

# DIZIONARIO SISTEMATICO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

a cura di

Lorenzo F. Pace

ESTRATTO



Jovene editore 2013

## Gli aiuti di Stato e la concorrenza sleale

*Sommario:* **I.** LA VIOLAZIONE DI NORME IMPERATIVE E DI PRESCRIZIONI PUBBLICISTICHE COME ATTO DI CONCORRENZA SLEALE. – 1. Ambiti e limiti di applicazione. – 2. Concorrenza sleale e illecito aquiliano. Cenni. – **II.** IL RAPPORTO TRA LE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E LA DISCIPLINA REPRESSIVA DELLA CONCORRENZA SLEALE. – 1. Considerazioni generali. – 2. Segue. Responsabilità dell'impresa beneficiaria di un aiuto nei confronti dei diretti concorrenti. – 3. Evoluzioni giurisprudenziali. – **III.** (*Segue*) RIMEDI E TECNICHE DI RICOMPOSIZIONE DEGLI INTERESSI ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA RILEVANTE. – **IV.** CONCLUSIONI.

### **I.** LA VIOLAZIONE DI NORME IMPERATIVE E DI PRESCRIZIONI PUBBLICISTICHE COME ATTO DI CONCORRENZA SLEALE

1. *Ambiti e limiti di applicazione.* – Il processo di continua amministrativizzazione dell'ordinamento e delle relazioni sul mercato, insieme alla crescente moltiplicazione di interventi legislativi (comunitari e nazionali) rivolti, a vario titolo, alla salvaguardia della concorrenza e alla tutela del mercato hanno rinnovato il dibattito sul coordinamento nell'*enforcement* delle relative discipline. In tale contesto, la rinvigorita curvatura costituzionale del bene della concorrenza coniugata alla rilevanza delle disposizioni codicistiche in particolare sulla concorrenza sleale, suggeriscono di tornare a riflettere sulle ipotesi in cui la violazione di una norma pubblicistica in generale, e specificamente della disciplina in materia di aiuti di Stato, costituisca una condotta lesiva del paradigma della correttezza professionale in contrasto con la disciplina repressiva della concorrenza sleale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2598 c.c. e seguenti.

Per inquadrare correttamente la questione sembra utile muovere da una duplice premessa: anzitutto, una medesima

condotta può al contempo violare diversi beni giuridici, così esponendosi ad altrettanti profili di censura; in secondo luogo, una stessa condotta può violare un medesimo bene giuridico che l'ordinamento protegge con diversi strumenti, nel qual caso è il criterio della prevalenza della disposizione speciale rispetto a quella generale, che arretra, a dover guidare l'interprete nell'identificazione della disciplina applicabile.

Se quelli appena ricordati sono i principi generali, si tratta ora di calarli nel particolare al fine di verificare: *i*) se ed in che limiti la violazione di una norma di diritto pubblico, ivi compresa quella che concede un aiuto di Stato, costituisca al contempo un atto di concorrenza sleale, ascrivibile all'art. 2598 c.c.; *ii*) se ed in che termini la conformità di una condotta alle norme pubblicistiche, e dunque alle previsioni in materia di aiuti di Stato, possa comunque qualificare un atto di concorrenza sleale.

Nell'un caso (*i*), e in prima approssimazione, il nodo va sciolto ricorrendo alle teorie sul cumulo di discipline e di responsabilità, rispetto alle quali si delineano tre diverse linee interpretative: la prima, appellandosi alla concezione etica di correttezza professionale, riporta ogni violazione delle norme pubblicistiche da parte di un imprenditore ad un atto di concorrenza sleale<sup>1</sup>; la seconda, facendo leva sulla nozione corporativa di correttezza, ripudia il cumulo di responsabilità nel presupposto dell'assorbimento del rilievo concorrenziale della condotta contraria ad una norma pubblicistica in quello amministrativo o penale della condotta già sanzionato ad altro titolo; la terza, valorizzando la nozione normativa della correttezza professionale, si pone in posizione intermedia, concludendo che la

<sup>1</sup> Critica tale impostazione C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1997, p. 127, a giudizio della quale ad identificare la scorrettezza professionale con

la violazione di norme imperative si vanifica l'autonomo rilievo normativo della scorrettezza riducendola ad una *species* della colpa.

condotta contraria ad una norma pubblicistica possa integrare o no una forma di concorrenza sleale a seconda del rilievo che la norma pubblicistica e la sua violazione assumono per il corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

