illiceità concorrenziale⁵⁷, dall'altro mostra una certa rigidità nel gestire tale elemento, non meno che una propensione a ritenerne tale requisito anche sufficiente, laddove è nota l'estrema cautela di prassi e giurisprudenza comunitarie (e non solo) nel fondare obblighi di contrarre dell'impresa dominante in favore dei concorrenti⁵⁸.

⁵⁶ Cass., 23 febbraio 1983, n. 1403, in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, p. 3. Si vedano, nello stesso senso, anche Trib. Bari, 15 luglio 1993, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 264; Trib. Bari, 9 giugno 1993, in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, p. 87; Trib. Milano, 26 maggio 1994, in *Giur. amm. dir. ind.*, 1994, p. 759; Trib. Napoli, 23 luglio 2003, in *Dir. ind.*, 2004, p. 268, con nota di G. FLORIDIA; Trib. Napoli, 19 maggio 2004, *ivi*, 2005, p. 208, con nota di F. MATTINA.

Per un'ipotesi di illiceità del boicottaggio secondario, si veda Trib. Napoli, 7 gennaio 1999, in *Foro nap.*, 1999, p. 53.

⁵⁷ Laddove, invece, per nulla condivisibile mi pare la posizione di Trib. Napoli, 16 giugno 1997, in *Giur.*, 1998, p. 883, secondo cui «L'impresa distributrice di giornali quotidiani e periodici che abbia rifiutato immotatamente di continuare la distribuzione di un rivenditore, tiene una condotta rilevante ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c. e perciò qualificabile come atto di concorrenza sleale, in quanto contrastante con i principi di correttezza, imparzialità e trasparenza nonché pregiudizievole per l'altra impresa».

⁵⁸ Sul tema, V. MELI, *Rifiuto unilaterale di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, *passim*.

Per ciò che riguarda invece la vendita sotto costo – un vero classico della disciplina della concorrenza sleale, oggetto di ampia controversia anche tra giuristi ed economisti studiosi di disciplina *antitrust*⁵⁹ – la giurisprudenza si mostra piuttosto diversificata, facendo registrare una posizione che si presenta come spiccatamente «modernista» della Suprema Corte, ed una vera e propria babele nella giurisprudenza di merito. Significativa, sotto il primo aspetto, Cass., 26 gennaio 2006, n. 16366⁶⁰, secondo la quale i criteri di valutazione della vendita sotto costo quale atto di concorrenza sleale debbano essere i medesimi elaborati in ambito *antitrust* e, dunque, deve ritenersi che tale pratica sia contraria ai doveri di correttezza di cui all'art. 2598, n. 3, c.c. in quanto posta in essere da un'impresa in posizione dominante, al fine di eliminare i concorrenti per poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare⁶¹. I due requisiti di illiceità della vendita sottocosto sarebbero, pertanto, posizione dominante e possibilità del *recompment*. È in particolare sul primo requisito che dovremo diffonderci in seguito⁶².

Se si guarda alla cospicua giurisprudenza di merito, è vero che in essa appare ancor oggi rappresentato l'indirizzo tradizionale, che vede in sé nella vendita sotto costo (magari correttamente definita secondo lo strumentario analitico del diritto *antitrust*) un atto di concorrenza sleale allorché essa sia finalizzata esclusivamente ad eliminare o, quanto meno, a danneggiare il concorrente⁶³, ma l'indirizzo prevalente reputa oggettivamente illecita la pratica, sostanzialmente sulla base della sua

⁵⁹ Si vedano, sul tema, L. MANSANI, *Ribassi di prezzo, offerte promozionali e concorrenza sleale*, Milano, 1990, *passim* e P. GIUDICI, *I prezzi predatori*, Milano, 2000, *passim*.

⁶⁰ In *Riv. dir. ind.*, 2006, 6, p. 331, con nota di E. CALLEGARI. Il fatto alla base della causa era la vendita abbinata (o meglio, l'abbinamento assertivamente gratuito) di un quotidiano e di un magazine di programmi televisivi.

