

Privacy

TRIBUNALE DI ROMA, sez. specializzata per la proprietà industriale e intellettuale, 26 luglio 2007 - Pres. Marvasi - Rel. Muscolo - Telecom s.p.a c. Wind Telecomunicazioni s.p.a, Tele2 Italia s.p.a., Fastweb s.p.a.

Impresa - Attività di telemarketing - Concorrenza sleale - Violazione del codice della privacy - Sussistenza (d.lgs. 206/2005 art. 58; d.lgs. 196/2003, artt. 11, 23, 129, 130)

La violazione delle norme del codice della privacy effettuata nell'attività di telemarketing, preordinata alla promozione dei propri servizi e alla loro offerta al fine di acquisire nuova clientela, costituisce indice di scorrettezza nell'esercizio dell'attività stessa, potenzialmente idonea a sviare il consumatore dalla impresa concorrente e a danneggiarla, diminuendone l'avviamento.

Società di telefonia fissa - Invio ai propri utenti di un modulo precompilato per la prestazione del consenso alla contattabilità commerciale con l'opzione di diniego - Pratica commerciale scorretta - Concorrenza sleale - Tutela del consumatore

(c.c. 2598 n. 3 c.c.)

Costituisce, altresì, atto contrario alla correttezza professionale il comportamento dell'ex monopolista legale nel settore della telefonia fissa consistente nel recapitare ai propri utenti il modulo per la prestazione del consenso alla contattabilità commerciale già precompilato con l'opzione di diniego, in quanto tale atto consente all'ex monopolista legale di sottrarsi ad una effettiva competizione e di mantenere invariata la propria posizione dominante di mercato, stante la tendenza del mercato ad una fidelizzazione della clientela.

Ordinanza

Ritenuto

...*Omissis*...

- **La questione della rilevanza della violazione di norme pubblicitistiche nella fattispecie di concorrenza sleale per scorrettezza:** che le prospettazioni residue in sede di reclamo della illiceità dell'agire di controparte sono la violazione degli artt 11, 23, 129 e 130 del d.lgs 196/2003, ed. Codice della privacy e la violazione dell'art. 58 del d.lgs. 206/2005, c.d. Codice del consumo, entrambe quali elementi costitutivi della fattispecie di concorrenza sleale per scorrettezza dell'art. 2598 n. 3.);

- che la questione è dunque quella della rilevanza della violazione di norme pubblicitistiche quale *standard* idoneo a riempire la clausola generale di scorrettezza dell'agire competitivo dell'imprenditore nei rapporti orizzontali con gli altri imprenditori, questione che si pone in particolare per la violazione delle norme del Codice della privacy;

- che la tesi difensiva di parte Wind è nel senso della identificazione della direzione delle norme sulla *privacy* a protezione del consumatore sì, ma come persona e non come attore del mercato, e quindi della irrilevanza della loro violazione per la integrazione di una fattispecie di illecito economico, interpretazione che la parte postula in coerenza con una ricostruzione preconcorsuale del sistema in cui la tutela della *privacy* non può operare come ostacolo all'accesso e alla permanenza sul mercato delle imprese concorrenti;

- che tale tesi non è condivisa dalla Corte; infatti il Codice della privacy costituisce un esempio di legge pluridirezionale nei suoi scopi, giacché essa è diretta alla protezione dei dati personali a tutela dei diritti della persona, ma in differenti contesti ambientali, e in particolare alcune norme, tra cui quelle degli artt. 7, 129 e 130, che fanno riferimento all'invio di materiale pubblicitario, vendita diretta, ricerche di mercato e comunicazione commerciale, sono dirette alla protezione dei dati personali del consumatore quale soggetto di diritto del mercato;

- che infatti i dati personali del consumatore, attuale o potenziale, costituiscono per le imprese concorrenti sul mercato una vera e propria risorsa, e il loro trattamento assume un indubbio valore economico e di scambio, perché ne accresce il *know how* aziendale, permettendo loro la costituzione di banche dati, a mezzo delle quali contattare il cliente per la promozione e la offerta dei propri prodotti o servizi, tant'è che di tali dati può predicarsi - sia pur alle condizioni di legge - una vera e propria circolazione, come prospettato nelle difese di Tele2;

- che la coesistenza in alcune norme, quale quelle in esame, di una pluralità di *rationes*, che attengono insieme ai diritti personali e ai rapporti economici, costituisce una caratteristica del sistema giuridico moderno, ripetutamente rilevata dalla dottrina, nonché, come diritto vivente, dalla giurisprudenza, di patrimonializzazione delle situazioni giuridiche di base, con attribuzio-

ne di valore economico-patrimoniale a situazioni legate alla vita della persona;

- che il rispetto di norme pubblicitistiche preordinate alla protezione dei diversi attori del mercato, tra cui i consumatori, opera quale limite di utilità sociale all'esercizio del diritto di impresa, posto dall'art. 41 Cost. in favore dell'*homo oeconomicus* diverso dall'imprenditore;

- che comunque, giacché la libertà di intrapresa subisce per l'art. 41 Cost. altresì il limite della "sicurezza, libertà e dignità umana" neanche può predicarsi la irrilevanza dei diritti fondamentali della persona in quanto tale per la conformazione del diritto di libertà economica, in un bilanciamento peraltro di interessi tutti costituzionalmente protetti;

- che le più recenti interpretazioni dell'art. 2598 n. 3) di dottrina e giurisprudenza, costituzionalmente orientate, identificano gli *standards* con cui riempire la clausola generale di correttezza nella conformità al modello di Costituzione economica materiale, con riguardo a tutti gli interessi da questa protetti;

- che a questo proposito la Corte di cassazione ha affermato che «occorre tener conto degli interessi collettivi concorrenti alla dinamica economica, in adesione ai principi e ai limiti dell'art. 41 Cost., finalizzati a garantire che il mercato conservi la qualità strutturale di luogo della libertà di iniziativa economica per tutti i suoi partecipi ovvero per chiunque pretenda di esercitare tale iniziativa». (Cass. 10684/2000), e più di recente ha ribadito come la garanzia di fisionomia concorrenziale dei mercati debba essere tale da tutelare non "l'interesse dei mercanti", ma "l'interesse del mercato" (Cass. 1636/2006);

- che in questo contesto deve oggi essere letta la meno recente Cass. S.U. 5787/91, che ha affermato che la violazione delle norme pubblicitistiche, se non fonda di per sé un giudizio di illiceità concorrenziale, può invece legittimarla nel caso in cui si risolva in una turbativa delle condizioni di mercato e in un danneggiamento della altrui azienda;

- che dunque la eventuale violazione delle citate norme del Codice della privacy, perpetrata dalla impresa nell'effettuare attività di *telemarketing*, preordinata alla promozione dei propri servizi e alla loro offerta al fine di acquisire nuova clientela, costituisce indice di scorrettezza nell'esercizio della attività stessa, potenzialmente idonea a sviare il consumatore dalla impresa concorrente e a danneggiarla, diminuendone l'avviamento;

- che per quanto attiene al Codice del consumo, la *ratio* delle cui norme è univocamente quella della protezione del consumatore come *homo oeconomicus* nei rapporti di mercato, la questione presenta minori difficoltà di approccio e può essere risolta nel senso della rilevanza della violazione eventuale di dette norme per la sussistenza dell'illecito, di concorrenza sleale, in piena coerenza con la contiguità di intenti del sistema di diritto della concorrenza e di quello del diritto del consumato-

re, la cui emersione è oggi chiara soprattutto nel dibattito, nazionale ed europeo, sul diritto *antitrust*;

- che a questo proposito può richiamarsi anche la direttiva 2005/29/CE, sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, che ai *consideranda* 6 e 8 menziona, accanto alla tutela diretta degli interessi economici dei consumatori, richiama quella indiretta degli interessi economici dei concorrenti legittimi, espressamente richiamando la tutela indiretta delle "attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti che non rispettano le regole" (n.d.e a protezione del consumatore), a garanzia della, concorrenza leale;

- **la questione della effettiva violazione delle norme del Codice della privacy da parte di Wind e Tele2:** che così ritenuta la rilevanza della violazione delle norme sul Codice della Privacy per l'illecito di concorrenza sleale, esse debbono essere ricostruite in via interpretativa, anche alla luce delle deliberazioni delle Autorità competenti per giudicare, in concreto se le condotte poste in essere nel caso in questione, come sopra accennato, siano effettivamente in violazione di dette regole;

- le norme che debbono essere interrogate nel caso in questione sono gli artt 7.4 b), 11.1 b), 13.1 d), 23.3, 129.2 e 130.1; l'art 7.4 b) dispone che "l'interessato ha diritto, di opporsi,... al trattamento dei dati personali che lo riguardano a fini di invio di materiale pubblicitario o di vendita diretta o per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale";

- che l'art. 11.1.b) prevede che "i dati personali oggetto di trattamento" siano "raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti... e utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi", e l'art. 13.1 d) prescrive l'informativa circa "i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i dati personali possono essere comunicati, e l'ambito di diffusione dei dati medesimi";

- che l'art. 23.3 definisce in via generale valido consenso dell'interessato quello "espresso liberamente e specificamente in riferimento ad un trattamento chiaramente individuato" previa informazione, l'art. 129.2 con una norma specifica, attribuisce al Garante in cooperazione con la AgCom, la competenza a regolare le modalità per la manifestazione del consenso all'utilizzo dei dati per le finalità di cui all'art. 7.4b) citato, secondo il criterio del "consenso specifico e espresso" e l'art. 130.1 ribadisce la prescrizione del consenso dell'interessato per l'"uso di sistemi automatizzati di chiamata senza l'intervento di un operatore" per le finalità dell'art 7.4 b) più volte citato;

- che al comma 1 il medesimo articolo attribuisce competenza alle stesse Autorità per regolamentare le modalità di "inserimento e successivo utilizzo dei dati personali relativi agli abbonati negli elenchi cartacei o elettronici a disposizione del pubblico";

- che insomma la norma desumibile dall'insieme delle predette disposizioni per il caso di trattamento dei dati a fini commerciali è prescrittiva di un consenso preventivo, informato, libero, specifico ed espresso per singoli trattamenti individuati, e con riguardo anche alla circolazione dei dati al fine del trattamento da parte di terzi che non hanno raccolto il consenso, con il cd. sistema *opt-in*;

- che in attuazione delle norme ultime citate, le deliberazioni del Garante 23 maggio 2002 e 15 luglio 2004, agli artt 2 s.s., prevedono la forma scritta per la manifestazione del consenso dell'interessato all'inserimento negli elenchi disponibili al pubblico, mediante l'uso di un modulo predisposto dallo stesso Garante, con un ulteriore compenso apposito per l'utilizzazione dei dati personali ai fini commerciali di cui all'art. 7.4, oltre all'inclusione dei simboli uniformi accanto al nominativo stesso negli elenchi;

