

Marina Chiarelli

LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA SLEALE NEI RAPPORTI TRA PROFESSIONI ORDINISTICHE E NON ORDINISTICHE

Sommario: 1. Premessa. - 2. La regolamentazione delle professioni non ordinistiche nella legge n. 4 del 2013. - 3. Criticità. - 4. La salvaguardia della trasparenza dei mercati nella disciplina della concorrenza sleale. - 4.1. Il bene protetto. - 4.2. Il mercato rilevante. - 4.3. I soggetti. - 5. Conclusioni.

1. PREMESSA

Fino all'entrata in vigore della legge n. 4 del 14 gennaio 2013 recante «Disposizioni in materia di professioni non organizzate», il sistema delle professioni intellettuali nell'ordinamento giuridico italiano si fondava sulla distinzione fra professioni regolamentate e professioni non regolamentate. Accanto alle professioni "ordinistiche" o "protette", infatti, soprattutto negli ultimi anni, si sono sviluppate in modo progressivo numerose professioni prive di riconoscimento legislativo che nella quasi totalità dei casi hanno dato vita ad autonome associazioni professionali rappresentative di tipo privatistico, formando un nuovo mercato del lavoro professionale di grande rilievo economico e sociale, ma con modalità e regole spesso molto diverse da quelle del tradizionale lavoro dipendente o del lavoro indipendente delle professioni ordinistiche. Le suddette professioni hanno trovato diffusione, in particolare, nei servizi, ma si sono moltiplicate esponenzialmente in molti settori del mercato.

L'entrata in vigore della legge n. 4 del 2013, ha realizzato il riconoscimento di tali nuove professioni, riconoscimento che costi-

tuisse, peraltro, una questione particolarmente delicata, rappresentando un terreno di scontro tra le rappresentanze di tali professioni e quelle delle professioni ordinistiche¹.

Prima della legge *de qua* il riconoscimento delle c.d. professioni non regolamentate è stato oggetto di alcuni disegni di legge², tra i quali va ricordato quello elaborato dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro³ («Disegno di legge per il riordino delle professioni non regolamentate»⁴) che si proponeva l'obiettivo di determinare, a tutela dei cittadini, le condizioni in presenza delle quali le associazioni delle professioni non regolamentate potessero rilasciare ai propri iscritti attestati in ordine alla capacità professionale⁵.

Una volta naufragati tali progetti di legge, oltre a quello di creare uno statuto unitario delle professioni intellettuali⁶, all'inizio del 2013, si è conclusa l'approvazione del disegno di legge involgente il riconoscimento delle professioni non regolamentate proprio mentre si procedeva alla "liberalizzazione" delle professioni ordinistiche. A partire dal 2011, infatti, proprio il settore delle professioni ordinistiche è stato oggetto di numerosi interventi normativi, inseriti nel più ampio contesto della ridefinizione degli assetti della regolazione giuridica dei rapporti indotta dalla crisi economica⁷,

¹ G. COLAVITTI, *Le professioni "non organizzate" e la trasparenza del mercato dei servizi professionali*, in *Previdenza forense*, n. 1 del 2013, p. 80.

² AAC 1934 e 2077 (XVI Legislatura).

³ Il CNEL ha istituito l'elenco delle associazioni delle professioni non regolamentate e la Banca dati sulle associazioni (CNEL, *V Rapporto di monitoraggio sulle professioni non regolamentate*, 2005, pp. 5 s.).

⁴ A.C. 3685 (XIV Legislatura).

⁵ CNEL, *V Rapporto di monitoraggio sulle professioni non regolamentate*, 2005, p. 5.

⁶ La creazione di uno statuto unitario delle professioni intellettuali è stato in passato l'obiettivo di numerosi progetti di legge in discussione in Parlamento. Delle proposte in discussione alcune riguardavano la disciplina generale delle professioni intellettuali. (Atto Senato n. 2856 «Delega al Governo per la disciplina delle professioni intellettuali», presentato in data 31 ottobre 1997 dal Sen. Ferdinando Pappalardo e altri (XIII Legislatura); Atto Camera n. 5092 «Delega al Governo per il riordino delle professioni intellettuali», presentato in data 9 luglio 1998 dal Ministro di grazia e giustizia Giovanni Maria Flick (XIII legislatura); Atto Senato n. 3534 «Statuto delle professioni intellettuali», presentato in data 23 settembre 1998 dal Sen. Andrea Pastore ed altri (XIII Legislatura); Atto Camera n. 5482 «Disciplina delle professioni intellettuali», presentato in data 3 dicembre 1998 dall'On. Alfredo Biondi ed altri (XIII Legislatura); Atto Camera n. 6296 «Riforma delle professioni intellettuali», presentato dall'On. Pier Ferdinando Casini ed altri (XIII Legislatura); Atto Camera n. 6642 «Disciplina delle professioni intellettuali», presentato in data 15 dicembre 1999 dall'On. Gianfranco Fini ed altri (XIII Legislatura); Atto Senato n. 4389 «Disciplina delle professioni intellettuali», presentato in data 15 dicembre 1999 dalla sen. Maria Grazia Siliquini ed altri. (XIII Legislatura)