⁶¹ Non può sfuggire la differenza di impostazione con Cass., 21 aprile 1983, n. 2743, in *Resp. civ. prev.*, 1984, p. 378; si veda anche Cass., 28 aprile 1983, n. 2910, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 1377, secondo la quale «La fornitura sottocosto di servizi, quando non sia giustificata dalle condizioni obiettive della produzione, ma si risolva in un'artificiosa manipolazione del mercato con pericolo di sviamento della clientela, costituisce atto di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3, c.c.».

⁶² Sul secondo, è il caso di rilevare che la decisione appare non aderente alla giurisprudenza *antitrust* comunitaria, ai cui principi pure dichiara di richiamarsi. La necessità di provare il potenziale recupero delle perdite è, infatti, esplicitamente negata dalla Corte giust., 14 novembre 1996, c. 333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione CE*, in *Racc.*, 1996, p. 5951, par. 44.

⁶³ Si vedano Trib. Verona, 28 dicembre 1985, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 641; Pret. Milano, 9 dicembre 1991, in *Giur. am. dir. ind.*, 1992, p. 313.

ingiustificabilità economica e dell'idoneità a danneggiare il concorrente⁶⁴. Non mancano peraltro pronunce, probabilmente da leggersi alla luce della peculiarità della controversia trattata (copiosa è la giurisprudenza pronunciata sul problema dei c.dd. giornali panino), che negano l'anticoncorrenzialità della pratica⁶⁵.

Va anche detto che una valida mano all'indirizzo più retrivo e contrario alla logica di promozione della concorrenza l'ha fornita il legislatore, con la disciplina restrittiva delle vendite sottocosto⁶⁶, tanto che il Tribunale di Torino⁶⁷ si spinge ad affermare che «Deve escludersi,

⁶⁴ Si veda, ad es., Trib. Trieste, 15 luglio 1994, in *Giur. comm.*, 1994, II, p. 677, per cui «La sistemata vendita sottocosto costituisce, di per sé, illecito concorrenziale, indipendentemente dal fine, monopolistico o no, perseguito, poiché si risolve in un'eccezione dei rischi e dei costi che tale pratica accolla agli altri concorrenti rispetto ai vantaggi che, in prospettiva, essa può apportare a chi la adotta»; Trib. Trieste, 19 luglio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 351. Si vedano anche Trib. Ravenna, 13 agosto 1994, *ivi*, 1995, I, c. 351, che ha ritenuto *toti iuris* illecita la pratica della vendita dei c.dd. giornali-panino; Trib. Trieste, 13 settembre 1994, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, p. 15; Trib. Salerno, 15 maggio 1997, in *Nuovo dir.*, 1997, p. 1119; Trib. Ancona, 21 settembre 1998, in *Disc. comm.*, 1998, p. 861; Trib. Roma, 14 maggio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 335; Trib. Viterbo, 30 novembre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2416; App. Bologna, 20 dicembre 1999, in *Giur. am. dir. ind.*, 2000, p. 549; Trib. Roma, 18 febbraio 2004, in *Giur. it.*, 2005, p. 86; Trib. Torino, 25 marzo 2004, *ivi*, 2005, p. 85; Trib. S. Maria Capua Vetere, 20 giugno 2006, in *Corr. merito*, 2006, II, p. 1252.

⁶⁵ Si vedano Trib. Napoli, 29 giugno 2000, in *Corr. giur. nap.*, 2000, p. 407; Trib. Firenze, ordinanza, 29 aprile 2000, in *AIDA*, 2001, p. 416, secondo cui «Non costituisce illecito ex art. 2598, n. 3, c.c. la vendita abbinata e sottocosto di due giornali quotidiani, se trattati di iniziativa temporanea e di oggettivo carattere promozionale».

⁶⁶ D.lg. 31 marzo 1998, n. 114 (art. 15, comma 8); d.P.R. 6 aprile 2001, n. 218; Circ. del Ministro delle Attività Produttive n. 3528/C del 24 ottobre 2001.