- che la delibera del Garante 16 febbraio 2006 permette l'acquisizione nel corso della chiamata o comunicazione personale dell'origine dei dati (da cui il consumatore può eventualmente risalire al consenso prestato al trattamento e alla circolazione dei dati stessi), ma non del consenso stesso, che appunto deve esser reso preventivamente e con le forme richieste;

- che le medesime regole prevedono altresì la facoltà per l'interessato di modificare la manifestazione del consenso in qualsiasi momento, senza onere economico ma con la medesima forma scritta, al fine di garantire quello *ius poenitendi* coesistente alla tutela effettiva del diritto, postulata nelle difese di parte Wind;

- che la relazione annuale del Garante al Parlamento per l'anno 2005 ha precisato che per le attività pubblicitarie e promozionali, le modalità di manifestazione del consenso sopradescritte possono essere derogate "per i dati personali estratti precedentemente dai vecchi elenchi... e già effettivamente registrati in precedenza in una banca dati" a condizione che "al momento della loro registrazione sia stata fornita una idonea informativa agli interessati";

- che quindi sono difforni da quanto prescritto entrambe le modalità utilizzate da Wind e Tele2 per la acquisizione del consenso al *telemarketing* e cioè la richiesta di consenso, ovviamente verbale, all'inizio della telefonata per la prima, e la mancata richiesta di consenso per la seconda, sui presupposti che i dati provengano dai propri elenchi precedenti e banche, ma senza la prova della idonea informativa, fatto impeditivo dell'illecito concorrenziale che è onere della parte resistente provare; e che sia sufficiente un consenso rilasciato a terzi a un generico trattamento dei dati;

- che dunque la violazione da parte di entrambi delle norme di legge del Codice della privacy e di quelle regolamentari delle deliberazioni del Garante, tutte aventi rilievo pubblicistico, costituiscono indice di scorret-

tezza nell'agire da parte degli OLO concorrenti e integrano la fattispecie di illecito per concorrenza sleale dell'art. 2598 h.3).c.c.;

- che il fatto di una eventuale reazione ad illeciti concorrenziali perpetrati dalla concorrente Telecom, opposta nelle difese di entrambe le parti ricorrenti e di cui in appresso, "non può costituire una esimente rispetto a detto illecito, giacché in un mercato regolamentato i rimedi contro la altrui concorrenza sleale sono previsti dal sistema di diritto, che risolve il tipo normativo di problema, e non è permesso ricorrere a una sorta di autotutela di fatto, che rendendo selvaggia la competizione economica priva di ogni protezione il consumatore e diminuisce le garanzie di buon funzionamento del mercato stesso (così già Trib. Roma, *Sit-Società Trasporti Italia s.r.l vs Co.Tra.l - Società Trasporti Lazio e altri*);

che le suesposte ragioni della decisione sono assorbenti rispetto alla ulteriore indagine sulla violazione delle norme del Codice del consumo, altresì postulata da parte reclamante;

- **la questione della scorrettezza di Telecom nella acquisizione del consenso**; che nel ricorso incidentale la Wind postula una scorrettezza di Telecom nelle modalità di acquisizione del consenso dei propri abbonati iscritti negli elenchi pubblici a essere contattati da imprese terze a fini commerciali;

- che giacché le norme sopraesaminate attribuiscono alla impresa il diritto di acquisire tale consenso secondo modalità che prevedono un silenzio-diniego, la questione si risolve in quella dell'accertamento della sussistenza di un abuso del diritto stesso, cioè del suo esercizio preordinato non allo scopo previsto dalla legge, e cioè quello della tutela della *privacy* dei consumatore, ma al diverso scopo di blindare la propria clientela e di mantenere la propria posizione dominante sul mercato;

- che, senza voler entrare nell'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'abuso del diritto, può tuttavia ritenersi che il suo riscontro possa far definire l'attività di impresa come scorretta, alla luce altresì della giurisprudenza anteriore alla legge 287/1990, che sussunse nella fattispecie dell'art. 2598 n. 3 c.c. l'ipotesi più rilevante di abuso del diritto ora regolata dalla suddetta legge, quella di abuso di posizione dominante sul mercato;

- che deve premettersi che il fatto che il Garante non abbia comminato alcuna sanzione a Telecom per i fatti qui in contestazione non costituisce argomento sufficiente per escludere l'illecito, stante la diversa struttura e funzione del procedimento avanti al Garante e del processo, unica sede in cui possa accertarsi la sussistenza dell'illecito concorrenziale di cui la violazione delle norme sulla *privacy* o l'abuso dei diritti attribuiti da quelle norme sono indice;

- che l'uso da parte di Telecom del modulo predisposto dal garante per la acquisizione del consenso, inviato



insieme alle bollette telefoniche, non è sufficiente far ritenere che Telecom ha agito correttamente dando modo cioè al consumatore di esprimere con libertà effettiva il consenso, nei casi in cui la stessa ha proceduto alla precompilazione del modulo nella parte relativa al dissenso, così orientandone la scelta, a fronte della mancanza di prova della raccolta a mezzo telefono della volontà dell'interessato, per le ragioni sopraesposte nella ricostruzione del caso e nella valutazione della prova;

- che in tale giudizio occorre tener conto di alcune massime di esperienza, e cioè di un certo qual conservatorismo del consumatore nella scelta delle diverse offerte di servizi, per cui, in certi settori si registra la tendenza del mercato a una fidelizzazione della clientela e a un irrigidimento della domanda fondate non tanto sulla qualità del servizio offerto comparativamente con gli altri nello stesso segmento di mercato, quanto piuttosto da una certa qual resistenza a orientare diversamente la propria scelta a fronte del timore dei costi non soltanto economici (ad esempio di tempo) che la nuova scelta potrebbe causare;

- che fatto notorio è altresì quello secondo cui il consumatore medio, poco interessato appunto, al cambiamento, e subissato da continue promozioni commerciali, spesso presta scarsa attenzione alle comunicazioni che accompagnano le bollette, qualunque sia la loro natura;

- che a ciò vanno aggiunti i fatti certi, per ammissione della stessa parte e anche senza entrare nel merito della valutazione delle discusse indagini di mercato, del possesso da parte di Telecom di una quota dominante sul mercato della telefonia, pari ben al 95% dei consumatori, della restituzione da parte dei consumatori alla società di un sesto soltanto dei moduli spediti, di cui l'80% portanti il diniego espresso, e della presenza conseguente tra gli abbonati Telecom di circa il 96% di non contattabili o riservati;

- da questi fatti certi, valutati insieme alle massime di esperienza di cui sopra, può ragionevolmente trarsi la conseguenza che il sistema del silenzio diniego adottato abbia garantito alla Telecom di mantenere invariata la propria posizione dominante di mercato" senza sottoporsi ad una effettiva competizione con le imprese concorrenti, giacché il mancato consenso al contatto manifestato dagli abbonati appare frutto più di un automatismo del comportamento che di una libera scelta;

- in questo contesto fattuale, le cui dinamiche non possono essere ignorate dalla impresa *leader* del settore, aver anche precompilato la parte del modulo relativo al dissenso fa qualificare le modalità l'esercizio del diritto di acquisire il consenso mediante il modulo predisposto dal Garante come abuso e l'agire della Telecom come connotato da scorrettezza ed illecito ai sensi dell'art. 2598 n. 3) c.c.;

- **Conclusioni:** che in conclusione, per tutte le ragioni sopraesposte, sia il ricorso principale sia quello in-

cidendale debbono essere accolti, e debbono essere inibiti a Wind e Tele2 il contatto telefonico a fini commerciali e promozionali dei clienti non contattabili e riservati di Telecom Italia che non hanno fornito il previo consenso al contatto alla medesima e a Telecom la raccolta del consenso presso gli abbonati mediante invio di moduli precompilati per la opzione negativa del dissenso e l'inserimento come non contattabili o riservati negli elenchi pubblici degli abbonati il cui dissenso sia stato raccolto con tale modalità;

...*Omissis*...

LA VIOLAZIONE DELLE NORME SULLA *PRIVACY* NELL'ATTIVITÀ DI *TELEMARKETING*: UNA FATTISPECIE "INEDITA" DI CONCORRENZA SLEALE?

di Stefania Serafini

L'espansione dell'ambito di applicazione della normativa sulla privacy si realizza anche attraverso vincoli e limiti imposti all'esercizio della libertà imprenditoriale. Ne costituiscono un esempio le norme che impediscono l'utilizzazione per fini commerciali o promozionali (c.d. telemarketing) della numerazione telefonica inserita negli elenchi pubblici, salvo il caso in cui l'utente abbia rilasciato un consenso preventivo ed espresso, e ciò sia reso noto con l'apposizione di precisi simboli accanto ai dati personali indicati negli elenchi medesimi. Alla questione se la violazione delle suddette norme possa costituire un atto di concorrenza sleale, ai sensi dell'art. 2598 n. 3 c.c., l'ordinanza in epigrafe dà una soluzione positiva. L'impostazione del Tribunale di Roma viene criticata dall'Autore del commento il quale propone di valutare l'effetto concreto della violazione delle norme in questione sulla dinamica concorrenziale del mercato considerato.

Premessa

L'ordinanza in epigrafe si segnala per il principio in essa affermato dal Tribunale di Roma, secondo cui la violazione delle norme a tutela della *privacy*, compiuta da un imprenditore nell'ambito dell'attività di promozione dei propri prodotti, costituisce atto di concorrenza sleale, riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 2598, n. 3, c.c.

Il tema arricchisce di contenuto la risalente questione della definizione della portata precettiva di tale disposizione normativa, che qualifica come atti di concorrenza sleale tutti gli atti non conformi ai principi della correttezza professionale e idonei a danneggiare l'altrui azienda, ed appare destinato ad assumere sempre maggiore rilevanza, in forza dell'espansione dell'ambito di operatività delle norme poste a tutela della *privacy*, conseguente allo sviluppo e all'applicazione delle nuove tecnologie nel commercio e nelle telecomunicazioni (1). Qualora, infatti, si ritenga - come si evince dall'ordinanza che qui si commenta - che l'osservanza delle prescrizioni in materia di tutela della *privacy* integri il canone di comportamento rappresentato dalla correttezza professionale, si dovrà necessariamente riconoscere l'illiceità del confronto concorrenziale ogni qual volta le specifiche modalità con cui esso si svolge configurino un'illegittima invasione nella personalissima sfera del diritto alla riservatezza, all'identità personale e alla protezione dei dati personali.

