

Divieto di concorrenza (trasferimento d'azienda) – MARCO CIAN

Bibliografia. (*) AULETTA, *Alienazione dell'azienda e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1223; AULETTA, *Dell'azienda*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1947, sub art. 2557; BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, I, Padova, 2001; BUCCELLATO, *Subentro nell'impresa e divieto di concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 781; CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1974; CIAN, *L'azienda*, in *Diritto commerciale*, a cura dello stesso, I, II ed., Torino, 2017; COLOMBO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979; DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950; FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, II ed., Milano, 1982 (1948); FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda, tutela dell'avviamento e divieto di concorrenza*, in *Riv. not.*, 2011, 1367; MARTORANO, *L'azienda*, in *Tr. dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2010; PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970; SANGERMANO, *Azienda e divieto di concorrenza in agricoltura: riflessioni critiche per una modifica dell'art. 2557 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 787; SPERANZIN – TINA, *La cessione d'azienda*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo e Benedetti, II, Milano, 2014; TEDESCHI, *L'azienda*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 16****, II ed., Torino, 2012; TOMMASINI, *Contributo alla teoria giuridica dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986; TOMMASINI, *L'azienda*, in TOMMASINI – GALLETTI, *Statuto dell'imprenditore e azienda*, *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da Perlingieri, Napoli, 2009.

Legislazione. Art. 2557 c.c.

Sommario. 1. *Divieto di concorrenza e continuità dell'impresa.* – 2. *L'attività vietata: a) natura dell'impresa;* - 3. (segue): *b) titolarità dell'impresa;* - 4. (segue): *c) tempo dell'impresa.* - 5. *La vicenda costitutiva del divieto. Trasferimento, usufrutto, affitto; la retrocessione dell'azienda.* - 6. (segue): *Impresa commerciale e impresa agricola.* - 7. *Particolari vicende costitutive e soggetti del divieto: i trasferimenti mortis causa;* - 8. (segue): *la cessione e l'assegnazione dell'azienda sociale.* - 9. *Fatti non traslativi di un'azienda ed estensibilità in via analogica del divieto.* - 10. *La circolazione del divieto.* - 11. *La derogabilità del divieto e i limiti all'autonomia negoziale.*

1. *Divieto di concorrenza e continuità dell'impresa.*

Il divieto sancito dall'art. 2557 viene tradizionalmente configurato quale effetto naturale del contratto, espressivo del dovere generale di darvi esecuzione secondo buona fede e correttezza¹. Nella prospettiva classica, la vocazione produttiva del complesso oggetto del trasferimento offre una sponda indubbiamente assai robusta all'idea che la disposizione sia diretta a proteggere il bene nella sua destinazione imprenditoriale. Pur collocandosi la fattispecie traslativa in un contesto presidiato dal principio di libertà dell'iniziativa economica, in cui dunque l'acquirente dell'azienda è esposto per ciò solo al rischio di vedere compromessa sin dal momento dell'acquisto, per effetto della competizione che affronta nel mercato, la capacità di captazione della clientela che l'azienda

(*) Ci si limiterà in tutta l'esposizione ad un corredo bibliografico e giurisprudenziale minimo, rinviando per maggiori riferimenti, e senz'altro per i richiami alle posizioni più risalenti, alle più note opere trattatistiche sull'argomento.

¹ Per tutti, v. TOMMASINI, *Contributo alla teoria giuridica dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, 124, nt. 16; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, III ed., Milano, 1960, 73; COLOMBO, *L'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'econ.*, diretto da Galgano, III, Padova, 1979, 171 ss., cui si rinvia per un quadro sulle diverse concezioni del divieto di concorrenza, volta a volta affacciate in dottrina; di effetto normale del contratto, derivante dal principio di integrazione consacrato nell'art. 1374, parla TEDESCHI, *L'azienda*, in *Tratt. Dir. Priv.*, diretto da Rescigno, 16****, II ed., Torino, 2012, 68.

medesima possiede, la concorrenza esercitata dall'alienante viene percepita come particolarmente insidiosa, per la potenziale attrattività esercitata dalla sua persona e dunque dalla sua nuova attività sui clienti già fedeli all'azienda, e per le conoscenze delle specifiche dinamiche relazionali, di cui egli potrebbe giovare²; una concorrenza qualificata, pertanto (o "differenziale"), rispetto alla quale il vantaggio competitivo del cedente e il pregiudizio dell'acquirente vengono declinati sul piano dell'oggetto del trasferimento, come lesioni (potenziali, *va da sé*, ma è quanto basta) all'azienda ceduta, nelle sue caratteristiche qualitative fondamentali. L'ancoraggio al dovere di buona fede e correttezza, come obbligo di astenersi da comportamenti che possano compromettere la piena fruizione del bene acquistato, da parte del cessionario, è immediato e agevole.

In realtà, una più efficace e soddisfacente comprensione dell'art. 2557 (come anche di tutte le altre disposizioni in materia) impone di mettere a fuoco il profilo dell'attività, più che quello del bene³; e di considerare dunque illegittima la nuova impresa dell'alienante, per la sua idoneità non tanto a danneggiare l'azienda ormai altrui, quanto a dirottare verso di sé la rete relazionale in cui era innervata l'attività servita dalla medesima, così da neutralizzare il fatto della continuazione della serie imprenditoriale da parte dell'acquirente⁴. Inquadrate cioè il fenomeno disciplinato negli artt. 2556 ss. tra i fatti dell'impresa, come vicenda di ideale prosecuzione della stessa nella sfera giuridica di un nuovo referente soggettivo, il divieto di concorrenza diviene più facilmente leggibile come inteso a precludere il comportamento dell'imprenditore originario, atto a dare parziale o totale continuità alla propria impresa antecedente e così a compromettere *ex post* proprio quella prosecuzione.

E' bene precisare che, in questo conflitto tra linee di continuità, non entra in gioco alcuna forma di tutela dell'apparenza. Il trasferimento d'azienda è fatto conoscibile nel mercato, di cui anzi è la legge ad imporre la pubblicità. Non vi è dunque alcun affidamento dei terzi da salvaguardare. Vi è, invece, da garantire il radicamento di fatto dell'azienda nel contesto relazionale che le era proprio prima della cessione, o, per meglio dire, l'ingresso dell'acquirente nel medesimo: la continuità d'impresa da assecondare e difendere è, appunto e in quest'ottica, ideale (economica), non formale, cioè né reale, dal punto di vista giuridico, né apparente.

² MARTORANO, *L'azienda*, in *Tr. dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2010, 99 ss.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 175; FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 708 s.; TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 66 s.

³ Rinvio in generale a CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni e regolazione dei fatti d'impresa – Prolegomena*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, I, 621 ss.

⁴ In qualche misura questa idea sembra evocata nelle posizioni di chi ravvisava nella concorrenza dell'alienante una riappropriazione di quanto alienato (cfr. specialmente CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1974, 763 s.); ma l'evocazione è solo apparente, perché, come la dottrina più diffusa afferma vigorosamente, non può in realtà ritenersi in gioco alcuna contraddizione rispetto all'effetto attributivo del negozio; quanto un pregiudizio alla realizzazione piena della funzione sostitutiva propria dello stesso, con le conseguenze che si andranno illustrando, anche in punto derogabilità del divieto (*infra*, par. 11).

In tale prospettiva, all'art. 2557 pare ascrivibile una pregnanza maggiore di quella che viene ad esso attribuita interpretandone le disposizioni come espressive del dovere di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto e dunque, se si vuole, come enunciative di un effetto ancillare rispetto a quello negoziale primario, individuato nell'assegnazione dei beni componenti l'unità produttiva. La sua *ratio* si innerva infatti direttamente nella funzione economica principale dell'operazione, il divieto essendo destinato non ad impedire un mero depotenziamento qualitativo di beni l'effetto traslativo dei quali resterebbe comunque fuori discussione, ma ad assicurare l'effettività stessa della vicenda negoziale. Come si è osservato in altra sede⁵, inoltre, in quest'ottica il conflitto che esso viene a sciogliere si svolge interamente sul piano dell'attività, e non tra un'attività e una situazione proprietaria, il che, essendovi implicato il principio di libertà dell'iniziativa economica, parrebbe rendere miglior ragione della compressione di questa libertà, che la norma dispone. In altre parole, mentre muovendo dal punto di vista tradizionale si è costretti a leggere nel divieto il sacrificio della libertà d'impresa sull'altare dell'interesse del cessionario a un più pieno e soddisfacente godimento del bene, quando si metta a fuoco il profilo dell'attività, al divieto medesimo può ascriversi la più incisiva funzione di dirimere la contrapposizione tra due interessi (dell'alienante l'uno, dell'acquirente l'altro) entrambi aventi ad oggetto la continuazione della serie imprenditoriale in essere.

Al di là della valenza ricostruttiva, il mutamento di prospettiva può riflettersi sull'applicazione stessa della disposizione sotto più di un profilo. Esso può giovare a definire con maggiore nitidezza i termini del divieto, quanto ai caratteri dell'attività preclusa (ad esempio, a comprendere in che misura l'impresa preesistente rimanga legittima), alle posizioni che all'alienante è impedito assumere (ad esempio, che ruoli gli restino vietati, a servizio di un'impresa altrui), ai limiti di derogabilità della norma. Inoltre, la rifocalizzazione dovrebbe sgombrare ogni dubbio a riguardo dell'eccezionalità o meno di quest'ultima, già negata per la verità senza riserve dalla giurisprudenza, ma opinabile, finché si ragiona nei termini tradizionali. Su ciascuno di questi aspetti torneremo a tempo debito.

Si è detto che l'orientamento tradizionale riconduce l'art. 2557 al principio dell'art. 1375. Nella prospettiva qui accolta, esso deve riconoscersi in realtà in immediata correlazione con la volontà negoziale diretta alla produzione dell'effetto primario del contratto. Se cioè l'avvio di un'impresa concorrente, da parte dell'alienante, rileva in quanto può deviare la serie imprenditoriale, finendo per porsi in ideale continuità con l'impresa servita dall'azienda, e che come tale era stata invece indirizzata con il contratto verso l'acquirente, la proibizione deve reputarsi implicita in quell'indirizzamento. Può ravvisarsi in questo profilo un ulteriore elemento di specialità della vicenda traslativa dell'azienda rispetto ad un normale atto di cessione: mentre la relativa componente

⁵ CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni*, cit., 653 s.

attributiva (il trasferimento dei beni) è senz'altro ad effetto istantaneo e non si differenzia dai comuni negozi di trasferimento, la componente sostitutiva (appunto, l'inserimento del cessionario nella serie imprenditoriale) presenta effetti la cui realizzazione risulta in una certa misura proiettata in avanti, richiamando tra l'altro un comportamento successivo omissivo da parte del cedente. In questo quadro, l'art. 2557, più che arricchirla, dirime l'incertezza sulla portata effettiva della volontà negoziale, sbarrando il passo ad interpretazioni in via generale restrittive della stessa, perché più inclini al rispetto della libertà d'impresa dell'alienante⁶. Tutto ciò non significa peraltro che, in concreto, le parti non possano orientarsi verso una deroga anche decisa alle disposizioni in esame; tuttavia, il diretto collegamento tra il divieto e la funzione economica tipica dell'operazione impone di affrontare la questione dei limiti della derogabilità con una certa cautela, trattandosi non di permettere o non permettere una compromissione delle utilità del bene trasferito, ma di assicurare la realizzazione stessa della vicenda d'impresa oggetto del negozio⁷.