Diversamente dalle prime due, è la terza lettura a prevalere per flessibilità ed intrinseca capacità a cogliere la complessità ed articolazione del caso concreto così consentendo un opportuno bilanciamento. Proseguendo lungo questo filone, si tratterebbe di identificare le ipotesi in cui le norme pubblicistiche sono direttamente rivolte alla tutela della concorrenza, perché in tal caso sarebbe la stessa cornice pubblicistica a fornire gli strumenti interpretativi utili a decodificare i principi di lealtà cui gli imprenditori devono informare la propria condotta, così che in caso di violazione di tali previsioni ricorrerebbe un atto di concorrenza sleale. Là dove, invece, le norme pubblicistiche non si proponessero come fine di tutelare anche la concorrenza, allora la condotta contraria a quelle norme potrebbe sì integrare un illecito concorrenziale ai sensi dell'art. 2598 c.c., ma solo ove essa fosse capace di incidere sulla concorrenza.

D'altra parte, nemmeno questa terza ipotesi esegetica è immune da critiche, tenuto conto che, come avverte la migliore dottrina, sembra "decente ritenere che, salvo ipotesi eccezionali, la violazione di leggi dello Stato sia sempre in contrasto con i principi di correttezza"<sup>2</sup>. Per scriminare dunque le condotte lecite da quelle illecite andrebbero distinte le norme pubblicistiche violate a seconda che prescrivano limiti all'esercizio dell'attività imprenditoriale, costi o oneri. Nel caso in cui ad essere infrante siano delle norme del primo tipo, ricorrerà anche una fattispecie concorrenzialmente illecita. Nell'ipotesi in cui la violazione riguardi norme che impongono costi, essa integrerà una fattispecie complessa comprensiva di un illecito concorrenziale se a quella infrazione si colleghi un atto da cui scaturisca un danno concorrenziale. Infine, nell'ipo-

tesi in cui la violazione si riferisca a norme che impongono degli oneri, per quanto da più parti si invochi la difficoltà di ravvisare in essa la fonte di un comportamento concorrenziale, non pare che questo possa escludersi. Al pari infatti della violazione di norme che impongono costi (ad esempio, quelle sul pubblico impiego) quelle che prescrivono oneri (ad esempio, licenze o autorizzazioni) possono ben tradursi in un risparmio e a sua volta in un vantaggio concorrenziale, che, sfruttato, causi un danno concorrenziale.

Quanto all'altro caso (ii), in cui il quesito che ci si pone è se la conformità di una condotta ad una norma pubblicistica possa comunque lasciare spazio ad una sua valutazione in termini di illiceità, la risposta, tutt'altro che univoca, evoca il tema del concorso di discipline. In linea di principio, si riconosce che l'aderenza di un comportamento ad una norma anche imperativa non precluda la sua difformità rispetto ad altro *corpus* normativo. D'altra parte, per verificare in concreto la sussistenza di un illecito concorrenziale, occorre risalire alle finalità della norma pubblicistica e, solo nel caso in cui questa sia di stampo filo-concorrenziale e la condotta all'esame si limiti a realizzare quell'obiettivo, parrebbe ragionevole arrestare qualsiasi ulteriore valutazione in merito alla rilevanza della condotta nella prospettiva dell'art. 2598 c.c.

2. *Concorrenza sleale e illecito aquilano. Cenni.* – A fronte di un comportamento attuato da parte di un'impresa in violazione di una norma pubblicistica che, sulla base delle verifiche che precedono, al contempo integri un illecito concorrenziale, il concorrente leso ovvero le relative associazioni professionali sono legittimate a tutelare i propri interessi nelle sedi giudiziali competenti ed in particolare a promuovere dinanzi al giudice civile: i) l'azione inibitoria e di rimozione degli effetti della condotta illecita, per il cui esperimento è sufficiente la prova della ricorrenza degli estremi dell'atto di concorrenza sleale, ma non del dolo o

<sup>2</sup> COSÌ. A. VANZETTI - V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7<sup>a</sup> ed., 2012.

della colpa dell'autore, né di un effettivo danno patrimoniale, essendo sufficiente il mero danno potenziale; *ii*) l'azione di risarcimento del danno, che richiede invece la prova dello stato soggettivo dell'autore (colpa che peraltro si presume una volta accertato l'atto di concorrenza sleale) e del danno patrimoniale. Nell'ambito di tale azione, il giudice può disporre la sanzione della pubblicazione della sentenza sulla stampa.