Il caso

Le vicende prese in esame nell'ordinanza che si commenta avevano preso avvio dal ricorso d'urgenza proposto da Telecom Italia s.p.a. (di seguito per brevità Telecom) nei confronti di Wind Telecomunicazioni s.p.a., di Teledue s.p.a. e Fastweb s.p.a., per ottenere l'inibitoria dell'attività di *telemarketing*, ossia l'attività di contatto telefonico per finalità commerciali o promozionali, svolta dai concorrenti nei confronti di utenti di Telecom, che non avevano manifestato, preventivamente alla telefonata, un consenso specifico ed espresso ad essere contattati per finalità commerciali, come richiesto invece dall'art. 58 del Codice del Consumo, nonché dagli artt. 11, 23, 129, e 130 del Codice della Privacy, e dalle deliberazioni attuative emanate dall'Autorità Garante per la Privacy e dall'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni (2).

La Wind Telecomunicazioni s.p.a. (di seguito per brevità Wind), a sua volta, aveva proposto ricorso incidentale per ottenere l'inibitoria del comportamento sleale della stessa Telecom, consistente nel recapito ai propri utenti del modulo per la prestazione del consenso circa la contattabilità commerciale già precompilato con l'opzione di diniego del consenso.

Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 28 dicembre 2006, si era pronunciato, quanto alla richiesta di inibitoria avanzata da Telecom, affermando la *configurabi-*

Note

(1) Possono essere qui richiamate le efficaci parole di R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali: una storia di evoluzione e discontinuità*, in AA.VV., *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 2003, 2, ove l'A. afferma che «In un ambiente arretrato e a struttura elementare, il riserbo, oggetto di desiderio facilmente attuabile e non esposto agli effetti collaterali provenienti dall'intenso traffico dell'informazione, non viene avvertito come interesse che reclama una particolare protezione. Al contrario, esso acquista i caratteri di un bene bisognoso e meritevole di tutela all'interno di una società urbana a configurazione complessa, dove i rapporti umani, la posizione sociale, le mansioni svolte sono facilmente note all'opinione pubblica, a causa proprio dei mezzi tecnologici capaci di procurare, raccogliere ed elaborare dati e aspetti della vita privata». Il legame tra la tutela della *privacy* e lo sviluppo tecnologico è ben posto in evidenza anche da: M. Atelli, *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al "door to door"*, Napoli, 2001, *passim*, in part. 22 ss.; V. Franceschelli, *La tutela dei dati personali. Introduzione alla legge sulla privacy informatica*, in V. Franceschelli (a cura di), *La tutela della privacy informatica. Problemi e prospettive*, Milano, 1998, 3 ss.; V. Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in *Informatica, diritto e società*, 1981, 5 ss.; S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 41 ss.; G. Pascuzzi, *Il diritto dell'era digitale. Tecnologie informatiche e regole privatistiche*, Bologna, 2002, 37 ss.

(2) Si tratta delle delibere dell'AGCOM 36/02/CONS e 180/02/CONS e del provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali del 15 luglio 2004, che recepisce ed integra i provvedimenti dell'AGCOM. Sul contenuto dei diversi provvedimenti v. *infra* nel testo e in nota 5.

lità in astratto dell'illecito concorrenziale nell'attività di *telemarketing* svolta senza il consenso preventivo ed espresso degli utenti, per violazione delle norme del Codice della Privacy e delle deliberazioni attuative, nonché del Codice del Consumo, salvo poi rigettare la domanda di inibitoria per assoluta carenza probatoria. Il Tribunale aveva rigettato, parimenti, anche la richiesta di inibitoria esperita da Wind, ritenendo corrette le procedure di raccolta del consenso organizzate da Telecom.

Il Collegio, investito del caso a seguito del reclamo proposto sia da Telecom sia da Wind, ha confermato il principio espresso dal Tribunale nella prima fase del procedimento cautelare, ed ha osservato che la violazione delle norme sulla *privacy*, perpetrata nello svolgimento dell'attività di *telemarketing*, preordinata alla promozione dei propri servizi e alla loro offerta sul mercato per acquisire nuova clientela, costituisce indice di scorrettezza dell'attività, rilevante ai fini della configurazione dell'illecito concorrenziale, ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c. Il Collegio ha argomentato tale assunto, osservando che le norme a tutela della *privacy* sono norme pluridirezionali, volte a tutelare anche il consumatore come soggetto del mercato, e come tali operanti quale «limite di utilità sociale all'esercizio del diritto di impresa, posto dall'art. 41 Cost. in favore dell'*homo oeconomicus* diverso dall'imprenditore». Recependo espressamente l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale che identifica «gli *standards* con cui riempire la clausola generale di correttezza nella conformità al modello di costituzione economica materiale, con riguardo a tutti gli interessi da questa protetti», ha, quindi, osservato che i diritti della persona in quanto tale non possono essere considerati irrilevanti per la conformazione del diritto di libertà economica «in un bilanciamento peraltro di interessi tutti costituzionalmente protetti».

Affermata la rilevanza della violazione delle norme sulla *privacy*, il Collegio ha verificato in concreto l'effettiva violazione delle norme del codice della *privacy* da parte di Wind e Tele2. La Wind e la Tele2 avevano, infatti, eccetto l'assoluta conformità della propria attività alle prescrizioni delle norme dettate in materia di protezione della *privacy* e di tutela del consumatore, giacché, secondo quanto prospettato dalle stesse, Wind aveva assunto il consenso degli utenti come primo atto della telefonata, mentre Tele2 lo aveva acquisito in *outsourcing* mediante imprese terze.

A tale proposito, il Collegio ha osservato che, secondo il sistema delineato dalle norme del Codice sulla Privacy, ed in particolare dall'art. 129 e dalle deliberazioni attuative di questo, per l'esercizio dell'attività di *telemarketing* è necessario un consenso preventivo, espresso, specifico e rilasciato per iscritto su moduli predisposti per tale precipuo scopo. Il Tribunale ha affermato, pertanto, che le procedure per l'acquisizione del consenso seguite da Wind e da Tele2 risultavano essere difformi dalle prescrizioni dettate dal Codice per la protezione dei dati personali e dalle norme di attuazione,

ed ha, pertanto, inibito l'attività di *telemarketing* nei confronti di clienti non contattabili o riservati di Telecom Italia.

Il Collegio, pur avendo affermato anche la rilevanza della violazione delle norme del Codice del consumo per la configurazione dell'illecito concorrenziale «in piena coerenza con la contiguità di intenti del sistema di diritto della concorrenza e di quello del diritto del consumatore», non ha, poi, verificato l'effettiva violazione di tale normativa, ritenendo assorbente per la decisione la sussistenza dell'illecito concorrenziale per violazione delle norme sulla *privacy*.

Sul ricorso incidentale proposto da Wind, il Collegio ha ritenuto che l'invio da parte di Telecom di moduli precompilati con l'opzione di diniego del consenso costituisca indice di scorrettezza professionale, trattandosi di un comportamento volto a blindare la clientela e a mantenere la propria posizione dominante sul mercato della telefonia fissa, caratterizzato da un «certo qual conservatorismo del consumatore nella scelta delle diverse offerte di servizi». Il Collegio ha, quindi, inibito a Telecom la raccolta del consenso presso gli abbonati mediante l'invio di moduli precompilati nell'opzione negativa del dissenso, e l'inserimento negli elenchi pubblici come clienti non contattabili o riservati degli abbonati il cui dissenso fosse stato raccolto con tale modalità.

Il sistema dell'*opt in* nel consenso per le attività di *telemarketing* e ricadute sulla concorrenza

Per una adeguata comprensione della soluzione resa dal Tribunale di Roma nell'ordinanza in commento, occorre premettere alcuni cenni sulla normativa introdotta dal Codice in materia di protezione dei dati personali e dai provvedimenti attuativi e relativa all'utilizzazione, per finalità promozionali e commerciali, dei dati inseriti nell'elenco telefonico pubblico.

Il sistema delineato dalle norme sulla *privacy* impone oggi l'acquisizione del consenso preventivo, specifico, espresso, rilasciato su un modulo predisposto dal Garante per il trattamento dei dati personali e, quindi, spedito dal gestore telefonico, quale atto che legittima l'utilizzazione dei dati inseriti nell'elenco telefonico per il contatto a fini promozionali e commerciali (3). Tale meccanismo,

Nota:

(3) Per uno studio della normativa sulla *privacy* in materia di comunicazioni telefoniche, si vedano i contributi di A. Sica, *Commento* sub artt. 121-132, in *La nuova disciplina della privacy. Commento al d.lgs. 30 giugno 2003*, n. 196, diretto da S. Sica e P. Stanzione, Bologna, 2004, 555 ss., e R. Panetta, *Elenchi telefonici e dati personali. Il Dpr. 77/2001 e i nuovi provvedimenti del Garante*, in *D&G*, 2002, 33, 70 ss. Ai fini della comprensione della relazione tra la tutela dei dati personali e le telecomunicazioni si vedano i contributi di G. Spoto, *I diritti dei consumatori*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, a cura di R. Panetta, tomo I, Milano, 2006, 387 ss.; V. Ricciuto, *Comunicazione e diffusione dei dati personali e trattamento dei dati particolari*, in AA.VV., *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro - V. Ricciuto, Torino, 1997, 267 ss.

conosciuto come *opt-in*, è il risultato dell'evoluzione della normativa italiana, che ha preso avvio dall'emanazione della direttiva CE 2002/58 CE, in materia di trattamento dei dati personali e di tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche (4). Tale direttiva, individuando nella «mera ricerca dell'abbonato per comunicazioni interpersonali» la finalità primaria degli elenchi telefonici, ha sancito, all'art. 12, l'obbligo di informare gli interessati sulla destinazione o sull'uso dei loro dati prima dell'inserimento dei medesimi in elenchi cartacei o elettronici, ed ha, pertanto, stabilito che l'inserimento dei dati degli abbonati negli elenchi telefonici può avvenire soltanto previo consenso espresso degli stessi, ed inoltre, che l'uso dei dati inseriti nell'elenco per finalità diverse dalla ricerca dei recapiti per la comunicazione interpersonale, quali l'informazione commerciale o l'invio di materiale pubblicitario o la vendita diretta, può avvenire solo in presenza di un ulteriore consenso specifico rilasciato preventivamente dall'utente.