⁷ La questione della riforma delle professioni si è intersecata con il tema della crisi economica. La liberalizzazione delle professioni è stata considerata l'unica via percorribile verso la risoluzione delle problematiche economiche che interessano il nostro paese. In particolare spesso è stata erroneamente avanzata l'ipotesi che anche e soprattutto gli avvocati sarebbero responsabili della man-

(segue)

volti a favorire i principi di liberalizzazione e di concorrenza. Inizialmente è intervenuto sulle professioni ordinistiche il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, poi con la legge di stabilità 2012 (legge 12 novembre 2011, n. 183) è stata prevista la delegificazione degli ordinamenti professionali, attuata con il d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137, non prima che sulle medesime professioni intervenisse il "d.l. liberalizzazioni", n. 1 del 2012, convertito dalla legge n. 27 del 2012.

Il panorama della regolazione del settore, pertanto, presenta attualmente una singolare situazione, che vede la delegificazione delle professioni ordinistiche, con la sola eccezione della professione forense, disciplinata dalla legge n. 247/2012, e la legificazione delle professioni non ordinistiche⁸.

2. LA REGOLAMENTAZIONE DELLE PROFESSIONI NON ORDINISTICHE NELLA LEGGE N. 4 DEL 2013

La legge 14 gennaio 2013, n. 4, recante «Disposizioni in materia di professioni non organizzate», all'art. 1, comma 2, definisce «professione non organizzata in ordini o collegi», «l'attività economica, anche organizzata, volta alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, con esclusione delle attività riservate per legge a soggetti iscritti in albi o elenchi ai sensi dell'art. 2229 del codice civile, delle professioni sanitarie e delle attività e dei mestieri artigianali, commerciali e di pubblico esercizio disciplinati da specifiche normative». Specifica anche che il professionista deve menzionare la legge nei rapporti scritti con i terzi (art. 1, comma 3).

Le associazioni di tali professionisti promuovono la formazione permanente dei propri iscritti, adottano un codice di condotta e vigilano sulla condotta professionale degli associati anche stabilendo le sanzioni disciplinari da irrogare agli associati per le violazioni del medesimo codice (art. 2, comma 3). Le associazioni in considerazione hanno un ruolo fondamentale in materia di attestazioni di

cata ripresa economica in quanto interessati a rallentare la risoluzione delle controversie allo scopo di lucrare maggiori profitti.

⁸ G. COLAVITTI, *Le professioni "non organizzate" e la trasparenza del mercato dei servizi professionali*, in *Previdenza forense*, n. 1 del 2013, p. 80.

qualità. Possono, infatti, autorizzare gli iscritti «ad utilizzare il riferimento all'iscrizione all'associazione quale marchio o attestato di qualità e di qualificazione professionale dei propri servizi» (art. 4, comma 1), e possono rilasciare attestati relativi all'appartenenza del professionista all'associazione, al rispetto dei relativi requisiti di iscrizione, agli «standard qualitativi e di qualificazione professionale che gli iscritti sono tenuti a rispettare nell'esercizio dell'attività professionale ai fini del mantenimento dell'iscrizione all'associazione», e al possesso di una certificazione di qualità del tipo conforme alle c.d. norme tecniche UNI (art. 7).

3. CRITICITÀ

La legge in questione presenta un limite di non poco rilievo poiché non individua una precisa demarcazione tra professioni protette e non protette, generando criticità soprattutto nel caso di professioni in grado di operare in uno stesso spazio di "mercato". Accanto, infatti, a prestatori di servizi diversi rispetto a quelli forniti da prestatori iscritti in albi, vi sono alcuni casi di parziale sovrapposizione come nel caso della professione ordinistica dei dottori commercialisti e di quella non ordinistica dei tributaristi.

Sebbene, infatti, la legge si preoccupi di escludere le attività riservate (art. 1, comma 2) e di vietare alle associazioni l'adozione e l'uso di denominazioni professionali relative a professioni organizzate in ordini e collegi (art. 2, comma 5), è tutt'altro che semplice per l'utente distinguere tali professioni da quelle ordinistiche.