⁶⁷ 25 marzo 2004, cit. Nell'ambito della stessa vicenda, che ha visto condannata una catena di ipermercati per avere posto in vendita oli lubrificanti a prezzi inferiori ai costi di acquisto, si vedano Trib. Roma, 8 maggio 1995, in *Foro it.*, 1995, I, c. 3595; Trib. Bari, 16 novembre 1998, *ivi*, 1999, I, c. 1642, per la quale «Costituisce atto di concorrenza sleale per contrarietà alla correttezza professionale la vendita sottocosto di prodotti (nella specie, olio lubrificante), in mancanza di circostanze particolari quali i saldi di fine stagione, l'esaurimento delle scorte, la liquidazione dell'attività o le vendite promozionali soggette ad apposita disciplina, e a nulla rilevando la temporaneità dell'offerta o la minima incidenza quantitativa sul mercato». Con riferimento alla medesima vicenda, si veda anche Trib. Bari, 8 gennaio 2008, *ivi*, 2008, I, c. 3010, secondo la quale «Le reiterate operazioni di vendita, effettuate dal gestore di un ipermercato, di oli lubrificanti a prezzi inferiori agli importi risultanti dalle fatture di acquisto, senza che risulti nemmeno provata la fruizione di contributi da parte del fornitore, integrano gli estremi della concorrenza sleale, in quanto ledono l'immagine e l'avviamento commerciale della società che svolge l'attività di agente monomandatario per conto del produttore degli oli, nonché l'immagine di quest'ultimo»; pronuncia, questa, piuttosto singolare, in cui appare evidente la confusione tra veri illeciti concorrenziali.

in via generale, che la pratica della vendita sottocosto possa sempre considerarsi, dopo l'entrata in vigore delle norme di settore, lecita e conforme ai principi di correttezza professionale», in sostanza considerando la scorrettezza direttamente dipendente dalla violazione della norma pubblicistica.

9. Come si è visto, laddove l'influenza del diritto comunitario della concorrenza sul trattamento dei comportamenti unilaterali si è fatta sentire, essa si è manifestata attraverso un'adesione alla disciplina *antitrust*, assunta senz'altro quale riferimento per la formulazione del giudizio di scorrettezza di pratiche concorrenziali che rispondono a tipologie rilevanti, appunto, nella prassi e nella giurisprudenza *antitrust* (vendita sotto costo, rifiuto di contrarre)⁶⁸. Tale influenza viene meno in modo vistoso quando ci si trova a trattare pratiche per le quali il diritto *antitrust* non fornisca modelli da seguire (storno di dipendenti, forme di concorrenza parassitaria).

In sintesi, non mi pare che si possa tracciare una linea così netta tra giurisprudenza conservatrice e giurisprudenza innovatrice, ma ritengo che si possa invece ritenere che la stessa giurisprudenza esprima posizioni addirittura opposte, a seconda delle singole pratiche delle quali è chiamata a valutare la contrarietà alla correttezza professionale⁶⁹. Ciò non paia contraddizione inspiegabile, perché, in realtà, proprio la scelta di affrontare la «modernizzazione» del diritto della concorrenza sleale coprendosi, in modo alquanto acritico, sotto l'ombrello di specifiche norme (e prassi) dell'*antitrust* comunitario, ed in particolare di quella che vieta l'abuso di posizione dominante, testimonia

⁶⁸ Ciò a prescindere dalla circostanza che, poi, la giurisprudenza che richiama le categorie *antitrust* spesso ricorre a valutazioni un po' sommarie, che non tengono del tutto conto della complessità dell'analisi alla quale dottrina, prassi e giurisprudenza *antitrust* sono giunte.