I principi introdotti nella direttiva comunitaria sono stati definitivamente attuati con l'art. 129 del Codice in materia di protezione dei dati personali, d.lgs. n. 196/2003, che riprendendo posizioni già formalizzate nei provvedimenti emanati dall'Agcom e dal Garante per la protezione dei dati personali (5), ha ribadito, al comma 2 di tale disposizione, che l'inserimento negli elenchi telefonici deve essere preceduto da una manifestazione del consenso, e che il trattamento dei dati per finalità diverse dalla comunicazione interpersonale è consentito solo previo consenso espresso e specifico.

In attuazione dell'art. 129 T.U. Privacy, il Garante è intervenuto con il provvedimento del 15 luglio 2004, individuando i requisiti minimi dell'informativa che, entro il 31 gennaio 2005, ogni operatore era tenuto ad inviare a tutti i propri utenti, al fine di acquisire un consenso scritto, preventivo ed espresso e, comunque, revocabile sull'inserimento dei dati nell'elenco pubblico, nonché per ottenere un ulteriore consenso specifico ed espresso per l'utilizzo dei dati inseriti nell'elenco per finalità diverse.

Ai fini dell'inserimento dei dati nell'elenco per la mera comunicazione interpersonale, il provvedimento ha previsto effetti differenti per i nuovi e vecchi abbonati in caso di mancata risposta entro sessanta giorni dalla ricezione dell'informativa: è stata prevista, infatti, per i nuovi abbonati, la presunzione di diniego del consenso all'inclusione nell'elenco (c.d. *opt-in*), ed invece, per i vecchi abbonati già inseriti negli elenchi precedenti, la presunzione del consenso (c.d. *opt-out*).

Per quanto riguarda le scelte degli interessati in merito all'utilizzazione dei dati inseriti nell'elenco per finalità secondarie, il provvedimento ha sancito in ogni caso il principio dell'*opt-in*, per cui soltanto a seguito della manifestazione di un consenso specifico, preventivo e rilasciato per iscritto su un modulo predisposto dal Garante, i dati riportati nell'elenco possono essere utilizzati per fornire informazioni commerciali, vendita di-

retta, invio di materiale pubblicitario, ovvero per il compimento di ricerche di mercato o di comunicazione commerciale (6).

La disciplina esaminata coniuga la necessità di creare un elenco telefonico pubblico che permetta la ricerca delle numerazioni per le telefonate interpersonali, con l'esigenza individuale di non essere disturbati da chiamate per finalità promozionali o commerciali. Dal complesso del sistema delle norme sopra delineato si può ben cogliere, allora, come nella moderna società dell'informazione la tutela della *privacy* non abbia più soltanto lo scopo di garantire il diritto alla semplice riservatezza, intesa peraltro anche come possibilità di controllare l'uso che altri faccia dei propri dati personali (7), ma svolga altresì la funzione di proteggere il singolo da indesiderate sollecitazioni provenienti dall'esterno, e realizzate attraverso un contatto che si serve delle nuove tecnologie per scopi commerciali (8).

Come è stato giustamente notato, la larghissima diffusione delle nuove tecnologie ha, infatti, reso necessario un controllo non soltanto per le informazioni in "uscita", ossia relative a fatti della vita privata, ma anche, in termini più ampi e per certi aspetti diversi, per le informazioni in "entrata", che interrompendo l'attività svolta dall'individuo aggrediscono e ledono la sua tranquillità individuale (9). Rispetto a questo secondo

Note:

(4) Per un approfondimento sul contenuto della direttiva si vedano i commenti di S. Griva Zabert, *Trattamento dei dati personali e tutela della privacy nelle comunicazioni elettroniche (commento alla dir. n. 2002/58/CE del parlamento europeo e del consiglio, 12 luglio 2002)*, in *Contratti*, 2002, 1069 ss.; S. Vigliar, *Privacy e comunicazioni elettroniche: la direttiva 2000/58/CE*, in *Dir. inf. e informatica*, 2003, 402 ss.; G. Cassano - M. Aquino, *Il trattamento dei dati personali alla luce della direttiva 2002/58*, in *Contratti*, 2003, 4, 402 ss.

(5) Già nell'ambito della previgente legge sulla *privacy* l. n. 675/96, sulla base delle indicazioni contenute nella delibera dell'Agcom del 6 febbraio 2002, n. 36/02/CONS, e della delega di cui all'art. 5 che rinviava a successivi provvedimenti dell'Agcom e del Garante per la Privacy, il Garante per la Privacy, con il provvedimento del 23 maggio 2002, stabiliva, tra le altre cose, il diritto di ogni interessato a decidere sull'inserimento dei propri dati nell'elenco telefonico, nonché la possibilità per l'utente di esprimere un ulteriore consenso per l'utilizzazione dei dati personali per finalità di invio di materiale pubblicitario o per il contatto telefonico a fini promozionali e commerciali. Con delibera del 13 giugno 2002, n. 180/02/CONS, l'Agcom ha definitivamente recepito quanto disposto dal provvedimento del Garante da ultimo ricordato.

(6) Il provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, del 15 luglio 2004, prevede che nei nuovi elenchi telefonici il consenso rilasciato dagli interessati per l'utilizzazione dei dati personali per finalità secondarie deve essere reso noto mediante l'apposizione dei simboli di una cornetta e di una busta per lettere.

(7) R. Pardolesi, *Dalla riservatezza alla protezione dei dati personali*, cit., 7. In questo senso v. anche S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1999, 201. Dello stesso autore v. anche *Tecnologie e diritti*, cit., 121 ss.

(8) M. Atelli, *Il diritto alla tranquillità individuale*, cit., 20.

(9) S. Rodotà, *Repertorio*, cit., 199; Id., *Tecnologie e diritti*, cit., 122, in cui l'A. afferma che la tutela che deve apprestare oggi la normativa sulla *privacy* non è solo quello di escludere gli altri dalla propria sfera privata, ma anche quello di permettere all'individuo di autoescludersi dal flusso delle informazioni.

problema, il diritto di escludere gli altri rispetto alle informazioni che riguardano la propria sfera privata non risulta più sufficiente, e diviene necessario, altresì, riconoscere al singolo individuo il potere di scegliere se consentire il contatto, modulando tale scelta sia rispetto al soggetto che sollecita il contatto, sia rispetto al mezzo con cui il contatto è realizzato (10). Il potere di scelta dell'individuo si concretizza, appunto, nel consenso a ricevere le informazioni dall'esterno, consenso che diviene, dunque, la condizione legittimante delle condotte di terzi invasive della sfera privata individuale (11).

Attraverso il requisito del consenso espresso per l'utilizzazione dei dati inseriti nell'elenco telefonico pubblico a fini commerciali, il legislatore ha, quindi, riconosciuto all'individuo la sovranità non soltanto sui contenuti delle informazioni ad esso dirette, bensì direttamente, e dal punto di vista logico ancora prima, sull'an della relazione comunicativa (12). Ne consegue che i dati personali inseriti nell'elenco telefonico non costituiscono di per sé alcuna risorsa economica (13), non potendo essere utilizzati per finalità promozionali, commerciali o per ricerche di mercato, ma lo divengono soltanto se accompagnati dal consenso dell'interessato a che siano utilizzati per tali attività. Peraltro, la presunzione del diniego del consenso (*opt-in*) all'utilizzazione dei dati degli elenchi per gli scopi suddetti rende estremamente limitati i casi in cui gli imprenditori possono utilizzare le numerazioni telefoniche inserite negli elenchi telefonici per attività di *telemarketing*.

Deve essere, del resto, segnalato che, se l'art. 129 comma 2 del d.lgs. 196/2003 si è limitato ad introdurre un vincolo di scopo sui dati inseriti nell'elenco telefonico, il provvedimento del Garante del 15 giugno 2004 ha previsto una procedura per il rilascio del consenso estremamente rigorosa, e non del tutto conforme al sistema complessivo previsto dal Codice della Privacy (14). Il provvedimento ha, infatti, stabilito che il consenso deve essere rilasciato dall'interessato per iscritto su un modulo predisposto dal Garante, mentre l'art. 23, comma 3, del d.lgs. 196/2003 prevede che, per i dati diversi da quelli sensibili, il consenso, così come la revoca dello stesso, devono essere soltanto documentati per iscritto (15). Inoltre, il consenso richiesto nell'informativa predisposta dal Garante per l'utilizzazione a scopi secondari dei dati inseriti negli elenchi non può dirsi propriamente specifico, come richiesto invece dall'art. 23: le attività per le quali è richiesto il consenso sono individuate in modo del tutto generico, senza permettere alcuna modulazione del consenso da parte dell'interessato, che si trova a scegliere tra il consenso a ricevere telefonicamente le proposte commerciali o le informazioni pubblicitarie di qualsivoglia categoria di imprenditori, o piuttosto a rifiutarle tutte a prescindere dal proprio interesse (16).

Deve essere, del resto, posto in rilievo che l'art. 129 del Codice in materia di protezione dei dati perso-

Note:

(10) M. Atelli, *op. cit.*, 25. L'A. efficacemente osserva che la tutela della *privacy* è chiamata oggi ad attuare una sorta di "diritto ad essere lasciati in pace".

(11) In dottrina si sono delineate due diverse posizioni in merito al ruolo da riconoscere al consenso nel trattamento dei dati personali. Una parte della dottrina, enfatizzando il ruolo del consenso, approda ad una visione d'insieme della normativa sulla *privacy* oscillante tra i due sistemi dell'*opt-in* e dell'*opt-out*, attraverso i quali si esprime il potere riconosciuto ai privati di incidere sulla costruzione della propria personalità (G.B. Ferri, *Privacy, libertà di stampa e dintorni*, in V. Cuffaro, V. Ricciuto, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Trattamento dei dati e tutela della persona*, Milano, 1998, 50-51; A. Di Majo, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, ivi, 228 ss. D. Messinetti, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 350 ss.). Tale interpretazione, legata ad un modello della *privacy* di tipo personalistico è stata oggetto di critiche a favore di una nozione dinamica di *privacy* incentrata sul riconoscimento ai privati di un potere di controllo sulla circolazione e sull'utilizzazione delle proprie informazioni di carattere personale (in questo senso v. S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 1997, 150 ss.; V. Cuffaro, *Il consenso dell'interessato*, in Cuffaro - Ricciuto (a cura di), *La disciplina del trattamento dei dati personali*, Torino, 1997, 204-206). Nell'ambito di questo più generale dibattito, le posizioni della dottrina si distinguono anche per la natura giuridica riconosciuta al consenso; per una ricostruzione di sintesi del dibattito si rinvia a S. Mazzamuto, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., da 993 ss., 1021 ss.

(12) M. Atelli, *Il diritto alla tranquillità individuale*, cit., 35.