Il ravvisato innesto del divieto di concorrenza nella stessa volontà contrattuale, d'altra parte, non deve indurre a ritenere circoscritta l'area di operatività del primo agli eventi traslativi immediatamente poggianti su un atto negoziale. Proprio l'art. 2557 è una delle norme del *corpus* dedicato all'azienda, che la giurisprudenza esclude si applichino a vicende non fisiologicamente riconducibili ad un atto di volizione, quali la retrocessione dell'azienda al cedente quando l'originaria compravendita venga risolta per inadempimento; in realtà, questo tipo di approccio selettivo alla disciplina non è coerente con la dimensione funzionale dell'operazione; nello specifico, il divieto di concorrenza presidia la realizzazione piena della vicenda sostitutiva concernente l'impresa, cosicché, ogniqualvolta una vicenda di questo genere si determini, discenda o no da una volontà contrattuale, il problema della sua operatività ha senso di porsi⁸.

2. L'attività vietata: a) natura dell'impresa;

L'art. 2557 definisce il perimetro delle attività vietate in base ad un criterio di efficacia causale: è preclusa quella che sia idonea allo sviamento della clientela legata all'azienda ceduta. L'idoneità può dipendere da caratteristiche che non sono definite *a priori* e che dunque possono in concreto variare ed essere diversamente rilevanti: contiguità geografica o identità/accostabilità dell'oggetto rappresentano da questo punto di vista, secondo il tenore della disposizione, solo due tra i possibili

⁶ Non persuade dunque, nella sua radicalità, la tesi per cui si tratterebbe non di interpretazione, ma di integrazione del contratto (COLOMBO, *L'azienda*, cit., 174; MARTORANO, *L'azienda*, cit., 110).

⁷ *Infra*, par. 11.

⁸ *Infra*, par. 5.

elementi determinanti la potenzialità distrattiva (sebbene riesca piuttosto difficile immaginarne altri, autonomamente suscettibili di produrre il medesimo effetto).

La norma quindi richiede un giudizio da operarsi sul piano dell'offerta, verificando in sostanza se vi sia o non vi sia una coincidenza⁹ nel mercato di sbocco dell'attività intrapresa dal cedente e quella servita dall'azienda. E' pertanto vietata l'impresa che colloca beni o servizi analoghi o comunque succedanei¹⁰, proponendosi in tutto o in parte non irrilevante ai medesimi, potenziali destinatari. Il ricorso a questo tipo di giudizio appare tuttavia insufficiente. L'impresa dell'alienante può interferire infatti con l'azienda anche sul lato della domanda, catturando in particolare le relazioni di fornitura in misura tale da pregiudicare l'attività dell'acquirente. Sotto questo profilo, la ricostruzione della fattispecie disciplinata, in termini di conflitto tra attività, permette di allargarne i confini oltre l'ambito della captazione della clientela: quando la distrazione delle relazioni di fornitura sia tale, in ragione delle caratteristiche dell'unità operativa e dell'impresa servita, da porre il cessionario nella condizione di dover ricostruire il programma imprenditoriale, l'attività concorrente è vietata perché comunque idonea ad interrompere la serie imprenditoriale oggetto dell'atto di trasferimento¹¹.

L'illecito configurato dall'art. 2557 è un illecito di pericolo. L'elemento chiave della fattispecie è rappresentato dall'attitudine alla lesione. Questa va, però, riscontrata in concreto e non semplicemente in astratto¹²; per meglio dire, non ogni pericolo di deviazione della clientela o di altre relazioni caratterizzanti l'impresa servita dall'azienda integra un inadempimento al divieto, ma solo quel pericolo che risulti qualificato dal ruolo precedentemente svolto dal cedente rispetto a tale impresa e dal modo di esercizio della nuova. Si è ricordato infatti che la norma non protegge e non è diretta a proteggere l'acquirente nelle ordinarie dinamiche competitive del mercato; non v'è ragione dunque di ritenere che essa difenda il medesimo da un'attività pur esercitata dall'alienante, quando la concorrenza dalla stessa indotta abbia carattere meramente ordinario e si ponga dunque allo stesso livello di quella svolta da qualsiasi altro imprenditore¹³. L'art. 2557 non pone invero a carico del

⁹ La sovrapposizione può essere anche parziale (chi ha ceduto un punto vendita di articoli sportivi non può avviare nella medesima località un'attività di vendita di attrezzature per lo sport invernale), purché non marginale.

¹⁰ COLOMBO, *L'azienda*, cit., 204; CIAN, *L'azienda*, in *Diritto commerciale*, a cura dello stesso, I, Torino, II ed., 2017.

¹¹ La conclusione può essere comunque formulata anche nella prospettiva tradizionale: il pregiudizio alle relazioni di fornitura è invero idoneo a compromettere la piena fruizione dell'azienda e la sua attitudine produttiva.

¹² E' in questi termini che va risolta la questione, spesso emergente in dottrina, se il divieto possa considerarsi venire meno anche prima del decorso del quinquennio, qualora l'acquirente abbia consolidato la propria clientela (cfr. ad esempio TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 69 s.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 214 s.; MARTORANO, *L'azienda*, cit., 128); lo si tende a negare, per ragioni di certezza, ma la prospettiva da cui si guarda al problema non convince. Al di là di ogni considerazione dogmatica, non occorre discutere di estinzione o sopravvivenza del rapporto obbligatorio, dovendosi invece valutare la concreta legittimità o illegittimità della condotta tenuta dal cedente, in base alla riscontrabilità o meno di un rischio reale di deviazione della serie imprenditoriale nel momento in cui la concorrenza viene svolta. Può peraltro sicuramente riconoscersi che l'eventuale accertamento dell'assenza di un simile rischio deve essere condotto con particolare rigore.

¹³ Ma in senso opposto, COLOMBO, *L'azienda*, cit., 200, ove ulteriori riferimenti.

cedente un dovere di ultraprotezione del bene ceduto (di rispettare una fruizione delle utilità aziendali, che i terzi in genere non sono obbligati a rispettare); dunque, sinché il pregiudizio (o il pericolo di pregiudizio) è arrecato con i mezzi e nei termini in cui è lecito ad ogni altro *competitor* arrecarlo, non si profila alcun illecito; il che si vede bene se si considera, ponendosi nella giusta prospettiva, che una concorrenza ordinaria non è idonea a deviare la serie imprenditoriale implicata nella vicenda traslativa. Chi pertanto ceda un'azienda di distribuzione di beni attraverso i canali dell'*e-commerce* potrà attivare un nuovo portale per la commercializzazione dei medesimi beni, quando non vi sia nei destinatari alcuna, rilevante percezione dell'identità dell'imprenditore e non vi sia compromissione della continuità dell'impresa originaria sugli altri piani relazionali eventualmente caratterizzanti. Solo il riscontro in concreto di modalità di esercizio della nuova impresa tali da determinare un'associazione sul mercato tra le due attività susseguentisi e per questa via il pericolo di una più o meno ampia eradicazione di quella iniziale dal proprio specifico contesto di mercato consente di ritenere realizzato il presupposto della violazione.

Questa lettura restrittiva della disposizione non corrisponde probabilmente alla concezione che della medesima si registra più diffusamente nella letteratura e nella giurisprudenza, ma appare maggiormente coerente con la sua *ratio* e più aderente al contesto sistematico nel quale essa si colloca.

Ed è forse nella cornice di questa riflessione che va inserito il problema della fondatezza dell'assunto, invero diffuso, secondo cui la concorrenza pericolosa (e dunque vietata) non sarebbe solo quella idonea a captare la clientela dell'azienda ceduta per l'associazione che nel mercato potrebbe operarsi tra la vecchia e la nuova impresa dell'alienante, ma anche quella capace di catturarla per il *know how* e le notizie sui gusti, le inclinazioni e le aspettative della medesima, di cui questi dispone¹⁴. In ragione di quanto si viene dicendo, l'assunto non appare convincente: il vantaggio competitivo che il cedente acquisisce grazie a tali informazioni è un vantaggio posseduto o conseguibile – più o meno efficacemente – da chiunque abbia operato nel settore o commissioni (ad esempio) indagini di mercato, e da questo punto di vista solo il fatto di non dover sostenere l'alienante i relativi costi di procacciamento potrebbe risultare repressibile; ma non è attorno a questi vantaggi competitivi che si gioca il divieto di concorrenza; il pericolo di deviazione della serie imprenditoriale non sembra possa andare slegato da una percezione del collegamento tra nuova impresa e alienante, da parte dei terzi; al più, può ammettersi che l'associazione non deve necessariamente riguardare la sua persona, potendo vertere anche sulle strategie di impresa, determinando la percezione di una continuità sotto il profilo oggettivo, ossia dell'attività.

¹⁴ Cfr. AULETTA, *Alienazione dell'azienda e divieto di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1241 ss.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 206 s.

Per ragioni non dissimili, deve ritenersi poi non vietata l'impresa che pur rappresenti uno sviluppo naturale di quella già svolta con l'azienda, fino a quando non ne intercetti, deviandola, la medesima rete relazionale (ancora una volta, sul lato dell'offerta o della domanda). Dal punto di vista del bene trasferito, non c'è dubbio che un'attività di questo genere sia idonea a comprometterne i valori latenti e le potenzialità operative; e che l'alienante possa trovare nella propria esperienza pregressa e nei rapporti instaurati un punto di vantaggio competitivo non indifferente. La disposizione, tuttavia, non vieta a quest'ultimo di cogliere un simile vantaggio in generale; né esso può ritenersi sufficiente a qualificare la concorrenza nei termini sopra illustrati, quando questa si svolge su un mercato meramente potenziale di approdo dell'azienda ceduta. In altre parole, la competizione cui l'acquirente si trova esposto e non può che accettare di trovarsi esposto nel gioco delle ordinarie dinamiche concorrenziali, su un tale mercato, comprende anche quella eventualmente promossa dal cedente. Nella prospettiva del dovere di correttezza a carico di costui, focalizzato sulle utilità proprie del bene ceduto ed avente ad oggetto l'astensione da azioni che ne possano compromettere la piena fruizione da parte del cessionario, la questione può apparire per la verità più ambigua; a voler proteggere tutta la capacità espansiva dell'azienda, l'area di operatività del divieto è con una certa plausibilità allargabile fino a queste attività¹⁵. Se invece si considera che esse non sono idonee (purché, va ribadito, non compromettano la rete relazionale dell'azienda medesima) a deviare verso di sé la serie imprenditoriale servita da quest'ultima, la loro legittimità risulta con maggiore certezza predicabile. Sicché, ad esempio, chi abbia trasferito un'azienda per la produzione di apparecchiature elettroniche ad uso domestico potrà iniziare un'impresa di produzione di componentistica elettronica speciale destinata all'industria militare o aerospaziale, quand'anche metta a frutto, nella sua organizzazione, i propri contatti con i medesimi fornitori dell'azienda ceduta. Analogamente, chi abbia ceduto una catena di centri di grande distribuzione a diffusione regionale potrà promuovere una iniziativa consimile nelle regioni vicine.