La menzione delle attività riservate appare in ogni caso del tutto insufficiente a tutelare l'utente, dato che restano scoperte le attività "caratterizzanti" o "tipiche" di professioni già regolamentate dalla legge. Il problema da ultimo indicato non appare sottovalutabile anche in considerazione del fatto che sul punto si è espressa con rigore la stessa giurisprudenza di Cassazione con riguardo ai casi in cui le citate attività siano svolte in forma professionale, e cioè stabile, organizzata e non episodica. La Corte di cassazione penale ha ritenuto punibile del reato di "abusivo esercizio della professione", previsto dall'art. 348 c.p., il consulente del lavoro che fornisce assistenza fiscale a lavoratori autonomi ed imprese⁹.

⁹ Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 2011, n. 10100.

Secondo la decisione in questione, i consulenti del lavoro non sarebbero abilitati al pagamento delle imposte per i lavoratori autonomi e le società, in quanto attività tipiche dei commercialisti, ed avrebbero competenza solo in materia di redditi da lavoro dipendente.

Precedentemente, invece, era stata esclusa la sussistenza dello stesso reato, proprio per l'occasionalità della condotta, nel caso di un praticante avvocato che aveva reso parere legale in merito ad un procedimento penale in corso su carta intestata recante la scritta "studio legale"¹⁰.

Suscita, quindi, molte perplessità l'emendamento approvato il 16 gennaio 2014 dalla Commissione Finanze del Senato promosso dall'associazione tributaristi L.a.p.e.t nell'ambito della Cna Professioni, alla Delega fiscale (legge 11 marzo 2014, n. 23) che prevede l'eventuale ampliamento dei soggetti che possono rappresentare i contribuenti nel contenzioso tributario¹¹, di fatto generando per i tributaristi stessi e per altri professionisti non iscritti in albi una possibile abilitazione alla difesa tecnica.

Ulteriore criticità è rappresentata dall'obbligo per il professionista di richiamare la legge nei rapporti con i terzi di cui all'art. 1, comma 3, che potrebbe addirittura ingenerare nell'utente un più sicuro affidamento¹². Inoltre, ai sensi dell'art. 2, comma 7, l'elenco di queste associazioni è pubblicato sul sito istituzionale del Ministero dello Sviluppo economico sulla base della sola dichiarazione effettuata dai rispettivi rappresentanti legali di essere in possesso dei requisiti di legge. La pubblicazione avviene, quindi, senza un vero e proprio controllo, essendo sufficiente appunto, secondo la norma, una semplice dichiarazione.

Non va ancora trascurato, poi, che il sistema delle attestazioni di qualità potrebbe generare un vero e proprio business anche in considerazione del fatto che le stesse associazioni collaborano alla stesura delle norme tecniche e possono costituire organismi di certificazione.

¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 11 marzo-15 aprile 2003, n. 17921.

¹¹ L'ampliamento dei soggetti abilitati a rappresentare i contribuenti innanzi alle Commissioni tributarie estende potenzialmente la platea dei difensori, già attualmente pletorica. Tra l'altro la previsione stride con l'auspicata professionalizzazione del giudice tributario, collocato a tempo pieno in questa giurisdizione, che la stessa delega fiscale persegue con norme specifiche.

¹² G. COLAVITTI, *Le professioni "non organizzate" e la trasparenza del mercato dei servizi professionali*, in *Previdenza forense*, n. 1 del 2013, p. 84.

Alla luce del sistema costruito dalla legge sussiste il concreto rischio che coloro, che a causa della difficoltà di sostenere un esame di Stato non siano riusciti ad iscriversi in un albo professionale, possano svolgere le stesse attività degli appartenenti a professioni ordinistiche per il solo fatto di far parte di un'associazione privata, creando negli utenti falsi affidamenti sulle reali qualità possedute¹³.

Il riconoscimento di associazioni che riguardano ambiti di attività già proprie di professionisti iscritti in albi insomma rischia di produrre pericolose sovrapposizioni, che il cliente difficilmente è in grado di distinguere.

Non va dimenticato che tali professioni possono riguardare anche settori delicatissimi¹⁴, involgenti diritti fondamentali della persona come la salute, ambito in cui negli ultimi tempi si sono moltiplicate le associazioni di operatori di medicina non convenzionale.

Non sempre l'utente è in grado di comprendere le caratteristiche e qualità di una specifica prestazione con il rischio di cadere in errore nella valutazione del professionista cui rivolgersi.

Potrebbe non essere semplice per un cittadino distinguere tra un professionista che ha seguito un *iter* formativo stabilito dalla legge ed è iscritto ad un ordine per via del superamento di un esame abilitativo e un professionista iscritto ad una libera associazione privata, per l'appartenenza alla quale non è necessario, dal punto di vista legale, il possesso di un titolo di studio determinato.

Il cittadino dovrebbe poter essere messo nelle condizioni di esercitare la propria libertà di scelta attraverso una netta delimitazione tra professioni protette e non protette.