⁶⁹ Il che rende ugualmente parziali sia la posizione di quegli autori che individuano in giurisprudenza il prevalere di criteri tradizionali di giudizio (si vedano A. VANZETTI e V. DI CAVALDO, *o.c.*, p. 30 ss., i quali ritengono che la correttezza professionale sia dalla giurisprudenza prevalente fatta coincidere con quanto ritenuto dalla morale collettiva, con ciò riprendendo così la posizione espressa in passato da G. AULETTA, *Invenzioni industriali. Modelli di utilità e disegni ornamentali. Concorrenza*, in *Comm. c.c. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 171 s.), sia quella di chi ritiene ormai prevalente la concezione economico-normativa della correttezza professionale (in tal senso, M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, *cit.*, p. 518 ss.). Ritengo che, nel complesso, il quadro d'insieme evidenzia la prevalenza di una giurisprudenza che, rinunciando a fornire un criterio sistematico unitario, ragiona per *Fallgruppen*, finendo col ragionare – secondo quanto criticamente osservato da Libertini – «come se esistessero disposizioni regolanti le singole fattispecie».

la carenza di elaborazione concettuale di un comune diritto del mercato. Ne deriva che, laddove, per il tipo di pratica trattata, il riparo di dette norme non appaia a portata di mano, si tende a ripiegare sul vecchio impianto della concorrenza sleale come disciplina delle relazioni interimprenditoriali.

Non può certo dubitarsi, si badi, che un abuso di posizione dominante di tipo escludente sia anche atto di concorrenza sleale⁷⁰; il problema è accettare che, come avviene nella più recente giurisprudenza di legittimità, la valutazione di illiceità *ex art.* 2598, n. 3, c.c. delle pratiche in questione venga ristretta ad ipotesi di riscontro di una fattispecie di abuso di posizione dominante.

Consideriamo la già richiamata sentenza della Suprema corte n. 1636 del 2006 in materia, appunto, di vendita sotto costo. Nella sua motivazione⁷¹ si individuano i seguenti passaggi:

⁷⁰ Il dubbio è, semmai, se la scelta di agire in base all'art. 2598 c.c., anziché direttamente per violazione delle norme *antitrust* possa agevolare l'attore o risulti in difforme. Secondo M. LIBERTINI, *Il mercato e la concorrenza*, in *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2007, p. 376 s., e autori *ivi* citati, la risposta è nel secondo senso, posto che la più evidente differenza tra le due discipline – cioè la presunzione di colpa, presente nell'art. 2601 c.c. e non nella legge *antitrust* – deve considerarsi solo apparente e perfettamente superabile in via interpretativa.

⁷¹ Secondo la Corte, la concreta identificazione dei principi della correttezza professionale «deve [...] esser di volta in volta operata sulla base di parametri desunti da altre norme, o da ulteriori principi generali, rinvenibili nell'ordinamento [...]». Si tratta allora di stabilire se, ed eventualmente entro quali limiti, possa definirsi contrario alla correttezza professionale il vendere dei prodotti sul mercato ad un prezzo particolarmente basso, tale da non apparire (almeno nell'immediato) remunerativo per l'offerente, ma, per ciò stesso, idoneo a porre in difficoltà i concorrenti che praticano un prezzo più elevato [...]. Ora, è noto come la giurisprudenza di questa Corte abbia in passato avuto più volte modo di affermare l'almeno potenziale illiceità della vendita sottocosto in un determinato ambito territoriale, se posta in essere allo scopo di conquistare il mercato con l'eliminazione dei concorrenti per dominarlo poi monopolisticamente e rivalersi con il rialzo dei prezzi (si veda, in tal senso, Cass., 28 aprile 1983, n. 2910); pur non mancando di sottolineare – almeno a partire dalla pronuncia di Cass., 21 aprile 1983, n. 2743 – che viene qui in gioco il rispetto di regole poste oggettivamente a presidio della competizione economica, onde non occorre che il descritto comportamento sia accompagnato dall'intenzione soggettiva di nuocere al concorrente [...]. Affermata la libertà costituzionalmente garantita dell'imprenditore in ordine alla politica dei prezzi, la sentenza aggiunge però che «Questa libertà, naturalmente, non è assoluta, ed incontra i limiti indicati nei due commi successivi del medesimo art. 41; ma resta il fatto che, per poter affermare la scorrettezza di un comportamento così strettamente legato alle valutazioni di rischio ed ai calcoli di costo e rendimento tipici dell'attività d'impresa, bisogna che esso risulti incompatibile con regole o principi chiaramente posti dall'ordinamento. E bisogna che siffatte regole o principi siano, per parte loro, riconducibili a quell'esigenza di utilità sociale solo con