Il quadro delle questioni suscitate dall'art. 2557, in ordine alla natura dell'attività vietata, evoca senza dubbio la disciplina della concorrenza sleale, dove pure viene risolto un problema di conflitto tra attività. Tuttavia, i parametri che presiedono ai rispettivi giudizi risultano diversi e segnatamente risultano meno rigorosi quelli cui fa capo la disposizione qui in esame. In effetti, l'art. 2598 presidia il mercato sancendo il dovere di correttezza professionale anche in una dimensione relazionale prospettica tra due attività distinte; il giudizio deve dunque essere sincronico (ricercando l'eventuale distorsione della concorrenza attuale) e diacronico (verificando se venga alterata anche la concorrenza potenziale tra le imprese). Per contro, l'art. 2557 presidia l'effettività di una vicenda sostitutiva

¹⁵ Cfr. infatti MARTORANO, *L'azienda*, cit., 116; v. anche COLOMBO, *L'azienda*, cit., 204 ss.

nell'impresa; il giudizio è conseguentemente solo sincronico, dovendosi guardare esclusivamente al pregiudizio alla continuità della serie imprenditoriale oggetto della vicenda.

3. (segue): *b) titolarità dell'impresa;*

Su diversi altri aspetti relativi all'ambito di operatività del divieto la dottrina e la giurisprudenza sono giunte a risultati ormai consolidati e fondamentalmente condivisibili. Anche sotto questo profilo peraltro, come si era osservato, la declinazione della disciplina sul piano del conflitto tra attività giova a definirne i presupposti e i confini dell'applicazione.

Innanzitutto, è vietata l'impresa che sia giuridicamente riferibile al cedente, venga essa esercitata direttamente o per mezzo di un rappresentante. E' pacifico e corretto che parimenti proibita sia l'attività svolta per mezzo di un prestanome¹⁶; indipendentemente da qualsiasi considerazione in merito all'imputabilità degli atti e dell'impresa, si configura in una simile ipotesi senz'altro una violazione dell'obbligo di non concorrenza. E' chiaro tuttavia che le due fattispecie comportamentali presentano caratteristiche diverse e diversamente vanno apprezzate: se solo la concorrenza qualificata (per le modalità concrete di esercizio dell'attività, nei termini sopra illustrati) è rilevante, il ricorso ad un terzo in nome del quale l'impresa è svolta crea tra questa e quella servita dall'azienda un diaframma non agevole da superare: non basta la pertinenza in capo al cedente dell'interesse economico né della sovranità sostanziale sulla prima, occorrendo una concreta associabilità alla seconda da parte del mercato, nonostante la presenza del prestanome, una associabilità idonea, come sempre, a determinare la deviazione della serie imprenditoriale¹⁷.

Questa considerazione porta a considerare immediatamente l'altro possibile ruolo coperto dall'alienante nell'esercizio di una attività comunemente apprezzata come vietata nella letteratura specialistica e nei precedenti giurisprudenziali. Si assume infatti che a costui resti proibito altresì l'esercizio per conto di terzi, in qualità, ad esempio, di institore, o di amministratore di una società

¹⁶ CIAN, *L'azienda*, in *Diritto commerciale*, cit.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 206 s.; BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, I, Padova, 2001, 650 s.; Trib. Ivrea, 19 marzo 2008, *iusexplorer*; Trib. Torino, 30 giugno 2006, in *Giur. merito*, 2006, 2657.

¹⁷ Nell'asserire (ed anzi, proprio per poter asserire) la rilevanza dell'impresa esercitata per mezzo di un prestanome, si assume talvolta che non sarebbe necessaria la percezione, nei terzi, della pertinenza della nuova attività all'alienante, dovendosi considerare qualificata e dunque proibita anche l'impresa in cui questi, pur rimanendo al coperto, si avvalga di notizie relative alla clientela, capaci di attribuirgli una più efficace potenzialità attrattiva: cfr. i già citati AULETTA, *Alienazione dell'azienda*, cit. 1245 s.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 206 s.; adde, MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda, tutela dell'avviamento e divieto di concorrenza*, in *Riv. not.*, 2011, 1387. Con il che si reputa illegittima l'attività compiuta tramite interposta persona, a prescindere da qualsiasi collegabilità al cedente, da parte dei terzi. La tesi tuttavia non convince, per le ragioni esposte precedentemente (*supra*, par. 2).

concorrente¹⁸. La tesi è corretta e va anzi, probabilmente, ampliata. La proibizione non appare invero centrata su una particolare qualificazione della condotta rispetto all'attività, ossia sul fatto che l'azione dell'obbligato si configuri in termini di "esercizio" in senso stretto (in senso giuridico, dunque di riferibilità giuridica, o in senso materiale, dunque di cura e gestione) della medesima, bensì e più in generale sul pregiudizio che la condotta può arrecare alla realizzazione della vicenda traslativa posta in essere. Perciò anche l'assunzione di un ruolo dirigenziale¹⁹ o consulenziale o di procacciatore d'affari nell'impresa altrui può risultare idoneo ad integrare una violazione del divieto; sino al punto che anche il mero fatto del sostegno all'iniziativa altrui, pur giuridicamente non dipendente da alcun rapporto di collaborazione, pare poter rilevare agli effetti dell'art. 2557. Le ragioni dell'attribuzione al divieto di una portata tanto ampia si innervano nella *ratio* generale del medesimo: ancorché il cedente agisca presentando se stesso non più come imprenditore in proprio ma come amministratore o incaricato di un'impresa altrui, palesando dunque la cessazione della propria attività precedente, gli rimane proibita ogni condotta che sia idonea a determinare nei terzi una associazione, nel senso della ideale continuità, tra le due iniziative economiche. Ciò vale d'altra parte a chiarire che non ogni ruolo collaborativo costituisce il presupposto per l'integrazione della violazione, ma solo quello che sia idoneo a provocare un simile effetto di associazione e venga in concreto interpretato dal cedente in modo da provocarlo.

Per queste stesse ragioni, poi, è necessario che l'azione in concorrenza presenti un carattere di pervasività rispetto all'impresa. Non si tratta tanto di un problema di continuità, ossia di durata nel tempo della condotta (anche in questo senso, il concetto di "esercizio" dell'attività potrebbe risultare fuorviante), sebbene di regola le due caratteristiche vengano a sovrapporsi; quanto di incidenza dell'azione sulla posizione reciproca (sempre in termini ideali) delle due imprese coinvolte. Pertanto, la cura di un singolo affare per conto altrui non costituisce per l'alienante violazione dell'art. 2557²⁰, ancorché con questa iniziativa, e giovandosi delle buone relazioni precedentemente instaurate, egli miri alla captazione di un cliente importante sin qui legato all'azienda ceduta.

Ciò non significa, tuttavia, che una simile azione sia legittima. Appare pur sempre invocabile, a protezione (in questo caso sì) del bene trasferito, il dovere generale di buona fede e correttezza, che

¹⁸ MARTORANO, *L'azienda*, cit., 124 ss.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 207 s.; App. Torino, 17 settembre 1973, in *Giur. ann. dir. ind.*, 73, 1031; ma, *contra*, Trib. Torino, 21 marzo 1972, in *Giur. ann. dir. ind.*, 72, 657.

¹⁹ Non così però per PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, 44; per la tesi qui sostenuta, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, VII ed., Milano, 2013, 152 s.

²⁰ Nello stesso senso, a proposito in generale del compimento di atti concorrenziali isolati, COLOMBO, *L'azienda*, cit., 200.

può ben dirsi imporre all'alienante di astenersi dall'approfittare della propria, precedente posizione con lo scopo di arrecare danno all'azienda.

Questa possibile giustapposizione tra divieto di concorrenza e dovere di correttezza delinea allora un quadro articolato, che richiede accuratezza nella decifrazione, essendovi implicati interessi e libertà di rango costituzionale. Non occorre tornare sulla questione generale, già affrontata, della posizione dell'art. 2557 rispetto all'art. 1375: l'aver assegnato al primo un ruolo, nell'economia della vicenda d'impresa, più centrale rispetto a quello attribuibile nella mera prospettiva della buona fede non significa naturalmente che vi sia una cesura tra i due inquadramenti, come d'altra parte non v'è cesura, in generale, tra effetti primari voluti di un atto negoziale e pienezza della loro realizzazione secondo correttezza. Piuttosto, l'art. 2557 vale a determinare ciò che dall'alienante è esigibile, ossia ciò che deve ritenersi corretto ai sensi dei principi generali; in questo senso, l'attività che rimane legittima *ex art. 2557* (per non integrare una concorrenza qualificata), quantunque possa portar danno all'avviamento dell'azienda per il fatto di porsi in competizione con la relativa impresa, è attività da stimarsi anche rispettosa del dovere di correttezza. Peraltro lo stesso art. 2557 non vale a comprimere gli spazi di operatività di quest'ultimo, là dove, pur non essendo in gioco la realizzazione dell'effetto di sostituzione nell'impresa, entri in gioco un'azione diretta a pregiudicare significativamente i valori aziendali, come nell'esempio testé formulato. D'altra parte appare sicuro che, per lo stesso motivo, e a prescindere dal fatto di rivolgere la condotta a pro di un'attività concorrente, al cedente non sia lecito diffondere presso i propri *ex* clienti o fornitori notizie atte a porre in cattiva luce l'acquirente (le sue capacità gestionali, ad esempio, o la sua solvibilità, come pure l'onestà nelle relazioni d'affari), così nuocendo all'azienda. Il dovere di buona fede, in questo senso, non si esaurisce nel divieto di innescare un conflitto tra attività; ma quando un simile conflitto sorga, esso non può ovviamente espandersi al punto da coprire (proibendole) un'area di azioni non vietate dall'art. 2557, nei termini in cui questo va interpretato alla luce della specifica funzione cui assolve.

Resta da ultimo da verificare se la proibizione comprenda anche l'ipotesi dell'acquisto, da parte del cedente, di una partecipazione in una società concorrente²¹. Solitamente, si afferma che, mentre è legittima l'assunzione di una partecipazione che si configuri come di mero investimento, si infrangerebbe contro il divieto la partecipazione per mezzo della quale il socio venisse a trovarsi, rispetto all'impresa societaria, in una posizione di vertice o comunque di condivisione della gestione²². In generale, non c'è dubbio che anche nell'attività promossa da una società partecipata il rischio di pregiudizio in linea di principio possa sussistere e che l'analisi deve condurre ad apprezzare

²¹ COLOMBO, *L'azienda*, cit., 208 ss.; CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 786.

²² E v. Trib. Monza, 13 novembre 2001, *iusexplorer*.

selettivamente le diverse, possibili forme della partecipazione dell'alienante. La partecipazione di mero investimento, se per tale si intende quella di minoranza, finalizzata esclusivamente al conseguimento di un rendimento finanziario e cui non corrisponde una posizione di signoria sull'ente, si pone senz'altro al di fuori dell'area di operatività del divieto. Ma non è questione formale di partecipazione di maggioranza o di minoranza²³; né di entità dei diritti di *voice* ad essa connessi; rileva invece il ruolo che il cedente assume in concreto rispetto alla promozione e alla conduzione dell'attività, rileva cioè il fatto che egli agisca o non agisca in modo da compromettere (il punto è sempre lo stesso) l'ideale continuità dell'impresa servita dall'azienda; conseguentemente, anche l'acquisto di una quota maggioritaria e persino la costituzione di una società unipersonale non determinano una violazione del divieto, finché la condotta del cedente non si pone come causa efficiente potenziale di una simile soluzione di continuità, dunque fino a quando la sua condotta non contribuisce a qualificare la concorrenza svolta dalla società.