La trasparenza del mercato può, infatti, considerarsi fondamentale al fine di garantire una concorrenza vantaggiosa per gli utenti.

¹³ G. COLAVITTI, *Le professioni "non organizzate" e la trasparenza del mercato dei servizi professionali*, in *Previdenza forense*, n. 1 del 2013, p. 84.

¹⁴ Il CNEL ha censito nella propria banca dati oltre 42 associazioni di «medicina non convenzionale» di cui 16 nel settore della cura psichica. La distribuzione percentuale delle associazioni presenti in banca dati ha evidenziato la leadership della categoria «Servizi all'impresa, seguita da quella delle «Medicine non convenzionali». In questa categoria rientrano musicoterapeuti, naturopati, esperti energie olistiche, pranoterapeuti, floriterapeuti, bioterapeuti, esperti medicine integrate. Da sole queste due categorie rappresentano il 47% del totale. Peraltro le associazioni rientranti nel settore della cura psichica sono cresciute esponenzialmente dal 2000 al 2004 arrivando da 4 a 16 (CNEL, *V Rapporto di monitoraggio sulle professioni non regolamentate*, 2005, pp. 20 s.).

4. LA SALVAGUARDIA DELLA TRASPARENZA DEI MERCATI NELLA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA SLEALE

In assenza di una precisa delimitazione normativa e data la rilevanza degli interessi in gioco vale la pena riflettere sulla possibilità di rintracciare all'interno del nostro ordinamento giuridico uno strumento di tutela nei casi in cui sia messa a rischio la trasparenza del mercato delle professioni intellettuali.

Il codice civile disciplina nel libro V, rubricato «Del lavoro», i casi di concorrenza c.d. sleale¹⁵, istituto che sebbene *prima facie* possa sembrare riferito ai soli rapporti tra imprenditori, viene esteso da parte della dottrina anche ai professionisti. Anzi proprio con riferimento a questi ultimi sono stati individuati i primi casi di concorrenza sleale¹⁶.

Le regole in materia di concorrenza sleale sono sorte, come creazione giurisprudenziale, nella seconda metà dell'Ottocento e sono state inquadrate nell'ambito dell'illecito civile, mentre con il codice del 1942 sono state inserite nell'apposita disciplina della concorrenza sleale (artt. 2598-2601 c.c.).

Attualmente la competizione fra imprenditori è certamente vista con maggior favore, ma si continua a ritenere che la concorrenza si debba svolgere, anche nell'interesse generale, in modo corretto e leale per impedire che vengano falsati gli elementi di valutazione e di giudizio del pubblico, che decreta il successo di un'impresa piuttosto che di un'altra¹⁷. Da tale punto di vista la normativa sulla

¹⁵ C. IBA, *Professione intellettuale ed impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, pp. 365 ss.; C. SANTIAGATA, *Concorrenza sleale ed evoluzione degli interessi protetti*, Napoli, 1975; Id., *Concorrenza sleale e trasparenza del mercato*, Padova, 1979; Id., *Atti perturbatori della scelta e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, pp. 316 ss.; F. RESTANO, *Appunti in tema di concorrenza sleale tra liberi professionisti*, in *Giur. it.*, 2005, fasc. 6, p. 1178 (nota a Cassa. Sez. III civ. 13 gennaio 2005); S. SANZO, *Concorrenza sleale ed attività intellettuale: brevi appunti sul contrasto tra evoluzione normativa ed immobilismo giurisprudenziale*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, fasc. 6, p. 1503 (nota a Trib. Udine 23 febbraio 1998); P. GRUGNOLA, *Liberi professionisti e concorrenza sleale*, in *Studium iuris*, 2008, fasc. 6, pp. 736-737; P. CAVALLARO, *La concorrenza sleale del professionista*, in *Il diritto industriale*, 2002, fasc. 4 (Nota a App. Genova 20 marzo 2002); G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 1971; S. SANZO, *La concorrenza sleale*, Padova, 1998; P. G. MARCHETTI- e L.C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1987; F. SCIRÈ, *La concorrenza sleale nella giur.*, II, *L'atto confusorio*, Milano, 1989; L. BIGLIA, *Diritti relativi e concorrenza sleale*, Milano, 1983; M. PINNARÒ, *Profili soggettivi in materia di concorrenza sleale*, Padova, 1976, p. 97.

¹⁶ M. ZAINO, *Concorrenza sleale, Appunti storici*, in *Studi di diritto industriale*, 1930, p. 3. È stato, però, osservato che erano altri tempi e che le regole che non bisognava violare erano le regole delle Corporazioni e delle Arti (R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza sleale*, in *Enc. giur.*, p. 20).