- a) una esplicita adesione alla concezione normativa della correttezza professionale;
- b) un richiamo, peraltro ridondante, all'art. 41, comma 2, della Costituzione, quale fondamento di un intervento limitativo della libertà dell'imprenditore di fissare i prezzi;
- c) l'individuazione dell'interesse tutelato in quello generale al funzionamento del mercato;
- d) la conseguente identificazione della disciplina *antitrust*, comunicativa

riserimento alla quale il menzionato art. 41 cost., comma 2, consente di limitare la libertà d'impresa [...]. In quest'ottica, appare chiaro come la valutazione di eventuale scorrettezza di un dato comportamento – in specie, ma non solo, per quel che riguarda la determinazione del prezzo al quale un bene o un servizio venga offerto sul mercato – debba essere compiuta non nell'interesse dei mercanti, ma in quello del funzionamento del mercato medesimo (in tal senso si veda anche Cass., 11 agosto 2000, n. 10684), e quindi alla generalità dei consumatori, perché in questo risiede l'interesse generale, a prescindere dalla convenienza di una determinata categoria professionale [...]. Se così è, necessariamente ne discende che la scorrettezza nella fissazione di un determinato prezzo non può dipendere dal solo fatto che i concorrenti ne siano messi in difficoltà: in ciò sta l'essenza stessa della concorrenza, cui è connotato l'elemento competitivo per il quale ciascuno dei concorrenti si sforza di prevalere sull'altro. [...] I limiti entro i quali un tal comportamento è legittimo finiscono per identificarsi, perciò, unicamente con quelli che il legislatore europeo, prima, e quello nazionale, poi, hanno posto alla libertà d'impresa al fine di garantire appunto la funzionalità del mercato e di tutelare l'interesse dei consumatori. Intanto, allora, si potrà sostenere che la fissazione di prezzi più o meno bassi è atto di concorrenza sleale, in un determinato mercato o in un settore rilevante di esso, in quanto essa contrasta con le regole cui si è appena fatto cenno, e segnatamente con il divieto di abuso di posizione dominante desumibile dall'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (già 86 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea) e dalla l. n. 287 del 1990, art. 3. In altre parole, la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) appare contraria ai doveri di correttezza evocati dall'art. 2598 c.c., n. 3, solo se a parlarne sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato o comunque indebitamente abusi di quella sua posizione non avendo alcun interesse a praticare simili prezzi se non, appunto, quello di eliminare i propri concorrenti per poter poi rialzare i prezzi approfittando della situazione di monopolio così venutasi a determinare». L'effetto di tale costruzione sulla decisione è il seguente: «Alla stregua di tale principio [...], il motivo di ricorso in esame risulta evidentemente infondato, giacché la ricorrente, pur genericamente alludendo alla circostanza che la R.C.S. occupa sul mercato editoriale una posizione importante, non assume di aver mai provato, e neppure solo allegato, che in quel medesimo mercato essa si trovi in posizione dominante, né che la politica di prezzi da essa praticata abbia avuto anche solo potenzialmente, come effetto quello di rinforzare tale posizione in chiave monopolistica e quindi di schiudere la prospettiva di una successiva libera manipolazione al rialzo dei medesimi prezzi».

taria e nazionale, quale esclusivo riferimento normativo per la valutazione della vendita sotto costo;

e) l'identificazione della scorrettezza, ex art. 2598, n. 3, c.c., della vendita sotto costo, con l'abuso di posizione dominante e, dunque, la negazione della possibilità che si possa avere vendita sotto costo illecita laddove l'impresa accusata di praticarla non rivesta tale posizione dominante.