4. (segue): *tempo dell'impresa*.

La proibizione riguarda, per espressa previsione legislativa, l'avvio di una *nuova impresa*²⁴.

E' reputata dunque in linea di principio legittima la continuazione dell'attività preesistente, quantunque possa arrecare danno all'azienda ceduta, captandone la clientela; per attività preesistente intendendosi innanzitutto l'impresa, diversa da quella servita dall'azienda medesima, ed esercitata parallelamente dal cedente²⁵. La previsione si spiega certo nell'ottica della ricerca, da parte del legislatore, di un assennato equilibrio tra la protezione dell'acquirente e l'interesse dell'alienante: un obbligo di cessazione di attività pregresse e distinte, a carico del secondo, determinando evidentemente un eccessivo sbilanciamento a favore del primo, reputato non giustificabile nell'economia dell'operazione traslativa posta in essere. L'esclusione poggia peraltro, sotto il profilo sistematico, su una logica più stringente: l'impresa preesistente e che continua per ciò stesso non devia verso di sé la serie imprenditoriale a servizio della quale l'azienda è esercitata; come le due serie coesistevano (come sempre, in una dimensione ideale, prima che giuridica) precedentemente, così continueranno a coesistere.

²³ E v. bene, in proposito, Cass. 25 giugno 2014, n. 14471, in *Riv. dir. soc.*, 2015, 135, con nota di DELLI PRISCOLI, *Cessione di azienda, costituzione di una nuova società e divieto di concorrenza*.

²⁴ Sulla nozione e sulle relative implicazioni v. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 110 ss.

²⁵ Sull'irrelevanza della conoscenza della sua esistenza, da parte dell'acquirente, v. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 113, ove riferimenti anche alla tesi contraria (per la quale, in particolare, COLOMBO, *L'azienda*, cit., 201); MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda*, cit., 1377 s.

Il riconoscimento di questa logica aiuta a meglio definire i termini dell'esclusione. Invero, se l'alienante rimane libero di proseguire l'esercizio della propria iniziativa collaterale nei termini e nei limiti di contesto precedenti, e se rimane lecito che, nella naturale permeabilità tra le due imprese, parte anche consistente della clientela si sposti spontaneamente dall'una all'altra e segnatamente verso quella da lui mantenuta, ricadrebbe invece entro l'area di operatività del divieto l'azione che egli intraprendesse per sviluppare la propria attività proprio entro il contesto relazionale e di mercato occupato dall'azienda ceduta²⁶. Colui che dunque, avendo gestito due punti vendita insistenti nel medesimo quartiere, l'uno di prodotti biologici a chilometro zero e l'altro di generi alimentari industriali, ed avendo ceduto il primo locale, rifornisse poi il secondo di prodotti biologici violerebbe il divieto, non potendo invocare il fatto (in sé, pur vero) che l'ampliamento dell'offerta merceologica costituisce il normale e del tutto naturale sviluppo di ogni attività di distribuzione ed anzi un'operazione di *marketing* più che raccomandabile; non potendo, in altre parole, assumere di avere agito mantenendosi nel quadro dell'impresa preesistente. Per analoghe ragioni violerebbe l'art. 2557 chi, avendo condotto una catena di centri autorizzati di riparazione, distribuita in un ambito territoriale transregionale ed avendo ceduto il centro presidiante una determinata cittadina, espandesse poi la propria attività riproponendosi nella medesima località.

Considerazioni analoghe permettono di comprendere come operi il fattore temporale rispetto all'assunzione, da parte del cedente, di un ruolo gestorio, dirigenziale o consulenziale a beneficio di un'impresa altrui. In linea generale, ha una importanza relativa il fatto che quest'ultima sia iniziata in epoca successiva alla cessione o preesistesse ad essa: la fattispecie oggetto del divieto è comunque integrata, nella misura in cui l'ingresso dell'alienante (dunque, l'inizio da parte sua della collaborazione) qualifichi per le concrete modalità della sua azione la concorrenza nei termini suesposti. Diverso è il caso in cui egli occupasse la posizione nell'impresa del terzo (di amministratore della società concorrente, ad esempio) già prima del trasferimento dell'azienda; il mantenimento della stessa è lecito, ma lo è alle medesime condizioni e nei medesimi limiti in cui è lecita la prosecuzione dell'attività già esercitata in proprio; dunque al cedente è comunque proibito portare l'impresa oltre i confini tracciati dallo spazio relazionale di mercato anteriore, nella direzione dello spazio occupato dall'azienda alienata.

²⁶ Sul problema, per una soluzione per la verità meno rigida, MARTORANO, *L'azienda*, cit., 114; una posizione più vicina a quella qui sostenuta è assunta da COLOMBO, *L'azienda*, cit., 201 s., e, sia pure in termini estremamente sintetici, da BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, cit., 651.

Alla stregua di criteri analoghi devono essere valutati il fatto dell'acquisto di una diversa azienda precedentemente nella titolarità di un terzo²⁷ e quello dell'assunzione di una partecipazione sociale, avvenga questa per acquisto o per sottoscrizione, in una società preesistente.

In tutti i casi in cui sia configurabile in concreto una inosservanza del divieto e l'impresa che agisce in concorrenza sia giuridicamente imputabile ad un soggetto diverso dal cedente, si profila l'ulteriore interrogativo della predicabilità o meno di una corresponsabilità da parte del relativo titolare. Il tema non può essere approfondito in questa sede; sembra tuttavia possibile affermare che, quale che sia la condotta ascrivibile a quest'ultimo, non risulterà mai evocabile una violazione dei doveri di correttezza professionale e dunque della disciplina sulla concorrenza sleale; mentre un suo coinvolgimento nella violazione contrattuale potrà eventualmente passare, se possibile in generale e nel caso specifico, per la via della responsabilità per induzione all'inadempimento.

In ordine ai profili temporali, resta da considerare, per concludere, il limite finale del divieto, che la norma fissa nel decorso di un quinquennio. L'esaurimento del periodo di rilevanza implica certamente la completa riespansione della libertà economica del cedente, il quale potrà dunque aggredire lo spazio di mercato occupato dall'azienda a suo tempo ceduta, con i medesimi strumenti di competizione a disposizione di ogni altro concorrente. Nei cinque anni, viceversa, il divieto opera senza subire, da un punto di vista prettamente formale, alcun temperamento progressivo; tuttavia, la distanza tra la cessione dell'azienda e l'azione concorrenziale non rimane irrilevante: dovendosi sempre procedere ad una valutazione sostanziale, per verificare se la condotta dell'alienante assuma o no in concreto il carattere di concorrenza qualificata, la lontananza nel tempo rispetto all'evento traslativo rende con tutta evidenza progressivamente meno probabile il rischio dal quale la norma protegge l'acquirente. Nuovamente, se si rimane ancorati alla logica della mera tutela del bene, è meno facile cogliere la rilevanza del fattore temporale: qualsiasi attività concorrente, invero, quale che sia il momento in cui è promossa, è per definizione idonea a pregiudicare l'azienda. Portando invece l'attenzione sul piano della continuità dell'impresa, è più semplice comprendere come il pericolo della relativa compromissione sia inversamente proporzionale alla distanza tra l'avvio della nuova impresa e il tempo della cessione²⁸.

5. La vicenda costitutiva del divieto. Trasferimento, usufrutto, affitto; la retrocessione dell'azienda.

²⁷ Nel senso però dell'operatività del divieto *tout court*, in questo caso, MARTORANO, *L'azienda*, cit., 114 s.; in argomento anche COLOMBO, *L'azienda*, cit., 202 ss.

²⁸ In senso difforme, tuttavia, COLOMBO, *L'azienda*, cit., 214 s.

L'art. 2557 suppone un evento circolatorio avente ad oggetto l'azienda. Il dato testuale fa riferimento ai fatti della cessione²⁹ (e si ritiene, correttamente, da intendersi in generale, sia volontaria che coattiva³⁰) e della concessione in usufrutto e in affitto³¹, ponendo il divieto a carico, rispettivamente, del cedente e del concedente.

Al riguardo, si profilano due ordini di questioni.

La prima, senza dubbio la più saliente, discende dal fatto che il novero dei possibili eventi interessanti un'azienda è assai più ampio rispetto al tritico di fatti circolatori considerato dalla disposizione. Al riguardo, la giurisprudenza riconosce al divieto una portata applicativa in linea di principio più estesa, e tuttavia introduce una distinzione tra eventi riconducibili ed eventi non riconducibili alla volontà negoziale: i primi essendo rappresentati da quelle vicende circolatorie contemplate dalle parti come occorrenze fisiologiche dell'operazione posta in essere, i secondi rimanendo invece del tutto estranei allo spettro previsionale delle parti stesse³².

Questa logica distintiva viene declinata con estrema rigidità formale: si afferma ad esempio che il fatto della restituzione dell'azienda al nudo proprietario/locatore, alla scadenza naturale del rapporto, richiamerebbe la disciplina in esame³³, in quanto esito normale e voluto dell'operazione, mentre (come si era accennato) vi rimarrebbe estraneo il fatto della stessa restituzione, quando questa dipendesse dalla risoluzione del rapporto per inadempimento del conduttore/usufruttuario, come vi

²⁹ E' irrilevante il tipo negoziale adottato in concreto (vendita, conferimento in società e via dicendo): MARTORANO, *L'azienda*, cit., 109; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 182; TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 72. Vi è però chi esclude dal novero delle fattispecie costitutive i trasferimenti a titolo gratuito e specialmente le liberalità (ancora MARTORANO, *L'azienda*, cit., 109 s., e pure FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, cit., 712; AULETTA, *Alienazione dell'azienda*, cit. 1232 s.), in base all'assunto per cui il divieto avrebbe nella sostanza una funzione equitativa, tale da renderlo inapplicabile a queste ipotesi; la tesi non persuade, posta la strumentalità del divieto stesso in vista della salvaguardia della continuità d'impresa, che rappresenta l'effetto economico-giuridico dell'atto, tanto a titolo oneroso che gratuito; le parti potranno comunque escluderne pattiziamente l'operatività (v. *infra*, par. 11), se per le sue implicazioni esso fosse reputato eccessivamente gravoso per il donante (così anche COLOMBO, *L'azienda*, cit., 182 s.; cfr. pure BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, cit., 651).

³⁰ In particolare, il divieto è ritenuto applicabile alla vendita dell'azienda da parte del curatore del fallimento, a carico del fallito e per il periodo successivo alla chiusura del fallimento: COLOMBO, *L'azienda*, cit., 185 ss.; PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 40 s.; BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, cit., 653; CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 768 ss.; in giur. v. Trib. Torino 14-7-2006, in *Giur. it.*, 2007, 2520; *contra*, però, FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, cit., 710; FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, II ed., Milano, 1982, 373.