In effetti, al concorrente che ritenga di essere stato danneggiato da un atto di concorrenza sleale è fatta salva la possibilità, almeno a livello di principio, di far leva sull'art. 2043 c.c. per tutelare i propri interessi.

In giurisprudenza il rapporto tra le due norme è stato risolto considerando l'illecito concorrenziale come una *species* del più ampio *genus* dell'illecito civile<sup>3</sup>. Più in particolare la specialità della concorrenza sleale rispetto all'illecito civile andrebbe individuata con riferimento ai requisiti della legittimazione (attiva e passiva) nonché ai mezzi di reazione dell'illecito, mentre per quanto riguarda i presupposti e le conseguenze risarcitorie della responsabilità le due categorie coinciderebbero<sup>4</sup>. Così operando, la responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* viene ad assumere un ruolo sussidiario tale per cui si ricorre a tale disposizione ogniqualvolta non vi siano i requisiti oggettivi e soggettivi per il ricorso all'art. 2598, n. 3, c.c.<sup>5</sup>

## II. IL RAPPORTO TRA LE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI AIUTI DI STATO E LA DISCIPLINA REPRESSIVA DELLA CONCORRENZA SLEALE

1. *Considerazioni generali.* – Alla luce dell'inquadramento generale che precede, si può ora passare ad esaminare il rapporto tra le disposizioni pubblicistiche in

materia di aiuti di Stato e la disciplina repressiva della concorrenza sleale, che, come detto, promuove a livello privatistico la tutela della concorrenza nelle relazioni tra imprese direttamente concorrenti che insistono sul mercato<sup>6</sup>.

Dal campo dell'analisi rimane pertanto estraneo, da una parte, il rapporto, anche patologico, che si possa instaurare tra impresa beneficiaria e Stato Membro e, dall'altro, la relazione che possa intercorrere tra Stato Membro concedente l'aiuto ed imprese concorrenti del soggetto beneficiario che, nel rivendicare l'incompatibilità ovvero l'illegittimità della misura, richiedano allo Stato di risarcire i danni ingiustamente causati dalla sua concessione.

Ciò che rileva ai fini della sussistenza di un comportamento scorretto censurabile dinanzi al giudice civile nazionale è, dunque, l'autonoma rilevanza giuridica dell'atto di concorrenza sleale posto in essere dall'impresa beneficiaria di un aiuto concesso dallo Stato nei confronti di un diretto concorrente sempre che si traduca in una specifica condotta: *i*) sostanzialmente contraria alle disposizioni in tema di concorrenza e incompatibile con la disciplina degli aiuti, ovvero diretta a specifiche ricadute commerciali dell'indebita fruizione di un aiuto<sup>7</sup>, *ii*) causalmente e direttamente ascrivibile all'aiuto di cui ha beneficiato.

Mentre ai fini del punto *ii*) il problema che si pone è di tipo essenzialmente probatorio, dovendo il concorrente provare che la condotta che, se del caso, qualifica l'illecito concorrenziale è causalmente legata alla misura censurata, ai fini dell'*i*), il punto di partenza è che le regole relative agli aiuti concessi dagli Stati sono direttamente e specificamente volte a garantire che la concorrenza tra imprese non sia

<sup>3</sup> Cass., n. 1829, 26 giugno 1973, in *Foro it.*, 1973, I, c. 3371. In senso contrario si veda però Cass, n. 2106, 6 luglio 1971, in *Riv. dir. comm.*, 1972, p. 108, stando alla quale «la concorrenza sleale resta autonoma e non più una semplice specie del più ampio *genus* costituito dall'illecito aquiliano». in dottrina, cfr. A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, 2005, p. 23; C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1997, p. 125.

<sup>4</sup> A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, cit.

<sup>5</sup> Così. A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7<sup>a</sup> ed., 2012.

<sup>6</sup> Per una lettura aggiornata sui valori perseguiti, V. FALCE, *Appunti in materia di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 423.

<sup>7</sup> A. GENOVESE, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato*, in *Corr. giur.* 2007, 6, p. 845.

falsata da aiuti che avvantaggino indebitamente talune imprese o talune produzioni rispetto alle loro concorrenti. Si tratta dunque di norme che, in quanto tali, qualificano la nozione di correttezza professionale ai sensi dell'art. 2598 c.c., così che l'accertamento della conformità della pratica rispetto alle previsioni in tema di aiuti di Stato determina la conformità di una condotta al paradigma della correttezza.