I punti da a) a c) sono, a mio avviso, tutti condivisibili. L'affermazione *sub d)* sarebbe ancora condivisibile, laddove essa si riferisse al principio, che è alla base della legislazione *antitrust*, della tutela di un quadro concorrenziale non falsato e non, invece, alla diretta applicazione di tale legislazione. Avendo optato per l'applicazione delle norme e non dei principi, la decisione finisce poi con l'identificare il parametro di giudizio della scorrettezza professionale con quello formulabile in termini *antitrust*, restringendo così all'impresa in posizione dominante la possibile censura di manovra predatoria (punto e) («I limiti entro i quali un tal comportamento è legittimo finiscono per identificarsi, perciò, unicamente con quelli che il legislatore europeo, prima, e quello nazionale, poi, hanno posto alla libertà d'impresa al fine di garantire appunto la funzionalità del mercato e di tutelare l'interesse dei consumatori»). Questa virata dai principi alla disciplina appare a mio avviso ingiustificatamente riduttiva nella definizione dei presupposti della valutazione di illiceità e ciò avviene perché, nel dichiarare piena adesione ai presupposti formulati nel giudizio *antitrust*, la sentenza sfugge ad una positiva definizione del parametro di correttezza professionale, per esaurire, a ben vedere, la valutazione in quello di idoneità a danneggiare l'altrui azienda. La funzione del requisito della posizione dominante, nella disciplina *antitrust* degli abusi, svolge, infatti, esattamente quella funzione: individuare il presupposto strutturale in base al quale una determinata strategia, valutata come anticoncorrenziale, è idonea a mettere in pericolo la permanenza della concorrenza nel mercato di cui, di volta in volta, si tratta (il c.d. mercato rilevante) e, dunque, deve essere sanzionata⁷².

⁷² Sono note le discussioni che tale rigidità di approccio ha suscitato, in relazione all'artificialità della cristallizzazione in una posizione predefinita del presupposto per un giudizio di effettiva anticoncorrenzialità. Si può, tra l'altro, ricordare come il rapporto *An Economic Approach to Article 82*, dell'*Economic Advisory Group on Competition Policy* (EAGCP), che nel luglio 2005 diede impulso al *Discussion Paper della Commissione sugli abusi escludenti*, dal quale è scaturita la Comunicazione più volte ricordata, proponesse di eliminare lo stesso requisito della determinazione preventiva della posizione dominante, affermando: «the economic approach implies that there is no need to establish a preliminary and separate assessment of dominance. Rather, the

10. Le scelte del rinvio alla disciplina *antitrust*, in luogo della verifica della fattispecie trattata alla luce dei suoi principi ispiratori, appare, dunque, avere effetti riduttivi rispetto ai presupposti della valutazione di illiceità. L'adesione ai presupposti *antitrust* per la sanzione della vendita sotto costo – in realtà riducentesi alla richiesta della sussistenza di una posizione dominante – si traduce nell'escludere che il buon funzionamento del mercato possa essere pregiudicato per effetto di una strategia di sotto costo anche in assenza di una posizione dominante.

