

La concorrenza sleale tra Professionisti Intellettuali



A cura di
Paolo Pautrier
Avv. Cassazionista -
Revisore Legale

L'articolo affronta, risolvendolo in senso affermativo, il problema della configurabilità, e conseguente sanzionabilità, di fatti di concorrenza sleale tra professionisti intellettuali (notai, commercialisti, avvocati, ingegneri, consulenti del lavoro ecc...).

La crescita dimensionale e quantitativa degli studi, lo sviluppo della tecnologia (si pensi alla semplicità e rapidità con cui si può copiare un intero archivio), nonché l'allentamento di principi deontologici in precedenza ritenuti ovvi (e talvolta l'insufficiente repressione degli Ordini), hanno reso attuale una problematica che, sino a qualche tempo fa, poteva sembrare del tutto estranea al mondo delle libere professioni, vale a dire quella della concorrenza sleale. Si pensi, per inquadrare praticamente la questione, al caso di un professionista che abbia subito, ad opera di un collaboratore, il trafugamento di un archivio, di contatti e contratti, di modelli speciali ed altro, di modo da consentire lo storno di clientela, o anche solo l'intrapresa dell'attività autonoma dovendo però affrontare costi decisamente inferiori essendosi l'autore del trafugamento avvantaggiato degli investimenti effettuati dallo studio di provenienza. Può, e se sì, come, reagire a questi atti? Una recente decisione del Tribunale di Milano (n. 6359/2017, www.giurisprudenzadelleimprese.it), ha risposto in senso positivo.

A prescindere da fatti di reato (per esempio, accesso abusivo ad un sistema informatico, art. 615-bis, C.P.¹), le norme civilistiche di riferimento sono all'art. 2043 (fatti illeciti) e all'art. 2598, c.c., (concorrenza sleale). L'indagine si concentrerà sull'applicabilità di quest'ultima norma, anche per le sue importanti implicazioni processuali. Infatti, invocare l'art. 2598, c.c., comporta un regime dell'onere probatorio più favorevole per l'"attaccante" e consente, inoltre, di richiedere provvedimenti cautelari particolarmente penetranti e rapidi (inibitorie, sequestri giudiziari, descrizioni, ecc...).

L'art. 2598, c.c., "Atti di concorrenza sleale", così recita:

Ferme le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi e dei diritti di brevetto, compie atti di concorrenza sleale chiunque:

Premessa

¹ Art. 615-bis, cp, Chiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, è punito con la reclusione fino a tre anni.

- 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente;
- 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente;
- 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

Peraltro, ai fini di questa ricerca, non va dimenticato il poco conosciuto art. 2238, c.c. (norma di chiusura in tema di professioni intellettuali), il quale prevede: "Art. 2238. Rinvio. *"Se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II [lavoro e società, ndr]. In ogni caso se l'esercente una professione intellettuale impiega sostituti o ausiliari, si applicano le disposizioni delle sezioni II, III, IV, del capo I del titolo II"*.

Tradizionalmente le regole relative alla concorrenza sleale si ritengono applicabili ai soli imprenditori.

Le motivazioni sono plurime. Taluni sostengono che la presenza sia di esami di stato quale barriera di accesso alla professione, sia di discipline deontologiche (diverse a seconda del contesto professionale specifico) sarebbe, in sé, un elemento sufficiente ad escludere l'applicazione delle regole sulla concorrenza sleale. Si tratta però di argomentazione alquanto debole (v. oltre).

Inoltre la struttura classica dell'istituto presuppone la presenza di un imprenditore, e quindi la possibilità di riconoscere l'applicabilità della disciplina della concorrenza sleale alla libera professione dipende dal fatto che l'attività del professionista si innesti su una struttura organizzata di rilevanti dimensioni, tale da prevalere sugli aspetti personali dell'attività professionale stessa, ed in cui siano, quindi, ravvisabili i caratteri dell'impresa (cfr. l'art. 2238, c.c., sopra riportato). Ciò porta a negare l'applicabilità delle regole di concorrenza sleale ai "normali" professionisti.