(13) Per un approfondimento sul dibattito circa la natura giuridica dei dati personali, cfr. L. Mormile, *Statuto giuridico dei dati personali*, in AA.VV., *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 545 ss. L'A., criticando la tesi secondo cui i dati personali sarebbero tutelati giuridicamente in conseguenza della tutela riconosciuta alla personalità umana in tutte le sue manifestazioni, approda alla tesi secondo cui i dati personali costituirebbero beni economici tutelati come tali (*op. cit.*, *passim*, in particolare v. 550). Peraltro, l'A. ammette anche, alla luce delle disposizioni della legge sulla *privacy*, che possono essere considerati beni giuridici soltanto i dati personali la cui circolazione è condizionata dal consenso dell'interessato (*op. cit.*, 574). Cfr. F. Olivo, *Dati personali e situazioni giuridiche soggettive*, in *Giust. civ.*, 2002, 157; P.M. Vecchi, *Commento sub art. 1, l. 675/96*, Bologna, 1999, 234; P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; R. Pardolesi e C. Motti, *L'informazione come bene*, in De Nova, Inzitari, Tremonti, Vicentini (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, 37 ss.

(14) Il consenso risulta essere una delle tecniche introdotte dal d.lgs. 196/2003 per approdare ad un equilibrio tra le esigenze di riservatezza e di protezione dei dati personali, da un lato, e libertà informativa, dall'altro. Altre tecniche di composizione sono previste, in primo luogo, per i dati a libera circolazione, per i quali il consenso è ritenuto superfluo, in ragione del fatto che l'accesso ed il trattamento dei dati personali sono sorretti da interessi prevalenti, individuali, collettivi o generali (art. 18, comma 4; art. 24, 26, commi 3 e 4); in secondo luogo, per i dati sensibili, per i quali il consenso è ritenuto insufficiente, ed è prevista anche l'autorizzazione del Garante, volta a valutare la compatibilità del trattamento del dato sensibile con i valori del nostro ordinamento giuridico. Per un approfondimento, cfr., S. Mazzamuto, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, in *Libera circolazione e protezione dei dati personali*, cit., 993 ss.

(15) Cfr. sul punto quanto osservato da S. Mazzamuto, *Il principio del consenso e il problema della revoca*, cit., 1019, secondo cui alla documentazione per iscritto deve essere attribuita natura di operazione rappresentativa ai fini di certificazione. L'A. individua, quindi, nel titolare del trattamento dei dati personali il soggetto competente per l'attività di documentazione. Diversamente, nel caso in cui la normativa richieda un consenso per iscritto, è l'interessato che deve formalizzare solennemente il proprio consenso.

(16) Maggiormente conforme al requisito della specialità sarebbe stata la possibilità per l'utente di rilasciare una pluralità di consensi distinti sulla base dell'oggetto dell'attività imprenditoriale.

nali e i provvedimenti attuativi di tale disposizione trovano applicazione soltanto nell'ipotesi in cui la fonte di conoscenza dei dati personali sia costituita dagli elenchi telefonici, e non anche nel caso in cui l'imprenditore abbia ottenuto in altro modo, rispettando i generali requisiti previsti dall'art. 23, comma 3, del d.lgs. 196/2003, la numerazione telefonica, in occasione, ad esempio, di un precedente acquisto. Ne deriva, allora, che il sistema normativo delineato dal combinato disposto dell'art. 129 d.lgs. 196/2003 e dal provvedimento del Garante del 15 giugno 2004 finirà per limitare fortemente, se non anche per precludere, l'attività di telemarketing soprattutto alle imprese con minori clienti, o alle imprese che siano recentemente entrate sul mercato.

Alla luce di queste considerazioni, occorre, quindi, chiedersi se la violazione delle procedure previste dalla normativa sulla *privacy* per l'acquisizione del consenso ad utilizzare i dati inseriti negli elenchi telefonici per finalità promozionali e commerciali possa essere anche considerata un atto contrario alla correttezza professionale potenzialmente idoneo a danneggiare l'altrui azienda. Emerge, infatti, con evidenza la antinomia tra i due termini del ragionamento che il Tribunale di Roma riconduce in un rapporto di sussunzione dell'uno, l'attività di *telemarketing* nei confronti di clienti non contattabili, nell'altro, rappresentato dalla categoria generale di concorrenza sleale per scorrettezza: infatti, ad essere ritenuto comportamento scorretto dell'imprenditore e potenzialmente dannoso nei confronti del suo concorrente è un atto che lede il diritto personale dell'individuo utente.

Le conclusioni del ragionamento condotto dal Tribunale di Roma necessitano, allora, di essere confrontate con l'interpretazione della clausola di correttezza professionale ed anche con la funzione che deve essere ascritta alla disciplina della concorrenza sleale contenuta negli artt. 2598 c.c., ss.

L'interpretazione pro-concorrenziale del canone della correttezza professionale

Il dibattito sull'interpretazione del significato da attribuire ai *principi della correttezza professionale*, richiamati nell'art. 2598 c.c. n. 3 (17), e sull'individuazione delle fonti da cui evincere tali principi, appare oggi essersi ricomposto attorno ad un indirizzo esegetico che ritiene che i principi della correttezza professionale debbano desumersi dall'ordinamento giuridico, e si identifichino con le regole di funzionamento del modello concorrenziale previsto dalle norme in esso contenute.

Questo orientamento è stato preceduto da interpretazioni autorevolmente sostenute in dottrina sia di tipo deontologico, che individuavano la fonte della correttezza professionale nei principi dell'etica (18), sia di tipo fenomenologico, per le quali il terreno da cui trarre i principi della correttezza profes-

sionale doveva piuttosto rinvenirsi nella prassi degli imprenditori, ovvero in regole consuetudinarie o di costume (19), sia anche da una posizione esegetica intermedia, che individuava la correttezza professionale nel cosiddetto buon costume commerciale (20).

Nella giurisprudenza, salvo alcune pronunce che rinviano all'etica o al costume (21), per molti anni l'orientamento prevalente ha interpretato la formula dell'art. 2598, n. 3 come un rinvio ad un «principio etico universalmente seguito, sì da divenire costume» (22), espressione questa che - come è stato efficacemente posto in evidenza in un contributo critico estremamente

Note:

(17) Per una ricostruzione di sintesi delle posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza, v. G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, 3^a, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 2001, 233 ss.; M. Libertini, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Scritti in onore di Antonio Pavone La Rosa*, Milano, 1999, da 575 ss.; A. Vanzetti-V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, 5^a, Milano, 23 ss.; P. Auteri, *La concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Rescigno, vol. XVIII, Torino, 1983, 360 ss.

(18) Nell'ambito dell'interpretazione deontologica, si distinguono due differenti posizioni. Per una parte della dottrina i principi dell'etica rilevanti per la delimitazione della fattispecie in questione sarebbero da attingere nella coscienza collettiva, v. in questo senso, soprattutto G. Auletta, *Della concorrenza sleale*, in *Commentario al codice civile*, Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1959, 355 ss.; v. anche G. Minervini, *Concorrenza e consorzi*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Grosso-Santoro Passarelli, Milano, 1965, 38, che assume a parametro della valutazione di correttezza i comportamenti praticati dagli imprenditori ritenuti leali dalla società generale. Altra parte della dottrina ha, invece, rinvenuto i principi della correttezza professionale nella morale dei mercanti, in questo senso v. C. Pasteris, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano, 1962, 125 ss. e *passim*.

(19) Nell'ambito di questo orientamento esegetico si distingue la posizione di chi, al fine di dare oggettività e certezza alla correttezza professionale, ne individua la fonte negli usi in senso tecnico (in questo senso R. Franceschelli, *Sulla concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1954, I, da 197, 205) da quella di chi invece si riferisce alla prassi intesa come semplici dati del costume (cfr. in questo senso G. Santini, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, 115; G. Ferri, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 532).

(20) In questo senso T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 2^a, Milano, 1960, 209. Vicina appare anche la posizione di G. Guglielmetti, *Violazione di norme di diritto pubblico e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, da 249 ss., in nota 73 bis; Id., *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1970, 25; in questo senso va anche la posizione di G. Ghidini, in *La c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 631 ss., in cui l'A. precisava che per costume si dovessero intendere «comportamenti praticati dai commercianti con la convinzione della loro correttezza».

(21) Per i riferimenti delle isolate sentenze che interpretano i principi della correttezza professionale come principi etici o come usi, si rinvia a P. Marchetti, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, cit., 200 ss., e G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, cit., 237.

(22) Cfr. sentenza della Cass., 31 luglio 1957, in *Riv. dir. ind.*, 1957, II, 219; Cass., 17 giugno 1963, in *Riv. dir. ind.*, 1963, II, 194; Cass., 11 maggio 1964, in *Riv. dir. ind.*, 1964, II, 299 ss. Per ulteriori riferimenti v. P. Marchetti, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, cit., 210, e G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, cit., 239.

importante (23) - spesso i giudici hanno ripetuto tralasciando, e senza mai preoccuparsi di ritrovare sicure indicazioni del contenuto concreto attribuito da una certa categoria di mercanti ai principi etici universalmente seguiti.

Sulla scorta delle critiche mosse durante gli anni Settanta agli indirizzi interpretativi tradizionali sopra ricordati, ritenuti accomunabili per la concezione, in essi radicata, dell'art. 2598 n. 3 come "norma ad eterointegrazione, che rinvia alle valutazioni degli imprenditori" (24), si sono diffuse interpretazioni di tipo normativo, che individuavano i caratteri costitutivi e differenziali della degenerazione illecita della libertà di iniziativa economica nella contrarietà ai principi accolti nell'ordinamento giuridico, primo tra tutti quello della libera concorrenza di cui all'art. 41 cost. (25).

Una tale interpretazione è stata compiutamente elaborata e largamente condivisa in dottrina a seguito dell'introduzione della l. n. 287/90 (26), cosiddetta legge antitrust italiana. Anche in giurisprudenza l'orientamento prevalente sembra oggi propendere per un'interpretazione che identifica la contrarietà ai principi di correttezza professionale nella difformità rispetto ai principi e alle norme che sono dirette a preservare e garantire un assetto concorrenziale del mercato, contenute, in via sovraordinata, nell'art. 41 cost., nonché nella legislazione antitrust sia nazionale sia comunitaria (27).