¹⁷ M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir., Ann.*, III, Milano, 2010, p. 245; R. PARDOLESI, *Le regole della concorrenza*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO e coordinato da Zop-

(segue)

concorrenza sleale si presenta allo stato attuale strettamente collegata anche a quella che sancisce i divieti di pratiche commerciali scorrette a tutela dei consumatori nei rapporti con i professionisti (artt. 20 ss. c. cons., introdotti dal d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146)¹⁸.

In base al menzionato istituto, nello svolgimento della sua attività, l'imprenditore può agire per il conseguimento del profitto, ma non attraverso mezzi che possano danneggiare gli altri imprenditori concorrenti e soprattutto i consumatori. Per questi motivi il legislatore ha imposto una serie di limiti, la fonte dei quali si rintraccia prima nell'art. 41 Cost., e, specificamente, nel codice civile agli artt. 2598 ss.

Il codice civile contempla tre categorie di atti di concorrenza sleale. Oltre agli atti c.d. di confusione¹⁹ e quelli di denigrazione o vanteria²⁰, è presente un'altra categoria a carattere assolutamente generico ed idonea a comprendere ogni altro comportamento non conforme ai principi della correttezza professionale²¹ (atti contrari

pini, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, I, *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, Milano, 2009, pp. 3 ss.

¹⁸ F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2010, pp. 109 ss.

¹⁹ La categoria comprende gli atti con i quali l'imprenditore usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri imprenditori o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o agisce con qualsiasi altro mezzo compiendo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente.

²⁰ La categoria comprende i comportamenti dell'imprenditore che diffonda notizie o apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinarne il discredito o appropriarsi di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente (atti di denigrazione o di vanteria).

²¹ Il riferimento alla correttezza professionale è stato variamente interpretato.

Un primo orientamento afferma che i principi della correttezza professionale andrebbero ricavati dai comportamenti tenuti normalmente dal ceto imprenditoriale. Secondo alcuni, poi, si tratterebbe di usi in senso tecnico (FRANCESCHELLI, *Sulla concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1954, I, p. 113), secondo altri di semplici comportamenti desumibili dalla prassi commerciale (GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1970, p. 22). Altra parte della dottrina rileva, al contrario, che non vi è un esplicito richiamo agli usi da parte del legislatore e che vi è scarsa adattabilità di una disciplina di questo tipo ai rapidi mutamenti della realtà concorrenziale, ritenendo pertanto necessario fare riferimento ai canoni della morale. La morale viene identificata con la morale sociale. Il giudice avrebbe il compito di farsi interprete della coscienza collettiva (G.G. AULETTA, in G.G. AULETTA, G.F. MANGINI, *Invenzioni industriali - Modelli di utilità e disegni ornamentali - Concorrenza*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, p. 170), o desunta dalle regole di deontologia professionale, e cioè con la morale espressa dall'ambiente degli imprenditori (PASTERIS, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano, 1962). Seguendo questo indirizzo, tuttavia, l'individuazione di un caso di concorrenza sleale sarebbe rimesso completamente alla sensibilità del giudice (GUGLIELMETTI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1970, p. 22). L'opinione prevalente in giurisprudenza afferma, che i principi di correttezza professionale andrebbero individuati nei principi etici, universalmente seguiti dalle categorie dei commercianti tanto da essere divenuti costume. Di conseguenza i principi di correttezza professionale sarebbero i principi desumibili dalle valutazioni operate nell'ambito professionale in ordine a specifiche situazioni, e ad essi si potrebbe ricorrere per la valutazione anche di nuovi comportamenti (Cass., 11 ottobre 2002, n. 14479, in *Arch. civ.*, 2003, p. 799; Cass., 4 luglio 1985, n. 4029, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1702; Cass., 15 dicembre 1983, n. 7399, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1594.).

alla correttezza professionale), sicuramente in grado di ricomprendere in astratto atti posti in essere da professionisti.

L'art. 2598 c.c. richiede per la sua applicabilità anche l'idoneità del comportamento ad arrecare danno all'altrui azienda. Il comportamento deve essere, cioè, idoneo a togliere uno spazio di mercato ad un concorrente, altrimenti non si potrebbe parlare nemmeno di concorrenza, ancor prima che di concorrenza sleale.

Gli atti di concorrenza sleale sono vietati anche se compiuti senza dolo o colpa. La colpa, però, è presunta e spetta all'imprenditore che ha posto in essere l'atto di concorrenza sleale provarne la mancanza. In caso contrario è tenuto al risarcimento del danno, risarcimento dovuto anche nel caso in cui abbia agito con dolo, che deve, invece, essere provato dal danneggiato. Particolarmente interessante è il contenuto della sentenza che accerta gli atti di concorrenza sleale, ma non si limita a ciò, inibendo l'ulteriore continuazione e dando gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti. La funzione della sentenza non è solo repressiva, ma anche preventiva dei futuri comportamenti illeciti. Se, poi, si dispone anche la condanna al risarcimento dei danni, può essere ordinata la pubblicazione della sentenza, pubblicazione che può essere disposta anche quando il danno non si è verificato, ma poteva verificarsi pur se solo in via potenziale.