Va considerato che gli elementi costitutivi dell'art. 2598, c.c., si ritiene siano, da un punto di vista soggettivo, la qualifica di imprenditore sia del soggetto che compie l'atto di concorrenza sleale che di quello che lo subisce, e la sussistenza tra i due soggetti di un rapporto di concorrenzialità, e cioè il rivolgersi verso uno stesso mercato. Dal lato oggettivo vengono descritti alcuni atti e fatti, il cui compimento integra appunto la concorrenza sleale.

La Corte di Cassazione non risulta aver mai affrontato la questione in modo diretto. Le pronunce che escludono la qualifica di "imprenditore" ai professionisti riguardano l'applicabilità alle professioni di altre regole specifiche (per esempio in materia contributiva), la cui soluzione dipendeva dalla qualifica di imprenditore². Peraltro la Corte (Cass. 10178/2007)

² Cass. 13677/2004 per cui "anche i professionisti intellettuali (in generale), possono teoricamente assumere la qualità di imprenditore commerciale quando esercitano la professione nell'ambito di un'attività organizzata in forma di impresa, ciò vale solo in quanto essi svolgano una distinta ed assorbente attività che si contraddistingue da quella professionale proprio per il diverso ruolo che assume il sostrato organizzativo - il quale cessa di essere meramente strumentale - e per il diverso apporto del professionista, non più circoscritto alle prestazioni d'opera intellettuale, ma involgente una prevalente opera di organizzazione di fattori produttivi che si affiancano all'attività tecnica ai fini della produzione del servizio". (il caso riguardava il diritto all'applicazione, con riferimento ad una dipendente, del beneficio di sgravio contributivo ritenuta dall'INPS non applicabile ai datori di lavoro non imprenditori ai sensi dell'art. 2082, c.c.).

Il problema dell'applicabilità della disciplina della concorrenza sleale alle professioni intellettuali. Esame delle diverse tesi

ha ritenuto che "anche gli studi professionali, infatti, possono essere organizzati in forma di azienda, ogni qualvolta al profilo personale dell'attività svolta si affianchino un'organizzazione di mezzi e strutture, un numero di titolari e dipendenti ed un'ampiezza dei locali adibiti all'attività tali che il fattore organizzativo e l'entità dei mezzi impiegati sovrastino l'attività professionale del titolare, o quanto meno si pongano, rispetto ad essa, come entità giuridica dotata di una propria rilevanza strutturale e funzionale che, seppur separata dall'attività del titolare, assuma una rilevanza economica tale da essere suscettibile di una propria valutazione...".

A queste considerazioni si oppongono quelle che, sia sulla base delle finalità della norma che degli sviluppi giurisprudenziali e normativi, ritengono direttamente applicabile la regola della concorrenza sleale. Partendo dall'analisi testuale, si è già visto che l'art. 2238 c.c. parrebbe consentire, a determinate condizioni, l'estensione di dette regole agli studi professionali che assumono una dimensione aziendale, e nei quali la figura del professionista cessa di essere puramente quella del tecnico della materia, ma diviene piuttosto quella dell'organizzatore. Inoltre, la nuova legge professionale forense, n. 247/2012, prevede, all'art. 3, che "La professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza"³. Va anche considerato il dato testuale, o meglio l'insieme dei dati testuali, che appare significativo, anche se manca una norma che preveda in modo esplicito l'estensione delle regole sulla concorrenza sleale ai liberi professionisti.

Occorre innanzitutto chiedersi se gli argomenti che negano l'estensione di tali regole siano convincenti, tanto più alla luce degli attuali sviluppi sociali e normativi.

Come già accennato, il sistema di selezione per esami e concorsi e la presenza di un codice deontologico con relativi risvolti disciplinari non sono (diremmo per esperienza diretta) sufficienti a garantire sempre e comunque una concorrenza leale. Si tratta piuttosto - in teoria - di sistemi di selezione di professionisti capaci (stante l'asimmetria informativa in cui può trovarsi l'utente rispetto al prestatore) e volti a tutelare il decoro della professione, ma non in via diretta la lealtà della competizione tra i professionisti. Va inoltre considerato che i provvedimenti disciplinari non si preoccupano dell'aspetto (potenzialmente) risarcitorio. Anche gli elementi testuali e le precedenti pronunce della SC, in quanto non riferite alla questione specifica, non sembrano di ostacolo. Anzi, la SC ha, specie da ultimo, avallato l'applicazione delle regole in tema di cessione d'azienda anche agli studi professionali (sempre che abbiano una dimensione, per fatturato, numero di dipendenti, strumenti) tale da poterli qualificare, appunto, come "azienda".