A questa interpretazione sembra aderire anche il Tribunale di Roma, nell'ordinanza che si commenta, nel momento in cui afferma che «le più recenti interpretazioni dell'art. 2598 n. 3) di dottrina e giurisprudenza, costituzionalmente orientate, identificano gli standards con cui riempire la clausola generale di correttezza nella conformità al modello di Costituzione economica materiale, con riguardo a tutti gli interessi da questa protetti». Il Collegio del Tribunale di Roma, tuttavia, argomenta la rilevanza della violazione delle norme sulla *privacy*, limitandosi ad osservare che tale normativa, volta alla protezione dei dati personali, realizzerebbe anche gli interessi dei consumatori come soggetti di mercato, con l'esito che il rispetto di tale normativa opererebbe quale limite di utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2, Cost., all'esercizio del diritto di impresa. A sostegno della propria tesi, il Tribunale osserva che in ogni caso i diritti della personalità, oggetto appunto della tutela della normativa in questione, assumono rilevanza nella configurazione del diritto di libertà economica, *in un bilanciamento di interessi tutti costituzionalmente protetti*, stante il limite della libertà, sicurezza e dignità umana previsto dall'art. 41, comma 2, cost.

Le suddette argomentazioni, che rappresentano lo snodo centrale della pronuncia del Tribunale di Roma, rischiano, tuttavia, di far perdere di vista la funzione della disciplina della concorrenza sleale, con l'esito di rendere sanzionabile come illecito concorrenziale qualunque atto lesivo di un diritto del consumatore o della

Note:

(23) Si tratta del contributo, più volte citato, di P. Marchetti, *Il paradigma della correttezza professionale nella giurisprudenza di un ventennio*, cit., in cui l'A. compie un'approfondita analisi delle motivazioni delle sentenze che enunciano la formula riportata nel testo, e pone in rilievo come i giudici in realtà finivano per fondare il giudizio circa la lealtà o meno dell'atto di concorrenza sulla base di motivazioni non coerenti con il criterio enunciato, e riferibili, piuttosto, all'efficienza economica e alla conformità all'ordinamento giuridico positivo (211 ss.).

(24) L.C. Ubertazzi, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in *Riv. dir. ind.*, 1975, I, da 105 ss., 114. Le critiche mosse ai filoni esegetici sopra ricordati riguardavano, sotto un profilo soggettivo, le scarse indicazioni espresse in ordine all'individuazione del gruppo di imprenditori abilitato ad esprimere le valutazioni recepite dall'art. 2598 c.c., nonché, sotto un profilo oggettivo, l'assenza di ogni indicazione circa il criterio per individuare quale, tra le diverse valutazioni eventualmente espresse dagli imprenditori, dovesse essere assunta come parametro di giudizio della lealtà o meno degli atti concorrenziali. L'Autore, attraverso una rilevazione empirica dimostrava, dunque, l'inutilizzabilità delle valutazioni degli imprenditori per la qualificazione giuridica di un comportamento come atto di concorrenza sleale, considerata l'esistenza di notevoli contrasti anche nell'ambito delle stesse categorie di imprenditori in merito alla correttezza di determinati atti di concorrenza.

(25) In questo senso v. P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, 237; ma anche C. Santagata, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Napoli, 1975. A conclusioni non dissimili giungeva anche P.G. Jaeger, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, da 5 ss., 95 ss., che supera le difficoltà a cui conducono gli orientamenti tradizionali identificando il giudizio di correttezza con una valutazione comparativa degli interessi delle parti in conflitto. L'A. afferma, quindi, che il giudice dovrà, tra le posizioni in contrasto, assegnare la prevalenza a quella che riterrà più conforme al (o, se si preferisce, meno difforme dal) vantaggio collettivo o all'utilità sociale.

(26) M. Libertini, *I principi della correttezza professionale*, cit., 584. Si noti come anche G. Ghidini, mentre in un più risalente scritto (*Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978) proponeva il criterio normativo come criterio sussidiario da utilizzare nei casi in cui fosse mancata una valutazione sicura di tipo deontologico, propugnò oggi, in maniera decisamente più netta, l'adesione ad un'interpretazione pro-costituzionale e quindi pro-concorrenziale, secondo cui l'interprete, sulla base di una ricognizione (il più possibile oggettiva) delle indicazioni della costituzione economica, dovrà qualificare illecito quel "modello" concorrenziale che ritenga lesivo di interessi garantiti dai principi generali dell'ordinamento (v. Id., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2001, 180-181). In questo senso si veda anche C. Angelici, *Diritto commerciale I*, Bari, 2001, 121-122.

È interessante notare che l'interpretazione deontologica della correttezza professionale è stata, molto più recentemente, riproposta anche da A. Vanzetti - V. Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, cit., 28. Gli AA., tuttavia, osservano che questo criterio debba in ogni caso essere temperato in presenza di chiare scelte legislative desumibili da altre norme, "così ad esempio la tentazione di giudicare riprovevole la violazione di un sistema di prezzi imposti dal produttore, andrà repressa in considerazione dell'illiceità degli accordi sui prezzi sancita dalla legge antitrust" (op. cit., 29).

(27) In questo senso si possono ricordare le recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione, richiamate anche dall'ordinanza che si commenta - ossia, Cass., 11 agosto 2000, n. 10684, in *Foro it.*, Repertorio 2000, voce concorrenza (disciplina di), n. 301; nonché Cass., 26 gennaio 2006, n. 1636, in *Foro it.*, 2006, I, c. 687 ss., con nota di G. Casaburi. In questo senso si erano già espresse numerose sentenze, in particolare v. Cass., 16 aprile 1983, n. 2634, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1983, 52, che ha affermato che occorre «tener conto degli interessi collettivi coinvolti nella dinamica economica, in adesione alla direttiva costituzionale emergente dall'art. 41 Cost., che impone di privilegiare modelli di comportamento coerenti con il modello dell'utilità sociale» (corsivo nostro); v. anche Trib. Milano, 29 aprile 1974, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974, n. 550, in cui il Tribunale osserva che «Il contenuto precettivo del dovere di correttezza di cui all'art. 2598, n. 3, deve essere rinvenuto nell'art. 41 della Costituzione e pertanto devono considerarsi contrari ai principi della correttezza professionale tutti gli atti che siano intesi a precludere il funzionamento della concorrenza» (corsivo nostro).

persona, a prescindere dalla sua rilevanza nella dinamica concorrenziale.

Occorre allora chiedersi quali siano i principi del mercato concorrenziale accolti nel nostro ordinamento giuridico, e di qui quali siano gli interessi protetti dall'art. 41 cost. dalla cui lesione discenda il giudizio di contrarietà alla correttezza professionale. Il discorso, che interseca il problema della funzione della disciplina della concorrenza sleale, deve essere affrontato nella misura - l'unica rilevante nel commento della decisione del Tribunale di Roma - in cui ci permetta di delimitare l'ambito di applicabilità della disciplina della concorrenza sleale.

Conseguenze applicative dell'interpretazione pro-concorrenziale della disciplina della concorrenza sleale

L'adesione all'ordinamento comunitario e, quindi, l'adozione di una specifica legislazione nazionale *antitrust* rende ormai non seriamente contestabile l'assunto che il nostro ordinamento giuridico tutela non soltanto un'apertura del mercato in senso strutturale, garantita già dalla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 cost., comma 1, ma preserva anche il mantenimento di una competizione effettiva, in virtù dei benefici che a questa si riconoscono, e che integrano il generale limite di utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2, Cost. Alla base della scelta ordinamentale vi è, infatti, la considerazione che l'assetto concorrenziale del mercato, fondato sulla libertà di scelta degli operatori e dei consumatori, permetta il miglioramento del benessere collettivo attraverso la diminuzione dei prezzi, l'aumento della qualità dei prodotti e lo sviluppo tecnologico. Ne deriva che la libertà economica riconosciuta agli imprenditori non può spingersi - ed a questo è volta la normativa antitrust - fino al punto da impedire e restringere in modo considerevole la gara concorrenziale e/o eliminare i benefici che a questa si ascrivono, mediante il raggiungimento di posizioni di potere di mercato. Peraltro, affinché la gara competitiva possa realmente beneficiare i consumatori è, altresì, necessario che il conflitto tra i concorrenti per la propria prevalenza sul mercato non sia falsato, e quindi, in altri termini, che l'esito dello stesso sia determinato esclusivamente dai meriti dei concorrenti. Proprio a questa funzione deve, allora, essere ricondotta la disciplina della concorrenza sleale, in un quadro sistematico della normativa antitrust e della disciplina della concorrenza sleale, oltre che della norma costituzionale sovraordinata di cui all'art. 41 Cost. (28).

L'accoglimento dell'interpretazione proconcorrenziale permette, quindi, di affermare la contrarietà alla correttezza professionale dei comportamenti che ledono il corretto svolgimento della gara competitiva e che permettono di alterare gli equilibri concorrenziali che conseguirebbero ai meriti dei singoli concorrenti. Da questa osservazione possono essere dedotte due considerazioni, che risultano estremamente importanti per le

loro conseguenze applicative, la prima di carattere positivo e la seconda di carattere negativo.

In primo luogo, è possibile affermare che, per aver-
si atto contrario a correttezza professionale, è necessario che questo leda non soltanto l'interesse dell'imprenditore concorrente a non perdere la propria clientela, ma anche quello degli operatori economici e dei consumatori ad orientarsi correttamente nelle scelte di consumo, e ciò proprio per l'assunto di partenza per cui l'assetto concorrenziale rappresenta il sistema che meglio permette di realizzare il benessere di questi ultimi (29). Infatti, considerato che l'essenza stessa della concorrenza consiste nello sforzo di ogni concorrente di prevalere sull'altro, sottraendogli clientela e quote di mercato, tanto che il pregiudizio o la soccombenza di un concorrente altro non è che una conseguenza connaturata alla dinamica competitiva, potrà essere considerato sleale soltanto quel comportamento che sia volto ad ottenere questo risultato non già attraverso i propri meriti e la propria efficienza, ma alterando la scelta libera e consapevole del consumatore o addirittura impedendola in radice con atti diretti esclusivamente ad espellere il concorrente (30).

In questo modo viene superata in modo definitivo la matrice storica della disciplina della concorrenza sleale come diritto di classe, posto ad esclusiva protezione degli interessi del ceto imprenditoriale (31), per

Note:

(28) Cfr. C. Angelici, *Diritto commerciale I*, Bari, 2002, 121-122. In questo senso cfr. G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 180 e *passim*. M. Libertini, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., 597. Si noti, peraltro, che già P. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, cit., 244, affermava che «funzione della repressione della concorrenza sleale (è) non tanto quella di introdurre un temperamento di ordine morale (...) alla asprezza della vita economica, quanto quella di assicurare che l'asprezza della lotta non porti a negare la possibilità della lotta stessa, cioè della concorrenza».

(29) G. Ghidini, *op. ult. cit.*, 182. Cfr., inoltre, quanto affermato da M. Libertini, *op. ult. cit.*, 594 ss.