2. (*Segue*) *Responsabilità dell'impresa beneficiaria di un aiuto nei confronti dei diretti concorrenti*. – Se è discutibile che sull'impresa beneficiaria gravi l'obbligo di verificare la regolarità e in ultima analisi la legittimità dell'aiuto erogato (nel presupposto che tali obblighi di notifica e di *standstill* abbiano efficacia esclusivamente verticale e come tali incombono solo sullo Stato membro<sup>8</sup>), d'altra parte la giurisprudenza comunitaria respinge l'idea che il beneficiario di un aiuto di Stato illegale possa, sulla base del diritto dell'Unione europea, essere ritenuto responsabile del pregiudizio subito da un proprio concorrente<sup>9</sup>.

A prescindere dunque dal raggio di azione del generale onere di diligenza che incombe sull'*accipiens*<sup>10</sup> e dal rischio a cui questi si espone nello sfruttare un aiuto che non sia stato preventivamente notificato e valutato favorevolmente in sede comunitaria, l'eventuale azione promossa dal concorrente nei confronti del beneficiario per concorrenza sleale potrebbe ra-

dicarsi non sulle norme di diritto comunitario (che si rivolgono esclusivamente agli Stati membri), quanto piuttosto sui principi e le prescrizioni di diritto interno in tema di responsabilità<sup>11</sup>.

In concreto, dunque, essendo difficilmente perseguibile la strada della "copertura" normativa offerta dalla misura che attribuisce un aiuto in violazione della disciplina comunitaria, e risultando difficilmente invocabile il relativo legittimo affidamento da parte del beneficiario, il concorrente può sì promuovere un'azione ai sensi dell'art. 2598 c.c. sempre che sia in grado di provare ora il nesso causale tra la misura illegittima e l'atto scorretto attuato sulla base e per effetto della misura (nel caso di aiuto incompatibile) ora l'autonoma condotta anticoncorrenziale in violazione degli articoli 101 e 102 TFEU (o delle corrispondenti normative nazionali) ovvero attuata in modo abusivo<sup>12</sup> (nel caso di aiuto illegale). In entrambe le circostanze, il giudice nazionale svolge una funzione sussidiaria e complementare alla Commissione europea, in quanto, oltre eventualmente a compiere una serie di valutazioni preliminari, è chiamato ad accertare se la strategia intrapresa non solo sia direttamente riconducibile all'aiuto concesso, ma si sia tradotta in un atto di concorrenza sleale le cui conseguenze non siano assorbite dalle misure disposte per il ripristino dello *status quo ante* in termini di condizioni di concorrenza sul mercato. Per esigenze di coordinamento, qualora sulla conformità

<sup>8</sup> C. Giust., 11 luglio 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI)* e a. c. *La Poste* e a., C-39/94, in *Racc.* 1996, I-3547. In senso contrario si veda A. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2001, 3, 223, che critica tale orientamento ritenendolo eccessivamente formalistico e tale da trascurare del tutto che l'effetto diretto del diritto dell'Unione europea si produce anche nei confronti dei singoli.

<sup>9</sup> C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Giappichelli, 2012.

<sup>10</sup> Si veda in proposito F. FERRERO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *La "Modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di*

*public e private enforcement*, (a cura di) C. SCHEPISI: secondo l'Autore sarebbe sempre più difficile ammettere che i beneficiari di un aiuto di Stato ne possano ignorare la illegittimità o la incompatibilità rispetto alla disciplina comunitaria, stante la presenza di ampia giurisprudenza e di atti di orientamento che avrebbero ormai codificato la prassi delle corti e della Commissione europea.

<sup>11</sup> Corte di Giustizia, "SFEI", cit.; Commissione europea, Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U.C.E., 2009, C-85 11, § 44 e 53. In dottrina, si veda da ultimo, C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit.; A. GENOVESE, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato*, cit.

<sup>12</sup> C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit.

dell'aiuto alla disciplina comunitaria non si sia ancora espressa la Commissione europea, è fatta salva la facoltà del giudice nazionale di adottare, se richiesto, i provvedimenti cautelari più opportuni. Infine, se il giudice nazionale si pronuncia in un momento successivo rispetto alla decisione della Commissione europea sulla conformità dell'aiuto, esso deve necessariamente tenere in considerazione la decisione comunitaria.