³¹ Per il caso di *leasing* dell'azienda v. MARTORANO, *Il leasing d'azienda*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 6 ss.; SPERANZIN – [TINA], *La cessione d'azienda*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo e Benedetti, II, Milano, 2014, 290 s., ove ulteriori riferimenti.

³² Cfr. Cass. 20 dicembre 1991, n. 13762; App. Milano, 5 aprile 2006, in *Giur. comm.*, 2007, II, 800, con nota di RICOLFI, *Patti di non concorrenza e circolazione dell'azienda*. Diverse altre pronunce sono richiamabili al riguardo, perché si sono occupate del problema relativo all'operatività dell'art. 2558, che è analogo a quello concernente il divieto di concorrenza: rinvio sul punto, anche per i relativi riferimenti, a CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni*, cit., 704 s.

³³ E in dottrina, sul punto, COLOMBO, *L'azienda*, cit., 211 ss.; in senso opposto, tuttavia, PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970, 35.

esulerebbe la retrocessione dell'azienda all'alienante, sempre ove dovuta alla risoluzione della compravendita.

L'assunto della maggiore estensione dell'area di operatività del divieto è corretto, mentre non può essere condivisa la tesi della separazione tra le diverse vicende integranti una sostituzione nell'impresa. Fondamentalmente, la tesi delle Corti si basa sull'argomento per cui, essendo la disposizione derogabile, essa potrebbe agire solo al cospetto di fatti fisiologici rispetto ai quali le parti abbiano potuto determinarsi a riguardo dell'applicazione del divieto. La tesi non persuade, al di là di ogni altra considerazione, atteso che il divieto è posto, ad un livello superiore, in funzione della stessa realizzazione della vicenda di avvicendamento nell'impresa; come si è accennato, esso si radica senza dubbio nella volontà contrattuale, quando la vicenda abbia fonte negoziale, ma non ne dipende necessariamente, cosicché, quando l'evento sostitutivo origini da un fatto diverso, la sua applicabilità non può essere esclusa *a priori* e lo potrà solo allorché risulti non compatibile con l'assetto di interessi eventualmente peculiare, implicato nello specifico tipo di evento³⁴.

In questo quadro, ciascuna delle fattispecie restitutorie prese in esame dalla giurisprudenza summenzionata è tale sicuramente da richiamare l'applicazione dell'art. 2557; e così lo è pure, ad esempio, la vendita dell'azienda con riserva della proprietà, in caso di retrocessione al venditore³⁵. Altre vicende di subentro nella sua conduzione richiedono invece un apprezzamento più cauto: è così che, in caso di rivendicazione della stessa, il divieto di concorrenza può ragionevolmente operare nei confronti del terzo usurpatore solo se egli versi in mala fede³⁶.

La seconda questione suscitata su questo piano concerne la diversa estensione temporale del divieto, che grava sull'alienante per cinque anni, mentre opera nei confronti del nudo proprietario/locatore per l'intera durata del godimento altrui. La norma va intesa nel senso che la proibizione può avere una durata anche più che quinquennale³⁷. Le ragioni della non omogeneità di trattamento sono intuitive: mentre la cessione è vicenda di sostituzione nell'impresa definitiva, la concessione in godimento suppone la reimmissione del concedente nella medesima; la coestensione del divieto e della durata del rapporto si giustifica dunque in ragione della stessa funzione dell'operazione posta in essere ed è finalizzata a garantirne la logica, prevista conclusione; essa protegge d'altra parte l'usufruttuario/conducente, assicurandogli di poter adempiere fino alla fine al proprio obbligo di

³⁴ Per una più ampia argomentazione rinvio a CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni*, cit., 704 ss.

³⁵ A riguardo invece del momento di decorrenza del quinquennio a monte, cioè rispetto al divieto gravante sul venditore con patto di riservato dominio (decorrenza dalla consegna dell'azienda, non dal successivo verificarsi dell'effetto traslativo), MARTORANO, *L'azienda*, cit., 127, nt. 81.

³⁶ V. ancora CIAN, *L'azienda tra diritto dei beni*, cit., 710 s.

³⁷ Così pure COLOMBO, *L'azienda*, cit., 215 ss., ove i necessari richiami all'opinione opposta (per la quale ad es. FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, cit., 712; CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 790 ss.); TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 77 s.

conservazione della serie imprenditoriale, obbligo il cui adempimento potrebbe evidentemente venire pregiudicato da un'azione distrattiva messa in opera dal concedente.

Quando si profili, conseguentemente, l'interrogativo della durata del divieto a riguardo di vicende diverse da quelle espressamente disciplinate, occorrerà distinguere a seconda che l'evento attributivo abbia carattere di definitività o di temporaneità. Il dovere di astenersi dalla concorrenza graverà dunque sull'usufruttuario/conducente per cinque anni dalla restituzione (fermo restando, naturalmente, che la violazione sarà in concreto integrata solo ove la sua concorrenza risulti, nel momento in cui è posta in essere, qualificata nei termini ormai noti, una valutazione sulla quale potrà influire anche la durata della precedente sua conduzione, in quanto elemento atto a determinare la misura di consolidamento della sua posizione sul mercato e dunque di associabilità della sua persona all'impresa servita dall'azienda); e così pure per un quinquennio sarà soggetto al divieto chi abbia restituito l'azienda medesima per la risoluzione del contratto o al titolare rivendicante. In caso di comodato, per contro, andrà applicata la regola della coestensione alla durata del rapporto. Analogamente, nella vendita dell'azienda sotto condizione risolutiva, è plausibile ritenere che il cedente debba astenersi dalla concorrenza anche oltre il quinquennio, finché non divenga certo il mancato avveramento dell'evento, a meno che l'acquirente non sia esentato per contratto dall'obbligo di conservazione dell'efficienza produttiva e della consistenza dell'azienda (che su di lui deve assumersi gravi, in assenza di patto contrario)³⁸.

6. (segue): *Impresa commerciale e impresa agricola.*

L'art. 2557 circoscrive l'area di operatività del divieto al caso dell'impresa commerciale: quando invece l'azienda serva un'impresa agricola, la proibizione operando solo in relazione alle eventuali attività connesse.

Le ragioni storiche della limitazione appaiono comprensibili³⁹. Il radicamento dell'attività agricola principale nella terra e dunque nello specifico fondo che dell'azienda costituiva il nucleo portante era tale da rendere non configurabile una captazione della clientela nei termini in cui ciò è possibile per le attività commerciali. In altre parole, l'eventuale concorrenza promossa dallo stesso cedente non sembrava poter raggiungere quella soglia di pericolosità il superamento della quale soltanto giustifica il divieto.

³⁸ Si aggiunga, per qualche considerazione sulla declinazione del dovere di non concorrenza in caso di vendite sotto condizione sospensiva o di preliminare di vendita, MARTORANO, *L'azienda*, cit., 107, nt. 26.

³⁹ V. sul tema, in generale, SANGERMANO, *Azienda e divieto di concorrenza in agricoltura: riflessioni critiche per una modifica dell'art. 2557 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 787 ss.

In effetti, muovendo da queste premesse, e considerata la crucialità del fondo come elemento determinativo dello stesso spazio relazionale dell'impresa, sarebbe apparso difficile immaginare anche che una qualsiasi competizione dell'alienante potesse compromettere la continuità della serie imprenditoriale che all'azienda (= al fondo) faceva capo.

Lo scenario economico della produzione agricola è tuttavia mutato profondamente nel tempo, il che richiede di riconsiderare da un punto di vista diverso la *ratio* di quella esclusione⁴⁰. La terra è diventata un fattore meramente eventuale e la stessa nozione codicistica dell'attività agricola ne ha registrato le implicazioni. Difficile dunque oggi assumere in via generale che un'azienda avulsa da una precisa contestualizzazione territoriale (di allevamento in batteria, ad esempio) non possa venire pregiudicata dalla concorrenza dell'alienante in modo e misura analoghi ad un'azienda commerciale. D'altra parte, l'esercizio delle attività agricole in generale e così anche di quelle tuttora facenti ricorso ad un fondo è andato vieppiù specializzandosi, strutturandosi e caratterizzandosi nel tempo dal punto di vista della (potenzialmente variabile da impresa a impresa) qualità percepita e apprezzata nel mercato; al punto da rendere ormai verosimilmente errata alla resa dei conti la predicazione di una generale non pericolosità della concorrenza promossa dal cedente.

Si tratta, va da sé, di considerazioni di assai più ampia portata e ben note a chiunque sia chiamato a riflettere in via generale sulla giustificabilità, oggi, del diverso trattamento giuridico che l'ordinamento riserva alle imprese agricole rispetto a quelle commerciali. Nello specifico, peraltro, queste osservazioni inducono a chiedersi se il predicato normativo consacrato nell'art. 2557 non sia superabile, per la via di una interpretazione evolutiva e correttiva della disposizione.

Il dato letterale è per la verità assai preciso. Tuttavia, se si considera che l'art. 2557 non aggiunge al quadro effettuale della vicenda giuridica una conseguenza legale ulteriore, ma esprime un effetto ascrivibile già alla volontà negoziale (il che può essere predicato anche nella prospettiva che ne valorizza la riconducibilità al dovere di correttezza e buona fede), una sua lettura adeguatrice pare operazione ermeneutica sostenibile⁴¹; o, se si vuole, la disposizione pare scavalcabile ancorando il divieto di concorrenza (anche) sull'attività agricola principale direttamente alla volontà delle parti. E' pur vero che alla norma, pur in quest'ottica, deve in generale comunque assegnarsi un valore esegetico e di messa a fuoco di quest'ultima, ma, per le ragioni suesposte, essa non sembra poterne circoscrivere la portata, limitando gli effetti che dalla stessa dovrebbero scaturire; come si è visto, ad

⁴⁰ Si vedano in argomento le considerazioni di MARTORANO, *L'azienda*, cit., 131 ss.; e ancora SANGERMANO, *Azienda e divieto di concorrenza in agricoltura*, cit., 787 ss.

⁴¹ In senso negativo, invece, SANGERMANO, *Azienda e divieto di concorrenza in agricoltura*, cit., 807; una soluzione più aperta è adombrata in MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda*, cit., 1376 s.

esempio, essa non è idonea ad escludere l'illegittimità di condotte pur estranee alla fattispecie disciplinata, quando le si possa comunque considerare lesive dei principi di correttezza.

7. Particolari vicende costitutive e soggetti del divieto: i trasferimenti *mortis causa*;

Altri eventi attributivi dell'azienda attivano il divieto con modalità particolari, in ragione del fatto che vi può essere implicata una pluralità di soggetti in posizioni non immediatamente riconducibili allo schema cedente – cessionario, su cui la disposizione è costruita.

Si tratta anzitutto delle vicende legate ai trasferimenti *mortis causa*: così del legato d'azienda, al cospetto del quale ci si interroghi sulla configurabilità dell'obbligo di non concorrenza a carico degli eredi; come pure, per ragioni diverse, della divisione della massa ereditaria, con assegnazione dell'azienda ad uno dei coeredi. La specificità della fattispecie impone in tali casi di declinare il problema dell'operabilità della norma, superandone lo schema legale tipico; superando, per meglio dire, il dato formale della vicenda attributiva e muovendo piuttosto dall'analisi degli interessi rispettivi, coinvolti nella medesima.