(30) In questo senso M. Libertini, *op. ult. cit.*, 601, il quale, a proposito degli atti di denigrazione, afferma che possano ritenersi tali soltanto quegli atti che siano idonei a suggestionare il consumatore, senza poter incidere positivamente su un processo razionale di scelta. La considerazione svolta nel testo, secondo cui per la qualificazione di un atto come di concorrenza sleale diviene necessario considerare se questo sia idoneo ad alterare le scelte dei consumatori, può essere valorizzata anche alla luce delle previsioni contenute nel testo del d.lgs. n. 145, del 2 agosto 2007 relativo alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, emesso in attuazione della direttiva 2005/29/CE, e che modifica gli artt. 18-27 del d.lgs. n. 206/2005, recante il Codice di consumo. Il nuovo art. 20 del Codice del consumo prevede, infatti, che «una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta (...)». V. *infra* nota 39.

(31) G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 188. Manifestazione emblematica della considerazione della disciplina della concorrenza sleale come di una disciplina diretta a proteggere gli imprenditori è stata la questione largamente dibattuta nella dottrina circa l'individuazione del fondamento della disciplina in questione. Per lungo tempo

(segue)

giungere ad una concezione in cui gli interessi degli imprenditori sono tutelati proprio perché, e nel limite in cui, garantiscono un meccanismo competitivo dove i consumatori possano determinare le proprie scelte sulla base dei meriti degli imprenditori (32).

Occorre, tuttavia, precisare - ed è questa la seconda considerazione, questa volta di ordine negativo - che non possono essere considerati atti contrari alla correttezza professionale comportamenti che non incidono nella dinamica concorrenziale di un determinato mercato. Siffatta considerazione permette, allora, di rifiutare una qualificazione *per se* di determinati comportamenti come atti contrari alla correttezza professionale, ed impone, invece, di considerare sempre il contesto del mercato in cui tali comportamenti sono posti in essere. Ne consegue, ad esempio, che un medesimo comportamento potrebbe essere ritenuto sleale se posto in essere da un'impresa con una posizione dominante sul mercato, mentre potrebbe non essere considerato tale se attuato da un'impresa appena entrata sul mercato (33).

Sulla base delle osservazioni formulate, può agevolmente essere superato il problema della qualificazione in termini di atto di concorrenza sleale dei comportamenti che violano norme pubblicistiche (34). Infatti, se non possono essere considerati contrari alla correttezza professionale atti che non incidono nella dinamica concorrenziale e che, inoltre, non ledono anche l'interesse dei soggetti del mercato ad orientare le proprie scelte in ragione dei reali meriti degli imprenditori, ne conseguirà che la violazione di norme pubblicistiche potrà configurare un atto contrario alla correttezza professionale soltanto quando procuri un vantaggio concorrenziale all'imprenditore che la perpetra, e tale vantaggio derivi dall'idoneità del comportamento ad alterare le scelte di mercato che altrimenti i consumatori e gli altri operatori avrebbero compiuto (35).

Note:

(segue nota 31)

la dottrina ha, infatti, individuato il fondamento dell'illecito concorrenziale in un diritto soggettivo dell'imprenditore, salvo poi dividersi tra coloro che vi attribuivano contenuto patrimoniale, identificandolo in un diritto alla clientela o all'avviamento, e coloro che lo identificavano in un diritto della personalità dell'imprenditore. Le posizioni della dottrina e i termini della questione sono ben ricostruiti in P.G. Jaeger, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., 6 ss. Già l'A. riteneva che, nella valutazione comparativa tra i molteplici interessi in gioco, assumono valenza di parametro di valutazione gli interessi facenti capo ai consumatori e alla collettività dei consociati. *Contra*, più recentemente, la posizione di C. Alvisi, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, Milano, 1997, che considera, invece, l'illecito concorrenziale come una fattispecie tipica dell'illecito aquiliano, in cui il fatto dannoso ingiusto si sostanzierebbe nell'atto scorretto lesivo della libertà di intrapresa del concorrente, *passim*, e in particolare 111, e il danno ingiusto sarebbe rappresentato dallo sviamento effettivo o potenziale di clientela, 118.

(32) Cfr. in questo senso G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 185. M. Libertini, *I principi della correttezza professionale*, cit., 593 ss. Si osservi, inoltre, che anche A. Vanzetti - V. Di Cataldo, *Manuale di di-*

ritto industriale, cit., pur rifiutando una interpretazione normativa della correttezza professionale, e propugnando una concezione etica di tale clausola, con i correttivi di cui abbiamo già parlato alla nota 26, affermano che l'esigenza di sottoporre i comportamenti concorrenziali ad una disciplina sia derivata non solo dalla necessità di proteggere le posizioni acquisite da importanti nuclei imprenditoriali, ma anche, e forse soprattutto, dall'esigenza di imporre regole che consentano al consumatore di operare le proprie scelte sulla base di informazioni reali e non ingannevoli (*op. cit.*, 3).

(33) Significativa in questo senso la pronuncia della Corte di cassazione, sent. 26 gennaio 2006, n. 1636, cit., in cui viene affermato che «Occorre cioè aver riguardo a quel che nuoce o a quel che giova al buon funzionamento del mercato medesimo (...) e quindi alla generalità dei consumatori, perché in questo risiede l'interesse generale, a prescindere dalla convenienza di una determinata categoria professionale». Riguardo il caso concreto oggetto della decisione, la Cassazione ha stabilito che «la vendita sottocosto (o comunque a prezzi non immediatamente remunerativi) [costituisce atto di concorrenza sleale] solo se a porla in essere sia un'impresa che muove da una posizione di dominio e che, in tal modo, frapponga barriere all'ingresso di altri concorrenti sul mercato».

(34) Il problema se la violazione di norme pubblicistiche, in particolare modo delle norme penali e amministrative, costituisca al contempo atto di concorrenza sleale è stato affrontato da molti autori ed è stato affrontato in molte controversie come dimostrano le numerose sentenze sull'argomento (per una approfondimento sul tema, v. C. Alvisi, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, cit., 201 ss.; G. Guglielmetti, *Violazione di norme di diritto pubblico e concorrenza sleale*, cit., 249 ss.; G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, cit., 316 ss.). Volendo sinteticamente riassumere le posizioni espresse, è possibile affermare che la dottrina dominante è concorde nel ritenere che la violazione di norme pubblicistiche non permette di fondare di per sé una valutazione del comportamento trasgressivo come atto di concorrenza sleale, ma che a tal fine dovrà essere comunque riscontrata la sussistenza degli elementi previsti nell'art. 2598 c.c. In questo senso si sono espressi, T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., 214-220; G. Minervini, *La concorrenza e i consorzi*, cit., 38 ss.; G. Auletta, *Violazione di norme di diritto pubblico e slealtà della concorrenza*, in *Giust. civ.*, 1958, I, 1562-1570; A.M. Assanti, *Concorrenza sleale e violazione di norme di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. ind.*, 1980, II, 298 ss.; G. Guglielmetti, *op. cit.*, 276). Nell'ambito di questo orientamento, le soluzioni offerte dagli interpreti si distinguono nettamente. Infatti, parte della dottrina assume "a principio base" della disciplina della concorrenza sleale l'uguaglianza delle condizioni di gara, ed è, pertanto, indotta a qualificare atto di concorrenza sleale l'attività di chi si procura un vantaggio sui concorrenti grazie al compimento di atti vietati dall'ordinamento (in questo senso G. Auletta, *Violazione di norme di diritto pubblico e slealtà della concorrenza*, cit., 1562 ss.; tale posizione è stata seguita anche in alcune sentenze della Corte di cassazione, v. ad es. Cass., 5 agosto 1960, n. 2308, in *Foro pad.*, 1961, c. 1258). Altri autori ritengono, invece, necessario indagare lo scopo della norma violata, assumendo che possono essere considerate rilevanti per la sussistenza dell'atto di concorrenza sleale soltanto le trasgressioni di norme che abbiano uno scopo coincidente con quello della disciplina che reprime la concorrenza sleale (in questo senso G. Guglielmetti, *op. cit.*, 271; P. Auteri, *La concorrenza sleale*, in *Tratt. dir. priv.*, cit., 416. In giurisprudenza v. Trib. Vicenza, 23 maggio 1987, in *Giur. dir. ind.*, 1987, 567; Cass., sent. 4 aprile 1970, n. 914, in *Mass. Giur. it.*, 1970; Cass. S.U., 16 giugno 1992 n. 7380, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, 2750). Più recentemente v. la posizione di C. Alvisi, *op. cit.*, 144, secondo cui se vengono violate norme direttamente attinenti alla disciplina del mercato allora sussisterà anche un illecito concorrenziale; mentre se vengono violate norme con finalità primaria diversa occorrerà valutare in concreto se la violazione di quelle norme concretizzi una modalità scorretta dell'esercizio di attività in concorrenza. Deve, tuttavia, ritenersi preferibile una valutazione caso per caso, che sfugga alla tentazione di trarre conseguenze dommatiche dalla norma violata. In questo senso v. G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, cit., 325.

(35) In questo senso v. M. Libertini, *I principi della correttezza professionale*, cit., 625-626; C. Angelici, *Diritto commerciale I*, cit., 124.

Ne deriva che non potrebbe essere considerata come atto di concorrenza sleale la violazione di una norma pubblica soltanto perché si ponga come antecedente logico necessario di un atto di concorrenza (36), ma occorrerà sempre verificare se la violazione della norma conosciuta al soggetto che la attua uno strumento che svilisca il dinamismo concorrenziale, in quanto produca l'effetto di fuorviare le scelte dei soggetti del mercato. Estremamente significativo risulta, in questo senso, quanto osservato recentemente dalla Corte di Cassazione, secondo cui «la scelta di abbassare i costi di produzione di uno specifico bene aggredisce legittimamente la clientela del concorrente, se è conseguita con mezzi leciti. Non è legittima, invece, se adopera mezzi che escludono la consapevolezza del consumatore nella scelta, e se fa premio sull'handicap costituito, per i concorrenti, dall'osservanza delle norme che regolano l'offerta di quello specifico prodotto» (37).

Verifica della soluzione del Tribunale di Roma

Alla luce delle considerazioni formulate nel paragrafo precedente è possibile affermare che l'accoglimento di una concezione pro-concorrenziale della disciplina della concorrenza sleale e della clausola dell'art. 2598 n. 3, impone di abbandonare qualsiasi valutazione astratta della contrarietà di un determinato comportamento imprenditoriale ai principi della correttezza professionale. In altri termini, una volta che si affermi che la contrarietà ai principi della correttezza professionale debba essere verificata alla luce della lesione del dinamismo concorrenziale, la valutazione della situazione concreta non può essere relegata al momento dell'accertamento della idoneità del comportamento a ledere l'altrui azienda, ma deve essere svolta già al momento della verifica della contrarietà ai principi della correttezza professionale.