Passando, invece, all'ipotesi in cui la pratica realizzata risulti conforme alle norme in tema di aiuti (in quanto legittimo, perché regolarmente comunicato alla Commissione europea, e compatibile, perché da questa autorizzato), ma, risultati nondimeno scorretta sensi dell'art. 2598 c.c., si tratta di distinguere tra conformità procedurale – che, non implicando alcuna valutazione nel merito, non garantisce la conformità della condotta dell'impresa sul mercato alle norme in materia di concorrenza – e conformità di tipo sostanziale, che può determinare un concorso di norme. In tal caso, la valutazione del giudice nazionale, che deve muovere dalla ricostruzione del quadro normativo e tener conto del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, non può valutare come contrarie al principio di correttezza professionale quelle condotte attuative del beneficio derivante dall'aiuto di Stato legittimo e quelle che per l'impresa beneficiaria della misura sono doverose, perché entro questi margini la tutela della concorrenza e della correttezza è assicurata dalla disciplina comunitaria in materia di aiuti. Al di fuori di questi limiti, invece, il giudice può liberamente apprezzare la correttezza della condotta ex art. 2598 c.c.<sup>13</sup> e se del caso avvalersi dello strumentario offerto a livello di *private enforcement*. E ciò nel condivisibile presupposto che l'accipiens occupa una posizione di privilegio che le impone la speciale responsabilità di non sfruttare il vantaggio concorrenziale conseguito oltre

la finalità, i margini e i limiti consentiti così causando un ulteriore e ingiustificato danno al mercato e ai concorrenti.

3. *Evoluzioni giurisprudenziali.* – La giurisprudenza, assai copiosa in materia di aiuti di Stato, saltuariamente si è occupata delle interferenze ed intersezioni con la disciplina repressiva della concorrenza sleale<sup>14</sup>. Tra i principali precedenti che segnano le evoluzioni della materia, si segnalano i seguenti:

#### Caso *Grandi Traghetti di Navigazione*

Nel caso in oggetto, l'azione è stata proposta di fronte al Tribunale di Genova da Grandi Traghetti di navigazione (GTN) nei confronti di Viamare di navigazione (VDN) per comportamenti sleali consistenti nell'applicazione di tariffe sottocosto nonché nella sollecitazione della clientela in maniera scorretta. GTN in particolare sosteneva che l'applicazione di tariffe sottocosto per i servizi di navigazione da Genova a Termini Imerese non era frutto di una autonoma politica imprenditoriale, ma diretta e immediata conseguenza dell'erogazione di aiuti di Stato concessi dal Governo Italiano a Finmare, società controllante di VDN. A tal fine GTV chiedeva al Tribunale l'adozione di misure cautelari nei confronti di VDN ai sensi dell'art. 700 c.p.c., con rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia teso ad accertare se le misure statali in questione potessero considerarsi come aiuti di Stato ai sensi della rilevante normativa.

Il Tribunale di Genova riconosceva che in linea di principio un aiuto di Stato lesivo della disciplina comunitaria qualifica un atto di concorrenza sleale, con la conseguenza che il beneficiario può essere destinatario di una misura cautelare. Nel merito, tuttavia, il Tribunale di Genova escludeva innanzitutto l'applicazione delle norme in tema di aiuti di Stato ai servizi di navigazione (cfr. Reg. EC 3577/92, art. 6) ed in secondo luogo negava che i fi-

<sup>13</sup> A. GENOVESE, *Tutela urgente della concorrenza e inibitoria della condotta dell'impresa beneficiaria di aiuti di Stato*, cit.

<sup>14</sup> La prassi dimostra come siano di gran lunga più numerose le azioni promosse dal beneficiario per opporsi ad un ordine di esecuzione in-

terno, rispetto a quelle esperite dal concorrente sulla base della mera illegalità dell'aiuto, o anche a seguito di una decisione negativa della Commissione: così C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale*, cit., p. 206.

nanziamenti concessi a VDN potessero qualificare aiuti di Stato trattandosi di mezzi reperiti sul mercato.