³ Discussibile appare la rilevanza (oltre che la fondatezza) del parere dall'AGCM, 15/01/2009, indagine conoscitiva IC15 sul settore degli ordini e dei collegi professionali, §§ 330-331. In tale documento si sostiene "l'assoggettabilità al diritto della concorrenza dei professionisti e delle delibere degli organismi rappresentativi dei medesimi in quanto delibere di associazioni di imprese, posto che l'indagine ha mostrato come il fondamento ideologico della vigenza delle limitazioni relative alla determinazione del compenso e dell'attività pubblicitaria dei professionisti, nonché delle restrizioni concernenti la costituzione delle società multidisciplinari appare ancora oggi risiedere nel mancato riconoscimento della natura imprenditoriale dell'attività svolta dai professionisti"; ed ha chiarito "la rilevanza giuridica del diritto antitrust anche per i servizi professionali", e che "il diritto comunitario non conosce deroghe al principio secondo cui l'attività professionale, nella misura in cui ha una valenza economica, è attività di impresa, quale che sia la professione intellettuale coinvolta". Per quanto non inerente, sia consentito qui ricordare come la Corte di giustizia, nella Sentenza 05/12/2006, resa nei procedimenti riuniti C- 94/ 04 (Federico Cipolla contro Rosaria Portolese in Fazari) e C- 202/04 (Stefano Macrino e Claudia Capodarte contro Roberto Meloni) abbia affermato che gli obiettivi della tutela dei consumatori (destinatari dei servizi professionali, in quel caso, legali) e della buona amministrazione della giustizia possono essere ritenuti motivi imperativi di interesse pubblico, idonei a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi, a due condizioni: che il provvedimento nazionale sia adeguato a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito; che il provvedimento nazionale non travalichi l'obiettivo medesimo.

Critiche alla tesi della non applicabilità

Ricostruzione della fattispecie

Va allora considerato che la concorrenza sleale è un istituto che ha la finalità di garantire il funzionamento del mercato secondo i principi del liberismo economico (e quindi, in teoria, tali da consentire il libero accesso al mercato, da dare il miglior prodotto - o servizio - al consumatore, e di consentire il successo dei migliori e l'esclusione dei peggiori).

Conviene allora esaminare la questione avendo come punto di vista non tanto la struttura delle norme, quanto il loro fine, e cioè l'interesse che sono chiamate a proteggere.

Innanzitutto, l'art. 2598, c.c., dà una descrizione (anche) oggettiva della fattispecie illecita, nella quale il termine imprenditore non compare. Piuttosto, la norma si impernia sulla tutela del bene protetto, e cioè la lealtà della concorrenza, anche, alla luce degli sviluppi degli ultimi anni, in funzione di protezione dei consumatori. La giurisprudenza (anche se, lo si ripete, in contesti che non riguardavano i liberi professionisti) valorizza la componente che richiede la compresenza di imprenditori. Questa tendenza pare però destinata a cedere di fronte alla considerazione per la quale ciò che rileva ai fini di accedere alla tutela concorrenziale non è tanto che un certo soggetto sia "imprenditore", quanto, piuttosto, che operi in un ambito entro il quale sia necessario (per tutelare interessi sia individuali che collettivi) che la concorrenza si sviluppi in modo leale e corretto.