4.1. Il bene protetto

Il bene giuridico tutelato dall'istituto della concorrenza sleale è stato da sempre al centro del dibattito dottrinale con inevitabili ed evidenti riflessi sulle pronunce giurisprudenziali²².

Se si parte dalla premessa che la concorrenza sleale è un istituto legato all'economia di mercato, volto a coordinare il comportamento degli imprenditori che vi operano, risulta naturale identificare il "bene protetto" in uno degli elementi che caratterizzano l'attività di produzione e di scambio di cui si tratta come la clientela²³, l'avviamento²⁴, l'azienda²⁵ o magari l'impresa stessa²⁶.

²² R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza sleale*, in *Enc. giur.*, p. 20.

²³ G.G. AULETTA, *op. cit.*, pp. 335 ss.

²⁴ F. CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, pp. 49 e 50; M. ROTONDI, *Le varie forme di lesione dell'avviamento come criterio di classificazione degli atti di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, I, p. 337

²⁵ F. FERRARA JR., *Teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1948, pp. 113 ss.

²⁶ W. BIGIAVI, *La piccola impresa*, Milano, 1947, p. 10.

Attualmente, come poco sopra affermato, la competizione fra imprenditori è vista con maggior favore, mentre la normativa sulla concorrenza sleale si presenta strettamente collegata anche a quella che sancisce i divieti di pratiche commerciali scorrette a tutela dei consumatori nei rapporti con i professionisti.

Già in passato, pervero, autorevole dottrina²⁷ sottolineava l'incidenza degli atti di concorrenza sleale non soltanto sugli imprenditori concorrenti, ma anche sugli interessi dei destinatari finali dell'offerta le cui modalità sono oggetto di valutazione, costituendo un istituto a tutela della trasparenza dei mercati.

L'evoluzione dell'istituto si rispecchia nelle diverse ricostruzioni dell'atto di concorrenza sleale non tipizzato ossia contrario ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda (art. 2598, n. 3, c.c.). Nella concezione tradizionale correttezza professionale è, in sostanza, sinonimo di deontologia professionale, cioè di regole di comportamento formatesi all'interno di una categoria e divenute "buoni costumi" specifici del settore, a cui la previsione fa rinvio²⁸.

La tesi divenuta prevalente negli ultimi anni è, invece, quella secondo cui la correttezza professionale costituisce una tipica clausola generale, che il giudice deve concretizzare rifacendosi ai principi generali dell'ordinamento riguardanti le attività economiche e, in particolare, il funzionamento dei mercati (criterio c.d. normativo o funzionalistico di ricostruzione della correttezza professionale)²⁹. Anche nella giurisprudenza più recente sono abbastanza frequenti

²⁷ C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, p. 5. L'autore sottolinea che il dato positivo involgente una diversa costruzione della fattispecie e, quindi, una sostanziale apertura nell'individuazione degli interessi direttamente protetti a favore del consumatore utente finale sembra rinvenirsi nella disposizione che ha introdotto un'ulteriore «ipotesi tipica» di concorrenza sleale nel terzo comma dell'art. 10 bis della Convenzione dell'Unione di Parigi per la protezione della proprietà industriale; norma che nella redazione approvata all'Aja il 6 novembre 1925, rappresentò, per oltre un decennio, l'unica normazione specifica ai fini della repressione privatistica della concorrenza sleale. Nel testo approvato dopo la revisione di Lisbona del 31 ottobre 1958 figura al numero 3 del terzo comma dell'art. 10 bis l'impegno degli Stati cc.dd. Unionisti di reprimere in particolare, «*les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises*».

²⁸ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Milano, 1960, pp. 209-210; Cass., 15 dicembre 1983, n. 7399, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, p. 1594

²⁹ C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975, pp. 87 ss.; G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, p. 30; M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, pp. 510 ss.; P. AUTERI, *La concorrenza sleale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, *Impresa e lavoro*, IV, Torino, 1982, pp. 365 ss.

le pronunce che hanno dato espressa adesione a questo orientamento³⁰, anche se sul punto non vi è unanime condivisione.

4.2. Il mercato rilevante

Prima ancora di dimostrare la possibile slealtà dei comportamenti dei professionisti intellettuali bisogna verificare l'esistenza di tutte le condizioni di applicabilità della disciplina di cui si tratta e, in particolare, la presenza di un rapporto "concorrenziale".