#### Caso *Alitalia/Airone*<sup>15</sup>

Nella vicenda in esame, la Commissione europea aveva autorizzato nel 2004, come forma di aiuto individuale da parte dello Stato italiano alla compagnia di bandiera, la concessione di una garanzia per il finanziamento-ponte erogato a marzo del 2005 per una durata di dodici mesi ad Alitalia da alcuni istituti di credito al fine di assicurare la copertura del fabbisogno netto di contante ed evitare il rischio di insolvenza della società. La Commissione europea aveva ritenuto l'aiuto compatibile con la disciplina comunitaria sempre che venissero rispettate due condizioni: *i*) che all'erogazione dell'aiuto si accompagnasse l'adozione di un idoneo piano di ristrutturazione e *ii*) che durante la fruizione dell'aiuto si scongiurasse un aumento di capacità della flotta di Alitalia. Nel novembre 2005 Alitalia aveva manifestato "interesse a partecipare" ad una procedura di licitazione per l'acquisto del complesso aziendale del Gruppo Volare in amministrazione straordinaria. Airone, anch'esso interessato a partecipare alla procedura, aveva chiesto al giudice romano di inibire in via cautelare la partecipazione di Alitalia sostenendo che quest'ultima avrebbe in tal modo sfruttato i vantaggi concorrenziali dell'aiuto per finalità non strettamente inerenti a quelle per cui l'aiuto era stato concesso. Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 27 gennaio 2006, aveva accolto la posizione di Airone nel convincimento che alla data della manifestazione del proprio interesse alla partecipazione alla procedura Alitalia beneficiava dell'aiuto, che era stato concesso per assicurare il solo funzionamento corrente dell'azienda e non anche l'aumento delle capacità della flotta.

Alitalia aveva proposto reclamo avverso la pronuncia del giudice di primo grado ed il giudice esaminati i fatti e le argomentazioni aveva accolto il reclamo e

revocato il provvedimento cautelare. Ad avviso del Tribunale, infatti, prima della restituzione del prestito ponte garantito, Alitalia aveva manifestato esclusivamente il proprio interesse a prendere parte alla gara per l'aggiudicazione del complesso aziendale in vendita. Alitalia aveva dunque realizzato una condotta che in quanto preparatoria e preliminare era di per sé inidonea ad incidere sul mercato, sui concorrenti e sull'esito della procedura fino alla presentazione dell'offerta irrevocabile di acquisto la quale era avvenuta nel dicembre 2005, dopo cioè la ricapitalizzazione e la (anticipata) restituzione del finanziamento ponte. Ciò significava che Alitalia aveva presentato la propria offerta irrevocabile di acquisto in un momento in cui era cessata l'efficacia dell'aiuto di Stato e con essa era venuto meno l'impegno di Alitalia verso la Commissione europea di non aumentare la flotta. Nel concludere, il Tribunale aveva negato la sussistenza del *fumus boni iuris* nella pretesa di Airone in quanto, in ragione della tempistica degli atti e dei fatti in causa, Alitalia non aveva disatteso alcuna disposizione comunitaria in materia di aiuti di Stato nè attuato alcuna condotta concorrenzialmente sleale.

La vicenda è stata oggetto di accesa critica da parte della dottrina<sup>16</sup> in quanto nella prima ordinanza, il giudice applicava il criterio del cumulo di responsabilità senza aver accertato incidentalmente la violazione di alcuna prescrizione comunitaria e senza motivare le conseguenze anticoncorrenziali della condotta di Alitalia in un mercato ben individuato. L'ordinanza che decideva sul reclamo proposto da Alitalia, invece, basava la propria decisione sugli effetti giuridici e patrimoniali connessi alla condotta di Alitalia, senza invece tener conto degli effetti restrittivi derivanti dalla strategia commerciale dell'impresa. Diversamente, il giudice avrebbe dovuto anzitutto individuare le limitazioni alla condotta di Alitalia imposte dalla decisione della Commissione che autorizzava gli aiuti, e successi-

<sup>15</sup> Tribunale di Roma, Ordinanza 27 gennaio 2006 e Tribunale di Roma, sez. II, Ordinanza 14 marzo 2006.

<sup>16</sup> A. GENOVESE, cit.

vamente valutare la liceità della condotta posta in essere rispetto alle più rigide coordinate del diritto della concorrenza. In questa prospettiva si sarebbe potuto sostenere che il mercato rilevante in questione era pregiudicato, dal punto di vista della concorrenza, dalla presenza di aiuto ad un'impresa ma era al tempo stesso tutelato da iniziative dell'impresa beneficiaria che amplificassero gli effetti distorsivi insiti nell'aiuto. Lungo tale traiettoria, si sarebbe potuto ritenere che la condotta di Alitalia, per quanto conforme alla norme in tema di aiuti di Stato, poteva comunque essere considerata scorretta e idonea a danneggiare i concorrenti e dunque lesiva della disciplina repressiva della concorrenza sleale.