In caso dunque di divisione con assegnazione dell'azienda ereditaria⁴², deve assumersi che l'obbligo di non concorrenza gravi su ciascuno dei non assegnatari. Invero, l'atto di divisione, a prescindere da qualsiasi considerazione in ordine alla sua valenza traslativa o non traslativa, deve considerarsi atto che investe non solo la sfera dominicale (della titolarità dei beni), ma anche la dimensione imprenditoriale, rappresentando una vicenda dell'attività in cui gli interessi tipici della sostituzione nella stessa vengono implicati, al pari che in una vicenda di trasferimento in senso stretto. La divisione suscita dunque senza dubbio l'esigenza di garantire l'ideale continuità dell'impresa, cosicché il divieto deve operare nei confronti dei coeredi: precludendo loro peraltro, come sempre, le sole iniziative concorrenziali in concreto qualificate dalla capacità di deviare la serie imprenditoriale agganciata all'azienda, il che presuppone un progressivo ruolo del coerede in quest'ultima, suscettibile di determinare una vicendevole associazione nella percezione del mercato.

La specificità propria di ogni situazione di iniziale contitolarità dell'azienda, d'altra parte, sollecita una valutazione di pericolosità della concorrenza, calibrata su un possibile assetto in cui a più d'un individuo risulti associabile l'impresa; deve perciò ritenersi qualificata e dunque vietata l'iniziativa concorrenziale che venga percepita anche solo come uno *spin off* di quella originaria, seppure

⁴² Cfr. in argomento MARTORANO, *L'azienda*, cit., 117 s.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 183 ss.; FERRARI, voce *Azienda* [*dir. priv.*], cit., 711; MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda*, cit., 1371.

l'assegnatario, per il ruolo già ricoperto, venga comunque apprezzato come ideale continuatore, *pro parte*, della medesima.

Nel legato d'azienda, la posizione degli eredi quali onerati del medesimo e dunque dell'obbligo di assicurarne l'effettività (che richiede, come in ogni trasferimento d'azienda, non solo l'attribuzione degli elementi componenti l'unità operativa, ma altresì la continuità ideale dell'impresa dalla stessa servita) non collima con la loro posizione rispetto a quest'ultima, che è, dal punto di vista formale (= della titolarità) una posizione di estraneità; mentre il divieto di concorrenza si fonda proprio sul fatto della conduzione dell'impresa da parte dell'alienante. Ciononostante, la continuità potrebbe senz'altro venire pregiudicata da una eventuale iniziativa concorrente promossa dagli eredi, ove questi avessero partecipato attivamente alla conduzione dell'attività, e sia pure non nella veste di titolari, prima della morte del *de cuius*, così da determinare un rischio di associazione tra la vecchia e la loro nuova impresa. Sembra dunque plausibile ancorare alla loro posizione di onerati l'obbligo di astenersi da ogni concorrenza qualificata, nei termini previsti dall'art. 2557⁴³.

8. (segue): *La cessione e l'assegnazione dell'azienda sociale.*

Anche nei trasferimenti dell'azienda sociale si profila un quesito analogo. A questo gruppo di vicende appartengono fattispecie tra loro diverse: quelle della cessione in costanza della vita della società; quelle della cessione ad un terzo da parte della società in liquidazione (in vista dunque della sua estinzione); quelle dell'assegnazione dell'azienda a titolo di liquidazione in natura della quota ad uno dei soci⁴⁴. In tutti i casi si pone la questione se il divieto di concorrenza gravi e a quali condizioni sui soci (sui non assegnatari, nell'ultima ipotesi)⁴⁵.

La linea di continuità nel passaggio dalle vicende *mortis causa* a queste è rappresentata dalla presenza anche qui di soggetti che non occupano la posizione di danti causa formali, ma rispetto ai quali deve porsi il problema dell'applicabilità della norma. Le vicende circolatorie dell'azienda sociale sono però più complesse e tra l'altro aggiungono l'ulteriore elemento della possibile irriferevolezza a quei soggetti della decisione sulla sorte dell'azienda stessa.

⁴³ Nel caso in cui il legato sia posto a carico di un solo erede (ove si ritenga possibile in linea di principio un simile schema anche per i legati di specie), deve dunque ritenersi che solo sull'onerato gravi il divieto di concorrenza. Inoltre, in generale, in caso di accettazione dell'eredità con beneficio di inventario, deve assumersi che l'onerato o gli onerati rispondano per gli eventuali danni arrecati al legatario per effetto di un inadempimento esclusivamente *intra vires*.

⁴⁴ Su cui v. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 118; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 185.

⁴⁵ Profili affatto peculiari presenta poi il problema dell'operatività del divieto in caso di scissione di società, sul quale v. per tutti MARTORANO, *L'azienda*, cit., 108, nt. 29, ove ulteriori, ampi riferimenti; MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda*, cit., 1374.

La maggiore complessità è dovuta alla circostanza che, in queste fattispecie, un fatto traslativo in senso proprio si verifica senz'altro e che un dante causa formale (la società) è sempre ravvisabile. Si tratta dunque di verificare se il divieto sia chiamato ad operare nei riguardi di ulteriori e distinti soggetti⁴⁶. Si interseca con questa anche la circostanza dell'essere il dante causa formale, in alcune vicende, destinato a permanere in vita, e destinato viceversa in altre ad estinguersi proprio all'esito dell'operazione traslativo-liquidatoria.

In termini generali, la questione porta evidentemente già ad interrogarsi sulla estensibilità in via analogica dell'art. 2557. Si tratta di un tema ben noto, rispetto al quale è venuta consolidandosi ormai da diverso tempo la tesi della natura non eccezionale della disposizione⁴⁷, con un'apertura giurisprudenziale decisa all'applicabilità della disposizione specie ai casi di cessione di partecipazioni sociali. Nelle fattispecie ora in esame, peraltro, non si pone un problema di operabilità del divieto al verificarsi di eventi non traslativi in senso proprio di un'azienda, e dunque di estensione su di un piano oggettivo, bensì di cumulo degli obbligati, ossia di estensione sul piano soggettivo.

Un'apertura anche in questa direzione appare comunque senz'altro plausibile, dovendosi assicurare una continuità d'impresa certamente suscettibile di essere pregiudicata anche dalle iniziative assunte dai soci. L'aver individuato la *ratio* della norma nella difesa della funzione economico-giuridica della vicenda d'impresa permette di chiamare il divieto ad operare ogniqualvolta la realizzazione di una simile vicenda sia messa in pericolo.

Tuttavia, esso non può essere ad applicazione illimitata. Se si eccettuano le organizzazioni imprenditoriali più elementari, la struttura direzionale di un'azienda può essere tale da mettere diversi collaboratori in condizione di esercitare una concorrenza potenzialmente qualificata, nel momento in cui essa venisse trasferita: così potrebbe accadere ad esempio per l'istitutore di un'impresa di trasporti o per il dirigente di un'impresa che cura indagini di mercato; per tacere degli amministratori, e specie dell'amministratore unico o delegato, della società cedente. Naturalmente la norma non può avere una portata tanto estesa da intercettare anche questo tipo di concorrenza. E' necessario mettere a fuoco dunque il criterio che, sebbene non esplicitamente, senz'altro presiede alla perimetrazione delle condotte vietate e dei relativi obbligati; criterio che va ravvisato nella correlazione tra vicenda traslativa e volontà dell'obbligato, o meglio in un principio di "autoresponsabilità" e buona fede.

⁴⁶ Neppure nella misura in cui, delle società di persone, si negasse l'autonomia soggettiva, potrebbe più agevolmente riconoscersi l'applicabilità diretta dell'art. 2557 ai soci in quanto danti causa formali: il problema deve comunque essere affrontato su un piano sostanziale di valutazione degli interessi implicati, non potendosi tralasciare l'elemento della riferibilità dell'atto traslativo alla volontà dei singoli soci.

⁴⁷ V. *infra*, par. 9.

Per il che nessun collaboratore dell'imprenditore alienante può essere come tale gravato dal divieto. Ma anche l'amministratore o il liquidatore della società, che abbiano deciso il trasferimento della relativa azienda, restano fuori dall'area di applicazione dell'art. 2557, perché la loro volontà traslativa è determinata da un interesse alieno (quello sociale), che essi hanno il dovere di perseguire.

In una prospettiva così definita può assumere contorni più chiari pure la posizione dei soci, al cospetto della cessione dell'azienda sociale⁴⁸. Il criterio dell'autoresponsabilità implica che, per potersi profilare il problema dell'estensione a loro carico del divieto, essi debbono anzitutto avere svolto nell'impresa un ruolo tale da suscitare una qualche forma di associazione alla medesima della loro persona; essi possono o no averlo assunto, e solo quando e rispetto a coloro che l'abbiano assunto l'interrogativo può porsi; d'altra parte la veste giuridico-formale della loro cooperazione rimane irrilevante; anche una partecipazione di fatto alla conduzione dell'attività è senza dubbio di per sé sufficiente. Inoltre, occorre che la decisione di trasferimento dell'azienda non risulti ad essi estranea, che cioè non sia avvenuta indipendentemente dalla loro volontà⁴⁹. Anche a questo riguardo, non sembra necessario che la manifestazione del consenso abbia assunto forme particolari o si sia innestata in termini particolari nelle procedure decisionali della società; d'altra parte, sul piano prettamente organizzativo, un eventuale voto adesivo formale dei soci resterebbe, nelle società di capitali, di regola ininfluenza quanto all'efficacia dell'atto traslativo nei confronti del terzo acquirente e da parte di costui neppure in sé accessibile, cosicché appare più plausibile assumere la sufficienza di una riferibilità dell'operazione alla volontà dei soci *de quibus*, in qualunque modo evincibile.

Alla stessa stregua, alle medesime condizioni e nuovamente prescindendo dalla struttura giuridica che si voglia dare alla vicenda, può essere predicato l'assoggettamento al divieto, in caso di liquidazione della società con assegnazione in natura dell'azienda ad uno dei soci. La fattispecie presenta tuttavia alcuni elementi di maggiore complessità. Quando l'assegnazione origini dalla volontà dei soci, il ricorso al criterio dell'autoresponsabilità appare invero agevole⁵⁰; molto più delicata la questione si profila invece, quando l'assegnazione medesima sia prevista dallo statuto/contratto sociale, mancando qui un'adesione specifica del socio all'attribuzione dell'azienda,

⁴⁸ In argomento v. MARTORANO, *L'azienda*, cit., 123 s., che nega in generale l'estensibilità; PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 42 ss.; FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, cit., 710; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 198 ss., per la conclusione opposta (e ivi anche riferimenti ulteriori); FERRARA jr, *La teoria*, cit., 374 (per le società personali); v. altresì CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 773 ss.; TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 75 s.

⁴⁹ Non sembra che, nei tipi societari per i quali è previsto *ex lege* un divieto di concorrenza a carico dei soci, dallo stesso possa evincersi per estensione l'obbligo di astenersi dalla medesima anche a favore dell'acquirente dell'azienda sociale, quale estrema frontiera del dovere di non pregiudicare l'impresa sociale (quale dovere, dunque, di non compromettere la possibilità, per la società, di avvicinare un terzo a se stessa, realizzandone il valore). A tacer d'altro, il divieto legale è divieto verso la società; si esaurisce pertanto con e nella società.