Presupposto per la concorrenza sleale è anche il rapporto di concorrenza che richiede soggetti (attivo e passivo) operanti nello stesso mercato, cioè rivolti alla stessa cerchia di utilizzatori di beni o servizi (c.d. mercato rilevante del prodotto). Questo requisito non implica, però, vera e propria identità merceologica dei beni o servizi offerti, bensì richiede un'elasticità di soluzione, tale da comportare un'effettiva possibilità di scelta sostitutiva da parte del consumatore, con relativo spostamento di clientela. Prevale anche una concezione elastica del rapporto di concorrenza, che fa leva sul criterio della coincidenza del mercato o della comunanza della clientela finale e pone in concorrenza tutti i soggetti operanti, anche se a diversi livelli, in un mercato in cui coincidono i consumatori finali³¹.

Il rapporto concorrenziale si ritiene integrato in ogni caso in cui il soggetto passivo e quello attivo dell'illecito concorrenziale condividono la clientela finale e questo sussiste sicuramente nei casi in cui vi siano professionisti in grado di operare in uno stesso spazio di "mercato" come nel caso della professione ordinistica dei dottori commercialisti e quella non ordinistica dei "tributaristi".

Inoltre, secondo l'opinione largamente seguita, l'interesse ad agire deve essere riconosciuto anche quando la concorrenza è potenziale ossia quando, pur mancando un rapporto di concorrenza attuale fra i due soggetti interessati, appaia comunque probabile una prossima interferenza fra i mercati in cui gli stessi operano³².

4.3. I soggetti

Resta da effettuare un'ultima, ma ancor più rilevante verifica, involgente l'applicabilità dell'istituto ai professionisti.

³⁰ App. Milano, 28 ottobre 2003, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, p. 592.

³¹ Cass., 20 maggio 1997, n. 4458, in *Giur. it. Mass.*, 1997.

³² Trib. Milano, ord., 18 dicembre 2001, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2002, 516.

L'opinione prevalente ritiene che i destinatari della norma in esame siano solo imprenditori in rapporto di concorrenza fra loro³³. Gran parte della dottrina³⁴ ritiene, infatti, non applicabile la disciplina in questione ai professionisti proprio in quanto non imprenditori. La concorrenza sleale secondo tale impostazione non potrebbe svolgersi che tra imprenditori commerciali, non potendosi pertanto estendere a regolare la competizione nel campo delle professioni intellettuali, tra avvocati, medici, ingegneri a meno che l'esercizio della professione non costituisca elemento di un'attività organizzata in forma di impresa. Si riconosce in ogni caso che anche a queste attività può sembrare inerente il giudizio di conformità ai principi della correttezza professionale che è alla base dell'art. 2598, n. 3, c.c. e che alla cui applicabilità non è di ostacolo il riferimento a «chiunque» contenuto nell'art. 2598 c.c.

Antichi casi di concorrenza sleale, perverso, sono stati ravvisati tra medici, insegnanti e artisti anche se è stato³⁵ a tale riguardo notato che si trattava di tempi in cui le regole che non bisognava violare erano quelle delle arti e delle corporazioni e che in ogni caso oggi comportamenti avvicinati alle categorie elencate possono essere repressi ex art. 2043 c.c. e divenire oggetto di provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.

Si è ancora evidenziato che, secondo la lettera dell'art. 2598 c.c. l'atto di concorrenza sleale deve essere idoneo a danneggiare «l'altrui azienda», e cioè un complesso di beni proprio solo di chi svolge attività in forma di impresa. Né sarebbe possibile attribuire al termine «azienda» utilizzato nell'art. 2598 c.c. un significato diverso e più lato rispetto a quello ad esso attribuito dall'art. 2555 c.c., non sembrando esservi al riguardo indici che lasciano presumere che tale sia stata la volontà del legislatore e, anzi, parendo esservi indizi precisi per sostenere che il legislatore abbia voluto mantenere distinta la posizione dell'imprenditore da quella del libero professionista.

Si è posto, inoltre, l'accento sulla natura eccezionale dell'art. 2598 c.c. che non consentirebbe neppure un'applicazione analogi-

³³ Cass., 13 gennaio 2005, n. 560, in *Giur. it.*, 2005, p. 1177.

³⁴ R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza sleale*, in *Enc. giur.*, p. 20. Sulla non applicabilità della disciplina della concorrenza sleale alle professioni tradizionali anche F. FERRARA jr, *Teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1948, p. 122; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, pp. 201-202.

³⁵ R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza sleale*, in *Enc. giur.*, p. 20.

ca. È stato, poi, osservato che se anche non si trattasse di norma eccezionale, sembrerebbe mancare il presupposto fondamentale dell'applicazione analogica, data l'insussistenza di una lacuna nell'ordinamento in considerazione della possibile applicazione della disciplina di cui all'art. 2043 c.c.³⁶.