Questa ipotesi ricostruttiva consente di reprimere comportamenti sleali, che non si vede perché dovrebbero essere consentiti proprio tra professionisti, dove anzi la correttezza è un valore essenziale ed ineludibile, anche a protezione dei terzi ed appare coerente, oltre che con i dati testuali sopra citati, anche con il nuovo art. 117, Cost., il quale (comma 2) ha introdotto, quale materia di competenza esclusiva del legislatore statale, quella relativa alla "tutela della concorrenza", senza alcuna restrizione o precisazione. Ciò sembra rafforzare l'aspetto "oggettivo" della lealtà della concorrenza. Significativo appare anche il quadro comunitario. La Corte di Giustizia, rispetto alla disciplina della concorrenza, fa riferimento a qualsiasi entità economica, a prescindere dalla sua forma giuridica e dal suo modo di finanziamento (comprese le professioni intellettuali).

In altre parole, se si guarda alla ratio della disciplina di cui agli artt. 2598-2601, c.c., non pare sussistere alcun argomento idoneo ad impedire un'interpretazione estensiva della stessa all'attività dei liberi professionisti, indipendentemente dalla dimensione dei mezzi impiegati, e, quindi, dalla possibilità di ravvisare i requisiti dell'attività dell'imprenditore.

Del resto, gli elementi testuali che rimandano alla figura dell'imprenditore in senso tecnico giuridico si collocano in un contesto sociale in cui il fenomeno della concorrenza sleale si manifestava nell'ambito imprenditoriale in senso stretto. Oggi non può negarsi che l'attività professionale abbia cambiato aspetto, che sia sempre più organizzata e richieda investimenti in risorse umane, aggiornamenti, formazione, marketing, strumenti tecnici, capacità di offrire servizi su materie diverse e complesse, poiché è mutato - e di molto - per tutti il complesso normativo e delle conoscenze culturali, scientifiche, tecniche che è necessario padroneggiare. Anche nella libera professione (lo nota la già citata T. MILANO, 6359/17) è necessario creare un plusvalore, senza limitarsi allo scambio (di stampo ottocentesco) tra conoscenze ed energie del singolo e retribuzione. Sappiamo bene che il rischio finanziario è connaturato all'attività professionale, specie se gestita in modo non meramente individuale ed individualistico.

Occorre dunque focalizzare l'attenzione sull'interesse protetto (protezione del mercato, dei consumatori-clienti, della collettività e del singolo). Ciò consente di individuare l'elemento unificante tra attività d'impresa ed esercizio della libera professione: entrambe sono realtà

economiche, che vivono sull'acquisizione e sulla conservazione di una stabile clientela e su tali elementi può incidere un atto di concorrenza sleale, senza che la dimensione dell'attività abbia rilevanza (specie se la si riguarda dal lato di chi commette l'atto illecito). Né si può dimenticare che l'autore dell'illecito spesso si avvantaggia, senza sopportare i costi sopportati dal danneggiato, di una serie di conoscenze (clientela, contatti, informazioni rilevanti, abilità tecniche, esperienze, modelli - di contratti, anche complessi, affinati nel corso di anni e di esperienze professionali, di pareri, di atti - ecc...) che hanno avuto un costo considerevole e che costituiscono, di fatto, l'avviamento ed il *know how* del danneggiato, di cui l'autore si appropria a costo zero.