⁵⁰ Posto quest'ultimo, in vista dell'applicazione del divieto non occorre neppure sciogliere *a priori* il dubbio se, per una simile assegnazione, occorra il consenso unanime dei soci o sia sufficiente una decisione maggioritaria.

ma sussistendo a suo carico il vincolo derivante dalle carte societarie, espressive di un'adesione che potrebbe considerarsi manifestata *ex ante*⁵¹. E' discutibile peraltro che il vincolo statutario possa considerarsi sufficiente a gravare i soci di un obbligo diretto a limitare la loro libertà imprenditoriale e destinato ad esplicare effetti postumi rispetto alla società; per quanto il quadro appaia di difficile decifrazione, l'operatività dell'art. 2557 appare, in questo caso, meno plausibile.

9. Fatti non traslativi di un'azienda ed estensibilità in via analogica del divieto.

Come si è ricordato, la tesi dell'estensibilità in via analogica dell'art. 2557 ha trovato ampia eco in particolare nella dimensione del fatto costitutivo, venendone predicata l'applicazione al cospetto di vicende non traslative in senso proprio e formale di un'azienda, in quanto reputate comunque assimilabili a queste da un punto di vista economico e sostanziale⁵².

Sotto il profilo dell'oggetto della fattispecie costitutiva, si lascia dunque qui l'ambito dell'azienda per portarsi su altri beni, la disposizione dei quali appare realizzare una vicenda economica equiparabile: beni rappresentati in particolare dalle partecipazioni sociali.

E' noto che le posizioni della giurisprudenza risultano oramai consolidate nel senso dell'operatività del divieto quando venga trasferita una quota di maggioranza, allorché per questa via si determini sostanzialmente la sostituzione nella conduzione dell'impresa⁵³.

Sul punto di principio della ricorribilità all'analogia non è necessario più tornare. Le Corti muovono dall'assunto dell'assenza di profili di eccezionalità nella disposizione, in quanto diretta "solo a disciplinare, nel modo più congruo, la portata degli effetti connaturali al rapporto contrattuale intercorso tra le parti"⁵⁴. La conclusione, nella prospettiva più volte qui evocata, risulta ancora più evidentemente corretta. Non vi è, nella circolazione di partecipazioni sociali, la realizzazione di alcun fatto riguardante in senso tecnico l'esercizio dell'impresa; ma vi è da considerare la continuità della stessa – che formalmente rimane in capo alla società – anche in senso sostanziale, ossia in relazione

⁵¹ Sempre che la relativa clausola non fosse stata introdotta dopo l'ingresso del socio in società e senza il suo consenso, se possibile; questo fatto schiuderebbe un ulteriore profilo di complessità del problema.

⁵² Sulla non eccezionalità dell'art. 2557 v. per tutti, in dottrina, MARTORANO, *L'azienda*, cit., 105 ss. In giurisprudenza, Cass. 20 marzo 2009, n. 6865; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2717; Cass. 19 novembre 2008, n. 27505; Cass. 24 luglio 2000, n. 9682; Cass. 16 febbraio 1998, n. 1643; Cass. 20 gennaio 1997, n. 549; Trib. Grosseto, 27 aprile 2015, *iusexplorer*; Trib. Milano, 29 maggio 2013, *iusexplorer*; Trib. Torino, 22 gennaio 2009, *iusexplorer*; Trib. Belluno, 28 febbraio 2007, *iusexplorer*; Trib. Monza, 13 novembre 2001, *iusexplorer*. In senso opposto si esprimeva una giurisprudenza più risalente: Cass. 23 aprile 1980, n. 2669; App. Cagliari, 26 gennaio 1998, in *Riv. giur. sarda*, 1999, 405; App. Milano, 15 luglio 1997, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1999, 222; App. Bologna, 1 giugno 1996, in *Gius*, 1996, 2037.

⁵³ In dottrina, sul tema, v. per tutti MARTORANO, *L'azienda*, cit., 119 ss.; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 191 ss.; pure BUCCELLATO, *Subentro nell'impresa e divieto di concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, I, 781 ss.

⁵⁴ Così, tra le ultime in argomento, Cass. 25 giugno 2014, n. 14471.

al contesto relazionale e di mercato nel quale essa è svolta; continuità che la concorrenza del socio uscente potrebbe pregiudicare nei termini differenziali (di concorrenza qualificata) che si sono più volte illustrati. Di qui la plausibilità del richiamo all'art. 2557.

E' bene ribadire che il trasferimento di partecipazioni non è di per sé un fatto d'impresa, come invece la cessione d'azienda; ma rappresenta comunque un'operazione traslativa che può essere diretta a realizzare sul piano economico sostanziale un obiettivo assimilabile, o, meglio, un'operazione che, su questo piano, può avere un impatto sulla continuità dell'impresa e che richiama dunque senz'altro le relative regole, nella misura – va da sé – della compatibilità (inutile ricordare che, in particolare, ferma la titolarità formale dell'impresa, non si profila alcun problema di regolazione della sorte dei rapporti giuridici in essere). Non è pertanto necessario mettere in discussione l'autonomia soggettiva della società e neppure evocare l'azienda come oggetto indiretto della cessione⁵⁵. D'altra parte, come si è osservato, la stessa cessione di quest'ultima è, nella prospettiva della disciplina codicistica, mero *medium* per l'applicazione di norme che trovano il proprio fondamento in una logica attinente all'impresa.

Il divieto di concorrenza può operare nei confronti del socio alienante che abbia svolto in qualsiasi veste e a qualsiasi titolo rispetto all'impresa sociale un ruolo tale da determinare un'associazione con la sua persona, suscettibile di essere replicata rispetto ad altra, nuova iniziativa economica che lo stesso intraprendesse. Non per il solo fatto di venire ceduta una partecipazione di controllo, dunque, il divieto si attiva.

E' però questa una condizione che deve reputarsi necessaria. Nel trasferimento di una quota di minoranza, invero, si perde quel nesso economico funzionale con l'avvicendamento nella conduzione dell'impresa, che sollecita l'applicazione della disposizione in esame. In linea di principio, non è escluso che anche il socio di minoranza possa avere assunto nell'impresa una posizione di fatto atta a rendere una sua eventuale attività concorrente qualificata per il pregiudizio arrecabile alla società; ma l'art. 2557 non protegge l'impresa come tale, bensì la parte immessa nel concreto contesto di mercato in virtù di un rapporto bilaterale con il soggetto che, proprio per garantire l'effettività di tale immissione, viene gravato dall'obbligo di astensione. Nella cessione di partecipazioni, il divieto agisce in effetti esclusivamente a beneficio dell'acquirente, non della società (o degli altri suoi soci);

⁵⁵ Ma per una ricostruzione del problema proprio alla luce del dato formale dell'alterità soggettiva o meno della società v., ancora recentemente, BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, cit., 652 s.; ritiene sufficiente tale dato, per escludere l'operatività del divieto, FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, cit., 711.

il che depone per la sua inoperatività quando, nei riguardi del cessionario, per essergli trasferita una partecipazione minoritaria, venga a sfuocare quella funzione immissiva dell'operazione negoziale⁵⁶.

Maggiore complessità presentano le altre fattispecie di *exit*, sia per ragioni strutturali che per motivi attinenti alla posizione che il socio uscente assume nella vicenda. Sotto il primo profilo, il diverso atteggiarsi delle modalità di attuazione dell'*exit* stesso, ossia la diversa sorte del rapporto partecipativo (la sua estinzione o la sua cessione, a seconda del tipo societario e/o dell'esito in concreto della procedura) non può non rilevare. Come non possono non rilevare, sotto il secondo profilo, la circostanza che il socio subisca l'uscita (esclusione) o la provochi (recesso), e, in quest'ultimo caso, le ragioni economico-finanziarie sottese alla sua decisione.

In linea di principio, l'applicabilità del divieto pare da escludere⁵⁷. Dal punto di vista strutturale, quando l'uscita determini l'estinzione della partecipazione, non sembra esservi di regola spazio per configurare una vicenda immissiva alla stregua della fattispecie regolata dalla norma; e, nel caso si proceda per trasferimento, l'inoperatività deriverà normalmente dal fatto di essere implicate partecipazioni di minoranza. Dal punto di vista della fonte causativa della vicenda, alla luce del criterio di autoresponsabilità, il divieto deve rimanere inoperante innanzitutto nelle ipotesi di esclusione; ma anche nel recesso, specie quando esso derivi dal dissenso rispetto ad una decisione adottata dalla società, prevale una volontà di dismissione dell'investimento non più condiviso nei suoi nuovi termini, lontana dalla logica propria dell'art. 2557. Incrociando queste linee perimetrali, resterebbe dunque fondamentalmente solo l'ipotesi, per la verità piuttosto estrema, del recesso *ad nutum* (quando possibile) da parte del socio di maggioranza (cui potrebbe forse assimilarsi il recesso per cause inerenti esclusivamente alla sua persona, come la maturazione di una certa anzianità); ipotesi rispetto alle quali il divieto potrebbe essere verosimilmente chiamato ad operare, quando l'operazione rappresenti in concreto, sostanzialmente, la formula negoziale adottata dalle parti per realizzare di fatto un'attribuzione dell'azienda ai soci rimanenti. In tal caso, il divieto gioverebbe alla società, in caso di liquidazione della quota da parte della stessa; ai soci, ove il recesso venisse attuato per la via della cessione delle partecipazioni, potendosi peraltro immaginare anche un'estensione

⁵⁶ Potrebbe fare eccezione, a determinate condizioni, il caso del trasferimento della partecipazione al socio di maggioranza (quando l'operazione sia diretta a consolidare la posizione di quest'ultimo, con l'estromissione del socio di minoranza); ma in tal caso, più che invocare l'applicazione analogica dell'art. 2557, sembra più plausibile richiamare il dovere di correttezza e buona fede, sempre che, in concreto, ciò appaia suffragato dall'assetto dei rapporti posteriore all'operazione, come voluto dalle parti.

⁵⁷ Per le ipotesi di recesso cfr. anche MARTORANO, *L'azienda*, cit., 121; COLOMBO, *L'azienda*, cit., 194 s.; DELLI PRISCOLI, *Cessione di azienda*, cit., 144; MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda*, cit., 1374 s.; riferimenti anche in FIMMANÒ – PICCHIONE, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Gabrielli, *Dell'azienda* (a cura di Santosuosso), Torino, 2015, *sub* art. 2557, 838 ss. In giurisprudenza, nel senso dell'inapplicabilità al recesso da società di persone (perché non si determinerebbe alcun trasferimento dell'azienda, né diretto né indiretto), Cass. 17 aprile 2003, n. 6169; Trib. Padova, 1 giugno 2005, *iuxexplorer*.

analogica soggettiva, riconoscendo per ragioni di simmetria pure alla società la corrispondente pretesa.

In tutte le vicende di *exit* in cui la disposizione si applichi, infine, il divieto preclude come sempre al socio alienante/recedente solo l'avvio di una nuova iniziativa con modalità tali da generare una concorrenza non generica, ma differenziale.