A tacer d'altro, la scienza economica che negli ultimi anni si è occupata del *predatory pricing* ha posto in evidenza come alla base della pratica non debba esserci necessariamente lo schema tradizionalmente configurato (che appare esattamente quello considerato nella sentenza riportata), della pratica condotta da un'impresa dotata di una *deep pocket* fino al risultato dell'espulsione dei concorrenti esistenti sul mercato, e alla conseguente instaurazione di un monopolio che consenta di recuperare ampiamente le perdite e di realizzare profitti monopolistici. Di detto schema, infatti, le critiche di una parte della dottrina⁷³ avevano dimostrato l'inattuabilità e/o l'irrazionalità nella più parte dei casi. L'accoglimento di un *game theoretic approach* – tipico della reazione *Post-Chicagoan* – ha invece dimostrato come un'impresa possa sfruttare l'imperfetta conoscenza che i concorrenti (già sul mercato o potenziali entranti), hanno del suo grado di efficienza, delle sue risorse finanziarie, ecc., facendo apparire loro non conveniente resistere al ribasso dei prezzi. Ciò con il risultato di allontanarli o addomesticarli (non va dimenticato che determinate azioni aggressive mirano a disciplinare il mercato, più che a monopolizzarlo), senza la necessità di porre effettivamente in essere e sostenere una strategia di ribassi costosa e incerta negli esiti⁷⁴. Pochi dubbi vi sono che simili strategie di minaccia siano contrarie al corretto funzionamento del mercato ed è dunque sull'analisi di esse (e sulla prova fattuale fornita dall'attore) che il giudice dovrebbe concentrare la propria valutazione di contrarietà

emphasis is on the establishment of a verifiable and consistent account of significant competitive harm, since such an anti-competitive effect is what really matters and is already proof of dominance».

⁷³ J. MCGEE [1958], *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (NJ) Case*, in *J. of Law and Economics*, 1, p. 137 e Id. [1980], *Predatory Pricing Revisited*, *ivi*, 23, p. 289.

⁷⁴ Ciò è stato trasfuso nei due diversi modelli di reputazione e segnalazione, per i quali si vedano soprattutto D. KRIPS e R. WILSON, *Reputation and Imperfect Information*, in *J. of Economic Theory*, 1982, p. 253 e P. MULGROM e J. ROBERTS, *Predation, Reputation and Entry Deterrence*, *ivi*, 1982, p. 280.

alla correttezza professionale. Allo stesso tempo, sorge però la necessità di verificare se tali strategie abbiano realmente la possibilità di pregiudicare il funzionamento del mercato. Questo è il luogo del giudizio sulla «idoneità a danneggiare l'altrui azienda», al quale, a mio avviso, la giurisprudenza dedica un'attenzione troppo scarsa.

Il requisito va invece valorizzato e inteso in senso ben diverso dal tradizionale sviamento di clientela, al quale la giurisprudenza anche recente – ad ulteriore conferma di una difficoltà di uscire da percorsi tradizionali – fa riferimento⁷⁵, sviluppando ulteriormente l'idea, proposta in dottrina ormai oltre un trentennio fa, per cui tale danno consisterebbe nella necessità delle imprese concorrenti del soggetto attivo dell'atto di concorrenza sleale di affrontare nuovi costi e nuovi rischi, di adattarsi all'inattesa situazione concorrenziale determinata dall'illiceità interferenza altrui⁷⁶. Il passaggio decisivo è quello di identificare il requisito nella lesione al regolare funzionamento del mercato secondo i parametri della *competition on the merits* (o *Leistungswettbewerb*).

Se ciò è vero, non è affatto escluso che la lesione al funzionamento del mercato si possa produrre anche quando l'impresa che pone in essere la strategia anticoncorrenziale non sia tecnicamente definibile come dominante, secondo i parametri elaborati nell'interpretazione dell'art. 82 del Trattato CE e fatti propri dalla prassi nazionale⁷⁷. È vero che la sua riuscita è comunque dipendente dal possesso di una posizione di forza, anche solo relativa, sul mercato (sufficiente, per lo meno, ad indurre nei concorrenti una seria preoccupazione circa la possibilità di continuare a concorrere liberamente con l'aggressore), ma da qui ad esigere una posizione dominante ne corre. I microconflitti che rappresentano il pane quotidiano della giurisprudenza in materia di concorrenza sleale spesso vedono in qualità di aggressori soggetti che non raggiungono certo una soglia oggettivamente definibile come dominante.

⁷⁵ Si veda, ad es., Cass., 4 giugno 2008, n. 14793, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 585.