#### Caso *Traghetti del Mediterraneo*<sup>17</sup>

Nella vicenda in oggetto, Fallimento *Traghetti del Mediterraneo* conveniva in giudizio la società Tirrenia Navigazione, concorrente sul mercato dei collegamenti marittimi con Sicilia e Sardegna, per aver attuato condotte in tanto sleali in quanto realizzate a fronte di aiuti di Stato concessi ai sensi della legge 684/74 che avrebbero consentito alla società di applicare prezzi sottocosto. Il ricorso respinto dal Tribunale di Napoli e, successivamente, dalla Corte d'Appello, approdava alla Corte di Cassazione che, confermando la correttezza delle decisioni dei giudici di merito, ribadiva che: *i*) gli aiuti di Stato sono in linea di principio proibiti in quanto incompatibili con il diritto della concorrenza; *ii*) l'effetto distorsivo generato dagli aiuti di Stato è irrilevante nella valutazione della compatibilità della misura statale rispetto alla disciplina comunitaria in quanto tale effetto è una componente essenziale degli aiuti ed è ammissibile qualora sia diretto alla protezione di interessi che non troverebbero altrimenti soddisfazione<sup>18</sup>. Nel caso di specie, la Corte di Cassazione concludeva che le tariffe applicate da Tirrenia non erano l'espressione di proprie scelte imprendito-

riali, ma l'attuazione di una specifica normativa nazionale e che per tale ragione non residuavano margini di autonomia che potessero integrare gli estremi di un atto concorrenzialmente illecito.

#### IV. CONCLUSIONI

L'esplorazione degli ambiti di intersezione ed interferenza tra la disciplina in materia di aiuti e le previsioni a tutela della concorrenza rimanda ad una questione più ampia, vale a dire se, quando e a che condizioni la violazione delle regole pubblicistiche in generale e quelle in materia di aiuti in particolare integri gli estremi di un atto di concorrenza sleale, autonomamente censurabile ai sensi e per gli effetti dell'art. 2598 c.c.

Se in punto di stretto diritto la strada del *private enforcement* tesa a sindacare un comportamento scorretto è percorribile ogni volta che l'impresa beneficiaria sfrutti i vantaggi concorrenziali conseguiti oltre la finalità per la quale e per il tempo nei limiti del quale la misura è concessa, ovvero con modalità esorbitanti, eccessive e sproporzionate, d'altra parte, in punto di fatto la prova dell'illecito e della sua autonomia rilevanza risulta assai difficile, così limitando drasticamente non solo il numero di azioni incardinate ma soprattutto le *chance* di successo.

VALERIA FALCE - AURORA MUSELLI

#### Bibliografia

C. ALVISI, *Concorrenza sleale, violazione di norme pubblicistiche e responsabilità*, 1997; L. ARNAUDO, «Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte», in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, 1368; V. FALCE, «Appunti in materia di disciplina comunitaria sulle pratiche commerciali sleali», in *Riv. dir. comm.*, 2009, 423; V. FALCE - G. GHIDINI, «The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection, competition law and unfair competition», in *Anti-trust fra diritto nazionale e diritto comunitario*,

<sup>17</sup> Cass., n. 5087, 19 aprile 2000, Fallimenti *Traghetti Mediterraneo S.p.A.* c. Tirrenia di Navigazione S.p.A.

<sup>18</sup> Per una nota critica sulla sentenza, cfr. L. ARNAUDO, *Aiuti di Stato, tariffe e concorrenza: tra competenze chiuse e questioni aperte*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 6, p. 1368.



Milano, 2009; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, 2005, 23; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, 2001; C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino, 2012; C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, 2011; M.S. SPOLIDORO, *Le misure di prevenzione nel diritto industriale*, 1982; L.C. UBERTAZZI, «Regole pubblicistiche e concorrenza sleale», in *Riv. dir. ind.*, I, 2003, p. 308; VAN BAELE-BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, 1995; MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza nella Comunità europea*, 2004; A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *Manuale di Diritto Industriale*, 7<sup>a</sup> ed., 2012.