Il Tribunale di Roma, pur aderendo espressamente al principio accolto dalla Suprema Corte di cassazione nella sentenza n. 1636/2006, secondo cui la garanzia di fisionomia concorrenziale dei mercati deve essere tale da tutelare non "l'interesse dei mercanti" ma "l'interesse del mercato", non si preoccupa, poi, in alcun modo di accertare se il comportamento posto in essere dai concorrenti di Telecom in concreto determinasse la lesione dell'interesse dei consumatori a poter determinare in modo libero e consapevole le proprie scelte, né peraltro se concretamente potesse incidere nella dinamica concorrenziale, sì da alterare quegli equilibri concorrenziali che altrimenti si sarebbero affermati sulla base dei meriti degli imprenditori coinvolti. Il Tribunale di Roma, invece, secondo un'analisi del tutto teorica, afferma che le norme sulla *privacy* sono dirette alla protezione dei dati personali del consumatore quale soggetto del mercato, e in ogni caso dei diritti fondamentali della persona, protetti dall'art. 41, comma 2, Cost., e che, conseguentemente, la violazione delle norme sulla *privacy*, compiuta dall'impresa nell'ambito di un'attività

volta alla promozione dei servizi, costituisce indice di scorrettezza professionale.

Un'analisi condotta alla luce dell'assetto concreto del mercato, secondo le indicazioni espresse nel paragrafo che precede, difficilmente avrebbe portato il Tribunale a considerare atto di concorrenza sleale il comportamento tenuto da Wind e Tele2. Infatti, correttamente inquadrato, l'atto da considerare altro non era se non la diffusione di informazioni sui propri prodotti ai consumatori che non avevano espresso un consenso preventivo, e rilasciato per iscritto su moduli specifici, ad ottenere informazioni di mercato tramite chiamate effettuate alla propria utenza telefonica. Considerato che la trasparenza delle informazioni costituisce una delle condizioni essenziali affinché possa realizzarsi un assetto concorrenziale del mercato, la diffusione di informazioni può integrare un comportamento di concorrenza sleale soltanto nei casi in cui, per le particolari modalità in cui essa avviene, non agevola ma anzi impedisce al consumatore di determinare in modo libero e consapevole le proprie scelte (38).

La particolare modalità di diffusione delle informazioni rappresentata dal *telemarketing* non appare di per sé atta a suggestionare il consumatore, impedendo un processo razionale di scelta. Al contrario, le maggiori informazioni apportate ai consumatori con siffatta attività promozionale non possono che favorire il processo di scelta razionale del consumatore, fornendo a questi maggiori elementi per indirizzare le proprie scelte, salvo il caso in cui le sollecitazioni telefoniche non siano fatte in modo molesto, contrario alla volontà dei consumatori ed in maniera tale da dare a questi la sensazione di non riuscire ad interrompere o ad impedire le ripetute telefonate se non con la conclusione del contratto. Tali circostanze, tuttavia, non sono state affatto considerate dal Tribunale di Roma, che ha invece dato rilevanza alla violazione delle modalità di acquisizione del

Note:

(36) La teoria del nesso causale tra la violazione di norme pubblicitarie e atto di concorrenza, come criterio da utilizzare per qualificare il comportamento illecito come concorrenza sleale, è stata applicata in numerose pronunce sia dei giudici di merito (v. ad es. Tribunale di Modena, del 17 agosto 1993, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1993, 2990, e più recentemente Trib. Napoli, del 6 febbraio 2003, in *Arch. civ.*, 2003, 947) sia dal giudice di legittimità (v. ad es. Cass., sent. 4 aprile 1970, n. 914, in *Mass. Giur. it. Cass.*, 25 marzo 1988, n. 2570, in *Giust. civ.*, 1988, I, 1459).

(37) Sentenza della Cass., dell'11 agosto 2000, n. 10684, cit.

(38) Si vedano in questo senso le considerazioni di C. Angelici, *Diritto commerciale I*, cit., 123, a proposito dell'attività denigratoria realizzata mediante affermazioni vere sul conto del concorrente. "In tal caso - osserva l'A. - si fornisce in effetti un *surplus* d'informazione al mercato e, da questo punto di vista, se ne rende più efficiente il funzionamento. Per questo motivo soluzione prevalente è quella che richiede in proposito (se non una diretta falsità, almeno) una *tendenziosità* dell'informazione: idonea cioè non solo a ledere l'interesse di chi sia oggetto di denigrazione, ma anche ad alterare ingiustificatamente le scelte dei consumatori". Cfr. anche M. Libertini, *I principi della correttezza professionale*, cit., 601 ss., e giurisprudenza *ivi* citata.

consenso all'attività di *telemarketing* stabilite dalle norme sulla *privacy*, piuttosto che al rispetto della volontà dei consumatori nella formazione delle proprie scelte economiche (39).

Il Tribunale di Roma non considera, poi, in alcun modo le condizioni della concorrenza esistenti nel mercato in cui l'attività di *telemarketing* veniva svolta dai concorrenti di Telecom. A tale proposito, l'organo giudicante avrebbe dovuto tenere conto della circostanza che si trattava del mercato della telefonia fissa di recente liberalizzazione, e che l'attività di *telemarketing* costituisce un importante strumento per la penetrazione di nuove imprese sul mercato (40). Come si è rilevato *retro* nel testo, peraltro, la normativa sulla *privacy* finisce per precludere il ricorso a siffatta modalità promozionale soprattutto alle imprese *newcomers*, prive per definizione di precedenti contatti con gli utenti, e quindi ostacola l'instaurarsi di una concorrenza effettiva nel mercato della telefonia fissa. L'attività di *telemarketing*, qualificata dal Tribunale di Roma come attività di concorrenza sleale, costituiva, quindi, uno strumento vivacizzante la concorrenza del mercato ad assoluto beneficio degli interessi dei consumatori.

Conclusioni

È possibile giungere alla conclusione delle considerazioni svolte, affermando che l'accoglimento dell'interpretazione pro-concorrenziale, e quindi pro-costituzionale, della disciplina della concorrenza sleale non deve indurre a qualificare come atto di concorrenza sleale qualunque comportamento, posto in essere da un imprenditore, che leda i diritti della personalità degli individui, anche se considerati nel loro essere consumatori, ma deve portare a considerare contrario alla correttezza professionale soltanto quel comportamento che pregiudichi l'interesse del consumatore a godere di una pluralità di offerte, tra cui orientare le proprie scelte in modo libero e consapevole. Una diversa interpretazione finirebbe per funzionalizzare la correttezza professionale ad un modello di concorrenza fondato sul perseguimento di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico (41).

Con questo peraltro, si badi, non si vuole giungere ad affermare la liceità sotto ogni profilo dell'attività di *telemarketing* nei confronti dei clienti non contattabili: stante il disposto dell'art. 129, comma 2, del Codice sulla protezione dei dati personali e del provvedimento del Garante del 15 giugno 2004, emesso sulla base delle indicazioni delle delibere dell'AGcom, la sussistenza di una violazione delle norme in questione non appare, infatti, seriamente contestabile, con l'esito che saranno applicabili tutte le misure sanzionatorie previste nel codice della *privacy*. Ciò che si vuole affermare è, invece, come la violazione di una norma, che ostacola l'attività di promozione da parte dei concorrenti che vogliono affermarsi in un mercato di recente liberalizzazione, non costituisca un comportamento contrario ai principi del-

la correttezza professionale. Ciò nella convinzione che questa possa essere l'unica interpretazione conforme ad una concezione della concorrenza sleale come disciplina che si pone a tutela non già delle posizioni acquisite dagli imprenditori nel mercato, bensì di un meccanismo di competizione caratterizzato dalla libertà di scelta degli operatori economici e dei consumatori e dalla possibilità che in essi si prevalga in virtù di una maggiore efficienza dei comportamenti adottati (42).

Note:

(39) La considerazione espressa nel testo non risulta contraddetta dall'art. 26 del Codice del consumo, come modificato dal d.lgs. n. 146/2007. L'art. 26, lett. c), che qualifica come pratiche commerciali aggressive - che, al pari delle pratiche commerciali ingannevoli, costituiscono una specie delle pratiche scorrette - «effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'art. 58 e l'art. 130 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196». Se si considera che l'art. 24 definisce pratiche commerciali aggressive tutti quei comportamenti che, mediante molestie, coercizione, indebito condizionamento, limitano o sono idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto, ne deriva che il ricorso ai mezzi di comunicazione telefonici può rappresentare una pratica scorretta soltanto quando sia idoneo ad alterare le scelte dei consumatori. La clausola che fa salvi gli artt. 58 del Codice del consumo e 130 del Codice sulla *privacy* permette, allora, di escludere l'aggressività dell'utilizzo dei mezzi di comunicazione, anche quelli che non prevedono l'intervento di un operatore, in presenza di un consenso del consumatore espresso preventivamente secondo le modalità previste da tali normative, ma non per questo fa ritenere aggressive le sollecitazioni telefoniche effettuate da un operatore e che consentano di ottenere il consenso del consumatore a continuare la telefonata. In quest'ultimo caso dovranno concretamente essere valutate le modalità con cui vengono effettuate le telefonate, al fine di verificare se permettono al consumatore di esprimere liberamente il consenso a continuare la telefonata, e in ogni caso se consentono a quest'ultimo di formare consapevolmente e senza alcun condizionamento la propria scelta economica.

(40) Si noti, peraltro, che il Tribunale di Roma ha correttamente considerato le concrete caratteristiche del mercato nel momento in cui ha valutato come sleale il comportamento di Telecom, consistente nell'invio di moduli precompilati con l'opzione di diniego del consenso.

(41) In questo senso v. G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., 184.

(42) In questo senso, C. Angelici, *Diritto commerciale I*, cit., 122. Si veda anche quanto affermato dal Trib. Milano, sent. del 24 settembre 1979, secondo cui «La violazione di norme penali, fiscali o amministrative o comunque diretta alla tutela di pubblici interessi può integrare una ipotesi di concorrenza sleale solo in quanto sia possibile ravvisare un nesso di causalità diretto ed immediato fra il comportamento anti-giuridico ed il mutamento peggiorativo della situazione del concorrente; tuttavia, neppure la suddetta relazione causale è sufficiente a trasferire sul terreno dell'illecito concorrenziale la violazione di quelle norme di diritto pubblico che appaiono in contrasto con le indicazioni di principio, anche di ordine costituzionale, che improntano la disciplina giuridica della concorrenza» (corsivo nostro).