L'orientamento che nega l'applicabilità dell'istituto della concorrenza sleale alle libere professioni ha fatto, poi, leva sulla minore incidenza della concorrenza tra liberi professionisti, determinata dall'assenza di una produzione di "massa" di beni e servizi³⁷.

In una posizione intermedia, si collocano, invece, coloro che ritengono doversi effettuare una valutazione nel singolo caso di specie. Pertanto l'applicazione della concorrenza sleale andrebbe ammessa tutte le volte in cui la professione intellettuale venga svolta tramite uno studio dotato di un'organizzazione prevalente sulle qualità del professionista³⁸.

Si è tentato di superare questa chiusura soggettiva della disciplina della concorrenza sleale, ritenuta inadeguata all'attuale realtà dei mercati concorrenziali e all'espandersi delle comunicazioni di massa, valorizzando, ai fini dell'applicazione della normativa, l'esistenza di una stabile organizzazione ancorché senza scopo di lucro.

Parte della dottrina³⁹ ritiene, quindi, applicabile per analogia o semplicemente per estensione la disciplina della concorrenza sleale anche ai rapporti tra liberi professionisti.

La qualifica soggettiva di imprenditore in capo ai soggetti coinvolti nell'esercizio concorrenziale è così ritenuta non necessaria, in quanto il legislatore, nel momento in cui ha scritto l'art. 2598 c.c., nel riferirsi all'imprenditore commerciale, avrebbe semplicemente avuto presente il fenomeno più ricorrente nella prassi - la concorrenza sleale tra imprenditori - ma non avrebbe voluto con ciò limitare la portata della norma, per l'applicabilità della quale dovrebbe ritenersi sufficiente l'esercizio di una qualche attività economica destinata alla produzione o allo scambio di beni o servizi, e, quindi, anche l'esercizio di una professione intellettuale; irrilevante

³⁶ Cass., 13 gennaio 2005, n. 560.

³⁷ Pret. Roma, 3 aprile 1985; Pret. Verona, 13 novembre 1991.

³⁸ Trib. Roma, 7 ottobre 1981, in *Giur. dir. ind.*, 1981, p. 590; Pret. Monza, 12 ottobre 1984, in *Foro it.*, 1985, I, 2960.

³⁹ G.G. AULETTA, *op. cit.*, 155; P. G. JAGER, *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, p. 194; V. SGROI, *La concorrenza sleale tra professionisti e l'art. 2598 c.c.*, in *Riv. ind.*, 1955, I, p. 127 ss.

sarebbe anche l'esercizio professionale o solo occasionale dell'attività, così come irrilevante sarebbe pure la presenza di una stabile organizzazione⁴⁰.

5. CONCLUSIONI

L'applicazione dell'istituto della concorrenza sleale anche ai rapporti tra professionisti consentirebbe di apprestare una tutela avverso situazioni in grado di ingenerare falsi affidamenti nell'utente finale sulle qualità professionali del professionista data anche l'evoluzione dell'istituto realizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza soprattutto in materia di interesse protetto, già considerato da tempo la trasparenza del mercato⁴¹. Ma anche se non si volesse pervenire a tale conclusione deve essere certamente affermato che la tutela dell'utente di un servizio professionale non può essere inferiore a quella di un acquirente di un bene o all'utente di un servizio erogato da un imprenditore soprattutto quando vengono in considerazione settori in cui la trasparenza del mercato diviene imprescindibile.

È stato già osservato con riferimento alla pubblicità professionale che la stessa non può avere delle garanzie inferiori rispetto alla pubblicità commerciale, dovendo comunque essere realizzata garantendo la trasparenza e la verificabilità dell'informazione traducendosi in divieto di pubblicità ingannevole⁴².

Il settore delle professioni meriterebbe piuttosto una tutela rafforzata, evitando che le asimmetrie informative, il cui superamento non a caso è sotteso alla specifica regolazione del mercato delle professioni ordinarie, possano generare situazioni in danno dell'affidamento e della libertà di scelta del cittadino/utente⁴³.

⁴⁰ Trib. Bologna, 13 agosto 1999 ha precisato che anche una professione intellettuale, al pari dell'attività imprenditoriale può essere esercitata occasionalmente o professionalmente, con o senza l'ausilio di una stabile organizzazione.

⁴¹ C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale ed evoluzione degli interessi protetti*, Napoli, p. 1975; Id., *Concorrenza sleale e trasparenza del mercato*, Padova, 1979; Id., *Atti perturbatori della scelta e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, pp. 316 ss.

⁴² D. CERRI, *Pubblicità e professione forense*, in *Rass. for.*, 2009, pp. 240 ss.

⁴³ G. COLAVITTI, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, 2012, p. 176.