10. *La circolazione del divieto.*

L'art. 2557 dà vita ad un rapporto obbligatorio che dall'un lato intercorre, come si è avuto occasione di osservare, tra due soggetti in quanto parti di una data vicenda economica (normalmente negoziale), e che dall'altro è intrinsecamente legato all'influenza esercitabile da uno specifico soggetto sull'andamento di una serie imprenditoriale. La disposizione mette dunque in contatto due relazioni che si declinano su piani distinti: l'una tra alienante e acquirente, cioè tra i poli della fattispecie attributiva, l'altra tra l'imprenditore uscente e l'impresa, cioè tra un'attività e il suo autore. Questa particolare conformazione produce un intreccio foriero di alcuni interrogativi sulla sorte del rapporto di fronte agli eventi che riguardino il primo o la seconda (e l'azienda con essa).

Si è talvolta affermato, anzitutto, che, alla morte del cedente, se avvenuta nel quinquennio, il divieto continuerebbe a gravare (ossia: si trasmetterebbe) in capo agli eredi, quando essi, per la posizione a suo tempo concretamente occupata in fatto nell'impresa, fossero in condizione di esercitare una concorrenza qualificata ai danni del cessionario⁵⁸.

La tesi non appare convincente. La norma, come si è già avuto modo di rilevare, non protegge l'impresa *erga omnes*; nessun altro dunque se non l'alienante ora defunto era gravato dal dovere di astensione di per sé, cioè in forza del fatto traslativo; un'imposizione di tale dovere agli eredi potrebbe conseguentemente derivare solo in via successoria; ma esso dovrebbe gravare sui medesimi non in ragione della posizione del trasmittente *mortis causa* rispetto all'impresa (che è una circostanza di fatto personale), bensì per il ruolo concretamente svoltovi da loro stessi, cioè per una circostanza (l'eventuale loro relazione di fatto con l'attività) che restava del tutto estranea e irrilevante nella costituzione del divieto. In altri, e sia pure tecnicamente approssimativi termini, gli eredi dovrebbero essere chiamati a rispondere per un divieto acquistato dal *de cuius*, ma tra i cui presupposti costitutivi

⁵⁸ COLOMBO, *L'azienda*, cit., 195 ss., ove ampi riferimenti alle diverse tesi; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1, IV ed., Padova, 2000, 253; BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, cit., 651; PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 39; in proposito anche la risalente Cass. 18 giugno 1957, n. 2314, in *Riv. dir. comm.*, 1958, II, 43 (pure in nota alla quale indicazioni bibliografiche sulla dottrina meno recente). *Contra*, MARTORANO, *L'azienda*, cit., 122; FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, cit., 710; FERRARA jr, *La teoria*, cit., 374. V. pure CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., 777 s.

si inserirebbe *ex novo*, al momento della successione, un fatto proprio degli eredi stessi. Il che rende inappagante la tesi della sua perpetuazione.

Si è poi affermato che, qualora l'azienda venga ulteriormente ceduta dal cessionario ad un terzo entro il quinquennio, il primo alienante si troverebbe obbligato nei confronti di quest'ultimo⁵⁹. Il secondo acquirente cumulerebbe così la pretesa all'astensione dalla concorrenza verso il proprio dante causa (per cinque anni dal suo acquisto), con analoga pretesa verso l'alienante della prima ora (fino alla scadenza del quinquennio dal trasferimento iniziale della catena).

Anche questo assunto non convince. La pretesa in discorso è verosimilmente di per sé cedibile con l'azienda⁶⁰, così che non pare da escludere la possibilità per il primo cessionario di trasmetterla volontariamente al proprio avente causa. Ma la tesi testé enunciata finisce per configurarla come una sorta di posizione giuridica *propter rem*, destinata a seguire l'azienda indipendentemente da una previsione negoziale delle parti⁶¹. Si valorizza per questa via senz'altro uno dei due livelli relazionali implicati dal divieto (la relazione tra l'imprenditore uscente e l'attività e l'azienda), ma si tralascia di considerare l'altro, ossia che il divieto corre tra le parti di una vicenda data; il che impedisce con una certa sicurezza di assumerne una *vis expansiva* tale da agganciarlo alle sorti dell'azienda e dell'impresa nei termini supposti dalla tesi in esame⁶².

11. *La derogabilità del divieto e i limiti all'autonomia negoziale.*

La derogabilità della norma è riconosciuta pacificamente⁶³.

La legge si fa carico di disciplinare l'ipotesi dell'irrobustimento del divieto, ma ne è affermata senza riserve pure la possibilità di affievolimento e, in linea di massima, anche di completa rimozione⁶⁴.

⁵⁹ COLOMBO, *L'azienda*, cit., 197 s., ove ampi riferimenti; AULETTA, *Alienazione dell'azienda*, cit. 1239; COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., 252; BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, cit., 650; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., 74; FERRARA jr, *La teoria*, cit., 374; MARCHISIO, *Circolazione dell'azienda*, cit., 1389 s.; *contra*, MARTORANO, *L'azienda*, cit., 100, nt. 2; PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 40.

⁶⁰ Non però indipendentemente da questa (così pure ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., 74), perché il suo contenuto è ritagliato sulla specifica impresa dalla stessa servita; trattandosi, cioè, non già di una pretesa all'astensione generica da un certo tipo di attività, ma del diritto di non veder deviata la serie imprenditoriale in cui si è subentrati, non ci può essere in ogni caso trasmissione del primo senza avvicendamento nella seconda.

⁶¹ E v. infatti proprio in questi termini FERRARA jr, *La teoria*, cit., 374.

⁶² Tralascio qui di considerare l'ulteriore questione, talvolta discussa: se il divieto, quando l'alienante abbia costituito una seconda azienda, si trasferisca all'acquirente di questa (v. AULETTA, *Alienazione dell'azienda*, cit., 1238; MARTORANO, *L'azienda*, cit., 122), questione, una risposta affermativa alla quale forzerebbe, verosimilmente, ogni logica economica e giuridica dell'istituto.

⁶³ *Ex multis*, COLOMBO, *L'azienda*, cit., 176 ss.; MARTORANO, *L'azienda*, cit., 103 ss.

⁶⁴ Cfr. per tutti BONFANTE – COTTINO, *L'azienda e la sua circolazione*, cit., 650; FERRARI, voce *Azienda [dir. priv.]*, cit., 709; TEDESCHI, *L'azienda*, cit., 67; SPERANZIN – [TINA], *La cessione d'azienda*, cit., 273.

Quanto all'ampliamento dei termini, non è ammesso sotto il profilo temporale. Lo è, invece, sotto quello dell'ambito delle attività precluse, purché la relativa estensione non sia tale da impedire all'alienante qualsivoglia attività professionale. Il limite è tracciato allo scopo di cercare un ovvio giusto equilibrio tra le esigenze di protezione dell'acquirente e la libertà di iniziativa e di esplicazione della propria personalità professionale, da parte del cedente. La formulazione letterale della norma è tale da apparentemente lasciare spazio a qualsivoglia allargamento a piacere dello spettro delle attività vietate, a condizione che residui un ambito professionale e/o geografico purchessia di manovra per l'alienante⁶⁵; in realtà, sulla disposizione si innesta com'è naturale anche il principio di funzionalizzazione del negozio (art. 1322), che deve rispondere a interessi meritevoli di tutela, calibrati sul concreto assetto, attuale e prospettico, dell'impresa oggetto della vicenda⁶⁶, il che riduce di regola drasticamente gli spazi di operatività dell'autonomia contrattuale.

Quanto alle deroghe di segno opposto, la tesi tradizionale può essere accolta, ma con qualche puntualizzazione. Nella prospettiva comune, si tratta di proteggere l'oggetto del negozio da possibili *vulnera* che non ne compromettono l'identità e la consistenza in sé, ma le attitudini d'uso e il valore; d'altra parte, la fattispecie costitutiva del divieto viene riguardata esclusivamente nella sua dimensione traslativa, che si esaurisce *uno actu* e non è dunque di per sé pregiudicabile da una condotta successiva del cedente; non solo la comprimibilità, ma anche l'integrale neutralizzabilità del divieto per patto sono dunque comodamente deducibili da queste premesse.

Considerando l'operazione, invece, nella sua valenza di vicenda sostitutiva nell'attività, destinata a far proseguire la serie imprenditoriale in capo all'acquirente, e come tale avente un orizzonte di realizzazione proiettato nel tempo successivo al perfezionamento del negozio, si coglie la centralità del divieto in vista della stessa piena attuazione della sua funzione economico-giuridica. Il punto è stato più volte sottolineato. Una rimodulazione dell'obbligo di astensione per via contrattuale appare dunque possibile, ma non al punto da permettere una radicale decontestualizzazione dell'azienda ceduta e da contraddire così la funzione tipica dell'atto (come, dandosi certe condizioni, potrebbe essere se, nella cessione di un'azienda di ristorazione, si escludesse, in una con il divieto di concorrenza, anche il trasferimento dell'insegna); il quale atto, in un caso simile, ferma la validità del quadro negoziale complessivamente voluto dalle parti, uscirebbe però dall'area dei trasferimenti d'azienda.

L'assunto merita un approfondimento, dal momento che attorno alla questione dell'amovibilità o meno del divieto si sono legate talvolta nel passato considerazioni incidenti sulla stessa ricostruzione

⁶⁵ Ma v. COLOMBO, *L'azienda*, cit., 217 ss.

⁶⁶ Cfr. pure MARTORANO, *L'azienda*, cit., 129 s.

sistematica del trasferimento d'azienda come fattispecie negoziale, specie allorché si è associata (per respingerla) la tesi della sua incancellabilità all'idea che esso dovrebbe considerarsi allora diretto ad impedire all'alienante di riappropriarsi del bene ceduto (identificato per assurdo nella clientela, o nell'avviamento)⁶⁷. L'averne qui predicato il collegamento con la funzione economico-giuridica della vicenda traslativa, in una prospettiva centrata sulla continuità della serie imprenditoriale come effetto tipico della fattispecie, non deve evocare soluzioni simili. Il divieto di concorrenza è diretto ad assicurare la realizzazione di tale funzione *nella sua pienezza*. In linea di principio, la concorrenza del cedente non è evento che neutralizza in radice e per definizione la continuità dell'impresa, ma che ne compromette, per l'appunto (e solo), la pienezza. Perciò l'ablazione pattizia del divieto deve considerarsi in linea generale compatibile con il trasferimento di un'azienda. Ma può costituire un elemento della vicenda che, in uno con altri, (ri)configura la volontà negoziale come non indirizzata verso alcun avvicendamento nell'impresa e (ri)qualifica pertanto la fattispecie portandola all'esterno della fattispecie trattata negli artt. 2556 ss. In questi (circostritti) termini, e solo in questi, può dirsi che il divieto di concorrenza presenta un profilo di non assoluta derogabilità⁶⁸.

⁶⁷ V. ancora MARTORANO, *L'azienda*, cit., 101 s.

⁶⁸ A conclusioni non dissimili sembra pervenire, in definitiva, anche COLOMBO, *L'azienda*, cit., 178, il quale conferisce alla cancellazione del divieto, eventualmente, il carattere di indizio (ove ne concorrano altri) dell'inqualificabilità della concreta vicenda negoziale come trasferimento d'azienda; v. pure PETTITI, *Il trasferimento*, cit., 37; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza*, cit., 77 s.