⁷⁶ Si veda T. RAVA, *Diritto industriale*, 1ª ed., Torino, 1973, p. 172 (la pagina si riferisce alla 2ª ed., Torino, 1981, rimasta invariata sul punto), il cui pensiero è ripreso da M. LIBERTINI, *Lezioni di diritto industriale*, cit., p. 59 ss., che traduce la nozione in quella di «danno concorrenziale», che «è dunque un danno attuale, e consiste appunto nel pregiudizio arrecato ad un'attività imprenditoriale che voglia usare moduli professionalmente corretti».

⁷⁷ Mi sembra che sulla necessità della dominanza nutrisse dubbi G.M. BERRUTI, o.c., p. 128, il quale, infatti – in epoca precedente la pronuncia della Cassazione ricordata nel testo –, rilevava che la giurisprudenza non distingueva esplicitamente la valutazione della vendita sotto costo a seconda che fosse o meno praticata da un'impresa dominante.

nanza⁷⁸, ma che, per il tipo di relazioni intercorrenti sul mercato, per una accentuata sproporzione tra le forze in gioco, per la possibilità di sfruttare circostanze peculiari, ecc., possono effettivamente alterare sensibilmente le regole di funzionamento del mercato, prevalendo non per una reale maggiore efficienza, bensì per una consuetudine di scorrettezza. Si può sostenere, come in pratica fa la Corte, che la vendita sotto costo debba essere del tutto eliminata dal novero delle manovre illecite che possono riscontrarsi in tale contesto, cioè che nessuna di tali manovre sia «idonea a danneggiare l'altrui azienda», nel senso detto?

In verità, anche nel diritto *antitrust*, sia pure al di fuori del contesto europeo, è contemplata la fattispecie dell'illecita aggressione anticoncorrenziale al mercato da parte di un'impresa non precisamente dominante. È quanto si riscontra nell'esperienza statunitense, nella quale le pratiche anticoncorrenziali unilaterali sono oggetto di esame, ai sensi della Section 2 dello *Sherman Act*, anche quando, appunto, siano poste in essere da un'impresa non dotata di un vero potere di mercato, corrispondente alla nostra posizione dominante, ma comunque dotata di forza sufficiente a far sì che la propria strategia anticoncorrenziale abbia una *dangerous probability of success*: è l'illecito di *attempt to monopolize*⁷⁹.

Quale insegnamento si può ricavare da quanto detto fin qui?

In primo luogo, che la tutela dell'interesse generale al buon funzionamento del mercato richiede analisi adeguate ai singoli casi in un quadro ben definito di principi unitari, e non dichiarazioni di principio non conducenti ad alcuna scelta concreta, ovvero il mero appiattimento su norme prese di peso da un'altra disciplina. In secondo luogo, che sarebbe auspicabile che la giurisprudenza cominciasse a dedicare la dovuta attenzione, in chiave general-concorrenziale, al fin qui sostanzialmente negletto requisito dell'idoneità a danneggiare l'altrui azienda. È, infatti, a mio avviso, anche attraverso una valorizzazione di tale requisito in termini di potenziale alterazione della concorrenza

⁷⁸ A ben vedere, è anche difficile ipotizzare, in realtà del genere, una posizione dominante, dato che mancano generalmente alcuni degli elementi costitutivi di questa situazione, a partire dalla possibilità di isolare territorialmente un mercato, si da farne un mercato rilevante nel senso *antitrust*.

⁷⁹ Gli altri due requisiti sono lo «specific intent to control prices or destroy competition in some part of commerce» e la «predatory or anticompetitive conduct directed to accomplishing the unlawful purpose». Si veda H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, 3^a ed., St. Paul (MN), 2005, p. 281. La giurisprudenza americana discute poi se sia necessario esigere un qualche potere di mercato dell'impresa accusata dell'illecito.

in un dato contesto, oggettivo e soggettivo, che deve passare quell'opera di svecchiamento del diritto codicistico della concorrenza, che, conservandone un ruolo autonomo, lo renda però parte di un unitario sistema di tutela di un quadro di concorrenza non falsata, di ispirazione comunitaria.