La giurisprudenza di merito, in ambiti simili, ha più volte dato rilevanza allo svolgimento di un'attività economica piuttosto che alla sussistenza di specifiche caratteristiche dell'imprenditorialità. Ad esempio il Tribunale di Torino (9.1.2003), ha osservato che *"È infatti ormai ampiamente acquisito in dottrina e giurisprudenza che la disciplina dei segni distintivi dell'impresa come quella della concorrenza si applica anche alle associazioni o enti che pur non perseguendo finalità di lucro svolgono un'attività obiettivamente economica avvalendosi di una propria organizzazione"*. Il Tribunale di Bologna (13/08/1999) ha ritenuto responsabile di concorrenza sleale il consulente del lavoro che, cessato il rapporto con un'associazione di categoria nell'ambito di un'attività diretta a fornire alle imprese il servizio di consulenza, si era appropriato della clientela dell'associazione stessa. Come detto, per contro, le decisioni della Corte di Cassazione che appaiono di senso contrario non sono decisive, poiché relative a profili di indagine del tutto diversi. Ad esempio, la Cassazione nell'escludere, per i professionisti, l'applicabilità di sgravi fiscali previsti dalla normativa per l'imprenditore si è limitata a richiamare il proprio risalente orientamento (del 1967) per ribadire che il professionista intellettuale non è imprenditore: la qual cosa, se, purtroppo, non sembra raccogliere, in ambito comunitario e nazionale, consensi, ai nostri fini, non appare per nulla decisiva. Va piuttosto osservato che la stessa Corte di Cassazione (n. 2860/2010) ha statuito che *"Accanto al permanere dei tradizionali principi della fiducia del rapporto e della personalità della prestazione, si assiste ad un superamento della considerazione dell'opera intellettuale come irrelata dal momento organizzativo, tenuto conto - come è stato osservato in dottrina - delle nuove tendenze verso la commercializzazione, la specializzazione e la socializzazione"* evoluzione *"assecondata dal formante normativo: (...) con l'introduzione, ad opera del D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, art. 16 e ss., recante attuazione della direttiva 98/5/CE, della possibilità di esercitare la professione di avvocato in forma societaria; con il venir meno - per effetto del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, art. 2 ... - del divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di professionisti"*. A ciò possiamo aggiungere il già ricordato art. 3 della nuova legge professionale forense, laddove espressamente precisa che l'attività deve essere svolta nell'ambito di una "leale concorrenza".

In definitiva, sia elementi puramente testuali (art. 2598, c.c., nuova legge forense, art. 117, Cost.), sia di carattere teleologico, cioè fondati sulla valorizzazione del fine perseguito dalla legge, inducono a ritenere che la disciplina della concorrenza sleale sia applicabile anche ai liberi professionisti.

Esame della giurisprudenza e conclusioni

Applicazioni

Nel caso risolto dalla citata sentenza (T. Milano, 6359/2017) un avvocato inizia a collaborare in un importante studio, creando quello che viene chiamato "*German Desk*", cioè una divisione aziendale (se il termine è consentito) dedicata ai clienti germanofoni. Dopo qualche tempo, il predetto legale, con un collaboratore, lascia lo studio, dopo aver copiato le anagrafiche ed altri documenti rilevanti, e comunque un complesso di informazioni riservate (time sheet, contatti, archivio in corso, verbali, documenti fiscali e contabili, - ecc...) appartenenti allo studio di provenienza, che potevano effettivamente fornire il vantaggio di un archivio di dati (modelli, ecc...). Il Tribunale riconosce che vi è stata una sostanziale appropriazione (indebita) del *know how* dello studio di provenienza, tale da consentire sia un aumento di conoscenze fondate sull'altrui esperienza e capacità senza sostenere alcun costo (anche in termini di "tempo") sia uno sviamento della clientela. A questo proposito, e vale per tutti i campi della professione, si sottolinea che il cliente non "appartiene" al soggetto che materialmente se ne occupa (nel caso dell'avvocato, colui che riceve la procura alle liti) ma, molto spesso, è attratto dalla considerazione dello studio e dalla fama e dal *know how* dei suoi principali professionisti. La Cassazione (n. 9110/2013, in Diritto e Giustizia, 2013) ha affermato che "*essendo l'ordinamento interno e l'amministrazione delle associazioni non riconosciute, regolati dagli accordi tra gli associati, questi ben possono attribuire all'associazione la legittimazione a stipulare contratti e ad acquisire la titolarità di rapporti, poi delegati ai singoli aderenti e da essi personalmente curati, ...*".

Proprio il caso deciso dalla citata sentenza ci pare evidenzi la necessità, da un punto di vista sociale, economico e di giustizia sostanziale, che le regole in tema di concorrenza sleale vengano estese anche ai rapporti tra professionisti sia come mezzo di controllo del mercato, sia come mezzo di protezione della collettività e del danneggiato. Né si può sottovalutare il fatto che la consapevolezza di poter incorrere in una condanna ad un significativo risarcimento del danno (e non solo ad una reprimenda disciplinare) possa avere un effetto per così dire di controllo preventivo e di mantenimento di un accettabile livello di correttezza almeno tra i professionisti intellettuali.